

Comentarios a la Ley del Gobierno

Coordinador

Claro J. Fernández Carnicero



MINISTERIO
DE ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS

COMENTARIOS
A LA LEY DEL GOBIERNO

Claro J. Fernández-Carnicero
Tomás González Cueto
Andrés Jiménez Díaz
Fernando Santaolalla López

COMENTARIOS
A LA LEY DEL GOBIERNO

Coordinador: Claro J. Fernández-Carnicero

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MADRID
2002

Colección: ESTUDIOS

Primera edición: Mayo 2002

FICHA CATALOGRÁFICA
DEL CENTRO DE PUBLICACIONES

Comentarios a la Ley del Gobierno / coordinador: Claro J. Fernández Carnicero. 1.ª ed. - Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2002 - 394 p.

Edita:

Instituto Nacional de Administración Pública

ISBN: 84-7088-721-1

NIPO: 329-02-010-4

Depósito Legal: M. 21884-2002

Fotocomposición e impresión: LERKO PRINT, S. A.

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
PRESENTACIÓN	
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz	15
AUTORES	17
INTRODUCCIÓN:	
<i>EL GOBIERNO. MISIÓN DE UN ÓRGANO CONSTITUCIONAL</i>	
Claro J. Fernández-Carnicero.....	19

TÍTULO I

DEL GOBIERNO: COMPOSICIÓN, ORGANIZACIÓN Y ÓRGANOS DE COLABORACIÓN Y APOYO

Capítulo I

Del Gobierno, su composición, organización y funciones	27
<i>Artículo 1. Del Gobierno</i>	<i>27</i>
1. Concordancias	27
2. Comentario	29
2.1. Introducción.....	29
2.2. Funciones del Gobierno	31
a) La dirección de la política	31
b) Dirección de la Administración.....	35
c) La defensa del Estado.....	40
d) La función ejecutiva y la potestad reglamentaria.....	42
2.3. Composición del Gobierno.....	47
2.4. Estructura del Gobierno	49

	<u>Págs.</u>
<i>Artículo 2. Del Presidente del Gobierno</i>	52
1. Concordancias	53
2. Comentario	54
2.1. Planteamiento general	54
2.2. Funciones del Presidente	55
<i>Artículo 3. Del Vicepresidente o Vicepresidentes del Gobierno</i>	73
1. Concordancias	73
2. Comentario	74
2.1. Consideraciones generales	74
2.2. Requisitos de acceso al cargo	75
2.3. Funciones	76
<i>Artículo 4. De los Ministros</i>	80
1. Concordancias	80
2. Comentario	83
2.1. Planteamiento general	83
2.2. Funciones	86
2.3. Ministros sin cartera	92
<i>Artículo 5. Del Consejo de Ministros</i>	94
1. Concordancias	94
2. Comentario	96
2.1. Planteamiento general	98
2.2. Funciones del Consejo de Ministros	98
<i>Artículo 6. De las Comisiones Delegadas del Gobierno</i>	114
1. Concordancias	114
2. Comentario	115
2.1. Planteamiento general	115
2.2. Composición de las Comisiones Delegadas del Gobierno	116
2.3. Funciones	117
<i>Artículo 7. De los Secretarios de Estado</i>	120
1. Concordancias	120
2. Comentario	122
2.1. Consideraciones generales	122
2.2. Creación	124
2.3. Competencias	125
2.4. Los Secretarios de Estado en las relaciones internacionales	127
2.5. Análisis crítico de la figura más allá de la norma	129
<i>Artículo 8. De la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios</i> ..	131
1. Concordancias	131
2. Comentario	131

SUMARIO

	<i>Págs.</i>
2.1. Consideraciones generales	131
2.2. Composición de la CGSES	132
2.3. Competencias	134
<i>Artículo 9. Del Secretariado del Gobierno.....</i>	<i>136</i>
1. Concordancias y desarrollo normativo	136
2. Comentario	137
2.1. Consideraciones generales	137
2.2. Actividad del Secretariado del Gobierno.....	138
<i>Artículo 10. De los Gabinetes.....</i>	<i>143</i>
1. Concordancias	143
2. Comentario	144
2.1. Consideraciones generales	144
2.2. El Gabinete del Presidente del Gobierno.....	145
2.3. Gabinetes de los Vicepresidentes, Ministros y Secretarios de Estado ..	147
2.4. Miembros de los Gabinetes.....	149

TÍTULO II

DEL ESTATUTO DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO, DE LOS SECRETARIOS DE ESTADO Y DE LOS DIRECTORES DE LOS GABINETES

Capítulo I

Precisiones en torno al estatuto de los miembros del Gobierno..... 151

<i>Artículo 11. De los requisitos de acceso al cargo</i>	<i>157</i>
1. Concordancias	157
2. Comentario	157
2.1. La nacionalidad	158
2.2. La mayoría de edad	161
2.3. El derecho de sufragio.....	164
2.3.1. El derecho de sufragio activo	165
2.3.2. El derecho de sufragio pasivo.....	170
2.3.3. Capacidad, incapacidad e inhabilitación	172
2.3.4. Inelegibilidad	175
2.4. Un supuesto especial de inhabilitación: el artículo 13 de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado .	179
2.5. ¿Quién verifica la capacidad de los nombrados como miembros del Gobierno y controla la legalidad del nombramiento?.....	179
<i>Artículo 12. Del nombramiento y cese</i>	<i>183</i>
1. Concordancias	183
2. Comentario	183

	<u>Págs.</u>
<i>Artículo 13. De la suplencia</i>	188
1. Concordancias	188
2. Comentario	188
2.1. La suplencia del Presidente del Gobierno.....	189
2.2. La suplencia de los Vicepresidentes.....	191
2.3. La suplencia de los Ministros.....	192
<i>Artículo 14. Del régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno... ..</i>	195
1. Concordancias	195
2. Comentario	195
2.1. Definición del régimen general de incompatibilidades	196
2.2. Excepciones al régimen general de incompatibilidades	198
2.3. Infracciones y sanciones.....	202
 Capítulo II	
De los Secretarios de Estado	206
<i>Artículo 15. Del nombramiento, cese, suplencia e incompatibilidades de los Secretarios de Estado.....</i>	<i>206</i>
1. Concordancias	206
2. Comentario	206
 Capítulo III	
De los Directores de los Gabinetes de Presidente, Vicepresidentes, Ministros y Secretarios de Estado.....	212
<i>Artículo 16. Del nombramiento y cese de los Directores de los Gabinetes</i>	<i>212</i>
1. Concordancias	212
2. Comentario	213

TÍTULO III

DE LAS NORMAS DE FUNCIONAMIENTO DEL GOBIERNO Y DE LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS

<i>Artículo 17. De las normas aplicables al funcionamiento del Gobierno</i>	<i>217</i>
1. Concordancias	217
2. Comentario	221
<i>Artículo 18. Del funcionamiento del Consejo de Ministros</i>	<i>223</i>
1. Concordancias	223
2. Reuniones de los órganos colegiados del Gobierno	224
2.1. Reuniones del Consejo de Ministros.....	224
2.2. Reuniones de las Comisiones Delegadas del Gobierno.....	224

	<i>Págs.</i>
2.3. Reuniones de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios	225
3. Clases de asuntos.....	226
3.1. Clasificación.....	226
3.2. Criterios de clasificación.....	226
4. Actuaciones previas a la celebración de las reuniones de los órganos colegiados del Gobierno	227
4.1. Órdenes del día.....	227
4.2. Inclusión de asuntos en el «índice negro»	227
4.3. Reparto del orden del día y de la documentación correspondiente	228
4.4. Adición de asuntos al orden del día por razones de urgencia.....	229
4.4.1. Adición de asuntos antes de la celebración de las reuniones..	229
4.4.2. Presentación de asuntos sobre la mesa.....	229
4.5. Reparto de observaciones y nuevos textos.....	229
4.6. Régimen de adopción de acuerdos de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios.....	230
4.7. Índices verde y rojo.....	230
4.8. Índices azul y gris.....	232
5. Actuaciones posteriores a la celebración del Consejo de Ministros.....	232
5.1. Leyes.....	232
5.1.1. Certificación y remisión de proyectos de ley a las Cortes Generales	232
5.1.2. Publicación de las leyes.....	232
5.1.3. Corrección de errores en el texto de las leyes publicadas.....	232
5.2. Disposiciones y acuerdos	233
5.2.1. Certificación.....	233
5.2.2. Publicación de las disposiciones y acuerdos	233
5.2.3. Proyectos modificados	233
5.2.4. Corrección de errores en el texto de las disposiciones.....	233
6. Elaboración y formación de las actas del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno y de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios.....	234
6.1. Contenido de las actas del Consejo de Ministros	234
6.2. Elaboración del acta del Consejo de Ministros.....	234
7. Normas adicionales	234
7.1. Reparto general de documentación	234
7.2. Custodia de documentos.....	235
7.3. Normalización	235
7.4. Unidades encargadas de las relaciones con el Secretario del Gobierno	235
8. Comentario	236
<i>Artículo 19. De las actas de las Comisiones Delegadas del Gobierno y de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios</i>	<i>237</i>
Concordancias	237

	<i>Págs.</i>
<i>Artículo 20. De la delegación de competencias</i>	238
1. Concordancias	238
2. Comentario	238

TÍTULO IV

DEL GOBIERNO EN FUNCIONES

<i>Artículo 21. Del Gobierno en funciones</i>	241
1. Concordancias	242
2. Comentario	242

TÍTULO V

DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA, DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA Y DEL CONTROL DE LOS ACTOS DEL GOBIERNO

<i>Artículo 22. De la iniciativa legislativa del Gobierno</i>	245
1. Concordancias	246
2. Jurisprudencia.....	249
3. Comentario	252
3.1. El procedimiento legislativo y los procedimientos normativos.....	252
3.2. Las fases del procedimiento legislativo	254
3.3. La iniciativa legislativa y sus clases	255
3.4. La iniciativa del Gobierno: aspectos generales.....	256
3.5. Libertad y limitación en el ejercicio de la iniciativa legislativa del Gobierno	257
3.6. Regulación y extensión de la fase inicial en el caso de la iniciativa legislativa del Gobierno	259
3.7. Ámbito material de la iniciativa legislativa gubernamental	260
3.8. Iniciativas gubernamentales no reguladas.....	262
3.9. Pasos de la preparación de la iniciativa gubernamental y distinción entre anteproyecto y proyecto de ley	263
3.10. Propuesta de iniciativa legislativa. Sistema difuso de elaboración	264
3.11. Sobre la técnica de elaboración de los anteproyectos de ley.....	265
3.12. Documentación que debe acompañar al anteproyecto.....	267
3.13. Examen particular de los informes y estudios que deben eva- cuarse	269
3.14. Sobre el momento en que deben emitirse los informes obligato- rios	273
3.15. Primera consideración del Consejo de Ministros sobre el anteproyec- to de ley. Trámites ulteriores.....	274
3.16. Segunda consideración del Consejo de Ministros sobre el antepro- yecto de ley.....	274

	<i>Págs.</i>
3.17. La Exposición de Motivos	277
3.18. Procedimiento de urgencia	279
3.19. Sobre los vicios de procedimiento y en particular la omisión de los informes preceptivos	280
3.20. Remisión y recepción en el Congreso. La tramitación prioritaria de los proyectos de ley	284
3.21. ¿Es obligatorio remitir todos los informes a la Cortes?.....	285
3.22. La iniciativa del Gobierno en funciones	286
3.23. La peculiaridad de los proyectos de Ley de Presupuestos Generales del Estado	287
<i>Artículo 23. De la potestad reglamentaria</i>	<i>289</i>
1. Concordancias	289
2. Jurisprudencia.....	291
3. Comentario	295
3.1. Sentido de la potestad reglamentaria	295
3.2. Precisiones terminológicas sobre estas normas	297
3.3. Diferencias entre reglamento y acto administrativo	298
3.4. Las relaciones entre ley y reglamento: la reserva de ley	300
3.5. La reserva de ley dispuesta en el apartado 2 del artículo 23 de la Ley del Gobierno y problemas que suscita	303
3.6. Clases de reglamentos	307
3.7. Sobre la remisión al reglamento.....	311
3.8. Límites del reglamento.....	312
3.9. Jerarquía de los reglamentos	313
3.10. Consecuencia de la jerarquía reglamentaria.....	318
3.11. La inderogabilidad singular de los reglamentos	319
<i>Artículo 24. Del procedimiento de elaboración de los reglamentos</i>	<i>321</i>
1. Concordancias	322
2. Jurisprudencia.....	324
3. Comentario	324
3.1. Fases del procedimiento de elaboración de los reglamentos	324
3.2. Iniciación del procedimiento.....	324
3.3. Técnica redactora de los proyectos de reglamentos.....	327
3.4. Trámites ulteriores. Informes, dictámenes y aprobaciones previas	328
3.5. Audiencia de ciudadanos e información pública	330
3.6. Otras salvaguardias a favor de la potestad reglamentaria.....	335
3.7. Notificación de la apertura de la audiencia o información pública	336
3.8. La conservación del expediente	336
3.9. Otros informes obligatorios.....	337
3.10. La tabla de vigencias y derogaciones.....	338
3.11. Los vicios de procedimiento. Especial referencia a la omisión de informes	339
3.12. La publicación de los reglamentos.....	347

	<u>Págs.</u>
<i>Artículo 25. De la forma de las disposiciones y resoluciones del Gobierno, de sus miembros y de las Comisiones Delegadas</i>	349
1. Concordancias	349
2. Comentario	350
2.1. Precisiones terminológicas	350
2.2. Materia regulada en el presente artículo	351
2.3. La forma de la legislación delegada y de urgencia	352
2.4. La forma de las decisiones del Presidente del Gobierno	354
2.5. La forma de las decisiones del Consejo de Ministros	355
2.6. La forma de las decisiones de las Comisiones Delegadas del Gobierno	357
2.7. La forma de las decisiones de los Ministros	359
<i>Artículo 26. Del control de los actos del Gobierno</i>	360
1. Concordancias	360
2. Jurisprudencia	364
2.1. Tribunal Constitucional	364
2.2. Tribunal Supremo	367
3. Comentario	370
3.1. Introducción: sentido del control de los actos del Gobierno	370
3.2. El control político parlamentario	373
3.3. El control jurídico de la acción del Gobierno	375
3.4. La desaparición de los actos políticos como categoría exenta del control jurisdiccional. Examen de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997	376
3.5. Otros aspectos del control jurisdiccional	382
3.6. El control por el Tribunal Constitucional	384
<i>Disposición adicional primera</i>	387
1. Concordancias	387
2. Comentario	388
<i>Disposición adicional segunda</i>	391
1. Concordancias	391
2. Comentario	391
<i>Disposición derogatoria única</i>	392
1. Comentario	392

PRESENTACIÓN

La relevancia institucional del Gobierno en el horizonte del constitucionalismo comparado se acentúa en un Estado políticamente descentralizado como es el que para España configura la vigente Constitución de 1978.

Esa dimensión finalista de la comunidad constituida es importante subrayarla, a pesar de su evidencia. Porque es España, desde sí y para sí, y no otra realidad histórica, la que «se constituye en un Estado social y democrático de Derecho» (art. 1.1 CE).

Por ello está plenamente justificado, política y jurídicamente, el que el Gobierno, poder del Estado asentado en el único titular de la soberanía nacional, el pueblo español (art. 1.2 C.E.), se identifique en el lenguaje al uso como «Gobierno de la Nación».

De la legalidad ordinaria aplicable a ese poder del Estado se ocupan los «Comentarios» que ahora ven la luz.

El Instituto Nacional de Administración Pública ha convocado para ello a juristas que suman a una profesionalidad ampliamente contrastada una solvencia intelectual a la que no es ajeno un, no menos contrastado, espíritu de servicio público.

El texto, en cuanto «obra abierta», pretende sumar reflexión y operatividad normativa. Su mejor destino será, por ello, servir de estímulo para un debate que otras voces, de los distintos ámbitos administrativos y universitarios, vayan enriqueciendo.

Porque la virtualidad de una ley, como ésta que pretende disciplinar una realidad tan proteica como es la gubernativa, no se agota en la glosa de sus preceptos, ni tampoco en la inercia de su aplicación convencional. Como norma que se atreve a penetrar en el espacio del poder, tan propenso a configurarse como «puerto franco», debemos contribuir entre todos a garantizar su eficacia armonizando, sin veleidades alternativas, sus fines y sus límites; una operación

que descubre siempre la inteligencia y la lealtad necesarias en el oficio de juristas.

Con la Ley 50/1997 se ha dado en nuestro país, sin duda, un paso importante en la racionalización de las pautas de conducta del poder ejecutivo. Constitución y legalidad ordinaria, una vez más, han configurado un horizonte en el que el principio del interés general encuentra la necesaria respuesta y garantía normativa.

Corresponde ahora a políticos y administradores, todos ellos servidores públicos, cumplir fielmente sus mandatos.

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Director del Instituto Nacional
de Administración Pública

AUTORES

FERNÁNDEZ-CARNICERO, Claro J.

Letrado de las Cortes Generales

Autor de la Introducción y de los comentarios a los Títulos III y IV.

GONZÁLEZ CUETO, Tomás

Abogado del Estado

Autor de los comentarios al Título I.

JIMÉNEZ DÍAZ, Andrés

Letrado de las Cortes Generales

Autor de los comentarios al Título II.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando

Letrado de las Cortes Generales

Autor de los comentarios al Título V y a las Disposiciones Adicionales y Derogatorias.

INTRODUCCIÓN

EL GOBIERNO: MISIÓN DE UN ÓRGANO CONSTITUCIONAL

Al abordar el comentario sistemático de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, parece conveniente asumir, con carácter previo a la exégesis de sus preceptos, lo que en una democracia parlamentaria puede considerarse razón de ser de la misión de gobernar. Porque sólo entendiendo esa razón de ser puede pasarse al análisis del Gobierno como función y al detalle de su estructura y funcionamiento.

Escribe ORTEGA en su ensayo sobre la *Misión de la Universidad* (1930), que «Una institución no puede constituirse en buenos usos si no se ha acertado con todo rigor al determinar su misión. Una institución es una máquina, y toda su estructura y funcionamiento han de ir prefijados por el servicio que de ella se espera».

Este mismo concepto finalista es compartido por la doctrina clásica, así SANTI ROMANO, que caracteriza a toda institución por la permanencia de los fines a que sirve.

La Constitución Española, en su Título IV («Del Gobierno y de la Administración»), configura al Gobierno bajo el paradigma institucional que resulta del cumplimiento de dos fines fundamentales:

- 1.º La garantía del *interés general*.
- 2.º El mantenimiento de la *confianza parlamentaria* que le sustenta y sirve de apoyo.

I. En cuanto a la *garantía del interés general*, verdadera savia jurídico-política en la actuación del Gobierno, proveedor natural de bienes colectivos dentro del marco jurídico del Estado social y democrático de Derecho que la Norma fundamental configura (art. 1.1), entendemos que constituye el auténtico hilo conductor que define la legitimidad de ejercicio de la conducta de aquél.

* Autor de la Introducción: Claro J. FERNÁNDEZ-CARNICERO.

Es cierta la observación psicológica de MONTESQUIEU, evocada por GARRIDO FALLA («El Gobierno y su Presidente» en la obra colectiva *La Constitución Española de 1978. 20 Años de Democracia*. Congreso de los Diputados/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 1998), al advertir que «quien tiene el poder tiende a abusar de él».

Esa tendencia «natural» de todo poder obliga, a mi juicio, a plantearse la conveniencia de la racionalización de su marco institucional. En consecuencia, al parlamentarismo racionalizado que abanderó en el primer tercio del pasado siglo MIRKINE-GUETZEVICH (*Modernas tendencias del Derecho constitucional*, Madrid, Reus. 1934), y que condujo, más que a la estabilidad, a la exacerbación del poder ejecutivo, debería sumarse, en busca del equilibrio perdido, un «*gubernamentalismo racionalizado*», valga la expresión, que permita a los Parlamentos salir del «dique seco» al que les ha reducido la cultura tecnocrática todavía imperante.

Además de esa razón histórico-doctrinal, el alcance transcendental del *principio* del interés general se asienta en las siguientes *reglas* constitucionales:

1.^a La *función directiva* del Gobierno en relación con la Administración (art. 97) exige el reconocimiento de «los intereses generales» a los que ésta sirve (art. 103.1). Sin duda esa expresión sería más adecuada en singular, porque no cabe, por definición, la concurrencia de distintos intereses generales.

2.^a La vinculación de la *soberanía nacional* al pueblo español como único sujeto soberano (art. 1.2), así como la indisoluble *unidad de la nación* española (art. 2), presuponen la existencia de un interés general, único fundamento de la legitimidad de toda acción de Gobierno.

Se instituye así una doctrina, connatural al ejercicio del poder, que cabría denominar *utilitarismo público*, fundado en la distinción entre interés general e intereses particulares, en cuanto que aquél es cualitativamente distinto de la suma de éstos.

3.^a La intervención del Gobierno en la vida económica sólo puede justificarse por «exigencias de la *economía general*» (art. 38), lo que también se traduce en la subordinación de toda la riqueza del país «al interés general» (art. 128.1), o en la planificación «de la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas» (art. 131.1). Esa vinculación de la actividad económica al principio del interés general nos sitúa en el contexto doctrinal del concepto de «*constitución económica*» (*vid.* «La constitution économique de la France» de HUGUES RABAULT, en la *Revue française de Droit constitutionnel*, n.º 44, 2000). Este concepto tiene especial valor en Estados políticamente descentralizados como es el español, que al excluir una administración centralizada de la economía presuponen una convergencia, del Estado y las Comunidades Autónomas, en defensa del principio del interés

general, que no es más que la consecuencia de la *igualdad de los derechos fundamentales* de todos los ciudadanos, cualquiera que sea el lugar de su residencia. El interés general, consecuencia material del principio de lealtad constitucional, es un elemento sustantivamente integrador o armonizador de los intereses territoriales particulares¹.

Esa es también la función última de la *commerce clause*, garante de la *unidad de mercado* en el ordenamiento federal de los Estados Unidos de América, verdadero contrapeso del criterio liberal que se consagra en la enmienda 14 (1868) de la Constitución americana, al preservar el orden económico liberal de toda intervención legislativa mediatizadora.

Ello nos conduce, además, a reconocer que si bien la definición normativa del interés general, nunca exhaustiva, corresponde al legislador (así, en España, con la reciente aprobación del Plan Hidrológico Nacional), toca al Gobierno garantizarlo efectivamente. Porque es el poder ejecutivo el único capaz de responder *in actu* a las exigencias circunstanciales de ese interés común o de las «necesidades públicas», imperativo político ya consagrado en el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Hoy, en el marco de la Unión Europea el *orden económico comunitario*, expresión de una transacción razonable de los intereses estatales, asentada en el *principio de subsidiariedad*, presupone, por definición, la garantía del interés general dentro de cada uno de los Estados Miembros.

4.^a La preeminencia del Presidente del Gobierno en el ejercicio de su función de dirección y de coordinación de las funciones de los demás miembros del mismo (art. 98.2) encuentra su principal razón de ser en preservar el interés general. Ello se traduce, también, en el principio de *responsabilidad política solidaria* del Gobierno ante el Congreso de los Diputados (art. 108), en cuanto que la *unidad del interés garantizado* configura la solidaridad de aquel, como órgano gestor de mismo.

5.^a En el modelo de Estado descentralizado que la Constitución consagra, el interés general sustenta la organización de las *instituciones comunes*, entre ellas el Gobierno de la Nación, al limitar el principio de autonomía de las Comunidades a «la gestión de sus respectivos intereses» (art. 137).

Obviamente, el interés general es el fundamento de todas y cada una de las *competencias materiales exclusivas* enunciadas en el artículo 149, con una referencia explícita en la referida como vigesimocuarta, en relación con las «obras públicas de interés general cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma».

¹ Para conocimiento del contexto parlamentario de estos principios, *vid. BOCG*, Diario de Sesiones del Senado, Comisión General de las Comunidades Autónomas. Sesión del 12 de junio de 2001. VII Legislatura. Comisiones. Número 147.

6.^a El *principio de solidaridad* entre ciudadanos y territorios es también manifestación del interés general (arts. 2, 156.1 y 158.2).

7.^a Finalmente, el interés general mueve con *carácter extraordinario* la acción del Gobierno, en los dos supuestos siguientes:

- En cumplimiento de una ley formal, para *armonizar* disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, con apreciación de la exigencia del interés general por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados y del Senado (art. 150).
- Con la autorización por mayoría absoluta del Senado, «si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España» (art. 155.1), para imponer las *medidas* necesarias.

En suma, volviendo a GARRIDO FALLA (*ibid.* página 380), gobernar, en un sentido amplio, supone tanto el establecimiento del ordenamiento jurídico que rige una comunidad política como la toma de decisiones concretas que exige el bien común.

El *Consejo de Estado francés*, en su *Informe público* correspondiente al año 1999, ha desarrollado ampliamente el concepto de interés general como fundamento de la relación entre el Estado y el Derecho.

Su análisis toma como punto de partida la referencia que hace el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, según la cual «La ley es la expresión de la voluntad general».

A juicio del prestigioso órgano consultivo y jurisdiccional, «la aparición de la noción de interés general en el pensamiento político no traduce una simple versión laica de la noción de interés común, sino más bien una concepción radicalmente nueva del poder. El interés general es obra de una razón que no se conforma con perseguir fines inscritos en una naturaleza de origen divino, sino que los crea ella misma».

Superando la vieja perspectiva utilitarista, que confunde el interés general con la suma de los intereses particulares, el Consejo de Estado francés nos acerca a un concepto de aquél que no se reduce a un simple cálculo de un «óptimo económico». El sentido de esta concepción voluntarista es claro: para que una sociedad exista, es necesario que sus miembros sirvan a un interés común o interés general y no a sus meros intereses singulares puestos en común.

Nos situamos, por tanto, ante una noción de interés general que, más que económica, es de naturaleza jurídica y política. Con ello se trata de configurar al Estado como garante de un interés general, definido por el legislador y cuya garantía real corresponde a la Administración, bajo la autoridad del Gobierno y el control de los jueces.

Esa concurrencia funcional de los poderes legislativo y ejecutivo se pone de manifiesto entre nosotros en la definición que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina nos dan de las *normas básicas*, dirigidas a preservar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. El *interés general* supone, en consecuencia, la razón de ser de *lo básico* en nuestro ordenamiento jurídico.

Desde la perspectiva definitoria del legislador, el principio del interés general es virtualmente relevante para garantizar la unidad del ordenamiento jurídico del Estado, cohonstando el alcance de los principios de igualdad y pluralismo político (art. 1.1 CE); de ahí la necesaria consideración de ese bien común a la hora de defender la prevalencia y la suplencia del Derecho estatal, de conformidad con el artículo 149.3 de la Norma Fundamental.

Nuestro *Consejo Económico y Social*, en su importante *Informe 3/2000*, de 28 de junio, ha declarado que «no cabe desarrollar ninguna medida que implique un mercado fraccionado o un privilegio capaz de romper la igualdad básica de todos los españoles (art. 139.1 CE) en torno al bloque de constitucionalidad». Éste es, a mi juicio, un claro reconocimiento de la responsabilidad de los poderes públicos y singularmente del Gobierno, que es el órgano que por antonomasia «toma medidas», en cumplimiento, además, de los principios constitucionales de seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE)

También cabe añadir, como garantía instrumental, que la efectividad de esos principios depende de la existencia de una *burocracia* motivada y, en no menor medida, controlada. Una vez más, es de toda evidencia el que no cabe pensar en un buen Gobierno sin una buena Administración; porque las reformas políticas acaban en humo, que borra inmisericorde el viento de la historia, si no se ven acompañadas de *reformas administrativas*.

El interés general, tan cercano a la noción clásica de *servicio público*, es la justificación última de la acción del Estado. En efecto, se nos dice en el referido informe del CES, sólo el servicio al interés general puede legitimar el monopolio del poder por el Estado.

Un argumento semejante se traslada al ámbito de la *Unión Europea*, como ya se ha advertido a la hora de definir un *interés general de la Comunidad*, que supera los intereses divergentes de los Estados miembros y compromete la acción de las instituciones comunitarias, principalmente del Consejo.

El protagonismo político que reconocemos al principio no nos lleva a olvidar, sin embargo, las dificultades que tiene la articulación jurídica del mismo, en cuanto que la protección de un interés legítimo, sobre todo en el Derecho privado (que tanto marca la actuación de los Tribunales de Justicia), suele vincularse a la naturaleza *uti singuli* y no *uti universi* de aquél. Pero esas dificultades deben ser sólo un incentivo para la respuesta doctrinal e institucional a ese reto.

II. En cuanto al segundo de los fines que configuran la misión del Gobierno en un sistema parlamentario como el nuestro, el *mantenimiento de la confianza*, vuelvo a reiterar la necesidad de reformular, y superar, las viejas inercias del parlamentarismo racionalizado, fruto de la obsesión, históricamente explicable, por reforzar la estabilidad del poder ejecutivo.

Un punto de apoyo para ese replanteamiento puede encontrarse en la definición de la relación fiduciaria Parlamento/Gobierno a la luz de un doble fundamento doctrinal:

1.º El derivado del concepto romano de *fiducia*, que inspira una relación jurídica en la que la confianza compromete al que la obtiene y prefigura una conducta en la que el cumplimiento de las obligaciones del fiduciario debe basarse en la buena fe y en la lealtad.

Al mismo tiempo, debe advertirse que la causa de la fiducia no supone enajenación de la voluntad u objeto transferido, ya que la transferencia de éste se vincula a un destino o al cumplimiento de un fin.

2.º El que corresponde al concepto anglosajón de *trust*, relación jurídica en la que el depositario de la confianza o *trustee* ejercita su derecho lealmente en garantía del beneficiario de su gestión; algo que, en el caso de los *trust* de naturaleza pública nos acerca a su principal misión: la garantía del interés general.

Observan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, I. Civitas. 2000) que en el Derecho inglés Rey y Pueblo, *King and Parliament*, no son elementos parciales de una realidad superior, el Estado, sino que son *reciprocally trustees for each other* (MAITLAND, sobre conceptos de LOCKE).

Ello se traduce, en nuestro ordenamiento jurídico, en el carácter servicial de la Administración Pública (art. 103.1 CE) y, previa y correlativamente, en la función directiva de ésta que al Gobierno corresponde (art. 97 CE).

Con los autores citados entendemos que el fundamento de la legitimidad de los *órganos superiores de la Administración Pública*, al actuar como *comisionados del propietario del poder*, se encuentra en la *confianza parlamentaria* para su ejercicio (arts. 99, 101, 112, 113 y 114 CE). La concurrencia de esa doble condición, administrativa y política, explica que tales individuos actúen unas veces como titulares del órgano administrativo (supuesto en el que su actividad se imputa a la Administración como persona y está sujeta al Derecho administrativo) y otras veces como personas que integran un centro de competencias constitucionales, en cuanto comisionados políticos (en cuyo caso su actividad está sometida al Derecho constitucional).

El Gobierno es, por tanto, simultáneamente, órgano constitucional y órgano administrativo. Con esa doble dimensión y el fundamento de su legitimidad política, asentada en la confianza del Parlamento que representa al pueblo espa-

ñol (art. 66 CE) de cuya voluntad general emana, el Gobierno puede y debe promover y garantizar el interés general en todos sus actos.

En síntesis, tras ese análisis doctrinal, cabe extraer las siguientes *conclusiones*:

1.^a La *confianza* otorgada al Presidente del Gobierno, en los términos del artículo 99, no es más que el *origen de una relación fiduciaria* en cuyo marco deberá desenvolverse la acción ministerial. No puede, por tanto, admitirse conforme a Derecho la interpretación que la conciba como un cheque en blanco extendido por una mayoría parlamentaria pasiva y sumisa.

2.^a La *cuestión de confianza*, regulada en el artículo 112, debería normalizarse (reiterándose como corolario del debate anual sobre el Estado de la Nación) con el objeto de renovar y mantener activa la *relación fiduciaria* con las Cámaras, con fundamento en el programa de investidura del Presidente del Gobierno o en una declaración de política general, lógicamente vinculada a ese programa. Ello no supone ignorar la naturaleza jurídica de este trámite parlamentario, que trae causa en una prerrogativa propia de aquél, indisociable por tanto en su ejercicio del correspondiente contexto político de mayoría o minoría.

3.^a La confianza debería nutrirse mediante una *práctica renovada* de comparecencias parlamentarias, a iniciativa del Gobierno y de las Cámaras, que, más allá de su objeto incidental, contribuyan a crear un espacio de encuentro y, al menos, de tregua política en el que cobre plena carta de naturaleza la lealtad constitucional de la mayoría y de la oposición.

III. Por último, antes de entrar en el comentario sistemático de la *Ley* que nos ocupa, no cabe obviar una breve referencia a la polémica doctrinal sobre la *justificación* o razón de ser de su existencia.

Para GARRIDO FALLA (*ibid.*, página 390), partidario de unificar en una sola ley el régimen jurídico del Gobierno y la Administración, la Ley del Gobierno es superflua e innecesaria en la casi totalidad de su contenido. Los preceptos importantes, escribe, como los del nombramiento y cese del Presidente del Gobierno, están ya en la Constitución. Otros son propios o estaban ya en la LOFAGE, de 14 de abril de 1997, como los referidos a las competencias de los Ministros y de los Secretarios de Estado. En cuanto a la materia de fiscalización jurisdiccional de los actos del Gobierno, añade, ya está en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La respuesta inmediata a ese duro reparo nos la da GONZÁLEZ CUETO («El Proyecto de Ley del Gobierno», en el número monográfico «El Gobierno y la Administración». *DA*, 246-247), al decir que la Ley es desarrollo legal del único poder constitucional que se encuentra huérfano del mismo.

En mi opinión, además, la Ley comentada es un primer paso en el camino de la difícil pero necesaria juridificación racionalizadora de la proteica activi-

dad gubernativa; quizás el área más resistente a una normalización total en el marco del Estado de Derecho, es decir, del inexcusable ordenamiento jurídico.

Como primer paso o primer intento, en mi opinión, deberá juzgarse con una perspectiva temporal de la que hoy carecemos. Han de pasar los años para que, evaluando el impacto de la *acción de Gobierno*, medido en términos de *garantía efectiva del interés general* (esencialmente traducido en términos de cohesión y solidaridad interterritorial), pueda verificarse el alcance real del propósito contenido al final de la Exposición de Motivos de la Ley: «garantizar el control jurídico de toda la actividad de Gobierno en el ejercicio de sus funciones».

Este ideal jurídico no puede llevarnos, obviamente, a olvidar la realidad que subyace en la función de Gobierno que, en expresión de SÁNCHEZ AGESTA, es una «función política cuyas decisiones, sujetas únicamente a los fundamentos mismos del orden constitucional, tienen la característica libertad de la acción política».

Aspiremos sólo a que esta *libertad del poder* se vaya armonizando, en un mínimo del ideal kantiano, con la *libertad de la sociedad*. A ello puede contribuir la Ley 50/1997 y, sobre todo, los sucesivos Gobiernos que ajusten a ella su conducta, en el marco siempre de los valores y principios constitucionales.

TÍTULO I
DEL GOBIERNO: COMPOSICIÓN, ORGANIZACIÓN
Y ÓRGANOS DE COLABORACIÓN Y APOYO

CAPÍTULO I
DEL GOBIERNO, SU COMPOSICIÓN, ORGANIZACIÓN
Y FUNCIONES

ARTÍCULO 1. DEL GOBIERNO*

- 1. El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.**
- 2. El Gobierno se compone del Presidente, del Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso, y de los Ministros.**
- 3. Los miembros del Gobierno se reúnen en Consejo de Ministros y en Comisiones Delegadas del Gobierno.**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario. 2.1. Introducción.
2.2. Funciones del Gobierno. 2.3. Composición del Gobierno.
2.4. Estructura del Gobierno.

1. Concordancias

Artículos 66.2, 77.2, 82.1.2 y 3; 84; 85; 86.1; 90.3; 93; 95.2; 97; 98; 101; 104; 107; 108; 109; 111; 113.1; 114; 116; 124.4; 131.2; 134; 135; 151.2.1.º; 153.b); 154; 155; 159.1; 161.2; Disposición transitoria segunda y Disposición transitoria novena de la Constitución.

Ley del Gobierno, en su integridad.

* Artículo comentado por Tomás GONZÁLEZ CUETO.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero.

Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, reguladora de los criterios básicos de Defensa Nacional y Organización Militar, modificada parcialmente por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero.

Real Decreto del Presidente del Gobierno 558/2000, de 27 de abril, sobre las Vicepresidencias del Gobierno; modificado por Real Decreto 209/2001, de 27 de febrero.

Real Decreto del Presidente del Gobierno 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de los Departamentos Ministeriales.

Real Decreto del Presidente del Gobierno, de 27 de abril, de nombramiento del Ministro Portavoz del Gobierno como Ministro sin cartera.

Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996.

En lo que respecta al Derecho comparado, la Ley Fundamental de Bonn especifica que el Gobierno Federal estará compuesto por el Canciller Federal y los Ministros Federales, si bien en el Reglamento del Gobierno Federal se permite tomar parte en las sesiones a otro grupo de altos cargos no considerados formalmente como Gobierno. Además, existe la figura de los Secretarios Parlamentarios de Estado, que tienen que ser Diputados y están adscritos a los Ministros Federales.

La Constitución austríaca es muy similar, si bien contempla expresamente la figura del Vicecanciller. Se prevé también la existencia de Secretarios de Estado asignados a los Ministros Federales.

En Bélgica los Secretarios de Estado federales forman parte del Gobierno Federal, pero no del Consejo de Ministros, estando adscritos a algún Ministro.

La Constitución francesa prevé que el Presidente de la República preside el Consejo de Ministros, al que asisten el Primer Ministro, Ministros de Estado, Ministros delegados (adscritos a un Ministerio determinado) y Secretarios de Estado (adscritos también a un Ministerio).

En el Reino Unido es el Primer Ministro quien decide en cada momento quiénes son convocados a las reuniones del Gabinete (que habitualmente cons-

ta de unos veinte miembros). Es difícil precisar en cada momento la formación del Gobierno y el deslinde cualitativo entre las diversas categorías de miembros (téngase en cuenta que éstos suelen ser entre sesenta y setenta). También aquí existen los Secretarios parlamentarios.

La Constitución griega, que remite a la Ley la regulación de la composición y funcionamiento del Consejo de Ministros, prevé de modo expreso la existencia de Vicepresidentes, así como de Ministros suplentes, Ministros sin cartera y Secretarios de Estado que pueden ostentar la cualidad de miembros del Gobierno.

Según la Constitución italiana, el Gobierno está compuesto por el Presidente del Consejo y los Ministros, remitiendo a la Ley su organización y funcionamiento. Pues bien, en el plano legal, y desde un punto de vista orgánico, se distinguen el Consejo del Gabinete, los Comités de Ministros y los Comités Interministeriales. En Italia también se ha regulado la figura de Subsecretario de Estado, similar a los Secretarios Parlamentarios.

En Portugal encontramos una de las Constituciones más detalladas, que define el Gobierno como la suma del Primer Ministro, los Ministros y los Secretarios y Subsecretarios de Estado, especificando además la posible existencia de Vicepresidentes. Ahora bien, el Consejo de Ministros estará formado por el Primer Ministro, los Viceprimeros Ministros, si los hubiere, y los Ministros. Se afirma así la dualidad Gobierno-Consejo, pudiéndose además crear Consejos de Ministros especializados por razón de la materia. Los Secretarios y Subsecretarios de Estado podrán ser convocados para participar en las reuniones del Consejo.

Suecia también prevé la figura del Secretario de Estado sin otorgarle la consideración de miembro del Gobierno.

2. Comentario

2.1. *Introducción*

El Gobierno, sus órganos y miembros, aparecen citados en multitud de preceptos de la Constitución —y no sólo en sus Títulos IV y V, que llevan por rúbrica, respectivamente, «del Gobierno y de la Administración» y «de las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales»—. Puede resultar curioso y útil constatar cuáles son esas referencias aunque lo hagamos por simple cita del número de cada artículo.

Así, se refieren al «Gobierno» los siguientes: 66.2; 77.2; 82.1, 2 y 3; 84; 85; 86.1; 87.1; 90.3; 93; 95.2; 97; 98; 101; 104; 107; 108; 109; 111; 113.1; 114; 116; 124.4; 131.2; 134; 135; 151.2.1.º; 153.b); 154; 155; 159.1; 161.2; Disposición transitoria segunda y Disposición transitoria novena.

Citan al «Presidente del Gobierno: 62.d), e) y g); 64.1; 92.2; 98; 99; 100; 102; 112; 113.2; 114; 115; 162.1.a) y Disposición transitoria octava.

A los «Vicepresidentes» se refiere tan sólo el artículo 98.

El «Consejo de Ministros» aparece en los siguientes: 62.f) y g); 73.2; 88; 112; 115 y 116.

Los «Ministros» sólo en dos: 64.1 y 98.

Por último, diversos preceptos se refieren, con un término genérico, a los «miembros del Gobierno»: 62.e); 70.1.b); 98; 100; 102; 110 y 111.

Podemos observar claramente cómo el Gobierno no se encuentra oculto en algún pliegue del texto constitucional, sino que la enorme importancia y variedad de sus funciones y competencias determinan que el mismo aparezca citado constantemente en nuestra Carta Magna.

Nuestra Constitución configura al Gobierno como un «órgano constitucional inmediato»¹, es decir, se trata de un órgano que debe su existencia a la propia Constitución y no a la voluntad de otro órgano diferente, conteniéndose además en la misma Constitución los principios y normas básicas de su regulación, a diferencia de lo que ocurre con los «órganos constitucionales mediatos», mencionados o citados simplemente en el texto constitucional sin ulteriores precisiones normativas en cuanto a su composición, funcionamiento y atribuciones.

Esta importante presencia del Gobierno en nuestra Carta Magna deriva del sistema constitucional allí diseñado y, principalmente, de la consideración del Estado como social y democrático de Derecho.

El principio democrático aparece como base de todos los poderes del Estado por cuanto, y conforme al artículo 1.2 de la Constitución, «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado». Es decir, no puede haber reticencias, en el momento actual, en cuanto a la legitimación democrática del Gobierno². Basta observar al respecto, por un lado, su origen en la propia Constitución; y, por otro, cuál es el proceso formativo del mismo que la Constitución regula. Se trata, en la Ley del Gobierno y en otras normas, de precisar claramente cuáles son sus competencias —y las de otros órganos constitucionales— y cuál la forma de relación con el resto de órganos o Instituciones básicas del Estado.

De esta forma, la Ley del Gobierno aborda y regula al Gobierno en sí mismo considerado y no por su relación con otros poderes del Estado, aun cuando éstos aparezcan directa o indirectamente reflejados a lo largo del articulado.

¹ Al respecto puede verse el estudio de Ignacio DE OTTO Y PARDO, «La posición constitucional del Gobierno», en *Documentación Administrativa*, n.º 188 (octubre-diciembre de 1980).

² Por ejemplo, Luis LÓPEZ GUERRA, «Funciones del Gobierno y dirección política», en *Documentación Administrativa*, n.º 215 (julio-septiembre 1988).

2.2. Funciones del Gobierno

Como ya se ha indicado, nuestra Constitución configura al Gobierno como un órgano constitucional inmediato, estableciendo los principios y criterios básicos que deben presidir su régimen jurídico. No nos encontramos ante el poder ejecutivo clásico que inspiró el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX. El Gobierno o, mejor dicho, los Gobiernos actuales unen a sus históricas funciones ejecutivas una muy específica de dirección y orientación política.

El artículo 97 de la Constitución —del que el artículo 1.1 de la Ley del Gobierno es mera reproducción— constituye, en este sentido, la pieza clave en la determinación de la posición constitucional del Gobierno, pudiéndose distinguir en el mismo dos partes. La primera atribuye al Gobierno la dirección «de la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado», esto es, los aspectos integrantes de la función de dirección política. La segunda parte se refiere a las potestades clásicas del poder ejecutivo, esto es, la función ejecutiva y la potestad reglamentaria³.

a) La dirección de la política

Esta verdadera función de gobierno⁴ es quizá la más característica del Gobierno, por cuanto le atribuye la condición de institución u órgano creador, impulsor de una serie de actuaciones que no realiza por encargo, imposición o insinuación de otros.

Así, como señala el profesor LÓPEZ GUERRA⁵, la función de dirección consiste en la «capacidad de impulso originario, de creación, que se atribuye a un órgano y no a otros, y que puede calificarse de política en cuanto innovadora y creadora y no meramente ejecutiva de mandatos de otros».

³ Por su sencillez cabe citar en este punto a Antonio JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, «Funciones constitucionales y actos del Gobierno en la Ley» (en *Documentación Administrativa* n.º 246-247, septiembre 1996-abril 1997), cuando escribe:

- «Su artículo 97 enumera las funciones del Gobierno dividiéndolas en dos grandes bloques.
- a) Primero, las cosas que el Gobierno «dirige», y que son tres:
 - La política interior y exterior.
 - La Administración civil y militar.
 - La defensa del Estado.
 - b) Y luego, otras dos materias en las que la Constitución prefiere hablar de «ejercer» más que de «dirigir», lo que parece aludir a una actuación más directa:
 - La función ejecutiva.
 - La potestad reglamentaria.»

⁴ Luis LÓPEZ GUERRA (*ob. cit.*) se refiere a esta función histórica del Gobierno conocida por los tratadistas de la política y «que versaba sobre la orientación y dirección general de la comunidad política, la fijación de objetivos y metas y la superación de las situaciones de crisis que exigían una acción inmediata».

⁵ Luis LÓPEZ GUERRA (*ob. cit.*).

Este último es un dato fundamental por cuanto, como constata DE OTTO⁶, «el órgano Gobierno se encuentra dotado en la Constitución de competencias propias, es decir, no se configura como un órgano comisionado para el ejercicio de competencias de otro órgano, ni del Rey ni de las Cortes, ni es tampoco un órgano simplemente de ejecución, subordinado por completo a las órdenes de aquél otro cuyas disposiciones ejecuta».

La Constitución contempla al Gobierno como un verdadero director de la política del Estado⁷. Es cierto que la dirección política del Estado es una función, tarea o actividad en la que participan todos los poderes del Estado, no obstante, el Gobierno tiene en este punto una consideración muy especial porque su actuación incide en la de los demás órganos constitucionales. Le corresponde así fijar cuáles deben ser los fines que la sociedad o la comunidad política debe alcanzar y asignar los medios adecuados para conseguirlos. En consecuencia es quien decide, de entre varias alternativas siempre posibles, qué sectores o parcelas deben priorizarse, qué bienes o derechos deben recibir una protección especial, hacia dónde ha de orientarse el gasto público, qué servicios públicos deben reforzarse (normalmente a costa de otros), y así podríamos llenar hojas y hojas enumerando posibilidades, alternativas, funciones, competencias y obligaciones del Gobierno. Esto es así porque la dirección política —motor orientador también de las otras funciones atribuidas al Gobierno por el artículo 97 de la Constitución—, en definitiva, es la esencia del «Poder».

En algunas ocasiones se ha tratado de interpretar la literalidad del artículo 97, entendiendo que la expresa separación de la dirección política y la función ejecutiva y reglamentaria venía a consagrar un ámbito reservado al Ejecutivo y sólo a éste, es decir, sin la intervención previa o posterior de otros órganos. Esto podría llevarnos a la ausencia de control jurídico de la acción del Gobierno en determinados supuestos, limitándose a un control político que puede ser todo lo concreto o, también, todo lo etéreo que quiera interpretar quien es controlado. Añádase a esto que control y responsabilidad son conceptos que deben ir íntimamente unidos y la consecuencia es sencilla, principalmente en un país como el nuestro, en el que los sucesivos Gobiernos han venido gozando de mayorías parlamentarias generalmente estables.

Por otra parte, no parece preciso tratar de encajar las diferentes competencias y potestades que al Gobierno se atribuyen a lo largo del articulado de la Constitución en ésta u otra de las funciones descritas en el artículo 97 —si bien

⁶ Ignacio DE OTTO (*ob. cit.*).

⁷ Puede verse Luis SÁNCHEZ AGESTA y Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ «El Gobierno, la función del Gobierno y la Administración. Comentario introductorio al Título IV», en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Tomo VIII. Artículos 97 a 103) dirigidos por Óscar Alzaga (Cortes Generales-Edersa Madrid, 1998).

⁸ Fernando GARRIDO FALLA enumera dentro del concepto de que «el Gobierno es el que gobierna», como cuestiones políticas, las siguientes: la iniciativa legislativa (art. 87 CE), la dirección de la política interior y exterior del Estado (art. 97), las relaciones con las Cortes (arts. 110 a 112), la disolución de las Cortes (art. 115), la elaboración de la planificación (art. 131) y de los presupuestos generales del Estado (art. 134), la emisión de

existe consenso en que ésta de dirección política incluye las relaciones con otros órganos constitucionales del Estado—. Nos encontraríamos ante una labor ardua, pesada y de nula eficacia práctica⁸. Desde luego, el Gobierno hace todo aquello que puede hacer, así como lo que se deduce o deriva directa o indirectamente de sus competencias expresas. Además, también asume lo que no corresponde a otros. No obstante, sí parece preciso destacar, como manifestación esencial de esa preeminente situación y función gubernamental de dirección política, la actividad del Gobierno como impulsor o como autor en el ámbito de la potestad legislativa del Estado. Así, le corresponde la iniciativa legislativa junto a las Cámaras (artículo 87.1 de la Constitución), la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado (artículo 134 de la Constitución), la aprobación de decretos legislativos (artículos 82 a 85 de la Constitución) y la aprobación de decretos-leyes (artículo 86 de la Constitución). Sobre esta actividad gubernamental volveremos al tratar de las competencias del Consejo de Ministros recogidas en el artículo 5 de la Ley del Gobierno.

En cualquier caso, el Gobierno está sujeto a límites en su actuación. Toda la actividad del Gobierno, y también y específicamente la desarrollada en el ejercicio de la peculiar función de dirección política, está sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (aun cuando el artículo 97 sólo refiera esta limitación normativa a los supuestos de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria). Así lo afirma el artículo 26 de la Ley del Gobierno⁹. No se trata, por tanto, de una mera declaración de principios, sino de una regla jurídica constitucional y legalmente positivizada.

La Constitución y el resto del ordenamiento jurídico enmarcan y delimitan las posibilidades de actuación del Gobierno, así como del resto de Poderes del Estado y de los ciudadanos, dado que nos encontramos en un Estado de Derecho.

Ahora bien, la corrección o, en su caso, las desviaciones en la conducta de los poderes públicos y de los actores sociales deben ser susceptibles de control externo. Se trata así, en definitiva, de verificar la adecuación de la conducta a la norma jurídica, cuando ésta existe. Obviamente si quien ha de juzgar conforme a Derecho carece de un parámetro jurídico, más o menos cierto, con el que confrontar la actuación correremos el peligro de que el juzgador quiera asumir la función de dirección política que constitucionalmente corresponde al Gobierno.

En lo que se refiere al control de la actuación del Gobierno, el precepto clave es el 26 (al que nos remitimos), que distingue un control «político» por parte de las Cortes Generales y un control jurisdiccional que puede ser, a su vez,

deuda pública y empréstitos (art. 135), el «nombramiento» de los miembros del Tribunal Constitucional (en la parte que le corresponde, artículo 159.1), los poderes extraordinarios sobre las Comunidades Autónomas que incumplen sus obligaciones constitucionales (art. 155) y, en fin, la iniciativa de reforma constitucional (art. 166). Puede verse en su estudio «El Gobierno y su Presidente», en *La Constitución Española, 20 años de democracia* (Congreso de los Diputados y Centros de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998).

⁹ «El Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación», trasunto también del artículo 9.1 de la Constitución.

de carácter constitucional (Tribunal Constitucional) u ordinario (orden jurisdiccional contencioso-administrativo)¹⁰.

El control parlamentario es consecuencia del principio democrático de que el Gobierno ha de ser representativo y responsable. No debemos entrar a analizar la eficacia real del control parlamentario que, en buena lógica, dependerá de la composición de las Cortes Generales (y que, a veces, nos hace pensar que es el Gobierno quien controla a las Cámaras). De momento, basta tan sólo afirmar que este control del Gobierno es la esencia de nuestro régimen político¹¹.

¹⁰ En relación con el control jurisdiccional y la necesidad de parámetros normativos que orienten al Juez (y sin perjuicio de lo que se diga al comentar el artículo 26 de la Ley y de lo que se prescribe en el artículo 2.a de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa), conviene recordar un par de pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que resultan complementarios.

Así, en su Sentencia de 28 de junio de 1994, el Tribunal Supremo señala que:

«... La Constitución ha aportado un trascendente elemento innovador con respecto al régimen jurídico existente con anterioridad, cual es el precepto contenido en el artículo 24.1, en el que se consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho que ofrece una inicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de control jurisdiccional ...».

En la misma Sentencia añade también que:

«Reconocido, sin embargo, que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar, esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 1990, afirma lo siguiente:

«... no toda actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el artículo 97 del texto constitucional, está sujeta al Derecho administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley u otros semejantes, a través de los cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el artículo 97 de la Constitución. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción».

También resulta interesante la lectura de los dos últimos párrafos del apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En definitiva, se trata de reafirmar los principios clásicos que inspiraron al Tribunal Supremo americano (de los Estados Unidos) hace ya algunos años, cuando en 1803 (*Marbury vs. Madison*) se vino a proscribir cualquier zona exenta del control jurisdiccional. En 1962 (*Baker vs. Carr*) afirma el rechazo de las exclusiones apriorísticas de control jurisdiccional. Así, el decidir si una exclusión es válida es, en sí mismo, un delicado ejercicio de interpretación constitucional y es una responsabilidad del Tribunal Supremo como último intérprete de la Constitución.

En buena lógica, esto exige unos jueces que realicen su función de una forma honesta y «sabia». Ahora bien, sólo su función, porque si quieren extralimitarse el sistema se resiente y el equilibrio de poderes deja de ser tal. Parece que en Estados Unidos funciona, ¿y en España?

¹¹ Al respecto, Manuel SÁNCHEZ DE DIOS, «La esencia del régimen: el control parlamentario del Gobierno» (*Política y Sociedad*, 20, 1995).

La confianza parlamentaria inicial y su mantenimiento posterior es la base misma de existencia de un Gobierno concreto y determinado.

Otro punto que cobra especial relevancia al tratar de la dirección política gubernamental se refiere al carácter libérrimo del ámbito de actuación o, por el contrario, a determinar si existe algún límite constitucionalmente establecido que el Gobierno no puede franquear. Obviamente, existen muchos límites jurídicos plasmados en la Constitución y en las leyes que enmarcan o delimitan la acción del Ejecutivo (especialmente cuando actúa en ejercicio de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria).

Ahora bien, cuando desarrolla actividad puramente política en materias no reguladas, o en sectores cuya regulación le permite adoptar cualquier posición, el Gobierno también debe encontrarse sujeto al menos a un límite, tan sencillo y elemental en un «Estado social y democrático de Derecho» como es el de velar —si no ya garantizar— por el interés general.

A veces, lamentablemente, podemos llegar a pensar que el objetivo de quien gobierna es seguir gobernando, mantenerse en el poder (a veces, desgraciadamente, es lo que piensan incluso los gobernantes). La patología de las instituciones y de las personas es siempre evitable. Quien gobierna lo hace para servir el interés general (con arreglo a su programa político).

La Constitución explicita en su artículo 103 que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales». Por supuesto, nadie puede dudar de que el Gobierno ha de hacer lo mismo, y no sólo cuando actúa en su función de director de la Administración. El interés general debe entenderse como finalidad última de toda acción o actuación pública. Generalmente estará definido por las Cortes Generales en ejercicio de su potestad legislativa. No obstante, en muchas ocasiones no existirá tal definición o aparecerá en términos genéricos necesitados de concreción. Esa es la función del Gobierno.

Es cierto que en este punto la política tiende a reunirse con la ética¹², pero no es menos verdad que cualquier otra forma de ver las cosas da miedo.

b) Dirección de la Administración

La Constitución efectúa una clara distinción conceptual entre Gobierno y Administración. Conforme a su artículo 97 (artículo 1.1. de la Ley del Gobier-

¹² Resulta de imprescindible lectura, con independencia de las posturas personales que puedan mantenerse sobre el papel del Estado y la sociedad (o la tensión entre ambos), el Informe Público 1999 del Consejo de Estado francés dedicado al interés general, en cuanto supone una reformulación del concepto, que mira al siglo XXI, válida para países como el nuestro (Conseil d'État. Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général. Etudes et documents n.º 50).

Tampoco debe olvidarse repasar, de vez en cuando, el ya famoso «Informe Nolan» (Normas de conducta para la vida pública), que puede encontrarse en *Documentos INAP*, n.º 9, 1996. Sus objetivos no tienen nada que ver con los del otro texto citado en esta nota, pero es, en sí mismo, una guía práctica para el encuen-

no), el Gobierno dirige la Administración. El Tribunal Constitucional también ha consagrado lo obvio señalando que «...el Gobierno de la Nación que, según el Título IV de la Constitución, aparece diferenciado de la Administración propiamente dicha a la que dirige...»¹³.

Esta última se configura como una persona jurídica, o una pluralidad de personas jurídicas integradas institucionalmente, subordinada al Gobierno y regida por los principios de legalidad, servicio y eficacia. Sin perjuicio de que Gobierno y Administración, director y dirigida, se encuentren íntimamente relacionados, no son lo mismo, por lo que ha parecido conveniente separar la regulación más específica de uno y otra, incluso formalmente, dedicando leyes diferentes a cada uno¹⁴.

Es cierto, sin embargo, que resulta prácticamente imposible referirse al Gobierno sin citar de una manera u otra, en un momento u otro, a la Administración.

De hecho, la estructura básica de la Administración del Estado a nivel de Ministerios coincide en buena medida con la composición del Gobierno y, por consiguiente, con la estructura determinada por sus órganos unipersonales.

Ya nos hemos referido al artículo 97 de la Constitución, dedicado al Gobierno. En cuanto a la Administración, el precepto clave es el artículo 103.1, conforme al cual:

«La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

En el texto transcrito se establecen los principios constitucionales de actuación y organización. Ahora bien, la Constitución no ofrece un tratamiento completo y específico de la Administración.

Ha quedado claro, sin embargo, que la Administración es una institución diferente del Gobierno pero ligada muy estrechamente al mismo. Si bien ejerce potestades públicas con entidad propia es dependiente o se encuentra subordinada al Gobierno. El Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que «el Gobierno y la Administración del Estado son instituciones básicas del Estado, en el sentido del artículo 86.1 de la Constitución»¹⁵.

tro de la política con la ética en un país avanzado, no especialmente corrupto, sino al contrario, como es el Reino Unido (y perfectamente trasladable a España), si bien que en lo relacionado con aspectos formales y procedimentales.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 16/1984, de 6 de febrero.

¹⁴ Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno; Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

A esta cuestión se refiere Luciano PAREJO ALFONSO, «La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia», en *Documentación Administrativa* (números 246-247, septiembre 1996-abril 1997).

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional número 60/1986, de 20 de mayo (FJ 4.º).

Ahora bien, la dependencia a que se ha venido haciendo referencia aparece matizada precisamente por las previsiones del artículo 103 que, al fijar los principios rectores del actuar administrativo, implica la necesidad y el deber de acomodarse a los mismos que pesa sobre la Administración Pública. Así, ésta actúa para la puesta en práctica de las políticas diseñadas por el Gobierno, pero siempre conforme a los principios de legalidad, objetividad, eficacia y servicio al interés general¹⁶.

Por otra parte, si la legitimación democrática del Gobierno es asumida pacíficamente, respecto de la Administración concluyen legitimaciones diferentes. Podemos entender que tampoco cabe duda de la legitimación democrática de la Administración —por transmisión de la que corresponde a los órganos de los que depende y asimismo por su propia fundación en la Constitución—, pero es justo reconocer que en cuanto a ella cobra especial relevancia un criterio de racionalidad basado en la eficacia con que debe lograr sus fines.

Los diversos criterios que pueden utilizarse para distinguir Gobierno y Administración —aparte de la clara previsión constitucional— aparecen plasmados en las leyes reguladoras de ambas instituciones. Y así, conectando con lo que acabamos de ver, la LOFAGE recoge cumplidamente los principios de organización y funcionamiento de la Administración del Estado, desarrollándolos y facilitando su puesta en práctica mediante ocasionales desgloses en objetivos concretos¹⁷.

En cualquier caso, el criterio más sencillo y didáctico de distinción o deslinde se concreta en precisar qué órganos se integran en el Gobierno y cuáles pertenecen a la Administración. Obviamente existen órganos comunes, a nivel de Ministros, con un doble aspecto (político gubernamental y administrativo), sin perjuicio, asimismo, de las competencias administrativas que pueden corresponder también a los órganos colegiados del Gobierno. Los del Gobierno aparecen en el artículo ahora comentado, con todos los problemas que pueden plantear —y así se verá al analizarlos— las figuras con permanente «doble faz», esencialmente los Ministros, así como las dificultades de integración que presentan algunos órganos de apoyo al Gobierno. El resto de órganos son administrativos, o de la Administración. En este punto reviste especial importancia el intento de profesionalización o tecnificación (más virtual que real) que aborda la LOFAGE, estableciendo el requisito de la procedencia funcionarial para la designación de Subsecretarios y Secretarios Generales Técnicos, en todo caso, y de Directores Generales con carácter general; requiriendo para el resto de altos cargos —salvo para los Secretarios de Estado— el cumplimiento de criterios de competencia profesional y experiencia (que podrán ser controlados y revisados jurisdiccionalmente).

¹⁶ Sobre el principio de eficacia, el más «de moda» o más actual para las Administraciones (y los Gobiernos) del siglo XXI puede verse un breve e interesantísimo estudio de Luciano PAREJO ALFONSO, «El reto de la eficaz gestión de lo público» (en *Sistema*, n.º 149/1999).

¹⁷ Véase el Título primero («disposiciones generales») de la LOFAGE y, en especial, los artículos 3 («principios de organización y funcionamiento») y 4 («principio de servicio a los ciudadanos»).

En cuanto al resto de órganos directivos en el ámbito de la denominada organización central de la Administración (Subdirectores Generales) pocas dudas pueden plantearse, puesto que su situación funcional sigue siendo la de «actividad» sin aparecer —o deber aparecer— en modo alguno distorsionada o modificada por perfiles políticos.

Ahora bien, junto a los órganos centrales o ministeriales, encontramos que la Administración estatal se encuentra también presente en el territorio del Estado y fuera de él. La nueva estructura periférica diseñada por la LOFAGE gira en torno a la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma y a su titular, esto es, el Delegado del Gobierno. Pues bien, el citado Delegado, además de dirigir y supervisar todos los servicios de la Administración del Estado en el territorio, asume la representación del Gobierno en el mismo (artículo 22.1 LOFAGE). Es decir, no es Gobierno, no aparece contemplado en la Ley del Gobierno como órgano colaborador, pero, sin embargo, representa a aquél, aun cuando ésta no es una exigencia del artículo 154 de la Constitución. Esta circunstancia le dota de un perfil eminentemente político que le convierte en correa de transmisión para el desarrollo y ejecución de las políticas gubernamentales en el territorio. No cabe duda, además, de que aun cuando la Ley del Gobierno, como hemos visto, no le considere entre los órganos de colaboración y apoyo, participa de tal naturaleza, al menos en una de sus caras, pues de él también es predicable la doble faz —política y administrativa— que concurre en otros elementos de la organización.

En cuanto a la Administración estatal en el exterior conviene constatar que las Misiones Diplomáticas o Representaciones representan al Estado —al «Reino de España», conforme al artículo 36 de la LOFAGE— ante otros Estados o ante Organizaciones Internacionales, respectivamente. La figura clave es aquí la del Embajador o Representante Permanente, del que cabe hacer las mismas consideraciones ya formuladas respecto a los Delegados del Gobierno. El interés de la LOFAGE por resaltar el carácter institucional de estos órganos como representantes del Estado no puede ocultar en modo alguno su marcado perfil político en todo lo que respecta a la actuación que deben desarrollar.

Por otra parte, la cúspide de la Administración está diseñada por el Gobierno y además se encuentra ocupada por las personas que el mismo designa o, al menos, no remueve. Esto es un hecho, una realidad jurídicamente aceptada y políticamente necesaria (Ministros, Secretarios de Estado y resto de altos cargos). Ahora bien, lo fundamental en la dirección de la Administración no es la disciplina interna o la adopción de decisiones que se agotan en la propia organización. Al Gobierno se le dota de unos medios que posibilitan llevar a la práctica sus funciones de dirección política y de dirección de la Administración, como son la potestad reglamentaria y la función ejecutiva.

Sin perjuicio de que luego nos referiremos expresamente a ello, conviene avanzar que la potestad reglamentaria permite al Gobierno producir normas

jurídicas que, en colaboración y desarrollo, en su caso, de las emanadas por las Cortes Generales, sirvan para llevar a efecto su programa político de gobierno.

Ahora bien, en el ejercicio de la potestad reglamentaria —igual que en el ejercicio de la función ejecutiva— se produce una necesaria colaboración —incluso retroalimentación— de los órganos que integran la Administración, pues a nadie se le oculta que los trabajos preparatorios de los textos normativos son (o suelen ser) elaborados por la misma Administración que, en muchos supuestos, va a ser la destinataria total o parcial de las normas.

La función ejecutiva aparece íntimamente relacionada con la dirección de la Administración. Al Gobierno corresponde adoptar los planes, decisiones o criterios que debe ejecutar la Administración. Ésta se configura como una organización servicial y profesionalizada creada y diseñada para llevar a efecto, con eficacia y conforme a Derecho, las políticas definidas por el Gobierno.

Se trata, así y en cualquier caso, de mantener una autonomía relativa entre Gobierno y Administración, para lograr lo que se ha dado en llamar la neutralidad política de la Administración y la neutralidad administrativa del Gobierno¹⁸. Poner el acento en la profesionalización de la Administración con una regulación objetiva y justa de la Función Pública (artículo 103.3 de la Constitución), junto al propio desarrollo organizativo y funcional de aquella, llevará a lo que el profesor GARRIDO FALLA denomina «la eficacia indiferente»¹⁹: una Administración que desarrolla eficaz y legalmente las políticas diseñadas por cualquier Gobierno. Esto significa esencialmente destacar el carácter o la naturaleza institucional de la Administración Pública.

Ahora bien, el proceso de aplicación de las directrices gubernamentales no puede agotarse en el esquema de que el Gobierno elabora planes y programas y fija objetivos, por un lado, y la Administración adopta las medidas necesarias para ponerlas en práctica. La dirección de la Administración supone que el Gobierno puede y debe llevar a cabo un seguimiento de la ejecución de sus políticas, principalmente a través de los «órganos bisagra» que son los Ministros, cuestión ésta que la LOFAGE aborda y exige.

Por otra parte, debe también tenerse en cuenta que la dirección del Gobierno se desarrolla sobre la Administración cualquiera que sea la personificación que en su seno pretenda adoptarse y, por tanto, respecto de todas las organizaciones que en la misma se integran de una u otra manera. El carácter instrumental de los Organismos Públicos —Organismos Autónomos o Entidades Públicas Empresariales— exige su dirección y control, ya sea directo o indirecto, por parte de un departamento ministerial, cuyo titular es un miembro del Gobierno. Con independencia de la opinión que pueda merecernos el fenómeno conocido como «huida del Derecho administrativo», no cabe duda de que su

¹⁸ Fernando GARRIDO FALLA, «Gobierno y administración». *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1991-92.

¹⁹ Fernando GARRIDO FALLA (*ob. cit.*).

ámbito propio se sitúa en la gestión y en la aplicación preferente de una u otra parte del Derecho. Sin embargo, ello no puede afectar a su dependencia y control ministerial y, por consiguiente, gubernamental.

Algo parecido cabe señalar con respecto a las entidades que adoptan una forma jurídica de Derecho privado —sociedades mercantiles o fundaciones— cuyo control se garantiza a través de la designación de los miembros de su Consejo de Administración o de su Patronato.

Más alejadas de la Administración matriz, ya en las fronteras de una verdadera autonomía no sólo de gestión, sino también de decisión, se sitúan las denominadas «Administraciones independientes» que, en ocasiones por mandato constitucional o por una norma de Derecho internacional o comunitario, parecen superar el sometimiento al Ejecutivo. Ciertamente, su actuación en determinados ámbitos para los que los objetivos aparecen definidos por instituciones ajenas al Gobierno o el interés general aparece concretado normativamente, implica que la facultad de dirección del Gobierno se encuentre limitada y, en ocasiones, coartada por ser contraproducente para los fines pretendidos.

c) La defensa del Estado

Junto a la mención de que el Gobierno dirige la Administración militar se sitúa una referencia concreta a la dirección de la defensa del Estado.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 123/1988, de 23 de junio, «las particularidades que poseen las Fuerzas Armadas no excluyen su carácter de Administración pública». Son Administración pública e institución²⁰.

La defensa nacional se define en la Ley Orgánica reguladora de los criterios básicos de Defensa Nacional y Organización Militar como:

«La disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución»²¹.

No puede olvidarse que, según el artículo 8.2 de la Constitución, «una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios

²⁰ Al respecto puede verse Juan-Cruz ALLI TURRILLAS, *La profesión militar* (INAP. Madrid, 2000).

²¹ Artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, reguladora de los criterios básicos de Defensa Nacional y Organización Militar.

de la presente Constitución». En el apartado 1 del mismo artículo se manifiesta que las Fuerzas Armadas tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

El papel del Gobierno, junto a otras instituciones básicas del Estado, es esencial. Ahora bien —con independencia de que se trate de cuestiones más o menos formales o materiales— existe un delicado equilibrio en el papel de dirección de la defensa y las Fuerzas Armadas.

De esta manera, «corresponden al Rey las funciones que, en materia de defensa nacional, le confieren la Constitución, las Reales Ordenanzas y las demás leyes y, en especial, el mando supremo de las Fuerzas Armadas»²².

El artículo 62.h) de la Constitución precisa que corresponde al Rey «el mando supremo de las Fuerzas Armadas».

Por otra parte, «las Cortes Generales aprueban las leyes relativas a la defensa, los créditos presupuestarios correspondientes y ejercen el control de la acción del Gobierno y de la Administración Militar²³», es decir, ejercen sus potestades constitucionales también —como no podía ser de otra forma— en el ámbito de la defensa y de la Administración Militar.

El Gobierno dirige la Administración Militar y la defensa del Estado y, según la Ley Orgánica 6/1980, «el Gobierno, asistido por la Junta de Defensa Nacional... determina la política de defensa y asegura su ejecución» (artículo 7). Ahora bien, dentro del Gobierno deben distinguirse las funciones y competencias de sus miembros y órganos. De esta forma, el Presidente del Gobierno, según el artículo 2.2 de la propia Ley del Gobierno, dirige la política de defensa y ejerce respecto de las Fuerzas Armadas las funciones previstas en la legislación reguladora de la defensa nacional y de la organización militar. Esta norma, como ya hemos visto, es la Ley Orgánica 6/1980, modificada en algunos preceptos (como es el caso del que ahora vamos a citar) por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero. Pues bien, según su artículo 8 corresponde al Presidente del Gobierno la dirección de la política de defensa, y así ordena, coordina y dirige la actuación de las Fuerzas Armadas. Asimismo, se le atribuye la dirección de la guerra, la formulación de las directivas para las negociaciones exteriores y la definición de los grandes planteamientos tanto estratégicos como de la política militar. Por último, y aun cuando pueda parecer algo reiterativo, define los grandes objetivos estratégicos, aprueba los planes que se derivan de esta definición, la distribución general de las fuerzas y las medidas destinadas a proveer las necesidades de los ejércitos.

Además, es tradicional y necesario que exista un miembro del gobierno con rango ministerial dedicado especialmente a esta área fundamental de actividad

²² Artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1980.

²³ Artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1980.

del Gobierno. El Ministro de Defensa resulta específicamente tratado en la Ley Orgánica 6/1980, a la que nos remitimos²⁴.

Conviene destacar, por último, la previsión que en la Ley Orgánica se hace de un específico órgano de colaboración (o apoyo) al Gobierno (aunque no aparece citado como tal en la Ley del Gobierno) en la función de dirección de la defensa. El artículo 9 prevé que «la Junta de Defensa Nacional es el órgano superior asesor y consultivo del Gobierno en materia de Defensa Nacional». La Junta es presidida por el Presidente del Gobierno, cuando no asista el Rey, y la componen diferentes miembros del Gobierno junto a altos cargos militares.

La complejidad de la dirección de la defensa del Estado hace conveniente y relevante la actuación de este órgano.

No podemos olvidar, sin embargo, que la defensa nacional no sólo tiene un componente militar —aunque éste sea el más importante—, sino también, siguiendo a GARCÍA FERNÁNDEZ, «un componente diplomático, un componente económico-tecnológico y otro de carácter tuitivo civil, tal y como se desprende del artículo 149.1.4 de la Constitución, que distingue la defensa y las Fuerzas Armadas»²⁵.

d) La función ejecutiva y la potestad reglamentaria

Algo se ha dicho ya anteriormente de estas dos clásicas competencias propias del Gobierno, como son la función ejecutiva y la potestad reglamentaria.

Ambas son complementarias o, quizá, podríamos decir que la primera engloba a la segunda, al menos en parte, puesto que la potestad reglamentaria típica supone el tradicional cometido de ejecutar las leyes mediante los reglamentos.

Conviene transcribir parcialmente las manifestaciones de nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre (fundamento jurídico 11.º):

«La función legislativa tiene por objeto ordinario la producción de normas dirigidas a la ordenación justa y racional de la comunidad y la función ejecutiva el de actuar en atención a un fin concreto de interés general y de ello se desprende que el contenido material de las leyes singulares es, al menos en parte, actividad ejecutiva o de administración y, en su consecuencia, que dichas Leyes constituyen intervención del legislador en el ámbito de poder del gobernante y administrador.

Procede, sin embargo, señalar que la evolución histórica del sistema constitucional de división de poderes ha conducido a una flexibili-

²⁴ En especial conviene detenerse en su artículo 10, redactado también por la Ley Orgánica 1/1984.

²⁵ Javier GARCÍA FERNÁNDEZ, *El Gobierno en acción* (Ed. Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995).

zación que permite hoy hablar, salvo en reservas materiales de ley y en actividades de pura ejecución, de una cierta fungibilidad entre el contenido de las decisiones propias de cada una de dichas funciones, admitiéndose pacíficamente que su separación ya no se sustenta en la generalidad de una y la singularidad de la otra y que, según se deja ya dicho, es lícito al legislador adoptar decisiones singulares cuando así lo requieran situaciones singulares, al igual que es lícito a la Administración completar la función normativa de aquél mediante el ejercicio de su poder reglamentario.

De todo ello, no puede desconocerse que la Constitución encomienda la potestad legislativa del Estado a las Cortes Generales —artículo 66.2— y la ejecución al Gobierno —artículo 97— y, por tanto, esta separación debe ser normalmente respetada a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de dichos poderes en la función propia del otro».

La colaboración entre los poderes del Estado es pues necesaria para alcanzar los fines constitucionalmente asignados.

Debe tenerse en cuenta desde un principio que el ámbito de la función ejecutiva del Gobierno debe incluir muy señaladamente a la Administración. La ejecución sistemática de las leyes, es decir, la puesta en práctica de las declaraciones teóricas contenidas en las normas emanadas del Poder Legislativo, corresponde al Gobierno (artículo 97 de la Constitución) y a la Administración (con arreglo a las previsiones del artículo 103), cuando aquéllas exijan la intervención de Gobierno y Administración en garantía del interés general.

Esta función comporta además, como ha señalado acertadamente SANTAMARÍA PASTOR²⁶, erigir al Gobierno en el órgano primariamente encargado y responsable de llevar a efecto las decisiones y directrices emanadas del Parlamento y, en consecuencia, dotado de una competencia residual para llevar a cabo los mandatos parlamentarios en defecto de previsión normativa al respecto.

En este ámbito, al igual que en ejercicio de la potestad reglamentaria, el Gobierno se encuentra sujeto al control de Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de acuerdo con las previsiones del artículo 26.3 de la Ley del Gobierno en relación con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en especial sus artículos 1.1 y 2).

La potestad reglamentaria, aun cuando ya se señaló la posibilidad de incluirla en un concepto genérico de función ejecutiva, lo cierto es que en la Constitución y, por supuesto, también en la Ley del Gobierno se cita al lado de ésta pero con autonomía propia. Es cierto que el ejercicio de la potestad reglamentaria no tiene que concretarse exclusivamente en la emisión de reglamentos eje-

²⁶ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, 1985.

cutivos, habida cuenta de la posibilidad de aprobar reglamentos *praeter legem* o independientes cuando no existe una reserva de ley en la materia.

Los artículos esenciales de la Ley respecto de la potestad reglamentaria del Gobierno son el 23 (cuya rúbrica es precisamente «de la potestad reglamentaria») y el 24 («del procedimiento de elaboración de los reglamentos»), a cuyos comentarios procede remitirse desde este momento.

Cabe ahora, simplemente, dar algunas claves de esta función típica del Gobierno.

Así, la potestad reglamentaria originaria corresponde exclusivamente al Gobierno (conforme al artículo 97 de la Constitución). Por esto mismo el Gobierno puede conferir válidamente la potestad reglamentaria a otros órganos²⁷. Además, la desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones, necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma; así, la habilitación al Gobierno que contiene el artículo 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, identificando al titular único de la competencia en el Consejo de Ministros, sino también a quienes componen el órgano colegiado y a instituciones (como, por ejemplo, puede ser el Banco de España)²⁸. En el caso de los reglamentos ejecutivos se concreta, además, la colaboración entre Poderes ejecutivo y legislativo.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1982, de 4 de mayo señala lo siguiente:

«... no puede desconocerse el carácter que la moderna doctrina atribuye a la potestad reglamentaria como una técnica de colaboración de la Administración con el poder legislativo, como un instrumento de participación de la Administración en la ordenación de la sociedad, que relativiza la distinción entre los productos normativos de la Administración con mero valor reglamentario y los que adquieren fuerza de ley y acentúan, por el contrario, el elemento de la delegación legislativa que habilita a la Administración para ejercer facultades normativas.

La distinción entre ley y reglamento acentúa los perfiles en el terreno de la eficacia y de los instrumentos de control, pero pierde importancia cuando se contempla desde la perspectiva de la regulación unitaria de una materia, que es la que tiene presente el constituyente al reservar al Estado la legislación laboral, pues desde esta perspectiva, si no siempre, es evidente que en muchas ocasiones aparecen en íntima colaboración la ley y el reglamento, dependiendo el ámbito objetivo de cada uno de estos instrumentos de la mayor o menor promenorización

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1988, de 4 de febrero.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 135/1992, de 5 de octubre.

del texto legal y de la mayor o menor amplitud de la habilitación implícitamente concedida para su desarrollo reglamentario. En todo caso, resulta cierto que la materia cuya ordenación jurídica el legislador encomienda al reglamento puede en cualquier momento ser regulada por aquél, pues en nuestro ordenamiento no se reconoce el principio de reserva reglamentaria». (Fundamento jurídico 3.º).

Añade el alto Tribunal en el Fundamento jurídico 4.º que:

«Este aspecto de colaboración entre la ley y reglamento en la ordenación de una materia, sin embargo, sólo adquiere verdadera virtualidad en relación en aquellos reglamentos en los que se acentúa la idea de ejecución o desarrollo de la ley, y al propio tiempo la exigencia de una más específica habilitación legal. Existe en nuestro Derecho una tradición jurídica que dentro de los reglamentos, como disposiciones generales de la Administración con rango inferior a una ley, y aun reconociendo que en todos ellos actúa el ejercicio de la función ejecutiva en sentido amplio, destaca como «reglamentos ejecutivos» aquéllos que están directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada y cumplimentada o ejecutada por el reglamento. Son reglamentos que el Consejo de Estado ha caracterizado como aquéllos «cuyo cometido es desenvolver una ley preexistente o que tienen por finalidad establecer normas para el desarrollo, aplicación y ejecución de una ley». Pero, junto a éstos, existen los reglamentos de organización que, todo lo más, alcanzan a normar las relaciones de la Administración con los administrados en la medida en que ello es instrumentalmente necesario para integrarse éstos de una u otra forma en la organización administrativa, pero no en los derechos y obligaciones de éstos en aspectos básicos de carácter general. Sin tratar la cuestión de si dichos reglamentos tienen verdaderamente carácter independiente, cuestión que aquí no es necesario resolver, hay que admitir que los mismos no aparecen necesariamente como complementarios de la ley».

En pocas frases el Tribunal Constitucional configura en gran medida el marco en que se mueve el ejercicio de la potestad reglamentaria, si bien que con un error de base. Por mucho que se diga y se repita en sentencias y manuales, la potestad reglamentaria (al menos la originaria y, en todo caso, la de dictar reglamentos directamente ejecutivos) no corresponde a la Administración, sino al Gobierno. Querer confundir Gobierno y Administración es un ejercicio con poco sentido hoy día, que simplemente demuestra el anclaje de los conceptos en instituciones periclitadas de épocas afortunadamente ya pasadas y casi olvidadas (la Ley del Gobierno acaba con la legislación general del Derecho administrativo preconstitucional).

Volviendo a los pronunciamientos del Tribunal, éste reitera la distinción conceptual entre ley y reglamento. Se afirma que la potestad reglamentaria es una técnica de colaboración con el poder legislativo, principalmente por lo que se refiere a los reglamentos ejecutivos, sin perjuicio de la existencia, antes afirmada, de reglamentos *praeter legem* o independientes.

Por otra parte, el Tribunal afirma con absoluta claridad la inexistencia del principio de reserva reglamentaria.

Por último, conviene citar el artículo 5.1.h de la propia Ley del Gobierno, con arreglo al cual corresponde al Consejo de Ministros «aprobar los reglamentos para el desarrollo y ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan». Se configura así al Consejo de Ministros como el órgano al que naturalmente corresponde la aprobación de los reglamentos, especialmente los ejecutivos. Los Ministros ejercen la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento (artículo 4.1.b). El Presidente del Gobierno, por su parte, es quien ejercita la potestad reglamentaria en materia de composición y organización del Gobierno, así como de sus órganos de colaboración y apoyo (artículo 17.a). Sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria por cada órgano del Gobierno volveremos en los respectivos artículos.

Interesa destacar, por último y como antes se indicó, que el control de la potestad reglamentaria corresponde a los Tribunales. Aparte de las normas antes citadas, conviene remitirse también a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, según el cual «el control de la legalidad de las normas reglamentarias es competencia propia del Poder Judicial, quedando fuera de las cuestiones de inconstitucionalidad»²⁹.

El resultado de tal control de legalidad hecho por los órganos judiciales queda sometido a la decisión del Tribunal Constitucional en vía de recurso de amparo, cuando a tal resultado se imputa una violación de alguno de los derechos fundamentales protegidos por esta vía³⁰.

También cabe excepcionalmente la vía de recurso de amparo constitucional para impugnar directamente normas reglamentarias, una vez agotada la vía judicial previa, cuando a ellas se anude, sin necesidad de acto concreto de aplicación, la violación de alguno de los derechos protegibles por este recurso de amparo constitucional, siempre que el demandante de amparo ostente un interés legítimo, que debe ser cualificado o específico, no bastando que haya sido parte en el previo proceso judicial³¹.

²⁹ Sentencias del Tribunal Constitucional 209/1987, de 22 de diciembre; 78/1990, de 26 de abril y 36/1991, de 14 de febrero.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 209/1987, de 22 de diciembre.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1989, de 3 de febrero.

2.3. *Composición del Gobierno*

El artículo 98.1 de la Constitución dispone que «el Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la Ley».

El texto definitivo fue resultado de una enmienda presentada por el Grupo Socialista del Congreso aceptada por unanimidad. En su redacción final, por tanto, se contempla la tradición constitucional y administrativa española, asumiendo además —como destaca el Diario de Sesiones³² en palabras del Diputado Peces-Barba Martínez— «la preocupación, muy justa, de la Ponencia por dejar abierta la posibilidad de que existan otros miembros del Gobierno, como serían, por ejemplo, los Secretarios de Estado».

El apartado primero del artículo 98 contiene, por tanto, una llamada al legislador ordinario para que complemente la regulación constitucional relativa a la composición del Gobierno (la otra remisión a la Ley se encuentra en el apartado cuarto del mismo artículo, para todo lo relativo al estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno).

Al inicio del comentario a este artículo se afirmaba, siguiendo a DE OTTO, que el Gobierno es un «órgano constitucional inmediato», significando esto que el mismo no puede ser suprimido ni privado de sus características orgánicas y competenciales propias de origen constitucional si no es a través de una reforma de la Constitución («garantía institucional»). Ahora bien, está claro que nuestra norma fundamental no establece una regulación acabada, completa e inalterable por la acción del legislador ordinario, dado que incluso contiene concretas remisiones al mismo, especialmente en el punto que ahora estamos tratando.

La Ley del Gobierno opta por el desarrollo legislativo más restrictivo y austero —también el más simple y continuista con nuestra tradición histórica— del precepto constitucional. Así, dispone el apartado segundo de su artículo 1 que «el Gobierno se compone del Presidente, del Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso, y de los Ministros», reproduciendo casi literalmente el artículo 98.1 de la Constitución.

De esta forma se mantiene, como no podía ser de otra manera, el carácter no obligatorio —o potestativo para el Presidente— de los Vicepresidentes, cuya existencia real en cada formación concreta del Gobierno dependerá precisamente de la decisión presidencial. No se ha estimado conveniente, por otra parte, realizar ningún tipo de concreción sobre el inciso final del apartado primero del artículo 98 de la Constitución, incrementando el número de categorías de quienes pueden ser miembros del Gobierno, aun cuando, como ya hemos

³² *Diario de Sesiones del Congreso*, 6 de junio de 1978, p. 2953. Aparece citado en Fernando GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 2.ª edición ampliada. Editorial Civitas. Madrid, 1983.

visto, el citado precepto constitucional lo permite y habilita. Tal vez convenga precisar en este punto que, si bien se contempla expresamente la figura de los «Ministros sin cartera»³³ —con un carácter aún más estrictamente político que los titulares de Departamentos, habida cuenta de que aparecen descargados, al menos en gran medida, de la gestión administrativa— no cabe duda alguna de que su consideración es precisamente la de Ministros³⁴. No se trata, por consiguiente, de esos otros posibles miembros del Gobierno previstos en el artículo 98.1 tantas veces citado.

Como después se verá, al analizar el precepto, resulta importante constatar desde ahora que el artículo 12.3 de la Ley del Gobierno, atendiendo a la peculiaridad de las figuras esencialmente políticas de Vicepresidentes y Ministros sin cartera, establece expresamente que su separación como miembros del Gobierno «llevará aparejada la extinción de dichos órganos». Es decir, se requerirá una nueva y expresa decisión del Presidente para crear otra vez ese órgano —aun cuando vaya a tener idéntica configuración y competencias que el extinguido—, proponiendo al Rey el nombramiento de su titular, sin que quepa la simple sustitución en el cargo.

Con independencia de lo que luego se dirá al comentar el artículo 7, puede anticiparse que la Ley opta por potenciar el *status* de los Secretarios de Estado —así lo señala expresamente la Exposición de Motivos—, órganos de colaboración muy cualificados —y próximos— de los miembros del Gobierno. El reformamiento de esta figura no supone en modo alguno su incorporación al Gobierno. No están incluidos entre los miembros del Gobierno. Antes al contrario, la Ley del Gobierno aclara cualquier duda que pudiera existir, afirmando con rotundidad que son exclusivamente «órganos de colaboración» del Gobierno. En realidad, cualquier interpretación distinta a la luz de la normativa preexistente³⁵ no podía dejar de ser interesada puesto que ninguna ley —ni otra norma jurídica— había llegado a afirmar su carácter de miembros del Gobierno.

³³ Véase el artículo 4.2 de la propia Ley del Gobierno.

³⁴ La Exposición de Motivos de la Ley se refiere expresamente a su consideración de verdaderos Ministros.

³⁵ Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio, por el que se reestructuran determinados Órganos de la Administración Central del Estado, en el que se crea la figura del Secretario de Estado, intermedia entre Ministro y Subsecretario. También la Ley 10/1983, de 16 de agosto, de Organización de la Administración Central del Estado.

Tal vez merece la pena recordar, como hace Luis María Díez-PICAZO en su breve obra *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno* (Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1996), que la cuestión sobre quiénes son o pueden ser esos «otros miembros del Gobierno» en España «sólo haya llegado a adquirir relevancia práctica precisamente a la hora de definir el ámbito personal de aplicabilidad del régimen de responsabilidad penal de los miembros del Gobierno». Añade el autor que «a lo largo de los últimos años (la obra está escrita en 1996), ha habido varias iniciativas gubernamentales tendentes a aprobar una ley reguladora de la organización del Gobierno; y, además, dichas iniciativas no sólo han coincidido en el tiempo con el descubrimiento de ciertos escándalos que podían llegar a involucrar a cargos políticos del Poder Ejecutivo distintos de los Ministros, sino que indefectiblemente han intentado ampliar el ámbito personal de aplicabilidad del artículo 102 CE mediante la simple declaración de que ciertos cargos políticos encuadrados en el Poder Ejecutivo (Secretarios de Estado, Subsecretarios, etc.) son miembros del Gobierno». Concluye indicando que «ante las duras críticas suscitadas, ninguna de esas iniciativas ha llegado a prosperar».

Es cierto, y así lo hemos visto, que los constituyentes pensaban en la, entonces recién creada, figura del Secretario de Estado cuando dejaron abierta la posibilidad de que el legislador ordinario ampliara las categorías de miembros del Ejecutivo; y ha sido el citado legislador quien, al menos hasta el momento actual, ha cerrado la puerta zanjando toda controversia al respecto.

2.4. Estructura del Gobierno

Como señala el profesor SANTAMARÍA PASTOR³⁶, la Constitución se refiere al Gobierno como una realidad fundamentalmente orgánica, por ello se hace preciso analizar su estructura que, a su vez, demuestra una inevitable interrelación también orgánica y personal del Gobierno con la Administración.

El Gobierno se configura como un «órgano complejo»³⁷ integrado por diversos órganos —unipersonales y colegiados—.

De esta forma, la Ley del Gobierno, con base en la Constitución, no asume la identificación o equiparación absoluta entre Gobierno y Consejo de Ministros propia de épocas ya pasadas —porque demuestra una toma de postura jurídico-política sobre la posición del Ejecutivo—, pero que aún sigue teniendo reflejo en ciertas manifestaciones doctrinales³⁸.

El Consejo de Ministros es el principal órgano colegiado del Gobierno y, como tal, sus decisiones revelan la voluntad colegiada o colectiva del mismo. Sin embargo, el Gobierno es algo más y se ha de manifestar también a través de otros órganos o por otros medios.

³⁶ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR. «Gobierno y Administración: una reflexión preliminar», en *Documentación Administrativa*, n.º 215 (julio-septiembre 1988).

³⁷ Luis María Díez-PICAZO. «La estructura del Gobierno en el Derecho español», en *Documentación Administrativa*, n.º 215 (julio-septiembre 1988); Javier GARCÍA FERNÁNDEZ con meridiana claridad didáctica en *El Gobierno en acción* (BOE-CESCO. Madrid, 1995).

³⁸ Ignacio DE OTTO (*ob. cit.*) veía clara la distinción conceptual y orgánica entre ambos; Javier GARCÍA FERNÁNDEZ (*ob. cit.*) realiza una impecable construcción al respecto. También, en el mismo sentido, Luciano PAREJO ALFONSO (véase la obra colectiva *Estudios sobre el Gobierno*. Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado. Madrid 1996).

Otros, justamente lo contrario, defienden la identificación entre Gobierno y Consejo de Ministros, así, Aurelio GUAITA (*El Consejo de Ministros*. Escuela Nacional de Administración Pública. Madrid, 1967); Fernando GARRIDO FALLA (*ob. cit.*); Luis María Díez-PICAZO (*ob. cit.*) y Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (*ob. cit.*). Eclécticos en su exposición, pero claramente partidarios de esta tesis se muestran Alfredo GALLEGU ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH («Funciones del Gobierno», análisis del artículo 97 en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Ed. Cortes Generales-Edersa, Madrid 1998, Tomo VIII). También Juan Luis PÉREZ FRACESH en su obra *El Gobierno* (Ed. Tecnos, 1998), habida cuenta de que la Ley del Gobierno no incluye otros miembros en el Gobierno distintos de los previstos en el artículo 98 de la Constitución.

Manuel ALBA NAVARRO («Artículo 98. Composición y Estatuto del Gobierno», en *Comentarios...*, Congreso de los Diputados-Edersa, 1998), con referencia ya a la Ley del Gobierno conviene en que los términos «Gobierno» y «Consejo de Ministros» no son idénticos, configurando al primero como «un centro de imputación de un complejo multiorgánico que integran el Presidente, los Vicepresidentes, en su caso, los Ministros, el propio Consejo de Ministros y las Comisiones Delegadas del Gobierno».

A esta conclusión se llega a través de una interpretación literal (basta leer los artículos 98.1 y 116.2 y 3), lógica, histórica (por comparación con los textos preconstitucionales) y sistemática. Es sencillo observar que la terminología utilizada por el texto constitucional en numerosos artículos no utiliza Consejo de Ministros y Gobierno como sinónimos³⁹.

El recurso simplista de entender que como la Ley del Gobierno no incluye nuevos miembros del Gobierno distintos de los tradicionales podemos seguir equiparando Gobierno con Consejo de Ministros, olvida que lo esencial son los conceptos. Por tanto, aun cuando se haya decidido mantener la composición tradicional del Gobierno, ello sólo es reflejo de una opción legislativa que la Constitución permite, pero no supone una variación o alteración de los conceptos institucionales que nuestra Carta Magna maneja conscientemente.

Aun cuando pueda resultar un simple recurso dialéctico, una *boutade* simpática, pero no técnico-jurídica, podríamos afirmar que identificar Gobierno con Consejo de Ministros nos llevaría a entender que España sólo tiene Gobierno los viernes por la mañana (día en que se viene reuniendo el Gobierno en Consejo de Ministros), aunque la sensación de los españoles sea, lógicamente de acuerdo con la naturaleza de la institución, que el Gobierno es un órgano permanente que, habida cuenta de su carácter complejo, actúa a través de sus órganos colegiados (Consejo de Ministros y Comisiones Delegadas del Gobierno) y de los unipersonales (cada uno de sus miembros: Presidente, Vicepresidentes y Ministros) continua y constantemente. Y así, además, lo prevé expresamente la Constitución⁴⁰.

En consecuencia, surgen al instante diversas preguntas: ¿las funciones del Presidente no son del Gobierno?, ¿sus actos no son actos del Gobierno?, ¿y los de los Ministros?, ¿no tienen los Ministros potestad reglamentaria?, ¿sólo vincu-

³⁹ Cuando el artículo 116.2 preceptúa que «el estado de alarma será «declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros...» (exactamente igual el artículo 116.3 para el estado de excepción), no puede entenderse que Gobierno y Consejo de Ministros son dos términos que se refieren a un mismo concepto.

⁴⁰ Luciano PAREJO ALFONSO (*ob. cit.*) se refiere a una serie de preceptos constitucionales que me voy a permitir citar textualmente:

- Art. 98.2, que deja a salvo —con ocasión de la atribución al Presidente de las funciones de dirección y coordinación— «la competencia y responsabilidad de éstos (los demás miembros del Gobierno) en su gestión».
- Arts. 109, 110 y 111, que contemplan relaciones jurídico-constitucionales (a través de las figuras de la información y ayuda a las Cortes, la asistencia a las sesiones de sus Cámaras, el informe a las mismas y las preguntas e interpelaciones parlamentarias) entre cualquiera de las Cámaras y el Gobierno, y también de cada uno de sus miembros.
- Art. 112, que otorga al presidente del Gobierno (que no resulta vinculado por la previa deliberación del Consejo de Ministros) la facultad de plantear al Congreso de los Diputados la cuestión de confianza.
- Art. 115.1, que atribuye al Presidente del Gobierno, bajo su exclusiva responsabilidad (si bien que también previa deliberación del Consejo de Ministros), la facultad de proponer la disolución del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Cortes Generales.
- Art. 162.1.a), que confiere al Presidente del Gobierno la legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

lan al Gobierno los acuerdos adoptados en Consejo de Ministros?, ¿conforme al artículo 107 de la Constitución, el Consejo de Estado debería ser sólo órgano consultivo del Consejo de Ministros y no de cada uno de éstos?, ¿existe el Gobierno tras la investidura del Presidente y su nombramiento por el Rey? O, lo que puede resultar aún más claro, si la Ley del Gobierno hubiese optado por incrementar el número de categorías de los miembros del Gobierno, tal y como permite la Constitución, ¿alguien sería capaz de mantener la identificación?

En otro orden de cosas, y partiendo de que el Gobierno es un órgano complejo, esta circunstancia implica la existencia de relaciones entre sus diferentes órganos y de principios o criterios que han de presidir, articular o configurar su organización y funcionamiento. Nos encontramos así con los siguientes principios fundamentales⁴¹:

- El de dirección presidencial, que otorga al Presidente del Gobierno la facultad o competencia para determinar las directrices políticas que deberá seguir el Gobierno en su conjunto y cada uno de sus miembros, dirigiendo así la acción gubernamental y coordinando a los mismos.
- El de responsabilidad solidaria del Gobierno, que se hace efectivo principalmente a través de la figura del Presidente, y también como consecuencia de su acción o actuación colegiada.
- Y, por último, el de competencia y responsabilidad directa de los miembros del Gobierno en su gestión, que otorga a los mismos una amplia autonomía en el desarrollo de su actividad, esencialmente departamental.

Los tres principios se deducen claramente de nuestra Constitución y aparecen reflejados explícitamente en el texto de la Ley del Gobierno, pero no puede ocultarse, como se verá al tratar el artículo correspondiente (artículo 2 de la Ley), que el primero —dirección presidencial— tiene un mayor peso específico.

⁴¹ Estos principios aparecen citados expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley del Gobierno. Al respecto puede verse Luciano PAREJO ALFONSO (*ob. cit.*).

ARTÍCULO 2. DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO

1. El Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de los Ministros en su gestión.
2. En todo caso, corresponde al Presidente del Gobierno:
 - a) Representar al Gobierno.
 - b) Establecer el programa político del Gobierno y determinar las directrices de la política interior y exterior y velar por su cumplimiento.
 - c) Proponer al Rey, previa deliberación del Consejo de Ministros, la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales.
 - d) Plantear ante el Congreso de los Diputados, previa deliberación del Consejo de Ministros, la cuestión de confianza.
 - e) Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo, previa autorización del Congreso de los Diputados.
 - f) Dirigir la política de defensa y ejercer respecto de las Fuerzas Armadas las funciones previstas en la legislación reguladora de la defensa nacional y de la organización militar.
 - g) Convocar, presidir y fijar el orden del día de las reuniones del Consejo de Ministros, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 62.g) de la Constitución.
 - h) Refrendar, en su caso, los actos del Rey y someterle, para su sanción, las leyes y demás normas con rango de ley, de acuerdo con lo establecido en los artículos 64 y 91 de la Constitución.
 - i) Interponer el recurso de inconstitucionalidad.
 - j) Crear, modificar y suprimir, por Real Decreto, los Departamentos Ministeriales, así como las Secretarías de Estado. Asimismo, le corresponde la aprobación de la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno.
 - k) Proponer al Rey el nombramiento y separación de los Vicepresidentes y de los Ministros.
 - l) Resolver los conflictos de atribuciones que puedan surgir entre los diferentes Ministerios.
 - m) Impartir instrucciones a los demás miembros del Gobierno.
 - n) Ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución y las leyes.

* Artículo comentado por Tomás GONZÁLEZ CUETO.

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario. 2.1. Planteamiento general. 2.2. Funciones del Presidente.

1. Concordancias

Artículos 62.d), e) y g); 64.1; 92.2; 98; 99; 100; 102; 112; 113.2; 114; 115; 162.1.a) y Disposición transitoria octava de la Constitución.

Ley del Gobierno, prácticamente en su integridad. Muy especialmente, los artículos 1, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 20, 21, 25, 26 y Disposición adicional primera.

Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

Ley Orgánica 8/1980, de 1 de julio, reguladora de los criterios básicos de Defensa Nacional y Organización Militar, modificada parcialmente por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero.

Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de regulación de las distintas modalidades de referéndum.

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Reglamento del Congreso de los Diputados aprobado por el Pleno de la Cámara el 10 de febrero de 1982 y publicado por Resolución de la Presidencia de 24 de febrero de 1982 (en especial, los artículos 161, 173 y 174).

Real Decreto del Presidente del Gobierno 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de los Departamentos ministeriales.

Real Decreto del Presidente del Gobierno 558/2000, de 27 de abril, sobre Vicepresidencias del Gobierno; modificado por Real Decreto 209/2001, de 27 de febrero.

Real Decreto del Presidente del Gobierno 838/1996, de 10 de mayo, que reestructura el Gabinete y la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno. Dicha norma fue profundamente modificada por el Real Decreto 939/2000, de 26 de mayo. Por Real Decreto, también del Presidente, 1087/2000, de 8 de junio, se modifica la estructura orgánica de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno.

Real Decreto del Presidente del Gobierno 1654/2000, de 21 de julio, por el que se crea el Consejo de Política Exterior.

Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996.

Por lo que respecta al Derecho comparado, en Alemania la Ley Fundamental de Bonn señala que el Canciller Federal definirá las directrices políticas. El Reglamento del Gobierno Federal desarrolla detalladamente las funciones del Canciller Federal.

La Constitución francesa (artículo 21) regula las funciones del Primer Ministro, quien dirige la acción del Gobierno, es responsable de la Defensa Nacional y garantiza la ejecución de las leyes.

Según la Constitución griega (artículo 82.2), el Primer Ministro asegura la unidad del Gobierno y dirige su acción, así como la de los servicios públicos en general, con vistas a la aplicación de la política gubernamental en el marco de las leyes.

La Constitución de la República Italiana (artículo 95) prevé que el Presidente del Consejo de Ministros dirige la política general del Gobierno y es responsable. Además, mantiene la unidad de la orientación política y administrativa, promoviendo y coordinando la actividad de los Ministros. Las atribuciones del Presidente del Consejo de Ministros se desarrollan legalmente.

Conforme a la Constitución portuguesa (artículo 204.1), compete al Primer Ministro dirigir la política general del Gobierno, coordinando y orientando la acción de todos los Ministros; dirigir el funcionamiento del Gobierno y sus relaciones de carácter general con los demás órganos del Estado; e informar al Presidente de la República sobre los asuntos relativos a la dirección de la política interior y exterior del país.

2. Comentario

2.1. *Planteamiento general*

En el comentario al artículo anterior ya se destacaban los tres principios o criterios que presiden, articulan o configuran la organización y funcionamiento del Gobierno (como órgano complejo que es). Se trata de los principios de dirección presidencial, responsabilidad solidaria del Gobierno y competencia y responsabilidad directa de los miembros del Gobierno en su gestión.

De los tres, el de dirección presidencial tiene un significativo mayor peso específico. Esto no es sólo un tributo a la realidad de la práctica constitucional y política posterior a la aprobación de la Constitución, sino que se encuentra en nuestra misma norma suprema. Se trata de una necesidad lógica, toda vez que la existencia real y efectiva de cada Gobierno depende de la investidura del Presidente por parte del Congreso de los Diputados, siendo precisamente en ese momento cuando alcanza su plenitud el principio democrático legitimador del órgano gubernamental.

Como destaca la Exposición de Motivos de la propia Ley del Gobierno, también el Derecho comparado es prácticamente unánime en consagrar un evidente desequilibrio institucionalizado entre la posición del Presidente (o Primer Ministro), de supremacía, y la de los demás miembros del Gobierno.

BAR CENDÓN¹, siguiendo a DE ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA, señala que la preeminencia o primacía del Presidente del Gobierno se manifiesta en tres aspectos:

- la formación del Gobierno (la Constitución distingue entre los procedimientos de designación del Presidente y de los demás miembros del Gobierno; y estos últimos son designados y destituidos libremente por el Presidente);
- las causas de cese del Presidente, por cuanto la Constitución vincula la formación y actuación del Gobierno a su Presidente, siendo lógico que también le vincule su cese;
- las funciones atribuidas por la Constitución de manera específica al propio Presidente.

Nuestra Constitución destaca muy especialmente la figura atribuyéndole directamente facultades esenciales tanto respecto del propio Gobierno como en relación a otros órganos constitucionales, y así es el Presidente quien dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo (artículo 98.2), designa directamente a los demás miembros del Gobierno proponiendo su nombramiento al Rey (artículo 100), dispone del poder de disolver las Cámaras aun cuando formalmente sea el Rey quien decreta la disolución (artículo 115), está legitimado para interponer el recurso de inconstitucionalidad (artículo 162.1.a). Estas funciones y otras de carácter fundamental son las que aparecen recogidas y especificadas en el artículo 2 de la Ley del Gobierno.

2.2. *Funciones del Presidente*

El apartado primero del artículo comentado reproduce las previsiones contenidas en el artículo 98.2 de la Constitución, conforme al cual «el Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión». Se recogen aquí dos de los principios rectores del funcionamiento del Gobierno. La dirección (y coordinación) presidencial, como preeminente; y subordinado a éste («sin perjuicio») el de responsabilidad directa de los miembros del Gobierno por su gestión (principio departamental).

Señala BAR CENDÓN² que «su papel de director y coordinador del Gobierno le permite establecer (al Presidente) sobre los demás ministros —que le deben su nombramiento y situación como tales— una relación de mando-obediencia, cuya sanción última es la destitución, pues, desde un punto de vista formal,

¹ Antonio BAR CENDÓN, *El Presidente del Gobierno* (Ed. Civitas, Madrid, 1983). La cita de Jorge DE ESTEBAN y Luis LÓPEZ GUERRA se refiere a su obra *El régimen constitucional español* (Ed. Labor, Barcelona, 1982).

² Antonio BAR CENDÓN (*ob. cit.*, p. 242)

tanto ésta como la designación son de su entera competencia, y sólo corresponde al Rey la sanción formal que les da vigencia».

Esta afirmación, realista y práctica, podemos compartirla en aquello que hasta ahora conocemos de nuestro devenir postconstitucional. Desde luego, la dirección y coordinación gubernamental corresponden al Presidente porque así lo explícita el artículo 98.2 de la Constitución. Ahora bien, en qué se traduce esa dirección y coordinación resulta opinable o, al menos, susceptible de articular diversas posibilidades.

Si pensamos en la posible existencia de Gobiernos de coalición en que los partidos políticos coaligados tengan parejas fuerzas reflejadas en el Congreso, la labor de dirección presidencial puede resultar más formal que real, ganando peso la competencia de coordinar al resto de miembros del Gobierno. Es cierto que, hasta ahora, eso es política-ficción y la supremacía real —no sólo jurídica o institucional— del Presidente ha sido absoluta en las diferentes formaciones gubernamentales, lo que, sin duda, ha dotado de mayor homogeneidad y racionalidad a la actividad del ejecutivo.

Como señalan FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ³ y PORRAS RAMÍREZ⁴, la competencia de dirección y coordinación se fundamenta inicialmente en la relación fiduciaria o de confianza derivada de la investidura parlamentaria (artículo 99 de la Constitución), al comprometerse el Presidente del Gobierno ante el Congreso de los Diputados a llevar a efecto un programa político concreto. Este compromiso y la responsabilidad que lleva anudada obligan a garantizar unas determinadas pautas de funcionamiento del Gobierno, de cuya actuación coherente responde, en último extremo, su Presidente como depositario de la confianza parlamentaria que avaló su candidatura y su programa político de Gobierno.

La dirección y coordinación recogida en el apartado primero del precepto comentado tiene su reflejo inmediato en el apartado segundo, desglosándose en una serie de funciones o competencias más concretas del Presidente, con especial énfasis en las letras b), l), k) y m).

En este momento conviene precisar, como algún autor afirma, que coordinar viene a ser la manifestación más concreta y directa de esa potestad de dirigir, porque además no cabe una cosa sin la otra⁵. Debe orientarse al logro de una coherencia y armonización de las distintas políticas sectoriales llevadas a cabo por los diferentes Ministros, en beneficio de la unidad de acción del Gobierno,

³ Claro J. FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ, «La prerrogativa presidencial de coordinación, instrumento de control y garantía de eficacia», en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución española de 1978* (Ed. INAP. Madrid, 1998).

⁴ José María PORRAS RAMÍREZ, «Función de dirección política y potestad reglamentaria del Presidente del Gobierno de acuerdo con la Ley 50/1997, de 27 de noviembre» (en *Revista de Administración Pública* —RAP—, n.º 146, mayo-agosto 1998).

⁵ Así se expresa Claro J. FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ (*ob. cit.*).

lo que comporta, es preciso indicarlo, un cierto grado de limitación a la autonomía de aquéllos.

Puede resultar útil, a continuación, detenerse siquiera sea someramente en las diferentes funciones presidenciales recogidas en el apartado segundo del artículo analizado.

a) Representar al Gobierno

Se trata de una función que no viene recogida como tal en la Constitución. Sin embargo, y dado que el Presidente es la cabeza del ejecutivo resulta lógico que lo represente en sus relaciones con otros poderes del Estado. Debe tenerse en cuenta que el Presidente no es un *primus inter pares*, sino cualitativamente distinto del resto de miembros del Gobierno.

Además, dado que la existencia misma del Gobierno depende de él, de su investidura y del mantenimiento de la confianza parlamentaria, podría afirmarse no sólo desde un punto de vista técnico-jurídico (como hace la Ley), sino también socio-político —e incluso coloquial— que el Presidente representa o encarna al Gobierno, y así resulta comúnmente identificado por los «españolitos y españolitas de a pie».

b) Establecer el programa político del Gobierno y determinar las directrices de la política interior y exterior y velar por su cumplimiento

El Presidente, antes de serlo y en su condición de candidato, debe exponer ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar para solicitar, de esta forma, la confianza de la Cámara. El programa político debería tener el alcance de la legislatura.

No obstante, es necesario reconocer que la política no es una ciencia exacta. La dirección política del Estado, que corresponde al Gobierno, puede exigir variaciones del guión establecido. Las necesidades y objetivos de la comunidad política no suelen permanecer inmutables y al Gobierno —y principalmente a su Presidente— corresponde detectar las necesidades y anticipar los objetivos. Por consiguiente, el programa político del Gobierno debe estar reescribiéndose constantemente de acuerdo a las exigencias socio-políticas, si bien siempre orientado, como no puede ser de otra manera, hacia la consecución del interés general.

El programa se documenta formalmente en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados en el debate de investidura. Anualmente asimismo en el conocido como «Debate sobre el estado de la Nación» en el que el Presidente del Gobierno puede asumir nuevos compromisos que, podríamos entender, corrigen el programa político del Gobierno.

Pero, además, el Presidente puede marcar prioridades en momentos distintos de los anteriores, anunciándolo a la sociedad como entienda más conveniente, si bien hemos de afirmar siempre la necesidad de acudir al foro parlamentario, como garante de la relación fiduciaria con el Presidente y su Gobierno, para explicar allí las decisiones fundamentales que se incorporen, modifiquen o alteren de cualquier manera el programa político gubernamental.

Como consecuencia de lo anterior, determina las directrices de la política interior y exterior y vela por su cumplimiento. El Presidente, con base en su programa político, establece las grandes líneas de actuación que han de ejecutar los miembros del Gobierno con ayuda del aparato administrativo por ellos dirigido. Orienta e instruye⁶ a los miembros del Gobierno sobre los objetivos a alcanzar y la forma de hacerlo. Normalmente lo hará con carácter genérico o para aspectos parciales, si bien nada obsta a que en supuestos determinados establezca directrices rígidas y detalladas que a buen seguro serán cumplidas por sus Ministros.

Las directrices pueden darse en conjunto a todos los miembros del Gobierno, a algunos con competencias concurrentes o conexas, o a uno en particular. El Presidente puede explicitarlas en reuniones formales del Consejo de Ministros o en cualquier otro ámbito; puede dar publicidad a las mismas o mantener una absoluta reserva para terceros; pueden manifestarse por escrito o, lo que será más normal, verbalmente. En definitiva, el Presidente goza de libertad para exteriorizar en la forma que más convenga sus directrices u orientaciones políticas.

Para formar su conocimiento y voluntad el Presidente dispone de numerosos cauces de información (de tipo político, técnico, jurídico, etc.) e, incluso, de órganos *ad hoc* creados con esta finalidad, además de su Gabinete —al que se refiere el artículo 10 de la Ley—. Podemos citar, a título de ejemplo, el Consejo de Política Exterior, que se define como «órgano colegiado de apoyo al Presidente del Gobierno en sus funciones de dirección y de coordinación de la acción del Gobierno en materia de política exterior»⁷.

Con toda seguridad, la política interior es un terreno de sobra conocido para los políticos de proyección nacional. Ahora bien, día a día cobra mayor importancia la dimensión exterior de la política.

En un mundo cada vez más globalizado es preciso saber manejarse con fluidez en el proceloso mundo de las relaciones internacionales. España participa muy activamente en los diferentes ámbitos internacionales de toma de decisiones. Conviene tener presente que la postura del Gobierno vinculará, de una manera o de otra, al país, tanto en las relaciones bilaterales como en los foros

⁶ Según el *Diccionario de la Lengua Española*, «directriz» es el «conjunto de instrucciones o normas generales para la ejecución de alguna cosa».

⁷ El Consejo de Política Exterior fue creado por Real Decreto del Presidente del Gobierno 1412/2000, de 21 de julio. La definición transcrita viene recogida en el artículo 1 de dicha norma.

multilaterales. Junto a estos dos planos tradicionales, para nuestro país es esencial ahora el plano supranacional: la política gestionada en la Unión Europea. Como consecuencia de todo lo señalado resulta sencillo deducir que la determinación de directrices de política exterior es una función presidencial que necesita de un apoyo específico.

Finalmente, es justo resaltar que el último inciso del subapartado analizado señala que corresponde al Presidente velar por el cumplimiento de sus directrices (y debemos entender que también del programa político). Esta función resulta un verdadero deber. No basta con orientar y fijar objetivos, sino que es preciso controlar en qué medida los mismos se han alcanzado, con la finalidad de buscar retos nuevos y mayores, mejorar la actuación o adoptar medidas más o menos drásticas para el caso de incumplimiento.

- c) Proponer al Rey, previa deliberación del Consejo de Ministros, la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales

Este apartado viene a ser reproducción de lo previsto en el artículo 115.1 de la Constitución. Curiosamente el precepto constitucional es aún más claro por cuanto a continuación de «previa deliberación del Consejo de Ministros» añade «y bajo su exclusiva responsabilidad» (del Presidente del Gobierno).

Es decir, nos encontramos ante una competencia propia del Presidente del Gobierno que ejercerá con total autonomía y bajo su exclusiva responsabilidad, una vez que haya sometido el asunto al Consejo de Ministros, que viene a actuar como un órgano asesor cuya opinión no tiene carácter vinculante. La disolución será formalmente decretada por el Rey, fijando el decreto la fecha de las elecciones (artículo 115.1 de la Constitución).

Se trata de una de las principales manifestaciones de la función de dirección política que corresponde al Gobierno —en este caso a su órgano unipersonal más destacado como es el Presidente—, cuya actuación afecta esencialmente a las Cortes Generales, es decir, al Poder Legislativo. La decisión sobre la conveniencia de acortar la legislatura, disolviendo anticipadamente las Cámaras, suele responder a criterios de oportunidad electoral. El Presidente goza del privilegio de decidir cuál ha de ser la fecha electoral, lo que le permite manejar los tiempos políticos eligiendo el mejor momento para sus intereses y los de su partido político. Justo es reconocer que, en otras ocasiones, la disolución responde precisamente a lo contrario. Ante la imposibilidad de continuar adelante con su proyecto político por la retirada de la confianza parlamentaria (manifestada por medios diferentes a la moción de censura y a la cuestión de confianza, como podría ser la no aprobación de los Presupuestos Generales del Estado), el Presidente puede verse abocado a ejercer la competencia de disolución anticipada, tratando así de restablecer la estabilidad política.

Con independencia de la autonomía presidencial en la toma de la decisión de disolución, es preciso destacar que su posible adopción se encuentra sujeta a los siguientes límites:

- la propuesta de disolución no podrá presentarse cuando esté en trámite una moción de censura (artículo 115.2 de la Constitución);
- no procederá nueva disolución antes de que transcurra un año desde la anterior —salvo que transcurridos dos meses desde la primera votación de investidura ningún candidato hubiese obtenido la confianza del Congreso, en cuyo caso procede la disolución de ambas Cámaras— (artículos 115.3 y 99.5 de la Constitución);
- según el artículo 21.4.a) de la Ley del Gobierno, «el Presidente del Gobierno en funciones no podrá... proponer al Rey la disolución de alguna de las Cámaras o de las Cortes Generales»; aun cuando debe entenderse que sí procederá la disolución en el caso del artículo 99.5 de la Constitución, antes citado.

d) Plantear ante el Congreso de los Diputados, previa deliberación del Consejo de Ministros, la cuestión de confianza

El procedimiento para ejercer esta competencia propia del Presidente es idéntico al anterior: previa deliberación del Consejo de Ministros el Presidente decide con total autonomía, y bajo su responsabilidad, la presentación de la cuestión de confianza.

Conviene recordar que la misma puede versar sobre su programa político o sobre una declaración de política general (artículo 112 de la Constitución). El procedimiento parlamentario se regula en los artículos 173 y 174 del Reglamento del Congreso de los Diputados, que recogen, como no podía ser de otra manera, la previsión constitucional de que «la confianza se entenderá otorgada cuando vote a favor de la misma la mayoría simple de los Diputados» (artículo 112, *in fine*, de la Constitución).

Su fundamento radica en la necesidad de mantener la relación fiduciaria que liga al Gobierno con el Congreso de los Diputados y que se materializa en la figura del Presidente del Gobierno.

El Tribunal Constitucional (en Sentencia 75/1985, de 21 de junio) considera el precepto constitucional en que se basa el artículo ahora comentado «como expresión de una exigencia racionalizadora en la forma de gobierno».

Al ejercicio de esta competencia presidencial le afecta el límite recogido en el artículo 21.4.b) de la propia Ley del Gobierno, conforme al cual «el Presidente del Gobierno en funciones no podrá ... plantear la cuestión de confianza».

En cualquier caso, y por las consecuencias que tendría o debería tener el no otorgamiento de la confianza, procede remitirse ahora al comentario del artículo 12.

- e) Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo, previa autorización del Congreso de los Diputados

El artículo 92 de la Constitución prevé la posibilidad de someter las decisiones políticas de especial trascendencia a referéndum consultivo de todos los ciudadanos. La convocatoria formal corresponde al Rey⁸ mediante propuesta del Presidente del Gobierno previamente autorizada por el Congreso de los Diputados.

La Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, desarrolla los diferentes preceptos constitucionales que regulan la institución del referéndum. Por su parte, el artículo 161 del Reglamento del Congreso de los Diputados establece el trámite parlamentario para conceder la autorización previa⁹.

Como señala el Tribunal Constitucional (Sentencia 63/1987, de 20 de mayo), «... la participación directa que en los asuntos públicos ha de corresponder a los ciudadanos es la que se alcanza a través de las consultas populares previstas en la propia Constitución (arts. 92...)».

El Presidente del Gobierno decidirá bajo su responsabilidad, consultando o no al Consejo de Ministros (la consulta no es preceptiva aunque sí conveniente y deseable), si solicita la autorización previa del Congreso de los Diputados para poder así convocar el referéndum consultivo.

Se trata de un referéndum político que permite al Presidente apoyar una decisión trascendente en el respaldo de los ciudadanos. Si bien nada se exige al respecto, la votación contraria a la propuesta debe suponer que la misma no será llevada a efecto. En cualquier caso, nos encontraríamos ante supuestos de responsabilidad política, y no estrictamente jurídica, del Presidente y, por ende, de su Gobierno.

También al ejercicio de esta competencia presidencial resulta de aplicación el límite recogido en el artículo 21 de la propia Ley para el Gobierno en funciones. Así, «el Presidente del Gobierno en funciones no podrá... proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo» (artículo 21.4.c de la Ley del Gobierno).

- f) Dirigir la política de defensa y ejercer respecto de las Fuerzas Armadas las funciones previstas en la legislación reguladora de la defensa nacional y de la organización militar

En el comentario al artículo 1, al hilo de la función de dirigir la defensa del Estado que corresponde al Gobierno, ya se hizo alguna referencia a la intervención del Presidente del Gobierno en esta materia.

⁸ El artículo 62.c) de la Constitución dispone que «corresponde al Rey... convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución».

⁹ El artículo 6 de la Ley Orgánica 2/1980 prevé que la autorización debe concederse por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados.

La Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, reguladora de los criterios básicos de Defensa Nacional y Organización Militar, modificada parcialmente por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, distingue las funciones que corresponden al Rey, a las Cortes Generales y al Gobierno en relación con la defensa nacional.

Dentro del Gobierno se destacan expresamente las funciones del Presidente, al señalar el artículo 8 que le corresponde la dirección de la política de defensa y, «en consecuencia, ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las fuerzas armadas». También le corresponde la dirección de la guerra, la formulación de las directivas para las negociaciones exteriores y la definición de los grandes planteamientos estratégicos y de política militar. Asimismo, le corresponde aprobar los planes que se derivan de la definición de los grandes objetivos estratégicos, la distribución general de las fuerzas y las medidas destinadas a proveer las necesidades de los ejércitos.

Por otra parte, el artículo 10 de la Ley Orgánica enumera las competencias del Ministro de Defensa, distinguiendo las que le corresponden por delegación del Presidente del Gobierno de las propias. En el primer caso se encuentran las recogidas en el apartado primero del artículo 8, antes citado. A saber, «la dirección de la política de defensa», ejerciendo su autoridad para «ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas».

Para el ejercicio de las funciones del Presidente se le dota de un específico órgano «asesor y consultivo» como es la Junta de Defensa Nacional que, si bien se define, en el artículo 7 de la Ley Orgánica, como «órgano superior asesor y consultivo del Gobierno en materia de Defensa Nacional», se añade a continuación que «asimismo podrá asesorar a Su Majestad el Rey y al Presidente del Gobierno».

- g) Convocar, presidir y fijar el orden del día de las reuniones del Consejo de Ministros, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 62.g) de la Constitución

Esta función presidencial se deduce lógicamente de la competencia general para dirigir la acción del Gobierno y coordinar a los demás miembros del mismo. Además, al tratarse el Consejo de Ministros de un órgano colegiado resulta de esencia a tal consideración la existencia de un presidente del órgano que realice las funciones típicas que a estos cargos corresponden.

Como es bien sabido, la Disposición adicional primera de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone expresamente que sus disposiciones sobre órganos colegiados no serán de aplicación a los órganos colegiados del Gobierno de la Nación. No obstante, conviene citar el artículo 23 de dicha ley, regulador de las funciones del presidente de los órganos colegiados de carácter administrativo, para comprobar que las recogidas en el artículo

2.2.g) de la Ley del Gobierno, ahora comentado, son homologables a las de la Ley 30/1992. El artículo 23.1.b) de esta última norma se refiere a «acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias y la fijación del orden del día, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con la suficiente antelación».

La letra c) se refiere a «presidir las sesiones, moderar el desarrollo de los debates y suspenderlos por causas justificadas».

Existen ocasiones en que no es el Presidente del Gobierno quien preside las reuniones del Consejo de Ministros. El artículo 62.g) de la Constitución recoge como función del Rey la de «ser informado de los asuntos de Estado y presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del Presidente del Gobierno». Es decir, incluso en este supuesto corresponde al Presidente pedir al Rey que presida —cuando lo estime oportuno— el Consejo de Ministros.

El apartado que venimos comentando tiene un tratamiento específico y desarrollado en el artículo 18 de la propia Ley del Gobierno, a cuyo análisis nos remitimos. Asimismo, debe tenerse en cuenta la existencia de las Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno, cuya versión vigente fue aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996¹⁰.

¹⁰ Tienen especial interés los apartados 1.1, 3.1.4 y 3.7 de las citadas Instrucciones, que se reproducen a continuación:

«1.1. Reuniones del Consejo de Ministros.

S.M. el Rey presidirá las sesiones del Consejo de Ministros en el supuesto a que se refiere el artículo 62.g) de la Constitución.

El Presidente del Gobierno convoca y preside las reuniones del Consejo de Ministros, actuando como Secretario el Ministro de la Presidencia.

Las reuniones del Consejo de Ministros podrán tener carácter decisorio o deliberante.

El orden del día de las reuniones de carácter deliberante se fijará por el Presidente del Gobierno.

El orden del día de las reuniones de carácter decisorio se determinará, igualmente, por el Presidente del Gobierno, teniendo en cuenta, en todo caso, lo establecido en los epígrafes 3.1.4 y 3.7 de las presentes Instrucciones.

Las reuniones del Consejo se celebrarán ordinariamente los viernes de cada semana.

La remisión de las convocatorias a los miembros del Consejo se efectuará por el Ministro Secretario del mismo».

«3.1. Órdenes del Día...

...4. En el Consejo de Ministros, por la relación de asuntos consignados en los siguientes índices:

— El índice de los asuntos informados favorablemente por la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios («índice verde»).

— El índice de los asuntos que por su singular naturaleza o importancia, o por haber suscitado discrepancias en la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, deben ser sometidos a una especial deliberación del Consejo de Ministros («índice rojo»).

«3.7. Índices Verde y Rojo.

A) «Índice verde»

Los asuntos informados favorablemente por la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios se incluyen de oficio en el «índice verde», salvo que, de acuerdo con lo previsto en el apartado B) siguiente, deban ser incorporados al «índice rojo».

- h) Refrendar, en su caso, los actos del Rey y someterle, para su sanción, las leyes y demás normas con rango de ley, de acuerdo con lo establecido en los artículos 64 y 91 de la Constitución

Siguiendo a GONZÁLEZ-TREVIJANO¹¹, podemos definir el refrendo como

«el acto jurídico público a través del cual un sujeto, denominado refrendante, autentifica y/o asume, tras la interposición de su firma, con su presencia o con su continuidad en el ejercicio de las funciones públicas encomendadas, en tiempo y forma, un acto suscrito por el Jefe del Estado, atribuyéndole de esta suerte su necesaria validez».

Siguiendo al citado autor, podríamos destacar las siguientes características de la institución:

- se trata de un acto jurídico de naturaleza pública;
- su naturaleza y significado actual, en una Monarquía parlamentaria como la nuestra, es la propia de un mecanismo de endoso y transferencia de la responsabilidad;
- existe una pluralidad de sujetos refrendantes, que van desde el supuesto clásico en la persona del Presidente del Gobierno y de los Ministros, a

La inclusión de asuntos en el «índice verde» requerirá la entrega o remisión al Secretariado del Gobierno, antes de las reuniones de la Comisión, de las propuestas firmadas por el Ministro o Ministros proponentes.

B) «Índice rojo»

El Presidente del Gobierno aprueba el «índice rojo» de las reuniones del Consejo de Ministros.

Se incluirán en el «índice rojo» los siguientes asuntos:

- Los anteproyectos de ley.
- Los proyectos de Reales Decretos-leyes y de Reales Decretos legislativos.
- Los proyectos de Reales Decretos y las propuestas de acuerdos, cuando los mismos tengan una relevante repercusión política, económica o presupuestaria.
- Los recursos de inconstitucionalidad, siempre que sean sometidos a la deliberación del Consejo de Ministros.
- Los nombramiento de altos cargos y los ascensos de personal militar o de funcionarios civiles.
- Los indultos.
- Los informes que los Ministros sometan directamente al Consejo.

Las adiciones al «índice rojo» por razones de urgencia se solicitarán personalmente por el Ministro proponente al Presidente del Gobierno, quien adoptará la decisión oportuna. No está prevista ninguna otra vía para la adición de asuntos al «índice rojo».

C) Modelos e impresos

Las propuestas de los asuntos incluidos en los índices «verde» y «rojo» deberán formalizarse en los correspondientes modelos, que figuran en el anexo de las presentes Instrucciones.

Los anteproyectos de ley se presentarán en ejemplar triplicado, firmados por el Ministro proponente y rubricados en cada una de sus páginas.

Los modelos establecidos para las propuestas de disposiciones sustituyen a las hojas de decisión y a las «cuartillas para Boletín», por lo que, tanto el ejemplar blanco como el verde tienen el carácter de original. El Secretariado del Gobierno utilizará el ejemplar verde para ordenar la inserción en el «Boletín Oficial del Estado».

¹¹ Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO, *El refrendo* (Ed. Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998).

la del Presidente de las Cámaras para ciertos actos que se deben o se quieren dejar al margen de la intervención del Poder ejecutivo;

- el sujeto refrendado es el Rey o Jefe del Estado;
- la firma del refrendo no tiene que ser necesariamente escrita, sino que caben los refrendos tácitos y presuntos;
- el refrendo atribuye al acto refrendado su validez so pena, en caso de ausencia, de nulidad.

La Constitución regula la figura en su artículo 64, el Tribunal Constitucional¹² (en Sentencia 5/1987, de 27 de enero) considera que el precepto establece una regla general, según la cual el refrendo corresponde al Presidente del Gobierno y, en su caso, a los Ministros competentes y, por otra parte, las excepciones a dicha regla a través de la fijación de unos supuestos en los que el refrendo corresponde al Presidente del Congreso de los Diputados.

En la misma sentencia, el Tribunal viene a afirmar que el sentido original y aun hoy esencial del refrendo es que la autoridad refrendante asume la responsabilidad del acto del Rey. Asimismo, señala que el refrendo es un instituto autónomo en el proceso de formación de los actos jurídicos, en el que no aparece como elemento esencial la participación activa del refrendante en el contenido del mismo.

Por la última razón expuesta, el Tribunal declaró inconstitucional el precepto de la Ley de Gobierno Vasca que atribuyó al Presidente del Parlamento autonómico el refrendo del Real Decreto de nombramiento del Lehendakari, por corresponder al Presidente del Gobierno. En este sentido, el refrendo por el Presidente del Gobierno del citado Real Decreto no supone ninguna competencia, ni ninguna injerencia, del Presidente del Gobierno en el ámbito propio de la Comunidad, como tampoco asume ninguna competencia en el ámbito de la justicia constitucional o del Poder Judicial por refrendar el Real Decreto de nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional, del Presidente del Tribunal Supremo o de los miembros del Consejo General del Poder Judicial.

El artículo 64.1 atribuye la función de refrendar los actos del Rey en primer lugar al Presidente del Gobierno y, en su caso, a los Ministros. De acuerdo con la especial preeminencia del Presidente le corresponderá el refrendo en los supuestos de especial transcendencia¹³.

La otra función a que se refiere el apartado analizado se concreta en someter al Rey para su sanción las leyes y demás normas con rango de ley, de acuerdo con lo establecido en el artículo 91 de la Constitución. Dispone dicho precepto que «el Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación».

¹² Véase también la Sentencia 8/1987, de 29 de enero.

¹³ Véase al respecto Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO (*ob. cit.*).

Conforme al Tribunal Constitucional (Sentencia 179/1989, de 2 de noviembre), el artículo 91, antes transcrito, supone un reflejo de la garantía de publicidad recogida principalmente en el artículo 9.3 del propio texto constitucional, garantizador del principio de publicidad de las normas. Además, la publicación de las leyes es un requisito de eficacia frente a terceros (Auto 434/1990, de 11 de diciembre).

Además, el plazo de quince días fijado en el precepto constitucional es un plazo máximo (Auto 120/1983, de 21 de marzo).

Son las Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno las que especifican cuáles son las actuaciones que deben llevarse a efecto para cumplir con las previsiones del artículo 91 de la Constitución¹⁴.

i) Interponer el recurso de inconstitucionalidad

El artículo 162.1.a) de la Constitución dispone lo siguiente:

«1. Están legitimados:

- a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas».

El artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional se refiere a la competencia del Presidente del Gobierno (junto a otros órganos o fracciones de órganos) de la siguiente forma:

«1. Están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad cuando se trate de Estatutos de Autonomía y demás leyes del Estado, orgánicas o en cualesquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con

¹⁴ Concretamente es el apartado 4.1.2 de las Instrucciones, que dispone lo siguiente:

«4.1.2 Publicación de las leyes.

Para la publicación de las leyes se procederá de la siguiente forma:

1. Una vez que el Congreso de los Diputados o el Senado hayan enviado al Presidente del Gobierno el texto definitivo de una ley, se iniciará el procedimiento para cumplir con lo previsto en el artículo 91 de la Constitución.

2. El «Boletín Oficial del Estado», en base a dicho texto definitivo, elaborará las pruebas de imprenta y las remitirá al Ministerio de la Presidencia para que se proceda a su corrección. Corregidas las mismas, el «Boletín Oficial del Estado» confecciona el texto impreso, cuyo original se enviará por el Ministerio de la Presidencia a refrendo del Presidente del Gobierno y posterior elevación al Rey para su firma, dentro del plazo previsto en el artículo 91 de la Constitución.

3. Ordenada por el Rey la publicación de una ley, el Secretariado del Gobierno dispondrá la inmediata inserción de la misma en el «Boletín Oficial del Estado».

fuerza de ley, tratados internacionales y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales:

- a) El Presidente del Gobierno.
- b) El Defensor del Pueblo.
- c) Cincuenta Diputados.
- d) Cincuenta Senadores».

La legitimación no viene otorgada por la Constitución en atención a un interés propio de quien puede después ejercerla, sino en virtud de la alta cualificación política que resulta del cometido institucional de los órganos citados. No se defiende, por tanto, ningún interés propio del legitimado, sino el interés general y la supremacía de la Constitución (del bloque de la constitucionalidad). La legitimación, por tanto, se otorga directamente por la Constitución y no es una facultad inherente a un derecho del que se es titular¹⁵.

En lo que respecta al Presidente del Gobierno, algún autor¹⁶ entiende que la justificación de su legitimación debe buscarse en la propia funcionalidad del recurso de inconstitucionalidad, que abarca el control de toda ley o norma con fuerza de ley y, por tanto, también el de las que emanan de las Comunidades Autónomas. Corresponde al recurso tanto el control material y sustantivo como el competencial de la normativa legal autonómica, siendo así comprensible que el Presidente ostente la legitimación que le va a permitir instar el control de la actividad legislativa de los Parlamentos autonómicos.

Sin que pueda descartarse la impugnación de leyes estatales, se trata de una hipótesis más extraña, al menos si el Gobierno cuenta con el apoyo mayoritario de las Cámaras. Incluso en el caso de Gobiernos de coalición con importantes divisiones en las Cámaras sería más conveniente utilizar la legitimación conferida precisamente a las fracciones de las Cámaras para impugnar las leyes presuntamente inconstitucionales.

No parece, en cualquier caso, especialmente problemática la legitimación conferida al Presidente del Gobierno. Así, ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 42/1985, de 15 de marzo, que:

«Cuando los legitimados son órganos monocráticos o unipersonales, el Presidente del Gobierno o el Defensor del Pueblo, artículo 32.1.a) y b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es evidente que, salvo el improbable supuesto de una acción delictiva encaminada a formar su voluntad o a tergiversarla, la simple manifestación hecha ante nosotros, directamente o a través de representante, basta para

¹⁵ Véanse al respecto las Sentencias del Tribunal Constitucional 42/1985, de 15 de marzo, y 150/1990, de 4 de octubre.

¹⁶ Puede verse Eduardo ESPÍN TEMPLADO, comentario al artículo 32, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coordinada por Juan Luis REQUEJO PAGÉS (Ed. Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2001).

entender que la acción de inconstitucionalidad ejercida no adolece de defecto alguno de legitimación».

No se exige, de esta manera, ningún trámite previo como podría ser la intervención del Consejo de Ministros (aun cuando comúnmente se haga de esta forma).

Ahora bien, conviene hacer referencia a una situación muy específica. El artículo 161.2 de la Constitución dispone lo siguiente:

«2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses».

En este caso, la utilización del término «Gobierno» ha llevado a algunos autores a entender que no corresponde al Presidente sino al Consejo de Ministros solicitar la suspensión automática de la disposición o resolución recurrida¹⁷. En estos casos existiría una intervención del Consejo de Ministros y otra del Presidente, con carácter cumulativo, ejerciendo cada órgano competencias propias, lo que no deja de resultar chocante.

- j) Crear, modificar y suprimir, por Real Decreto, los Departamentos ministeriales, así como las Secretarías de Estado, asimismo le corresponde la aprobación de la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno

Frente a las voces que han reclamado la existencia de limitaciones legales en cuanto a la creación de Ministerios¹⁸, lo cierto es que la Ley del Gobierno adopta un régimen de absoluta flexibilidad.

Sin perjuicio de que en el comentario al artículo 4 se analizará resumidamente la evolución del sistema, procede ahora referirse tan sólo a la competencia presidencial. Basta leer el precepto para darse cuenta de que el Presidente viene a decidir cuál es la estructura del Gobierno que dirige y, consecuentemente, la estructura básica de la Administración. A él corresponde crear y suprimir Ministerios (además de proponer al Rey el nombramiento de sus

¹⁷ Puede verse en María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, *El recurso de inconstitucionalidad* (Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001). También Alfredo GALLEGU ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH en «Funciones del Gobierno», análisis del artículo 97 en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Ed. Cortes Generales-Edersa. Madrid, 1998. Tomo VIII).

¹⁸ Fernando GARRIDO FALLA ha señalado que «hay, cuando menos, un tema que debería reservarse a la Ley: el número de los Ministerios», por entender que es la única forma de contener, en lo posible, la inflación administrativa. Puede verse en su exégesis del artículo 98 para *Comentarios a la Constitución Española* (2.ª edición ampliada. Civitas. Madrid, 1989).

Ministros), designar o no Vicepresidentes y Ministros sin cartera, así como determinar las funciones que a éstos corresponden. Es decir, el Presidente diseña el Gobierno que conviene en cada momento concreto, haciéndolo más amplio y numeroso o más corto y restringido; designando Vicepresidentes como órganos de coordinación política de diversos Ministerios, o simplemente como forma de elevar el rango de determinados Ministros, o no contemplando en absoluto su existencia; designando Ministros sin cartera para resolver problemas coyunturales, como órganos políticos de relación con otros poderes del Estado, como responsables de determinadas funciones que el propio Presidente considere relevantes, o no previendo que existan en el Gobierno este tipo de miembros.

Los Reales Decretos del Presidente del Gobierno contemplados en el artículo 17.a) de la Ley son la norma esencial en materia de «composición y organización del Gobierno»¹⁹. La Ley del Gobierno aparece como una «ley de mínimos» que huye de tentaciones reglamentistas. El carácter esencialmente dinámico de la institución gubernamental exige agilidad en la adopción de decisiones sobre su estructura y organización que permitan dar respuestas a los nuevos problemas —políticos y de gestión— que surgen cada día en un Estado moderno, descentralizado e integrado en Europa.

La deslegalización de la materia organizativa se revela necesaria respecto del Gobierno, incluso a nivel de principios —a diferencia de lo que ocurre o debe ocurrir en cuanto al diseño organizativo de la Administración Pública—.

¹⁹ En el momento en que se escriben estas líneas el Gobierno está diseñado a través, principalmente, de los siguientes Reales Decretos del Presidente del Gobierno:

- Real Decreto 558/2000, de 27 de abril, sobre las Vicepresidencias del Gobierno, modificado por Real Decreto 209/2001, de 27 de febrero. En ellos se configuran dos Vicepresidencias: la Primera, que podríamos llamar «política», y la Segunda que el propio Decreto denomina «Vicepresidencia Segunda del Gobierno para Asuntos Económicos».

- Real Decreto 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de los Departamentos Ministeriales, cuyo artículo 1 dispone:

«La Administración General del Estado queda estructurada en los siguientes Departamentos ministeriales:

- Ministerio de Asuntos Exteriores.
- Ministerio de Justicia.
- Ministerio de Defensa.
- Ministerio de Hacienda.
- Ministerio del Interior.
- Ministerio de Fomento.
- Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.
- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.
- Ministerio de la Presidencia.
- Ministerio de Administraciones Públicas
- Ministerio de Sanidad y Consumo.
- Ministerio de Medio Ambiente.
- Ministerio de Economía.
- Ministerio de Ciencia y Tecnología».

A estos Departamentos ministeriales hay que añadir la existencia de un Ministro Portavoz del Gobierno, nombrado por Real Decreto 861/2000, de 27 de abril, como Ministro sin cartera.

Para las Secretarías de Estado vale lo señalado hasta ahora, si bien debe puntualizarse que sus titulares no son miembros del Gobierno, sino los principales órganos colaboradores de éste. Además, pueden formar parte de un específico órgano colegiado gubernamental como son las Comisiones Delegadas del Gobierno. Y, también, en último extremo, pueden asistir a las reuniones del Consejo de Ministros cuando sean convocados.

Por último, el inciso final del apartado ahora analizado se refiere a la competencia del Presidente para aprobar la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno. Es absolutamente lógico que el Presidente pueda determinar cuál es la estructura de los órganos, más políticos que administrativos, que le dan apoyo directo (sin perjuicio del apoyo material y de otro tipo atribuido al Ministerio de la Presidencia). En el artículo 10 de la Ley se hace referencia expresa a los Gabinetes, típicos órganos de apoyo político y técnico de los miembros del Gobierno.

En el momento actual, la estructura orgánica citada se compone principalmente del Gabinete del Presidente del Gobierno y la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno²⁰, remitiéndonos al comentario del artículo 10 para un mejor conocimiento de dichos órganos.

- k) Proponer al Rey el nombramiento y separación de los Vicepresidentes y de los Ministros

El artículo 100 de la Constitución dispone que:

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

Por su parte, el artículo 62.e) prevé que corresponde al Rey:

«...e) Nombrar y separar a los miembros del Gobierno, a propuesta de su Presidente».

Además, el artículo 12.1 de la propia Ley del Gobierno (a cuyo comentario nos remitimos) establece idéntica norma que los anteriores:

²⁰ Debe tenerse en cuenta el Real Decreto 838/1996, de 16 de mayo, que reestructura el Gabinete y la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno. Dicha norma fue profundamente modificada por el Real Decreto 939/2000, de 26 de mayo.

Posteriormente se aprobó el Real Decreto 1087/2000, de 8 de junio, por el que se modifica la estructura orgánica de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno.

Junto a éstos, conviene tener presente también la existencia de diversos órganos colegiados creados por Real Decreto del Presidente del Gobierno. El Consejo de Política Exterior (creado por Real Decreto 1412/2000, de 21 de julio), órgano colegiado de apoyo al Presidente del Gobierno en sus funciones de dirección y coordinación de la acción del Gobierno en materia de política exterior. El Consejo para el Debate sobre el Futuro de la Unión Europea (creado por Real Decreto 779/2001, de 5 de julio), adscrito a la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, cuya finalidad esencial es promocionar, organizar y desarrollar el debate en el ámbito nacional sobre el proceso de reforma de la Unión Europea.

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

La intervención regia tiene un mero y marcado carácter formal, siendo la decisión efectiva adoptada con carácter autónomo por el Presidente del Gobierno, que no está obligado a consultar ni a escuchar a nadie al respecto. Ésta es una manifestación esencial de la supremacía del Presidente: la libertad para determinar quienes le acompañarán como miembros del Gobierno.

Como norma específica conviene recordar lo previsto en el artículo 12.3 de la Ley:

«La separación de los Vicepresidentes del Gobierno y de los Ministros sin cartera llevará aparejada la extinción de dichos órganos».

- 1) Resolver los conflictos de atribuciones que puedan surgir entre los diferentes Ministerios

La resolución de los conflictos de atribuciones suele atribuirse al superior jerárquico común de los afectados (así ocurre en el ámbito de la Administración estatal conforme a la Disposición adicional decimocuarta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado). Es cierto que el Presidente no es estrictamente superior jerárquico de los demás miembros del Gobierno. Ahora bien, en la práctica es eso y mucho más.

Esta facultad del Presidente deriva de su función genérica de dirigir la acción del Gobierno y coordinar las funciones de los demás miembros del mismo. La existencia de un conflicto de atribuciones entre dos Ministros (o entre «Ministerios» como señala textualmente el precepto) implica, *per se*, una cierta descoordinación en la asunción, interpretación y ejecución de sus propias competencias. Por ello resulta lógico que se atribuya a un tercero —al tercero que debe ejercer la función de coordinar—, con posición de preeminencia sobre los órganos en conflicto, la competencia para decidir.

No parece razonable, por otra parte, atribuir la decisión al Consejo de Ministros. En este caso por simples razones prácticas. Se podría convertir al Consejo en un foro donde se reprodujeran las discusiones entre los dos Ministros enfrentados, con tomas de postura divergentes de los demás miembros del Gobierno, abriendo el enfrentamiento al resto no afectado directamente por la controversia.

El Presidente goza de la autoridad necesaria para resolver ejecutivamente situaciones como las planteadas en este apartado.

m) Impartir instrucciones a los demás miembros del Gobierno

El apartado está redactado en términos genéricos, por lo que no puede servir de concreción a la función del Presidente del Gobierno recogida en la letra b). En cualquier caso, parece que ahora nos encontramos ante instrucciones dirigidas a cada miembro del Gobierno en concreto.

Se trata de una manifestación más de la preeminencia del principio de dirección presidencial frente al de gestión departamental, dependiendo su mayor o menor amplitud de la concreta formación gubernamental ante la que nos encontremos (gobierno monocolor, de coalición, con un Presidente más fuerte o más débil, etc.). No debemos entender que se trate de «instrucciones» en sentido técnico-jurídico, sino de concreciones específicas a las directrices de política interior y exterior. Además, no podemos olvidar que es función del Presidente, como antes vimos, velar por la ejecución del programa político y de sus propias directrices. Puede ser normal que en el ejercicio de dicho control se detecten disfunciones en la gestión de un Ministro concreto y determinado que sea necesario corregir a través de instrucciones más concretas y específicas.

ARTÍCULO 3. DEL VICEPRESIDENTE O VICEPRESIDENTES DEL GOBIERNO.

- 1. Al Vicepresidente o Vicepresidentes, cuando existan, les corresponderá el ejercicio de las funciones que les encomiende el Presidente.**
- 2. El Vicepresidente que asuma la titularidad de un Departamento ministerial, ostentará, además, la condición del Ministro.**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario. 2.1. Consideraciones generales. 2.2. Requisitos de acceso al cargo. 2.3. Funciones.

1. Concordancias

Artículo 98.1 de la Constitución.

Artículos 1.2, 10, 12.3, 13.1 y 16 de la Ley del Gobierno.

Real Decreto del Presidente del Gobierno 558/2000, de 27 de abril, sobre las Vicepresidencias del Gobierno; modificado por Real Decreto 209/2001, de 27 de febrero.

La Constitución austriaca prevé en su artículo 69 expresamente la figura de Vicecanciller (*Vizekanzler*), quien está llamado a suplir al Canciller federal en toda la extensión de su ámbito de competencia.

El artículo 108.1 de la Constitución de Bulgaria (referencia a los «viceprimeros ministros»).

El artículo 81 de la Constitución de Grecia prevé que uno o varios Ministros puedan ser nombrados Vicepresidentes del Consejo mediante Decreto dictado a propuesta del Primer Ministro.

En Italia, la Ley de 23 de agosto de 1988, n.º 400, prevé en su artículo 8 la posibilidad de que el Presidente del Consejo proponga a éste la atribución a uno o a más Ministros de las funciones de Vicepresidente, que implican la suplencia o sustitución del Presidente en caso de ausencia o impedimento. Si se ha nombrado más de un Vicepresidente, actuará como Presidente interino el de más edad.

La Constitución irlandesa también establece que el Jefe del Gobierno o Primer Ministro (*Taoiseach*) nombrará a uno de los miembros de éste en calidad de Vicepresidente del Gobierno (*Tánaiste*). El *Tánaiste* actuará a todos los efectos en lugar del *Taoiseach* si éste muere o queda permanentemente incapacitado, hasta que sea nombrado un nuevo Jefe de gobierno. También actuará en nombre o en sustitución del *Taoiseach* en caso de ausencia temporal de éste. El *Tánaiste* deberá ser diputado de la Cámara de Representantes (art. 28.6 y 7).

* Artículo comentado por Tomás GONZÁLEZ CUETO.

La Constitución portuguesa contempla a los Viceprimeros Ministros en forma análoga a la española («si los hubiera»).

La Constitución de la Federación de Rusia se refiere expresamente a los Vicepresidentes del Gobierno al tratar de la composición de este órgano en su artículo 110.2.

La Constitución Suiza, especialmente peculiar en cuanto a la formación del Gobierno, también prevé la elección de un Vicepresidente por la Asamblea Federal.

2. Comentario

2.1. *Consideraciones generales*

Poco, apenas nada, se ha escrito de la figura del Vicepresidente o de los Vicepresidentes en nuestro país. La doctrina científica se ha despreocupado de estos posibles miembros del Gobierno. Y digo «posibles» porque su existencia o no en cada formación gubernamental depende de la exclusiva voluntad —al menos en un plano formal— del Presidente del Gobierno.

Resulta curioso —e incluso ofensivo— el desapego de nuestros autores por un órgano, un miembro del Gobierno (o varios), que tiene indudable trascendencia política. Sin duda los periodistas, con un sentido mucho más pragmático de las cosas —y también del poder político—, han hecho un seguimiento exhaustivo de la actividad de los Vicepresidentes que en España han sido, de los que hoy son, y lo harán de los que el futuro nos depare.

Desde luego, el número dos del Gobierno (o los números dos, o los números dos y tres) acumula —sea o no Ministro— un abanico de competencias propias (suplir al Presidente no es poca cosa) y encomendadas por el Presidente del Gobierno que reclama algún análisis serio y sosegado sobre su específica posición en el órgano complejo que es el Gobierno.

GARRIDO FALLA¹ nos recuerda cómo surge el cargo de Vicepresidente en la historia política española, ligado íntimamente al proceso de institucionalización del poder que se desarrolla a lo largo de la etapa franquista. Así, las leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939 concentran en el Jefe del Estado la totalidad del poder legislativo y ejecutivo. Esta situación —con la anécdota que supone la creación de las Cortes orgánicas— dura hasta la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, donde se distingue entre el Jefe del Estado y el Presidente del Gobierno. Este cargo, sin embargo, permanece vacante, presidiendo el Jefe del Estado personalmente los Consejos de Ministros. Considera GARRIDO FALLA que «la única concesión

¹ Fernando GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución Española*, 2.ª Edición, ampliada. Civitas. Madrid, 1989. Exégesis del artículo 98 (p. 1375).

hacia una desconcentración personal del poder la constituye la creación del Ministro Subsecretario de la Presidencia que, con tan modesto nombre y con el desempeño de la Secretaría del Consejo de Ministros, se convierte virtualmente en el Vicepresidente del Gobierno».

Formalmente, sin embargo, el primer Vicepresidente del Gobierno surge de forma irregularmente curiosa. Por Decreto-Ley 25/1962, de 10 de julio, se nombra (en primer lugar) y se crea (en segundo) el cargo de Vicepresidente del Gobierno a Agustín Muñoz Grandes, «quien, sin perjuicio de sus funciones como General Jefe del Estado Mayor, tendrá a su cargo la coordinación de los Departamentos afectos a la Defensa Nacional y desempeñará aquellas funciones que expresamente le delegue el Presidente del Gobierno, a quien sustituirá en casos de vacante, ausencia o enfermedad».

Posteriormente, la Ley Orgánica del Estado se refirió, en su artículo 13.II, a la posible existencia de Vicepresidente o Vicepresidentes («si los hubiere») en el Consejo de Ministros.

La Constitución de 1978 hace referencia a «los Vicepresidentes en su caso». La Ley del Gobierno, con respeto reverencial, asume el mismo texto, si bien que utilizando singular y plural y separando entre comas la expresión («del Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso,»).

Se mantiene así, como no podía ser de otra forma, el carácter disponible o potestativo de la existencia de Vicepresidentes. Tal y como antes se señaló, su incorporación o no en cada formación concreta del Gobierno dependerá de la decisión del Presidente. Es más, el artículo 12.3 de la Ley del Gobierno, atendiendo sin duda a la peculiaridad de esta figura y también de los Ministros sin cartera, establece expresamente que la separación de unos y otros «llevará aparejada la extinción de dichos órganos». Es decir, el cese del titular implica la desaparición del órgano.

Por tanto, en estos supuestos no cabe la simple sustitución en el cargo, sino que se requiere una decisión expresa del Presidente del Gobierno para crear de nuevo el órgano, proponiendo al Rey el nombramiento de su titular.

El artículo analizado es de una tremenda simplicidad. A los Vicepresidentes les corresponde el ejercicio de las funciones que les encomiende el Presidente (apartado primero). Si además asumen la titularidad de un departamento ministerial ostentarán, también, la condición de Ministro (apartado segundo).

2.2. *Requisitos de acceso al cargo*

La normativa española no exige requisitos específicos para el nombramiento de Vicepresidente. En la legislación de otros países sí se prevé que el Vicepresidente —o los Vicepresidentes— sea nombrado de entre los Ministros (caso de Grecia e Italia) o que, además, deba ser diputado de la Cámara de Representantes (Irlanda). En nuestro país no se requiere nada en especial que difiera

de las especificaciones generales para ser miembro del Gobierno. Esto es, ser español, mayor de edad, disfrutar de los derechos de sufragio activo y pasivo, así como no estar inhabilitado para ejercer empleo o cargo público por sentencia judicial firme (art. 11 de la Ley del Gobierno, en concordancia con los arts. 17 a 21 y 315 del Código Civil; y arts. 2 a 7 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General).

2.3. *Funciones*

La creación de Vicepresidencias se produce por Real Decreto del Presidente del Gobierno. Se trata de uno de los supuestos recogidos en el artículo 17.a) de la Ley del Gobierno («Reales Decretos del Presidente del Gobierno sobre la composición y organización del Gobierno»).

En estos Reales Decretos, el Presidente puede —y resulta conveniente que así se haga— determinar algunas de las funciones específicas que han de desarrollar los Vicepresidentes. De esta forma, el Real Decreto 558/2000, de 27 de abril, sobre las Vicepresidencias del Gobierno, establece una Vicepresidencia Primera del Gobierno, a la que corresponde la presidencia de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, así como aquellas otras funciones que le encomiende el Presidente del Gobierno.

Esta norma fue modificada por Real Decreto 209/2001, de 27 de febrero, que suprime como competencia propia de la Vicepresidencia Primera la Presidencia de la Comisión citada, limitándose a atribuirle las funciones que le encomiende el Presidente.

A la Vicepresidencia Segunda del Gobierno para Asuntos Económicos le corresponde la Presidencia de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, y aquellas otras funciones que le encomiende el Presidente del Gobierno.

Como puede observarse, el Real Decreto del Presidente del Gobierno citado no es muy elocuente en cuanto a las competencias de los Vicepresidentes. Resulta, sin embargo, estrictamente ajustado a las previsiones de la Ley del Gobierno.

Según el artículo 8.2 de esta Ley, «la Presidencia de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios corresponde a un Vicepresidente del Gobierno o, en su defecto, al Ministro de la Presidencia». La expresión «en su defecto» no debe entenderse sólo como «en caso de inexistencia de Vicepresidente», sino también como «en caso de que la Presidencia de la Comisión no se atribuya a un Vicepresidente del Gobierno» (situación producida tras el Real Decreto 209/2001).

El Real Decreto 1161/1995, de 7 de julio, de medidas de reorganización administrativa, asignaba al Presidente del Gobierno la presidencia, tanto de

las Comisiones Delegadas del Gobierno como de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, pudiendo delegar la misma en un Vicepresidente o en un Ministro. Esta norma debe entenderse derogada por la Ley del Gobierno y las normas dictadas para su correcta aplicación en relación con estos órganos colegiados del Gobierno y de apoyo al mismo. Obviamente, cuando el Presidente sea miembro de una Comisión la presidirá en todo caso.

Por otra parte, el artículo 3 del Real Decreto 3234/1981, de 29 de diciembre, previene que «los Vicepresidentes del Gobierno serán miembros natos de las Comisiones Delegadas del Gobierno y podrán presidir sus reuniones por delegación del Presidente». El inciso final se encuentra tácitamente derogado. No obstante, más dudas plantea el carácter de miembros natos de los Vicepresidentes. La Ley del Gobierno es explícita, cuando en su artículo 2 establece que los Reales Decretos de creación de las Comisiones Delegadas del Gobierno han de especificar los miembros del Gobierno y, en su caso, Secretarios de Estado que la integran.

Por tanto, para las que se creen a partir de la entrada en vigor de la Ley no será válida la consideración de los Vicepresidentes como miembros en todo caso, sino que tal condición debe preverse expresamente. Es más, puede resultar bastante incómodo para el Vicepresidente Primero pertenecer a una Comisión Delegada del Gobierno que presida el Vicepresidente Segundo.

En cuanto a las existentes a la entrada en vigor de la Ley, cuya composición no haya sido alterada por norma posterior, podemos sobreentender que los Vicepresidentes mantienen su condición de miembros natos.

Junto a la participación preeminente de los Vicepresidentes en órganos colegiados reviste esencial importancia lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Ley del Gobierno, conforme al cual, «en los casos de vacante, ausencia o enfermedad, las funciones del Presidente serán asumidas por los Vicepresidentes, de acuerdo con el correspondiente orden de prelación, y, en defecto de ellos, por los Ministros, según el orden de precedencia de los Departamentos». Esta fórmula es prácticamente idéntica a la preexistente, contenida en el artículo 3 de la Ley 10/1983, de 16 de agosto, de Organización de la Administración Central del Estado y en el Real Decreto 1455/1995, de 1 de septiembre, sobre suplencia del Presidente del Gobierno (si bien en aquélla se calificaba la ausencia, apostillándose que debía ser «en el extranjero»).

En buena lógica, actuar en lugar del Presidente del Gobierno —como Presidente del Gobierno— cuando éste no puede hacerlo en las situaciones legalmente previstas, es la función más importante que puede corresponder al Vicepresidente único o al Vicepresidente Primero, incluyendo la Presidencia del Consejo de Ministros.

En cuanto a las que le encomiende el Presidente, el precepto resulta un tanto impreciso, si bien se trata de una imprecisión conveniente. La enco-

mienda o encargo presidencial puede formalizarse a través del propio Real Decreto de creación de la Vicepresidencia. No obstante, en general suele tratarse de asignaciones de responsabilidades no formalizadas a través de instrumento jurídico o normativo alguno. La situación de preeminencia formal, pero especialmente política, de los Vicepresidentes suele implicar funciones de coordinación genérica de los miembros del Gobierno o específica de los Ministros que actúan en grandes áreas con un denominador común (por ejemplo, área económica).

También puede tratarse de actuaciones concretas surgidas por una razón o necesidad coyuntural.

Es decir, el Presidente es libre para atribuir funciones u obligaciones de carácter permanente o transitorio a los Vicepresidentes del Gobierno.

En los más de veinte años de vigencia del texto constitucional ha sido frecuente la existencia de Vicepresidentes. Han existido Vicepresidentes únicos (gobiernos del PSOE, por ejemplo) y dos Vicepresidentes (gobiernos del PP, repartiéndose coloquialmente los adjetivos de Vicepresidente político —el primero— y económico —el segundo—, aunque en este último caso la denominación es jurídicamente correcta según el Real Decreto 558/2000). Han existido Vicepresidentes sin cartera ministerial (gobiernos del PSOE) y Vicepresidentes que también son Ministros (gobiernos del PP).

Debe tenerse además en cuenta una circunstancia peculiar. En España no se han formado verdaderos Gobiernos de coalición —al menos surgidos de coaliciones postelectorales—. Puede predecirse que la eventual existencia en el futuro de agrupaciones de voluntades postelectorales entre partidos políticos y coaliciones conllevará, sin duda, la generalización en las diferentes formaciones gubernamentales de Vicepresidentes como medio idóneo para satisfacer las legítimas expectativas de los diferentes grupos que han de sostener al Gobierno con sus votos en las Cortes Generales. Así ha ocurrido ya en algunos Consejos de Gobierno de Comunidades Autónomas. En definitiva, si la figura del Vicepresidente ya es clásica en Gobiernos monocolors, resultará políticamente necesaria en Gobiernos constituidos con aportaciones de diferentes fuerzas políticas.

Por último, resulta importante destacar que el apartado segundo del artículo 3 analizado establece que «el Vicepresidente que asuma la titularidad de un Departamento ministerial, ostentará, además, la condición de Ministro».

En estos casos, será predicable del mismo lo previsto para los Ministros en el artículo 4 de la Ley, suponiendo una verdadera acumulación de tareas.

Para finalizar, y aunque pueda parecer anecdótico, los Vicepresidentes del Gobierno disfrutaban de unas retribuciones ligeramente superiores a las de los Ministros y ligeramente inferiores a las del Presidente, dentro siempre de la aus-

teridad que nuestro país parece haber impuesto como regla para los emolumentos del Ejecutivo².

También el Real Decreto 2099/1983, de 4 de agosto, por el que se aprueba el ordenamiento general de precedencias en el Estado distingue especialmente a los Vicepresidentes. Así, su Título II («Precedencia de autoridades en los actos oficiales de carácter general organizados por la Corona, el Gobierno o la Administración del Estado») distingue diversos supuestos. En los actos celebrados en la Villa de Madrid (art. 10), los «Vicepresidentes del Gobierno, según su orden» ocupan el número 10, entre el Presidente del Consejo General del Poder Judicial (n.º 9) y los Ministros (n.º 11); situándose el Presidente del Gobierno en el número 5 (tras la Familia Real).

En los actos en el territorio propio de una Comunidad Autónoma (art. 11), los Vicepresidentes mantienen el número 10, si bien ya no son seguidos por los Ministros (que pasan al n.º 12), sino por el Presidente del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

² Según la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2001 (art. 25), al Presidente corresponde una retribución de 78.490,35 euros (13.059.696 pesetas), a los Vicepresidentes 73.773,03 euros (12.274.800 pesetas) y a los Ministros 69.251,09 euros (11.522.412 pesetas), sin derecho a pagas extraordinarias y referidas a doce mensualidades, sin perjuicio de la percepción de catorce mensualidades de la retribución por antigüedad que pudiera corresponderles de acuerdo con la normativa vigente.

ARTÍCULO 4. DE LOS MINISTROS

- 3. Los Ministros, como titulares de sus Departamentos, tienen competencia y responsabilidad en la esfera específica de su actuación, y les corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:**
- a) **Desarrollar la acción del Gobierno en el ámbito de su Departamento, de conformidad con los acuerdos adoptados en Consejo de Ministros o con las directrices del Presidente del Gobierno.**
 - b) **Ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento.**
 - c) **Ejercer cuantas otras competencias les atribuyan las leyes, las normas de organización y funcionamiento del Gobierno y cualesquiera otras disposiciones.**
 - d) **Refrendar, en su caso, los actos del Rey en materia de su competencia.**
- 2. Además de los Ministros titulares de un Departamento, podrán existir Ministros sin cartera, a los que se les atribuirá la responsabilidad de determinadas funciones gubernamentales.**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario. 2.1. Planteamiento general. 2.2. Funciones. 2.3. Ministros sin cartera.

1. Concordancias

Artículos 62.e); 64.1; 70.1.b) 98; 100; 102; 110 y 111 de la Constitución.

Prácticamente todos los artículos de la propia Ley del Gobierno se refieren de una manera u otra, directa o indirectamente, a los Ministros.

Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. En especial, sus artículos 12 y 13.

Ley 12/1995, de 11 de mayo de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

Real Decreto del Presidente del Gobierno 557/2000, de reestructuración de los Departamentos ministeriales.

Real Decreto 574/2000, de 5 de mayo, por el que se crean determinados órganos directivos en los Ministerios de Hacienda, de Educación, Cultura y Deportes, de Economía, y de Ciencia y Tecnología.

* Artículo comentado por Tomás GONZÁLEZ CUETO.

Real Decreto 683/2000, de 11 de mayo, por el que se modifica la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores, Hacienda, Interior, Fomento y Economía.

Real Decreto 687/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Real Decreto 1473/2000, de 12 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Real Decreto 688/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.

Real Decreto 1474/2000, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.

Real Decreto 1883/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.

Real Decreto 689/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica de los Ministerios de Economía y Hacienda.

Real Decreto 1330/2000, de 7 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda.

Real Decreto 1449/2000, de 28 de julio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.

Real Decreto 690/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento.

Real Decreto 1475/2000, de 4 de agosto, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento.

Real Decreto 691/1000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Real Decreto 1331/2000, de 7 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Real Decreto 1888/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Real Decreto 693/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

Real Decreto 1282/2000, de 30 de junio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

Real Decreto 808/2000, de 19 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia.

Real Decreto 1281/2000, de 30 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia.

Real Decreto 694/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del ministerio de Administraciones Públicas.

Real Decreto 1372/2000, de 19 de julio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Administraciones Públicas.

Real Decreto 809/2000, de 19 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Real Decreto 1450/2000, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Real Decreto 695/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente.

Real Decreto 1415/2000, de 21 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente.

Real Decreto 1371/2000, de 19 de julio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía.

Real Decreto 696/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Real Decreto 1451/2000, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Real Decreto 811/2000, de 19 de mayo, por el que se determina la estructura de apoyo al Ministro Portavoz del Gobierno.

Real Decreto 1280/2000, de 30 de junio, por el que se desarrolla la estructura de apoyo al Ministro Portavoz del Gobierno.

En Derecho comparado, y por lo que respecta al número y competencias de los Ministros, tan sólo Suiza establece en su texto fundamental el número de miembros del Gobierno (concretamente siete).

La Constitución austríaca remite a la Ley la fijación del número y su ámbito. Algo parecido ocurre en Finlandia, cuya Constitución prevé que se determinarán por Ley el número y las competencias de los Ministerios. En la señalada Ley (que data de 1995) se prevé un límite máximo, incluido el Primer Ministro, de dieciocho Ministros.

Bélgica también establece, si bien que directamente en su Constitución, un máximo de quince Ministros (y dejando a salvo al Primer Ministro, habrán de ser tantos de expresión francesa como flamenca).

Por su parte, la Constitución de Noruega establece un límite mínimo: Primer Ministro y, por lo menos, otros siete miembros.

La Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo también establece un límite mínimo de tres miembros.

En Portugal se prevé constitucionalmente que por el Decreto de nombramiento del Ministro o por Decreto-Ley se regularán el número, la designación y las atribuciones de los Ministros.

Grecia, Eslovenia, Hungría, Letonia y Polonia también prevén en sus Constituciones específicas llamadas al legislador para regular bien el número de Ministerios, bien la organización del Gobierno. Conviene señalar que la Constitución griega prevé expresamente la existencia de Ministros sin cartera.

2. Comentario

2.1. *Planteamiento general*

Los Ministros son miembros del Gobierno y órganos unipersonales del mismo, al igual que el Presidente y los Vicepresidentes. Y esos aspectos o caracterizaciones son los que deberían interesarnos al abordar una Ley del Gobierno. Sin embargo, el artículo 4 de la Ley, que ahora comentamos, comienza de la siguiente forma:

«Los Ministros, como titulares de sus Departamentos...».

Es decir, se pone el énfasis en el aspecto más administrativo que político de la configuración de los Ministros: titulares de Departamentos ministeriales antes que miembros del Gobierno.

Es verdad que existen Ministros no titulares de Departamento —los Ministros sin cartera a que se refiere el apartado 2 del precepto—, y ésa fue, sin duda, la razón de comenzar el artículo con la expresión antes transcrita. Se trataba de destacar el ámbito competencial del Ministro con cartera para después contraponer a él la figura del Ministro sin cartera.

Además, ese énfasis inicial explica cómo la Ley del Gobierno, siguiendo nuestra tradición histórica, configura con carácter de generalidad a los Ministros como titulares de un Ministerio, esto es, de una subdivisión orgánica y funcional de la Administración del Estado. Ahora bien, es bastante frecuente, por no decir normal, que los Ministerios agrupen diversos sectores de actividad administrativa que pueden juntarse o separarse sin mayores problemas teóricos —cosa distinta son las dificultades o disfunciones que pueden producirse en la gestión de algunos macroministerios—.

No puede olvidarse que el Gobierno es un órgano esencialmente político, aun cuando ejerce funciones administrativas y en esa medida sería un auténtico órgano —o conjunto de órganos— administrativo. No obstante, no conviene

«administrativizarlo» ni desde el punto de vista conceptual ni normativo (lo que sería propio de épocas afortunadamente ya pasadas).

En nuestra Constitución, a diferencia de otros Estados, no existe norma alguna que limite el número de Ministros o Ministerios, ni establezca regla alguna en cuanto a distribuciones competenciales entre Departamentos. Aquí la discrecionalidad es una «regla» fundamental muy conveniente. Los principios organizativos y de funcionamiento, esencialmente objetivos, que deben regir en el ámbito de la Administración no son homologables para el órgano constitucional complejo y político que es el Gobierno.

Es cierto que han existido voces, como la muy autorizada de Fernando GARRIDO FALLA¹, reclamando que «hay, cuando menos, un tema que debería reservarse a la Ley: el número de los Ministerios». Entiende el autor que «es la única forma de contener, en lo posible, la inflación administrativa».

En el artículo 2.2.j) se atribuye al Presidente del Gobierno la competencia para «crear, modificar y suprimir, por Real Decreto, los Departamentos ministeriales...».

La experiencia anterior a la Ley del Gobierno puede resultar significativa en este punto. Bajo el imperio de la Ley 10/1983, de 26 de agosto, de Organización de la Administración Central del Estado, y de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, esta materia relativa a la creación, modificación y supresión de Departamentos ministeriales se encontraba teóricamente reservada a la Ley. Y es correcto utilizar la palabra «teóricamente» porque en la práctica se venía produciendo todos los años una deslegalización en favor del Presidente del Gobierno a través de expresas disposiciones en las leyes de Presupuestos Generales del Estado anuales. Esta situación se consolida con la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (la coloquialmente conocida como «Ley de acompañamiento» de la de Presupuestos Generales del Estado y que cada año produce un vuelco en nuestro sistema jurídico y en el corazón de quienes a esto se dedican), cuyo artículo 75 dotó de estabilidad temporal a la deslegalización antes anual.

Se trata de una medida lógica que se incorpora definitivamente a nuestro ordenamiento jurídico en el citado artículo 2.2.j) de esta Ley del Gobierno^{2 3}.

¹ Fernando GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución Española*, 2.ª Edición, ampliada. Civitas. Madrid, 1989. Exégesis del artículo 98.

² Como señalan Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Angel MENÉNDEZ REXACH, «la reserva de la Ley en esta materia era una ingenuidad». Véase al respecto su análisis del artículo 97 de la Constitución en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Ed. Cortes Generales-Edersa. Madrid, 1998. Tomo VIII).

³ El artículo 1 del Real Decreto 557/2000, de 27 de abril (del Presidente del Gobierno) dispone:
«La Administración General del Estado queda estructurada en los siguientes Departamentos ministeriales:
— Ministerio de Asuntos Exteriores.
— Ministerio de Justicia.

España no se ha distinguido por el elevado número de Ministros, al menos en épocas recientes. Probablemente porque nos hemos acostumbrado a Gobiernos monocolors en los que no es preciso contentar a diferentes fuerzas políticas asignándoles diversas carteras ministeriales. Con Gobiernos de un solo partido basta con tratar moderadamente bien a las diferentes familias, sensibilidades o corrientes de pensamiento internas (a veces ni tan siquiera eso) y tener en cuenta un mínimo criterio de procedencia territorial o regional de algunos Ministros (a veces ni tan siquiera eso, tampoco).

La existencia de pocos Ministros supone que los Ministerios tienden a ser grandes (lo que no debe confundirse con importantes). En ocasiones demasiado difíciles de gestionar, con competencias heterogéneas, multitud de altos cargos, difíciles cauces de relación internos y complicadas vías para la transmisión de la información.

Como ya se ha visto en el artículo 2 de la Ley, es el Presidente quien decide cuál es la estructura del Gobierno que dirige y, en consecuencia, cuáles son los Ministerios, los Ministros y sus competencias. Y, por tanto, cuál es la estructura básica de la Administración estatal.

Por otra parte, no está de más reiterar que los Ministros son las figuras o elementos clave en la articulación del Gobierno con la Administración a la que dirige, dotando de continuidad la función política con la función administrativa, ambas de carácter ejecutivo en este caso⁴. Esta labor o función integradora de los dos niveles se produce precisamente por su carácter de «órganos bisagra», atendiendo a su doble condición de miembros del Gobierno y titulares de un Ministerio⁵.

-
- Ministerio de Defensa.
 - Ministerio de Hacienda.
 - Ministerio del Interior.
 - Ministerio de Fomento.
 - Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.
 - Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
 - Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.
 - Ministerio de la Presidencia.
 - Ministerio de Administraciones Públicas.
 - Ministerio de Sanidad y Consumo.
 - Ministerio de Medio Ambiente.
 - Ministerio de Economía.
 - Ministerio de Ciencia y Tecnología.

A estos Departamentos ministeriales hay que añadir la existencia de un Ministro Portavoz del Gobierno, nombrado por Real Decreto 861/2000, de 27 de abril, como Ministro sin cartera.

⁴ Esta afirmación puede verse en Eugenio LÓPEZ ÁLVAREZ, «Los Servicios Centrales en la LOFAGE», estudio incluido en la obra colectiva *Estudios sobre la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado* (Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999).

⁵ El artículo 12.1 LOFAGE señala que «los Ministros, además de las atribuciones que les corresponden como miembros del Gobierno, dirigen, en cuanto titulares de un departamento ministerial, los sectores de actividad administrativa integrados en su Ministerio y asumen la responsabilidad inherente a dicha dirección».

2.2. *Funciones*

La Ley del Gobierno recoge las principales funciones de los Ministros en su cualidad de miembros del Gobierno. Por supuesto que tienen muchas otras, enumeradas principalmente en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado⁶. Debe tenerse en cuenta además que rara es la norma que no atribuye competencias nuevas a un Ministro o que no disciplina, en mayor o menor medida, la forma, procedimiento o límites para el ejercicio de una determinada competencia ministerial.

Tal vez resulte conveniente analizar sistemáticamente las diferentes funciones a que se refiere la Ley del Gobierno.

a) Desarrollar la acción del Gobierno en el ámbito de su Departamento

Los Ministros son la correa de transmisión de la política gubernamental hacia la Administración.

Este desarrollo sectorial de la acción gubernamental se debe hacer, según el propio precepto, «de conformidad con los acuerdos adoptados en Consejo de Ministros o con las directrices del Presidente del Gobierno».

Por lo que respecta a los acuerdos del Consejo de Ministros, el artículo 5.j) de la propia Ley reconoce, como competencia propia de dicho órgano, «adoptar programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado». El Consejo de Ministros, por tanto, establece marcos de actuación, más o menos concretos, que deben desarrollarse por los Ministros en el ámbito específico de su competencia sectorial.

En cuanto a las directrices del Presidente del Gobierno, basta remitirse a las letras b) y m) del apartado segundo del artículo 2 de esta Ley.

Así, la letra b) especifica que corresponde al Presidente «establecer el programa político del Gobierno y determinar las directrices de la política exterior e interior y velar por su cumplimiento». Por su parte, la letra m) le atribuye la facultad de impartir instrucciones a los demás miembros del gobierno.

Pues bien, con sujeción a estas reglas, por razones obvias, debe desarrollar su actividad cada Ministro. No se trata sólo de respetar y salvaguardar las competencias o funciones presidenciales, ni merece la pena analizar cómo las instrucciones «van cayendo en cascada» hasta la base de la organización

⁶ Véanse sus artículos 12 y 13. Además, la Exposición de Motivos de la LOFAGE (apartado VII) señala que «su condición de responsables públicos hace que la Ley les otorgue la capacidad de decisión sobre la definición, ejecución, control y evaluación de las políticas sectoriales de su competencia, al tiempo que se distinguen de estas funciones, que son de naturaleza indelegable, las que se refieren al manejo de los medios, que pueden desconcentrarse o delegarse en otros órganos superiores o directivos».

administrativa dirigida por cada Ministro, ni es preciso buscar ahora una justificación teórica al principio de supremacía del Presidente. Basta constatar que la designación de los Ministros y, por tanto, también su cese corresponde al Presidente sin perjuicio del nombramiento y separación formal por parte del Rey.

Sin embargo, siendo cierto que nuestra experiencia postconstitucional se reduce a Gobiernos monocolors podría resultar interesante tratar de adivinar qué ocurriría en otro caso. Probablemente el Presidente —director de la acción del Gobierno— buscaría un consenso entre los diferentes grupos políticos que le sostienen cobrando especial relevancia los Acuerdos del Consejo de Ministros y, probablemente, reduciendo la intensidad de sus propias directrices. Pudiera ser también que la autonomía y responsabilidad en su respectiva gestión que corresponde a cada Ministro y se encuentra en la base del principio departamental —uno de los tres que configuran el funcionamiento del gobierno— fuera mayor en ese caso. No podría llegarse a olvidar que el principio rector fundamental es el de dirección presidencial, pero sí podría incrementarse la importancia relativa de la colegialidad en la toma de decisiones y del principio departamental en cuanto a la forma de ejecutar la política gubernamental.

Resulta claro, en todo caso, que los Ministros no desarrollan la acción del Gobierno solos, sino apoyados por esa maquinaria administrativa (organizada conforme a los principios recogidos en el artículo 103 de la Constitución) que el texto constitucional sitúa bajo la dirección del Gobierno.

b) Ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento

No es éste el lugar para tratar con carácter general la potestad reglamentaria del Gobierno, sino tan sólo el ámbito de la potestad reglamentaria de los Ministros.

Esta materia reviste sin duda especial interés por cuanto los Ministros son miembros del Gobierno —y órganos unipersonales del mismo— y, en consecuencia, son Gobierno. No debe entenderse, por tanto, que su potestad reglamentaria es exclusivamente doméstica de carácter organizativo, sino que están facultados también para disciplinar una materia en desarrollo de un previo reglamento acordado en Consejo de Ministros (pues a este órgano corresponde aprobar los reglamentos que supongan un directo desarrollo de la ley) o de una ley sólo cuando ésta les habilite para ello⁷. Al margen de los reglamentos eje-

⁷ A pesar de alguna Sentencia del Tribunal Supremo que no admitía la delegación en un Ministro para ejercitar la potestad reglamentaria de ejecución de leyes (Sentencias de 25 de enero y 12 de julio de 1982).

cutivos también podrán aprobar reglamentos *praeter legem*. La inexistencia de una «reserva de reglamento» en nuestro país significa que las Cortes pueden ejercer siempre su potestad legislativa. Ahora bien, cuando no lo hagan y no exista una reserva de ley, el reglamento podrá operar válidamente y ahí los Ministros tienen un ámbito competencial propio en el que pueden y deben desarrollar su función.

Así lo ha señalado, sin ir más lejos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1986, al decir que resulta inevitable que la reglamentación de las materias comprendidas dentro del ámbito de actuación de un solo Ministerio, corresponde, o debe corresponder, precisamente a éste. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido que el ámbito de la potestad reglamentaria ministerial se extiende no sólo a la materia organizativa, sino también a la regulación de relaciones de los administrados sujetos por una especial situación jurídica con el Departamento del que el Ministro es titular. Los límites se sitúan en la imposibilidad de afectar a derechos y obligaciones básicas y generales (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1984, de 16 de diciembre de 1986, 12 de mayo de 1988).

En cuanto al procedimiento de elaboración de los reglamentos y la forma que deben adoptar, basta remitirse a lo previsto en los artículos 24 y 25 de la propia Ley del Gobierno.

- c) Ejercer cuantas otras competencias les atribuyan las leyes, las normas de organización y funcionamiento del Gobierno y cualesquiera otras disposiciones

Ya se avanzó antes que son numerosas las leyes que atribuyen o reconocen competencias a los Ministros en general o a Ministros concretos responsables de una determinada área sectorial —o por decirlo al revés, son extrañas las leyes que no contienen referencias expresas a las funciones y cometidos de algún Ministro—.

Junto a la propia Ley del Gobierno es preciso destacar la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, cuyos artículos 12 y 13 enumeran las principales funciones de los Ministros como titulares de sus Departamentos. Respecto de las competencias recogidas en el artículo 12, pueden agruparse siguiendo a LÓPEZ ÁLVAREZ⁸:

- Competencias de planificación y programación, presupuestación, evaluación de resultados y control de eficacia (letras b, c y e).
- Competencias instrumentales para la consecución de las anteriores, entre las que se pueden citar la potestad reglamentaria (letra a), la posi-

⁸ Eugenio LÓPEZ ÁLVAREZ (*ob. cit.*).

bilidad de establecer o proponer medidas organizativas (letra d) y la potestad de nombrar o proponer y cesar a los titulares de los órganos directivos del Ministerio y de los Organismos públicos dependientes (letra f), así como la función directiva, comprendiendo la competencia de dirigir instrucciones y órdenes de servicio (letra h).

- Como superior jerárquico en vía administrativa le corresponde revisar de oficio los actos administrativos, resolver los conflictos de atribuciones y plantear a otros Departamentos los que procedan (letra h). También debería entenderse incluida en este punto la competencia para resolver los recursos administrativos y declarar la lesividad de los actos administrativos (artículo 13.11 LOFAGE)⁹.
- Mantener las relaciones con las Comunidades Autónomas y convocar las Conferencias Sectoriales y demás órganos de cooperación del ámbito competencial de su Ministerio (letra g).

Por otro lado, el artículo 13, bajo la rúbrica de «otras competencias de los Ministros», hace referencia a los aspectos estrictamente materiales: competencias administrativas de gestión y administración de los recursos necesarios asignados para el adecuado funcionamiento del Departamento, así como para la satisfacción y prestación de los servicios administrativos en su concreto ámbito funcional. Se incluyen en el precepto, en consecuencia, las relativas a la contratación administrativa o de la Administración, gestión de personal, ejecución presupuestaria, gestión patrimonial (materias todas ellas reguladas en sus leyes específicas).

Dentro de la Ley del Gobierno se contiene una referencia expresa a un Ministro determinado: el Ministro de la Presidencia. El artículo 18.1 dispone que «el Presidente del Gobierno convoca y preside las reuniones del Consejo de Ministros, actuando como Secretario el Ministro de la Presidencia». Asimismo, el artículo 9.2 prevé que «el Secretariado del Gobierno se integra en la estructura orgánica del Ministerio de la Presidencia». Esta circunstancia ha llevado a pensar a algunos autores que «el legislador ha recortado la omnímoda libertad del Presidente del Gobierno, que deberá conseguir la modificación de la Ley del Gobierno antes de proceder a suprimir el Ministerio de la Presidencia»¹⁰.

⁹ La competencia para resolver recursos se incluía en el artículo 12.2.i) de la redacción original de la LOFAGE. Esta regulación fue modificada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, incorporándose al apartado 11 del artículo 13. La razón de ser de este «baile» de artículos radica en que del tenor literal del artículo 12 así como de la Exposición de Motivos de la Ley se deduce que en dicho precepto se enumeran una serie de competencias por naturaleza indelegables. Si la facultad de resolver recursos administrativos se considera indelegable podemos fácilmente suponer que algunos Ministros no harían otra cosa que ejercer precisamente dicha competencia.

¹⁰ Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH (*ob. cit.*).

Ahora bien, esta interpretación no parece acertada en absoluto. Ni tan siquiera por tratarse de la Ley de Gobierno —precisamente la que atribuye al Presidente la competencia para crear, modificar y suprimir Ministerios— puede entenderse que la mención concreta de un Ministro determinado «petrifique» dicha denominación congelando el rango de la disposición que pueda modificar la misma. La cita debe entenderse en sus justos términos. A la hora de redactar una norma —una ley en este caso— existen dos alternativas para referirse a órganos determinados, ya sean del Gobierno o de la Administración. Puede hacerse llamándoles por su nombre actual o refiriéndose mediante términos genéricos al titular de la función afectada. La segunda alternativa da lugar a circunloquios difíciles de entender en ocasiones y a una redacción farragosa. La primera alternativa da lugar a preceptos más sencillos y fáciles de entender, aun cuando nunca debe perderse la perspectiva de que la cita de órganos concretos se hace en cuanto titulares de funciones y competencias. Por ello, la cita concreta del Ministro de la Presidencia —o de cualquier otro— debe entenderse siempre hecha al que ostente en cada momento la función a que la norma se venga refiriendo.

Es cierto que existen Ministros y Ministerios que han venido permaneciendo con el mismo nombre o muy parecido a lo largo del tiempo. Piénsese en el Ministro de Asuntos Exteriores, en el de Justicia o en el de Hacienda. Aun así, conviene recordar que, a pesar de su carácter tradicional, han sufrido vicisitudes importantes agrupándose y separándose de otras ramas de actividad gubernamental¹¹.

Junto a las competencias atribuidas por normas con rango de ley cobran especial importancia las asignadas por las normas de organización y funcionamiento del Gobierno¹², especialmente por los Reales Decretos del Presidente del Gobierno sobre composición y organización del Gobierno. En ellos el Presidente determina no sólo el número y denominación de los Ministerios, sino también su ámbito básico de competencias¹³. Debe tenerse en cuenta, además, que la creación de las Secretarías de Estado por parte del Presidente complementa la definición anterior de funciones esenciales.

Estas normas, integradas con la Ley del Gobierno y la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado principalmente (y el resto del ordenamiento jurídico, en especial, del ámbito administrativo), configuran en general y en detalle el ámbito al que se extiende la competencia de

¹¹ Un interesante artículo sobre las tareas y actividad de los Ministros, trufado de anécdotas, es el elaborado por Joaquín TOMÁS VILLARROYA: «Ministros y Gobierno en el Estado moderno. Un análisis realista», en *Documentación Administrativa*, n.º 188.

¹² Al respecto debe verse el artículo 17 de la Ley del Gobierno, que lleva por rúbrica «de las normas aplicables al funcionamiento del Gobierno».

¹³ Al respecto conviene ver el Real Decreto 557/2000, de 27 de abril (del Presidente del Gobierno), de reestructuración de los departamentos ministeriales.

cada Ministro, así como la intensidad con que puede ejercer cada una de sus funciones.

d) Refrendar, en su caso, los actos del Rey en materia de su competencia

Procede, en primer lugar, remitirse a lo señalado al analizar idéntica competencia del Presidente del Gobierno en el artículo segundo.

Además, en lo que respecta a los Ministros, recordaremos en primer lugar el artículo 64.1 de la Constitución, según el cual, «los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes ...».

Como destaca GONZÁLEZ-TREVIJANO¹⁴, en cuanto a los Ministros, la cuestión consiste en determinar cuál es el «competente». Lo es aquél a cuyo Departamento corresponda el refrendo (o a cuyo ámbito competencial se refiera el acto refrendado), esto es, una atribución competencial por razón de la materia.

No cabe además la delegación de tal competencia. No sólo porque así se deduzca del artículo 20.3.a) de la propia Ley del Gobierno que considera indelegables «las [competencias] atribuidas directamente por la Constitución», como es el caso del refrendo de acuerdo con el artículo 64.1 de nuestra Carta Magna; sino además por su propia naturaleza de institución que transfiere una responsabilidad —de gran entidad e intensidad— al sujeto refrendante.

En general, los Ministros refrendarán los Reales Decretos que aprueban normas reglamentarias relativas a materias de su responsabilidad y los Reales Decretos de nombramientos que afectan a su Departamento.

Un supuesto especial es el de los actos (normalmente normativos) que afectan a más de un Ministerio, respecto de los que algún autor¹⁵ estima que competen a los Ministros afectados o al Ministro con un interés prevalente. No obstante, en la práctica vienen siendo refrendados por el Ministro de la Presidencia. La falta de un apoyo normativo expreso para dicha actuación trata de soslayarse acudiendo a la consideración del citado Ministro de la Presidencia como Secretario del Consejo de Ministros (artículo 18.1 de la Ley del Gobierno); a su tradicional carácter de Ministro coordinador¹⁶; así como la referencia expresa contenida en el artículo 25.f) de la Ley del Gobierno en el sentido de que las Órdenes interministeriales revisten la forma de Órdenes del Ministro de la Presidencia, interpretada analógicamente.

¹⁴ Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO: *El refrendo* (ed. Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998).

¹⁵ Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO (*ob. cit.*).

¹⁶ Véase el artículo 1 del Real Decreto 1281/2000, de 30 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia.

2.3. *Ministros sin cartera*

Según el artículo ahora comentado, que utiliza términos en extremo genéricos, a los Ministros sin cartera «se les atribuirá la responsabilidad de determinadas funciones gubernamentales». En realidad, a todos los Ministros (y, por supuesto, al Presidente y Vicepresidente) se les atribuyen esas funciones.

Los Ministros sin cartera son verdaderos Ministros. No se trata de esos otros posibles miembros del Gobierno a que se refiere el artículo 98.1 de la Constitución («... y de los demás miembros que establezca la Ley»).

Ahora bien carecen, en principio, de esa doble faz —política y administrativa— de los Ministros ordinarios o Ministros «con cartera». Su carácter es aún más estrictamente político que los titulares de Departamento, en la medida en que aparecen descargados de la gestión administrativa.

Como ya se indicó al tratar de los Vicepresidentes, la peculiaridad de ambas figuras ha llevado al legislador a establecer expresamente que la separación de Vicepresidentes y Ministros sin cartera «llevará aparejada la extinción de dichos órganos»; es decir, el cese implica la desaparición del órgano.

Destaca ALBA NAVARRO¹⁷ que la práctica postconstitucional inmediata fue bastante pródiga en la aplicación del entonces vigente artículo 4 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, especialmente por lo que hacía a la designación de Ministros adjuntos al Presidente, sin cartera. No obstante, desde 1983 dicha práctica cambió, hasta convertirse en irrelevante. Sin embargo, sí ha sido más frecuente la existencia del «Vicepresidente sin cartera»¹⁸. La práctica original ha sido resucitada recientemente tras la entrada en vigor de la Ley del Gobierno¹⁹.

GARRIDO FALLA²⁰, escéptico con la figura, indica que los Ministros sin cartera tienen como única misión asistir al Consejo de Ministros para intervenir en la elaboración de sus decisiones. DíEZ-PICAZO²¹, citando a CALANDRA, estima que su virtualidad radica en dar asiento en el Consejo de Ministros a personas sin responsabilidad de gestión, haciéndoles partícipes, no obstante, de la función de dirección política.

¹⁷ Manuel ALBA NAVARRO: «Composición y estatuto del Gobierno», análisis del artículo 98 de la Constitución en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (ed. Cortes Generales-Edersa. Madrid 1998. Tomo VIII).

¹⁸ En los diferentes Gobiernos del PSOE a partir de 1982.

¹⁹ Frente a los «Vicepresidentes sin cartera» del PSOE, el PP ha opuesto la práctica de Vicepresidentes con cartera ministerial y, tras el Real Decreto 561/2000, de 27 de abril, por el que nombra Ministro Portavoz como Ministro sin cartera, ha vuelto a recrear en composiciones gubernamentales concretas a los Ministros sin cartera.

²⁰ Fernando GARRIDO FALLA (*ob. cit.*).

²¹ Luis María DíEZ-PICAZO, «La estructura del Gobierno en el Derecho español» (en *Documentación Administrativa*, n.º 215, Julio-Septiembre 1988).

La figura devendrá de gran utilidad cuando deban formarse en España Gobiernos con apoyo explícito de diversos partidos políticos. En esos casos deben repartirse con mayor generosidad —o prodigalidad— los cargos de nivel ministerial, y acudir a figuras como ésta puede ser útil en cuanto no tienen por qué llevar aparejada la inflación de cargos administrativos. Se permite así satisfacer las legítimas expectativas y aspiraciones de los diversos partidos que sostienen al Ejecutivo (o, al menos, de los líderes de estos partidos). El carácter eminentemente político de las funciones asignadas, precisamente por la evanescencia de estos conceptos, facilita además su creación sin parcelar en exceso la Administración, lo que ocurriría en caso de asignar o repartir carteras ministeriales.

Es cierto, a pesar de todo, que los Ministros sin cartera han de tener órganos de apoyo de carácter administrativo²² que puedan permitirles llevar a cabo su labor con acierto y eficacia.

Asimismo, puede corresponderles, en ocasiones, la dirección o coordinación de concretos órganos administrativos, sin perder su condición de Ministros sin cartera.

²² Pueden verse los Reales Decretos 811/2000, de 19 de mayo, y 1280/2000, de 30 de junio, por los que se determina y se desarrolla, respectivamente, la estructura de apoyo al Ministro Portavoz del Gobierno.

ARTÍCULO 5. DEL CONSEJO DE MINISTROS

- 1. Al Consejo de Ministros, como órgano colegiado del Gobierno, le corresponde:**
 - a) Aprobar los proyectos de ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.**
 - b) Aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.**
 - c) Aprobar los Reales Decretos-Leyes y los Reales Decretos Legislativos.**
 - d) Acordar la negociación y firma de Tratados internacionales, así como su aplicación provisional.**
 - e) Remitir los Tratados internacionales a las Cortes Generales en los términos previstos en los artículos 94 y 96.2 de la Constitución.**
 - f) Declarar los estados de alarma y de excepción y proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio.**
 - g) Disponer la emisión de Deuda Pública o contraer crédito, cuando haya sido autorizado por una ley.**
 - h) Aprobar los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan.**
 - i) Crear, modificar y suprimir los órganos directivos de los Departamentos Ministeriales.**
 - j) Adoptar programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado.**
 - k) Ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución, las leyes y cualquier otra disposición.**
- 2. A las reuniones del Consejo de Ministros podrán asistir los Secretarios de Estado cuando sean convocados.**
- 3. Las deliberaciones del Consejo de Ministros serán secretas.**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario. 2.1. Planteamiento general. 2.2. Funciones del Consejo de Ministros.

1. Concordancias

Artículos 62.f) y g), 73.2, 82, 84, 85, 86.1, 87.1, 88, 94, 95.2, 96.2, 97, 98, 100, 101, 104, 106, 112, 115, 116, 161.2, Disposición transitoria segunda y Disposición transitoria novena de la Constitución.

* Artículo comentado por Tomás GONZÁLEZ CUETO.

Ley del Gobierno, en especial sus artículos 1, 2, 3, 4, 6, 8, 9, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 26.

Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio.

Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria.

Reglamento del Congreso de los Diputados aprobado por el Pleno de la Cámara el 10 de febrero de 1982 y publicado por Resolución de la Presidencia de 24 de febrero de 1982 (en especial, los artículos 109 a 123, 132 a 135, 151 a 153, 154 a 156 y 162 a 165).

Reglamento del Senado, texto refundido aprobado por la Mesa de la Cámara, oída la Junta de Portavoces, en su reunión del día 3 de mayo de 1994 (en especial, los artículos 144 a 147 y 148 a 151).

Real Decreto 707/1979, de 5 de abril, por el que se establece la fórmula de juramento en cargos y funciones públicas.

Real Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados internacionales.

Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996.

En cuanto al Derecho comparado, y por lo que se refiere a las competencias del Consejo de Ministros, en Alemania el Reglamento del Gobierno Federal recoge en su artículo 15 la obligación de someter al Gobierno Federal para deliberación y adopción de acuerdos cualesquiera materias de política interior o exterior, económicas, sociales, financieras y culturales, enumerando a continuación una serie de supuestos particulares.

En Finlandia, su Constitución recoge las competencias y principios de actuación del Consejo de Ministros (artículos 40 a 45).

La Constitución francesa recoge expresamente la competencia del Consejo de Ministros para expedir Ordenanzas.

La Constitución irlandesa recoge también alguna de las competencias del Consejo de Ministros (preparará unos presupuestos de ingresos y unos presupuestos de gastos del Estado).

En Italia es la Ley sobre régimen de actividad del Gobierno y ordenación de la Presidencia del Consejo de Ministros el instrumento definidor del ámbito de competencias del Consejo de Ministros.

La Constitución de los Países Bajos sí contempla la función propia del Consejo de Ministros de deliberar y resolver sobre la política general del Gobierno, asegurando la unidad de esa política.

En Portugal, su Constitución detalla extraordinariamente las competencias del Gobierno (distinguiendo las de carácter político, legislativo y administrativo) y específica, asimismo, las del Consejo de Ministros (artículo 203).

En Suecia, su Constitución recoge sus funciones esenciales, así como los principios de organización y funcionamiento.

Por último, la Constitución Federal de Suiza recoge exhaustivamente las reglas de actuación y las competencias del Consejo Federal (asimilable al Consejo de Ministros).

2. Comentario

2.1. *Planteamiento general*

El Consejo de Ministros es el principal órgano colegiado del Gobierno y, a pesar de su denominación, la práctica demuestra que en el mismo se vienen reuniendo todos los miembros del Gobierno (presidido por el Presidente del Gobierno e incluyendo a los Vicepresidentes aun cuando carezcan de cartera ministerial). Lo contrario, de acuerdo con la composición del Gobierno desde la entrada en vigor de la Constitución, resultaría absurdo.

El problema, lógicamente, se plantearía para el caso de incluir, por ejemplo, a los Secretarios de Estado como miembros del Gobierno en una futura ley. En tal supuesto habría que distinguir, muy probablemente, el Consejo de Ministros de un órgano plenario del Gobierno al que acudieran esos nuevos miembros con capacidad de diálogo, debate y actuación, es decir, como miembros de pleno derecho.

En el momento actual, como es bien sabido, esa posibilidad sólo puede plantearse a nivel teórico pero no en la práctica por cuanto la Ley del Gobierno es clara y taxativa al respecto.

De los principios que rigen la organización y funcionamiento del Gobierno —citados en el comentario al artículo 1—, reviste especial importancia, en este punto, el de responsabilidad solidaria del Gobierno, que se hace efectivo principalmente a través de la figura del Presidente; pero también como consecuencia de su acción o actuación colegiada (debiendo insistir en que el Consejo de Ministros es el principal órgano colegiado del Gobierno).

La Ley del Gobierno destaca las competencias del Consejo de Ministros de conformidad con las previsiones constitucionales. Si bien ya hemos reiterado que Gobierno y Consejo de Ministros no resultan realidades coincidentes

—como el todo y la parte—, sí parece razonable y necesario entender que las referencias del texto constitucional a competencias del Gobierno deben ser interpretadas en el contexto actual como competencias propias del Consejo de Ministros.

No parece éste el momento adecuado para analizar cuáles son todas esas competencias —algunas esencialmente políticas, otras de carácter administrativo—; establecidas en la Constitución, pero también muchas otras en normas de rango legal o inferior que regulan diferentes sectores de actividad, sin perjuicio de que más adelante se analicen muy resumidamente las recogidas en este artículo 5 de la Ley del Gobierno.

También determina la Ley del Gobierno mínimas reglas de funcionamiento del Consejo de Ministros que deben ser complementadas por las disposiciones organizativas internas, de funcionamiento y actuación emanadas del Presidente del Gobierno o del propio Consejo de Ministros, a las que se refiere el artículo 17.b) de la Ley. Basta ahora recordar que la convocatoria y presidencia de las reuniones del Consejo de Ministros corresponde al Presidente del Gobierno, actuando como Secretario el Ministro de la Presidencia (la referencia explícita al «Ministro de la Presidencia» no significa, en absoluto, que la Ley establezca esa denominación como necesaria habida cuenta de que la creación de Ministerios y asignación de funciones a los miembros del Gobierno se encuentra deslegalizada por la propia Ley del Gobierno, sino que la redacción atiende a la realidad actual, igual que otras muchas normas legales y reglamentarias; si el Ministerio de la Presidencia deja de existir con ese nombre, corresponderá la Secretaría del Consejo de Ministros al miembro del Gobierno que asuma sus funciones); la fijación del orden del día también debe realizarse por el Presidente; las reuniones podrán tener carácter decisorio o deliberante; y se establecen reglas concretas sobre la forma de levantar acta de cada sesión (todo ello en el artículo 18 de la Ley).

A lo anterior debe añadirse que las deliberaciones serán secretas (art. 5.3 de la Ley), pesando el consecuente deber de guardar secreto sobre los miembros del Gobierno asistentes, así como sobre los Secretarios de Estado que acudan cuando sean convocados. Esta última posibilidad de convocar a los Secretarios de Estado (art. 5.2 de la Ley) en modo alguno significa nada en relación con su *status*. No se convierten en miembros del Gobierno «temporalmente», sino que su presencia en el Consejo estará siempre relacionada con asuntos propios de su competencia que puedan tratarse en la sesión, sin que puedan concurrir a formar la voluntad del órgano colegiado.

El deber de guardar secreto se traslada a la fórmula de juramento o promesa para la toma de posesión en el cargo que deben prestar los miembros del Gobierno. Dispone así el artículo 2 del Real Decreto 707/1979, de 5 de abril, por el que se establece la fórmula de juramento en cargos y funciones públicas, lo siguiente:

«Los Vicepresidentes, Ministros y demás miembros del Gobierno prestarán ante el Rey el juramento o promesa..., refiriéndolo también a la obligación de mantener secreto de las deliberaciones del Consejo de Ministros».

2.2. *Funciones del Consejo de Ministros*

No se trata en el presente artículo de analizar las reglas de funcionamiento del Consejo de Ministros, puesto que ése es precisamente el objeto del artículo 18 (a cuyo comentario nos remitimos desde este momento)¹.

Tampoco se trata de llevar a cabo una enumeración exhaustiva de las competencias atribuidas al Consejo de Ministros por la Constitución o las leyes, lo cual sería extraordinariamente largo y tedioso, puesto que todas las normas —prácticamente sin exclusión— que regulan la organización y funcionamiento de la Administración, así como la intervención de la Administración en la actividad o patrimonio de los particulares se refieren en algún momento al Consejo de Ministros como órgano receptor de competencias.

Es claro que el Consejo de Ministros no es un órgano administrativo, sino un órgano del Gobierno —un órgano «político»—. No aparece en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, como órgano que culmina la estructura piramidal de la Administración estatal². No obstante, el Consejo ejerce numerosas competencias de carácter estrictamente administrativo que, por su entidad y trascendencia, ha entendido el legislador que sobrepasan los límites normales de la actuación ministerial.

El artículo 5, en su apartado primero, enumera las principales funciones, especialmente las recogidas en la Constitución, que ejerce el Consejo de Ministros.

- a) Aprobar los proyectos de ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado

El artículo 87.1 de la Constitución dispone que :

¹ Basta recordar tan sólo los apartados 1.1 (reuniones del Consejo de Ministros), 3.1.4 (Órdenes del día en el Consejo de Ministros), 3.7 (Índices verde y rojo), 5.1 (Contenido de las Actas del Consejo de Ministros) y 5.2 (Elaboración del Acta del Consejo de Ministros) de las Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996.

² Por comparar conviene recordar el artículo 2.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (texto refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957), según el cual:

«Los órganos superiores de la Administración del Estado son: el Jefe del Estado, el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas, el Presidente del Gobierno y los Ministros».

«1. La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras».

El artículo 88 prevé respecto a la iniciativa legislativa del Gobierno lo siguiente:

«Los proyectos de Ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos».

El Tribunal Constitucional (en su Sentencia 108/1986, de 26 de julio) ha determinado que los posibles defectos que puedan producirse en la remisión de un proyecto de Ley al Congreso —e igual ocurrirá si ha de remitirse al Senado, lo que esperamos, por el bien de la Cámara, que se produzca en algún supuesto normal para el futuro—, como la remisión tardía de la Exposición de Motivos, o la no remisión de uno de los antecedentes del texto, únicamente tendrán relevancia si con ello se menoscaban los derechos de los Diputados o de los grupos parlamentarios del Congreso, privando a la Cámara de un elemento de juicio necesario para su decisión, pero no cuando tales circunstancias sean conocidas y no denunciadas por los parlamentarios durante la tramitación del proyecto de Ley enviado.

Por su parte, el artículo 22 de la propia Ley del Gobierno desarrolla el procedimiento a través del cual el Consejo de Ministro ejerce la iniciativa legislativa del Gobierno, aprobando los proyectos de Ley (anteproyectos hasta ese momento). Lógicamente, será el comentario a dicho artículo el lugar idóneo al que remitirse en este momento respecto del análisis de la competencia de iniciativa legislativa del Gobierno y su ejercicio a través del Consejo de Ministros.

Tan sólo conviene resaltar ahora, siguiendo a GARCÍA-ESCUADERO³, que «la iniciativa legislativa del Gobierno se configura como la fórmula ordinaria frente al proclamado carácter residual que ofrecen las procedentes de otros sujetos». Añade la autora a continuación que «ello es consecuencia de la atribución de la función de dirección política al Gobierno (art. 97 de la Constitución), y de que la Ley constituye la acción instrumental de desarrollo del programa político preferido por el cuerpo electoral».

Conviene recordar, por último que, conforme al artículo 21.5.b) de la propia Ley del Gobierno, el Gobierno en funciones no podrá presentar proyectos de Ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.

³ Piedad GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *La iniciativa legislativa del Gobierno*, p. 18. (Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000).

b) Aprobar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado

El artículo 134 de la Constitución⁴, que parte de la atribución al Gobierno de la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, es el precepto clave en la materia.

Por un lado, la Ley de Presupuestos Generales del Estado es una verdadera Ley, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 27/1981, de 20 de julio; 63/1986, de 21 de mayo; 65/1987, de 21 de mayo). Se entienden así superadas ya las discusiones sobre su carácter formal o material.

Por otro lado, contiene las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos integrándose en un todo cuyo contenido adquiere dicha naturaleza legal (podríamos repetir aquí las mismas Sentencias antes citadas).

La Ley General Presupuestaria⁵ regula en la Sección primera (contenido y aprobación) del Capítulo primero (Presupuestos Generales del Estado) del Título II (de los Presupuestos) —artículos 48 a 58— todo lo relativo a la elaboración, tramitación, contenido y aprobación del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada año.

Obviamente no es objeto de este trabajo el análisis de los Presupuestos Generales del Estado. Basta decir en este momento que los mismos tienen una importancia máxima desde el punto de vista político, económico, legislativo y administrativo.

Son la representación real de las prioridades políticas del Gobierno. No basta con afirmar y reiterar que algo es prioritario, sino que es preciso dotar presupuestariamente partidas para poder realizar, llevar a la práctica, eso que en el «discurso político» quiere priorizarse. Los Presupuestos reflejan —en su letra y en los números— lo que el Gobierno quiere, de verdad, hacer.

⁴ El artículo 134 de la Constitución es del siguiente tenor:

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

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

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

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

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

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

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

⁵ La Ley General Presupuestaria vigente es el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, modificado posteriormente en numerosas ocasiones.

Suponen también reglas de orientación para la política española —en un ámbito europeo cada vez más influyente— y fijan, como ya se ha dicho, los objetivos y prioridades para cada año (y también para escenarios plurianuales).

Por tanto, son el instrumento a través del cual se hace política o, al menos, se fijan líneas reales a la actuación política. Justo es reconocer, sin embargo, que ciertos políticos pueden convencer e incluso convertir en realidad proyectos sin el amparo de los Presupuestos. En ocasiones se trata simplemente de un problema de capacidad, actitud, voluntad, ilusión y trabajo.

Por último, conviene recordar que, conforme al artículo 21.5.a) de la Ley del Gobierno, el Gobierno en funciones no podrá aprobar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

c) Aprobar los Reales Decretos-Leyes y los Reales Decretos Legislativos

En lo que respecta a los Reales Decretos-Leyes, el artículo clave es el 86 de la Constitución, conforme al cual:

«1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-Leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general.

2. Los Decretos-Leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.

3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.»

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 29/1982, de 31 de mayo:

«El Gobierno podrá también dictar normas con rango de ley, previa delegación de las Cortes Generales (decretos legislativos) o en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad (decretos-leyes), pero esta posibilidad se configura, no obstante, como una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes y en consecuencia está sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de determinados requisitos que lo legitiman.

Tales requisitos, en cuanto a los decretos-leyes, están recogidos en la Constitución configurando tres bloques definitivos: a) la exigencia de que el Decreto-Ley se dicte exclusivamente para afrontar una situación de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86.1); b) la limitación en cuanto a la materia sobre la que puede incidir un Decreto-Ley, lo que supone el que en ningún caso pueda afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general (art. 86.1); y c) la necesidad, por último, de que los decretos-leyes sean sometidos inmediatamente al Congreso de los Diputados para su debate y votación de totalidad, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación, con objeto de que se resuelva por el mismo en cuanto a su convalidación o derogación (art. 86.2).» (fundamento jurídico primero).

La adopción de un decreto-ley supone una intervención autónoma del Gobierno —a través de su principal órgano colegiado, el Consejo de Ministros— en las funciones propias de las Cortes Generales (del Poder Legislativo), que se justifica por razones de extraordinaria y urgente necesidad que debe valorar el propio Gobierno (ésta es la razón, la urgente necesidad, que permite al Gobierno seguir ejerciendo la competencia incluso cuando se encuentra «en funciones»), siempre en beneficio del interés general, y cuyo uso es controlable por el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de su control parlamentario (Sentencias del Tribunal Constitucional 29/1982, de 31 de mayo; 6/1983, de 4 de febrero y 111/1983, de 2 diciembre).

Ahora bien, el mantenimiento del *statu quo* y de la relación fiduciaria entre Gobierno y Cortes exige que el decreto-ley sea convalidado o derogado por el Congreso, como órgano constitucional que, en este caso, ejerce en ese acto la potestad legislativa.

El Gobierno es el director de la política y el que puede apreciar la necesidad de adoptar una medida con carácter inmediato para evitar que pierda eficacia. En cualquier caso no puede pretenderse en este breve comentario realizar un análisis siquiera superficial de los decretos-leyes, sino que tan sólo se trata de justificar la atribución de dicha competencia al Consejo de Ministros, y no a otro órgano gubernamental, por su importancia y transcendencia, así como por el carácter excepcional que tiene respecto del juego normal en el reparto constitucional de funciones entre Poderes del Estado.

Por su parte, la competencia del Gobierno —Consejo de Ministros— para aprobar Decretos legislativos, regulados en los artículos 82 a 85⁶ de la Consti-

⁶ Los artículos de la Constitución citados son del siguiente tenor literal:
Artículo 82.

1. Las Cortes Generales podrán, delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.

tución, tiene una fundamentación totalmente distinta. Se trata de una estrecha colaboración entre Cortes y Gobierno. Es la expresión máxima de la relación de confianza: las Cortes habilitan al Gobierno para que actúe en lugar suyo, utilizando la vía de la delegación de su potestad.

Conforme indica el Tribunal Constitucional (Sentencia 51/1982, de 19 de julio), el ejercicio por parte del Gobierno de la potestad de dictar normas con rango de ley, previa delegación legislativa, está sometida a unos requisitos formales contenidos en el artículo 82 de la Constitución, encuadrándolo en un marco necesariamente más estrecho que aquél en el que se mueven las Cortes Generales en cuanto órgano legislador soberano.

Las Cortes pueden habilitar al Gobierno de dos maneras diferentes:

- Mediante una ley de bases (que no debe confundirse con las leyes básicas o con las bases, como concepto material a que se refiere el artículo 149.1 de la Constitución en distintas ocasiones; y así lo ha destacado el Tribunal Constitucional en diversas Sentencias: 32/81, de 28 de julio, 1/82, de 28 de enero y 99/87, de 11 de junio), que delimitará con precisión el objeto y alcance de la delegación y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. Se trata de dar las orientaciones necesarias al Gobierno para elaborar un texto articulado que no se separe de la voluntad del poder legislador.
- Mediante una ley ordinaria, cuando se encomienda al Gobierno la tarea de refundir varios textos legales en uno solo. En este caso debe determinarse el ámbito normativo a que se extiende la delegación, especificando si se incluye la obligación para el Gobierno de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que van a ser refundidos. El Tribunal

2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.

3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.

4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.

5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control.

Artículo 83. Las leyes de bases no podrán en ningún caso:

- a) Autorizar la modificación de la propia ley de bases.
- b) Facultar para dictar normas con carácter retroactivo.

Artículo 84. Cuando una proposición de ley o una enmienda fuera contraria a una delegación legislativa en vigor, el Gobierno está facultado para oponerse a su tramitación. En tal supuesto, podrá presentarse una proposición de ley para la derogación total o parcial de la ley de delegación.

Artículo 85. Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos.

Constitucional ha entendido en este último caso que resulta permitido introducir normas adicionales y complementarias a las que son estrictamente objeto de la refundición siempre que sea necesario para colmar lagunas, precisar su sentido o lograr la coherencia y sistemática del texto único refundido (Sentencia 13/92, de 16 de febrero).

Indica expresamente el artículo 82.6 de la Constitución que «sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control», que deberían radicar en las propias Cámaras. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el control de los excesos de la delegación legislativa corresponde no sólo al propio Tribunal, cuando le sea sometido el control de constitucionalidad, sino también a la jurisdicción ordinaria, que controlará la adecuación de los Decretos Legislativos a las leyes de delegación, manteniendo además su competencia para inaplicar dichos Decretos Legislativos en aquello que exceda de la delegación que lo fundamenta (Sentencias 51/82, de 19 de julio; 69/83, de 26 de julio y 47/84, de 4 de abril).

Tal y como dispone el artículo 85, las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos, con independencia de que sean producto de una habilitación por ley de bases o por ley ordinaria, y se aprueban en Consejo de Ministros, previo informe del Consejo de Estado en Pleno⁷.

Por último, el artículo 21.6 de la propia Ley del Gobierno prevé que:

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

Es decir, la suspensión de la delegación legislativa no se produce en todos los casos en que el Gobierno puede encontrarse en funciones, sino sólo cuando lo está como consecuencia de haberse celebrado elecciones generales. La causa se encuentra en que la relación «fiduciaria» o «de confianza» entre las Cortes Generales y el Gobierno puede estar, cuando menos, cuestionada.

- d) Acordar la negociación y firma de Tratados Internacionales, así como su aplicación provisional

Los artículos 93 a 96 de la Constitución, agrupados dentro del Título II en el Capítulo Tercero, que lleva por rúbrica precisamente «de los Tratados Inter-

⁷ Así lo prevé el artículo 21.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, conforme al cual:

«El Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en los siguientes asuntos:

1. Proyectos de Decretos Legislativos ...»

nacionales», son las normas básicas en esta materia. La cuestión fundamental radica en determinar cuándo deben intervenir preceptivamente las Cortes Generales, lo que ocurrirá en los supuestos previstos en los artículos 93 y 94. En el resto de casos el Gobierno tiene capacidad suficiente para acordar por sí mismo la culminación de un Tratado internacional; e, incluso en los supuestos de intervención de las Cortes, también será el Gobierno quien manifieste su voluntad de acordar un Tratado.

En su Sentencia 137/1989, de 20 de julio, el Tribunal Constitucional ha señalado que en los artículos 93 y 94.1 de la Constitución se exige la intervención previa de las Cortes Generales autorizando la celebración de determinado tipo de Tratados, celebración que compete en exclusiva al *ius contrahendi* del Estado. Hay otra clase de Tratados para los que no se requiere autorización parlamentaria, sino la inmediata información a las Cámaras de su conclusión (artículo 94.2). También compete al Estado la celebración de estos Tratados, ya que la ubicación contextual del artículo 94.2 permite apreciar sin dificultad que tal celebración corresponde al Gobierno de la Nación. Ello no supone que el título competencial del Estado en la celebración de Tratados se encuentre en los artículos 93 y 94 de la Constitución —los cuales regulan simplemente la intervención de las Cortes Generales y del Gobierno en el proceso decisorio correspondiente—, sino en el artículo 149.1.3.^a, cuyo debido alcance aquellos preceptos contribuyen a perfilar. Como lo hace asimismo el artículo 97, que encomienda al Gobierno la dirección de la política exterior, en éste y en otros aspectos de las «relaciones internacionales».

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados internacionales, debe distinguirse el acuerdo para autorizar la negociación, que corresponde al Consejo de Ministros, de la negociación propiamente dicha, que se encomienda al Ministerio de Asuntos Exteriores (como órgano especializado en la materia).

La autorización de la firma de un Tratado también corresponde al Consejo de Ministros, si bien excepcionalmente el Ministro de Asuntos Exteriores podrá firmar o autorizar la firma *ad referendum* de un Tratado, recabando la posterior aprobación del Consejo de Ministros. Una vez aprobado por el Consejo de Ministros, la firma *ad referendum* equivaldrá a la firma definitiva del Tratado.

La firma manifiesta el consentimiento de España en obligarse por un Tratado cuando el Tratado disponga que la firma tendrá dicho efecto o así se pueda deducir, y cuando no se requiera de intervención de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado, en cuyo caso procederá siempre la ratificación del Tratado, debiendo hacerse constar así en el mismo.

En este último supuesto, el Consejo de Ministros acordará el envío del Tratado ya firmado a las Cortes Generales. Una vez autorizado se formulará la ratificación, mediante instrumento al efecto.

La aplicación provisional, conforme al artículo 24 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, cabe si el propio Tratado así lo dispone o si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo. Esta aplicación provisional puede ser total o parcial. La competencia para acordarla o asumirla en nuestro país corresponde al Consejo de Ministros. En estos casos se publicará su texto en el «Boletín Oficial del Estado» y posteriormente se publicará la fecha de su entrada en vigor o, en su caso, la de terminación de su aplicación provisional.

- e) Remitir los Tratados internacionales a las Cortes Generales en los términos previstos en los artículos 94 y 96.2 de la Constitución

El artículo 94 de la Constitución prevé lo siguiente:

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

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

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

En consecuencia, el Tratado (una vez firmado) deberá enviarse a las Cortes Generales para que éstas autoricen la prestación del consentimiento del Estado en los supuestos recogidos en el apartado primero del artículo transcrito.

En los demás casos (a que se refiere el apartado segundo) bastará la remisión al Congreso y al Senado a efecto informativo.

Debe tenerse en cuenta que el Consejo de Estado, concretamente su Comisión Permanente, debe ser preceptiblemente consultado «en todos los tratados o convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado».

Conforme al artículo 96.2 de la Constitución, «para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94». Por consiguiente, en unas ocasiones se

requerirá autorización de las Cortes Generales y en otras la simple comunicación o información a las Cámaras.

El Gobierno solicitará la autorización de las Cortes, cuando su intervención sea preceptiva mediante el envío al Congreso de los Diputados del correspondiente Acuerdo del Consejo de Ministros junto con el texto del Tratado o Convenio, así como la Memoria que justifique la solicitud y las reservas y declaraciones que el Gobierno pretenda formular, en su caso⁸. El Congreso habrá de pronunciarse tanto sobre la concesión de la autorización como sobre las reservas y declaraciones propuestas por el Gobierno.

El Gobierno presentará la solicitud dentro del plazo de los 90 días (ampliable a 180 días en supuestos justificados) siguientes al acuerdo del Consejo de Ministros. Por último, el Congreso deberá adoptar su acuerdo en un plazo de sesenta días (todas estas previsiones se recogen en el artículo 155 del Reglamento del Congreso).

Una vez tramitado ante el Congreso deberá pasar al Senado. En el caso de que el acuerdo del Senado difiriese del adoptado por el Congreso se constituirá una Comisión mixta, la cual presentará un texto que será sometido a votación en ambas Cámaras (artículo 158 del Reglamento del Congreso y 145 del Reglamento del Senado).

Las comunicaciones del Gobierno en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 94.2 de la Constitución serán remitidas a las Comisiones correspondientes. El Reglamento del Senado prevé la posibilidad de que la Comisión informe al Pleno de la Cámara (estas comunicaciones se regulan en los artículos 159 del Reglamento del Congreso y 146 del Reglamento del Senado).

- f) Declarar los estados de alarma y de excepción y proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio

El precepto clave al respecto es el artículo 116 de la Constitución, que dispone lo siguiente:

⁸ El Decreto 801/1972 se refiere a:

- una copia autorizada del texto del tratado, con indicación del Estado o Estados negociadores y de los que ya son contratantes o partes en el mismo, o, en su caso, del Organismo u Organismos que fueran negociadores, contratantes o partes en el Tratado;
- cualquier documento anejo al Tratado o complementario del mismo suscrito por los Estados negociadores, así como cualquier otro acto internacional relativo a la aplicación provisional del Tratado, si se hubiera convenido por los Estados negociadores que el Tratado se aplicaría provisionalmente, en todo o en parte, antes de su entrada en vigor;
- las reservas o declaraciones que se proponga formular España al ratificar el Tratado, así como, en su caso, las formuladas por los demás Estados contratantes al firmar el Tratado u obligarse por el mismo;
- la indicación del lugar y de la fecha de la firma del Tratado, así como de las personas que han intervenido como representantes de España.

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

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El Decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

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

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

5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados.

Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

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

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, desarrolla el precepto constitucional transcrito.

Las situaciones de excepción como las referidas en este apartado son supuestos de carácter extraordinario, afortunadamente. Como principios generales comunes a los tres casos podríamos citar los de excepcionalidad, necesidad, adecuación y temporalidad.

Habida cuenta de que la competencia o la iniciativa para declararlos corresponde al Consejo de Ministros, debe destacarse el margen de valoración y decisión que a este órgano corresponde en cuanto a la apreciación de una situación de grave anomalía institucional.

El estado de alarma es declarado mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, que determinará el ámbito territorial, duración (con un máximo de quince días, prorrogables previa autorización del Congreso) y efectos. Nos encontramos ante una competencia que corresponde al Estado exclusivamente, pudiendo instar al Gobierno los Presidentes de las Comunidades Autónomas.

Curiosamente, en la Constitución y en la Ley Orgánica la declaración de estado de alarma no está relacionada con cuestiones de orden público⁹.

El Real Decreto deberá ser notificado al Congreso. No puede entrañar, por otra parte, suspensión de derechos fundamentales, aunque sí la limitación legalmente prevista de éstos, respetando su contenido esencial.

Debe tenerse en cuenta, como señala MATEU-ROS Y CEREZO¹⁰, que al margen del artículo 116 de la Constitución y de su Ley Orgánica de desarrollo, existe un arsenal de disposiciones que contemplan las más variadas situaciones de emergencia administrativa sin necesidad de los requisitos que supone la declaración de alarma, lo que ha vaciado a este supuesto de contenido propio en la práctica.

El estado de excepción tiene su causa en una situación, apreciada por el Gobierno, de grave alteración del orden público de origen político o social y no dominable por los medios represivos ordinarios. La Ley Orgánica da una nueva definición del orden público que sitúa en tres clases de valores: el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas y el normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad. La declaración corresponde al Gobierno mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, con la autorización previa del Congreso de los Diputados.

En la Constitución se prevé la duración máxima (treinta días prorrogables) y en la Ley Orgánica los derechos susceptibles de suspensión¹¹.

⁹ El artículo 4 de la Ley Orgánica prevé las siguientes alteraciones graves de la normalidad como causas para declarar el estado de alarma:

- Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.
- Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad cuando no se garanticen unos servicios mínimos, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.
- Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

¹⁰ Rafael MATEU-ROS Y CEREZO, «Estados de alarma, excepción y sitio» en *Gobierno y Administración en la Constitución*, obra colectiva que recoge el contenido de las X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (denominación correcta cuando se celebró el evento). Ed. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1988.

¹¹ No pueden ser otros que los citados en el artículo 55.1 de la Constitución, tal y como el propio precepto prevé. Éstos son los siguientes; por referencia a los artículos de la Constitución que los reconocen: artículo 17.1,2 y 4; 18.2 y 3; 19; 20.1.a) y d) y 20.5; 21; 28.2; 37.2.

El estado de sitio, según la Ley Orgánica, procederá en aquellos supuestos en que se produzca una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, la integridad territorial o el ordenamiento constitucional.

La idea básica viene referida a un acto violento de carácter militar o bélico que afecte a alguno de los elementos básicos del Estado (soberanía, territorio, Constitución)¹².

La competencia para declararlo corresponde al Congreso a propuesta del Gobierno, debiendo acordarse en Consejo de Ministros.

Implicará la suspensión de los derechos fundamentales propia del estado de excepción y, además, los recogidos en el artículo 17.3 de la Constitución (derecho del detenido a ser informado de sus derechos y de las razones de su detención, derecho a no declarar y asistencia letrada).

El Gobierno, como director de la política militar y de defensa, asumirá las facultades extraordinarias legalmente previstas.

- g) Disponer la emisión de Deuda Pública o contraer crédito, cuando haya sido autorizado por una ley

El precepto es respetuoso con lo previsto por el artículo 135.1 de la Constitución, conforme al cual «El Gobierno habrá de estar autorizado por ley para emitir Deuda Pública o contraer crédito».

La Ley General Presupuestaria regula la Deuda Pública en el Capítulo primero de su Título IV, que lleva por rúbrica precisamente «de la Deuda Pública» (artículos 101 a 106). Conforme al artículo 101.2, la creación de Deuda Pública del Estado y sus Organismos habrá de ser autorizada por Ley que deberá señalar expresamente el importe máximo autorizado. Esta Ley autorizatoria puede ser la de Presupuestos Generales del Estado para cada año.

En el marco de la ley o leyes autorizatorias, corresponde al Consejo de Ministros disponer la creación de Deuda Pública, fijando el límite máximo hasta el que el Ministro de Hacienda puede autorizar su emisión o contracción.

El Gobierno, por tanto, debe estar habilitado por las Cortes para acudir a la Deuda Pública o al crédito como medida de financiación del Estado, lo que implica una estrecha colaboración, y un reparto de responsabilidad entre el legislativo y el ejecutivo en esta materia.

¹² Al respecto puede verse Rafael MATEU-ROS Y CEREZO (*ob. cit.*)

- h) Aprobar los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan

Como hemos visto al analizar el artículo 1 de la Ley del Gobierno, la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución. Los diferentes órganos —unipersonales y colegiados— ejercen dicha potestad en el ámbito de su competencia. Ahora bien, corresponde al Consejo de Ministros la aprobación de los reglamentos dictados en desarrollo y ejecución de las leyes.

Los artículos 23 y 24 de la propia Ley del Gobierno regulan la potestad reglamentaria y el procedimiento de elaboración de los reglamentos, por lo que procede remitirse al comentario a los mismos.

Por lo que respecta al artículo 5.1.h), ahora analizado, interesa reiterar tan sólo que la función de desarrollo directo o colaboración inmediata con la Ley propia de los denominados reglamentos ejecutivos debe aprobarse mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado.

En efecto, el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado previene que:

«La Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos.

...3. Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones».

Señala el Tribunal Constitucional que la colaboración en la regulación de una materia entre la Ley y el reglamento sólo adquiere verdadera virtualidad en relación con los llamados reglamentos ejecutivos (Sentencia 18/82, de 4 de mayo).

Ahora bien, la competencia del Consejo de Ministros no se limita a aprobar los reglamentos ejecutivos, sino que también le corresponde aprobar «las demás disposiciones reglamentarias que procedan», ya sea por exigirse normativamente que su adopción debe ser en Consejo de Ministros o por afectar a las competencias del Gobierno en su conjunto. Se trata de la categoría conocida como reglamentos independientes (no limitada a los de carácter organizativo). Debe recordarse que nuestro ordenamiento no reconoce el principio de reserva reglamentaria para ciertas materias (Sentencia del Tribunal Constitucional 18/82, de 4 de mayo).

Pero tampoco existe una limitación a la potestad reglamentaria para los supuestos distintos de reserva material y formal de ley, por lo que el Consejo de Ministros puede ejercer su función con una gran amplitud y autonomía.

- i) Crear, modificar y suprimir los órganos directivos de los Departamentos ministeriales

El artículo 103.2 de la Constitución prevé que «los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley».

Junto a la mención contenida en el apartado de la Ley del Gobierno que ahora comentamos, y por lo que respecta a los órganos directivos, el precepto clave es el artículo 10 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que lleva por rúbrica «creación, modificación y supresión de órganos y unidades administrativas», y dispone lo siguiente:

«1. Las Subsecretarías, las Secretarías Generales, las Secretarías Generales Técnicas, las Direcciones Generales, las Subdirecciones Generales y órganos similares a los anteriores se crean, modifican y suprimen por Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro interesado y a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas».

Para los órganos de nivel inferior es suficiente la Orden del Ministro respectivo, previa aprobación del Ministro de Administraciones Públicas.

Precisamente, y según dispone el artículo 6.2.B) de la LOFAGE, los órganos citados en el apartado transcrito son los que tienen la consideración de órganos directivos.

Así como el Presidente del Gobierno diseña éste, como ya hemos visto en el artículo 2, es el Consejo de Ministros —como órgano colegiado plenario del Gobierno— quien diseña la cúspide de la Administración estatal, estableciendo y desarrollando su estructura organizativa básica a nivel departamental. Ello es consecuencia de la función de dirección de la Administración que corresponde al Gobierno conforme al artículo 97 de la Constitución.

Es cierto que el Consejo de Ministros deberá sujetarse a los principios o criterios de organización consagrados constitucionalmente y desarrollados en la LOFAGE¹³. Ahora bien, se trata de un corsé suficientemente elástico para que el Gobierno —a través de los Decretos organizativos aprobados por el Consejo de Ministros— tenga un margen de decisión y actuación muy amplio. Los principios, si bien aparecen citados o recogidos en la Ley, no son en cambio definidos o concretada conceptualmente su virtualidad, con lo que es el Consejo de Ministros en cada caso quien debe concretar o poner en práctica los tan citados principios.

¹³ Se trata del artículo 103.1 de la Constitución y el artículo 3 de la LOFAGE. En este último se recogen los siguientes principios de organización: jerarquía; descentralización funcional: desconcentración funcional y territorial; economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales; simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos; y coordinación.

- j) Adoptar programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado

Al comentar el artículo 2 se trató la competencia del Presidente del Gobierno para determinar las directrices de la política interior y exterior, así como para impartir instrucciones a los demás miembros del Gobierno. La competencia del Presidente se dirige hacia el órgano complejo gubernamental.

Por el contrario, la función que recoge el apartado ahora analizado tiene como receptores a los órganos de la Administración del Estado, es decir, los órganos creados, modificados y suprimidos por el propio Consejo de Ministros (o por los Ministros).

Entre los principios de funcionamiento de la Administración estatal recogidos en el artículo 3.2 de la LOFAGE destacan, por lo que ahora nos interesa, los siguientes:

- eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados;
- eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos;
- programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión y de los resultados;
- responsabilidad por la gestión pública.

Pues bien, estos principios, que giran en esencia sobre la fijación de objetivos, orientación en la utilización de los medios y control y responsabilidad por los resultados, implican la necesidad de que el Consejo de Ministros lleve a efecto las previsiones del apartado que nos ocupa.

A los Ministros corresponde «fijar los objetivos del Ministerio, aprobar los planes de actuación del mismo y asignar los recursos necesarios para su ejecución, dentro de los límites de las dotaciones presupuestarias correspondientes» (art. 12.2.b de la LOFAGE); así como «evaluar la realización de los planes de actuación del Ministerio por parte de los órganos superiores y órganos directivos y ejercer el control de eficacia respecto de la actuación de dichos órganos y de los organismos públicos dependientes» (art. 12.2.d).

Es decir, los Ministros planifican, programan, dirigen, controlan y evalúan a nivel departamental, con base también, no podemos olvidarlo, en el principio de jerarquía.

Ahora bien, para todos los supuestos en que es necesario efectuar una planificación o programación global, o adoptar directrices comunes para órganos de diversos departamentos, la competencia sólo puede radicar en el Consejo de Ministros. Podríamos decir, también, que actúa así con base en el principio de jerarquía interpretado extensivamente, por cuanto no parece que el Consejo sea superior jerárquico de los Ministros, aun cuando es el órgano que los reúne a todos, ejerciendo *de facto* como superior jerárquico común de los órganos pertenecientes a diversos Departamentos ministeriales.

ARTÍCULO 6. DE LAS COMISIONES DELEGADAS DEL GOBIERNO

- 1. La creación, modificación y supresión de las Comisiones Delegadas del Gobierno será acordada por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto, a propuesta del Presidente del Gobierno.**
- 2. El Real Decreto de creación de una Comisión Delegada deberá especificar, en todo caso:**
 - a) El miembro del Gobierno que asume la presidencia de la Comisión.**
 - b) Los miembros del Gobierno y, en su caso, Secretarios de Estado que la integran.**
 - c) Las funciones que se atribuyen a la Comisión.**
 - d) El miembro de la Comisión al que corresponde la Secretaría de la misma.**
- 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, podrán ser convocados a las reuniones de las Comisiones Delegadas los titulares de aquellos otros órganos superiores y directivos de la Administración General del Estado que se estime conveniente.**
- 4. Corresponde a las Comisiones Delegadas, como órganos colegiados del Gobierno:**
 - a) Examinar las cuestiones de carácter general que tengan relación con varios de los Departamentos Ministeriales que integren la Comisión.**
 - b) Estudiar aquellos asuntos que, afectando a varios Ministerios, requieran la elaboración de una propuesta conjunta previa a su resolución por el Consejo de Ministros.**
 - c) Resolver los asuntos que, afectando a más de un Ministerio, no requieran ser elevados al Consejo de Ministros.**
 - d) Ejercer cualquier otra atribución que les confiera el ordenamiento jurídico o que les delegue el Consejo de Ministros.**
- 5. Las deliberaciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno serán secretas.**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario. 2.1. Planteamiento general. 2.2. Composición de las Comisiones Delegadas del Gobierno. 2.3. Funciones.

1. Concordancias

Artículos 1.3, 9.1.c, 19, 20.2 y 25 de la Ley del Gobierno.

* Artículo comentado por Tomás GONZÁLEZ CUETO.

Limitándonos a las que existen, al menos sobre el papel, en el momento actual pueden hacerse las siguientes referencias:

- Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos: Real Decreto 685/2000, de 12 de mayo.
- Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Culturales: Real Decreto 285/1997, de 28 de febrero.
- Comisión Delegada del Gobierno para Situaciones de Crisis: Real Decreto 2639/1986, de 30 de diciembre.
- Comisión Delegada del Gobierno para la Seguridad del Estado: Real Decreto 3234/1981, de 29 de diciembre.
- Comisión Delegada del Gobierno para Política Autonómica: Real Decreto 2237/1980, de 26 de septiembre.
- Comisión Delegada del Gobierno de Política Exterior: Real Decreto 2192/1979, de 4 de agosto y Real Decreto 3234/1981, de 29 de diciembre.

Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996.

2. Comentario

2.1. *Planteamiento general*

En el presente artículo se regula la creación, composición y funciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno, órganos colegiados del Gobierno con una arraigada tradición en nuestro Derecho.

Podemos afirmar, con GARCÍA FERNÁNDEZ¹, que el Gobierno actúa a través de dos clases de órganos colegiados como son el Consejo de Ministros y las Comisiones Delegadas. Esto viene a ser lo mismo que prevé el artículo 1.3 de la Ley del Gobierno, según el cual:

«Los miembros del Gobierno se reúnen en Consejo de Ministros y en Comisiones Delegadas del Gobierno».

Es justo reconocer que existen voces contrarias a esta tesis. Así, hay quien afirma que las Comisiones Delegadas del Gobierno no pueden ser un órgano colegiado del Gobierno porque no son Gobierno, sino un órgano delegado de éste².

¹ Javier GARCÍA FERNÁNDEZ, *El Gobierno en acción* (Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995).

² Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, «Funciones del Gobierno», análisis del artículo 97 en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Ed. Cortes Generales-Edersa. Madrid, 1998, Tomo VIII). Afirman estos autores que la calificación de la Ley del Gobierno según la cual las Comisiones

En cualquier caso parece lógico estar a las concretas previsiones normativas, en especial el artículo 1.3 ya citado, el presente artículo 6 y el artículo 19, teniendo muy en cuenta que el precepto ahora comentado se ubica dentro del Título primero («Del Gobierno: composición, organización y órganos de colaboración y apoyo») en su Capítulo primero, cuya rúbrica es significativa, «del Gobierno, su composición, organización y funciones» (especialmente por contraposición a la rúbrica del capítulo segundo, «de los órganos de colaboración y apoyo del Gobierno»).

La finalidad esencial de estos órganos es procurar la desconcentración y flexibilización del funcionamiento del Gobierno en determinadas áreas básicas (como son las que se corresponden con la denominación de las Comisiones Delegadas existentes), sin perder por ello la colegialidad en la toma de decisiones.

Como consecuencia de las funciones ejercidas por las Comisiones Delegadas su creación, modificación y supresión corresponde al Consejo de Ministros y no al Presidente del Gobierno, aun cuando la propuesta sea de este último.

2.2. *Composición de las Comisiones Delegadas del Gobierno*

Según dispone el artículo comentado en su apartado segundo, el Real Decreto de creación de cada Comisión Delegada deberá especificar qué miembro del Gobierno la preside, qué miembros del Gobierno y Secretarios de Estado la componen, cuáles son sus funciones y qué miembro de la Comisión actuará como Secretario. Junto al Secretario-miembro existe un Secretario Técnico (al que se refiere el artículo 9.1.c de la Ley) que es quien ejerce la función material de secretaría en las reuniones de la Comisión Delegada (está presente y redacta el acta de la sesión, distribuye la documentación y archiva un duplicado de las convocatorias y órdenes del día, etc.)³.

Delegadas del Gobierno son órganos colegiados del Gobierno es incorrecta en sí y contradictoria con el artículo 1.2 de la propia Ley y con el 98.1 de la Constitución, dado que en las Comisiones Delegadas no están presentes ni el Presidente, ni los Vicepresidentes, ni los Ministros, sino a lo sumo algunos miembros del Gobierno, además de los Secretarios de Estado que la integran. No pueden ser un órgano colegiado del Gobierno, sino un órgano delegado del Gobierno que por Ley tiene determinadas atribuciones y en el que el Consejo de Ministros puede delegar determinadas funciones administrativas. Añaden que es incluso dudoso que las Comisiones Delegadas tengan cualidad de órgano.

Resulta obvio que, se diga más o menos claramente, quien esto opina ha de identificar necesaria y absolutamente, sin un resquicio a la duda, Gobierno con Consejo de Ministros. Por eso, los mismos autores afirman textualmente que «desde luego el Consejo de Ministros no es ningún órgano colegiado del Gobierno, sino que es el Gobierno, que se constituyó como órgano colegiado».

³ Véase al respecto el apartado 1.2 de las Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno, en el cual se deslindan las funciones de los Secretarios Técnicos y del Secretariado del Gobierno como órgano que presta su colaboración a los mismos. Las funciones de apoyo y auxilio que el Secretariado del Gobierno desarrolla en relación con las Comisiones Delegadas son, especialmente, las siguientes: remisión de las convocatorias a los diferentes miembros; archivo y custodia de las convocatorias, órdenes del día y actas de las reuniones; colaboración con las Secretarías Técnicas en la organización de las reuniones.

En el momento actual no existe una norma general que exija la presencia en una Comisión Delegada de determinados miembros del Gobierno ni tampoco que atribuya su presidencia exclusivamente al Presidente del Gobierno.

De ahí que resulte absolutamente necesario determinar con claridad la composición de cada una de ellas.

Junto a los miembros del Gobierno se prevé la incorporación de Secretarios de Estado a las Comisiones Delegadas. La consideración de estos órganos de colaboración del Gobierno como miembros de un órgano del Gobierno refuerza su *status* y resulta útil también en la práctica, por cuanto en ocasiones ejercerán además la función de Secretario de la Comisión Delegada (lo que ocurre respecto de las más significativas, al menos por el número de reuniones)⁴.

Con ser discutible la previsión de los Secretarios de Estado miembros de Comisiones Delegadas, podemos entender que la misma resulta aceptable. Otra cosa es que al margen de las previsiones legales existan previsiones reglamentarias que atribuyen a Subsecretarios también la condición de miembros⁵. Esta distorsión puede resultar inaceptable desde el punto de vista conceptual para seguir manteniendo el carácter de órgano colegiado del Gobierno de estas Comisiones Delegadas. Todo ello, por supuesto, con independencia de la bondad práctica de dicha medida.

La entrada de estos altos cargos de la Administración podría tener lugar por la vía prevista en el apartado tercero del artículo ahora comentado sin forzar la composición del órgano. El citado apartado prevé que puedan ser convocados a sus reuniones los titulares de aquellos órganos superiores y directivos de la Administración General del Estado (debe entenderse implícito que también de sus organismos públicos) que se estime conveniente.

2.3. *Funciones*

El apartado cuarto del artículo especifica el marco general que delimita el ámbito competencial de las Comisiones Delegadas del Gobierno. Viene referido a los asuntos que tienen relación con más de un Ministerio de los que integran la Comisión. Pueden actuar tanto con carácter previo a la intervención del Consejo de Ministros para preparar la propuesta que haya de elevarse al mismo, como en los asuntos que no requieran ser elevados al máximo órgano colegiado del Gobierno pero afecten a la competencia de varios miembros del Gobierno. Asimismo, también pueden ejercer competencias delegadas por el propio

⁴ Así sucede en la Comisión Delegada para Asuntos Económicos con el Secretario de Estado de Economía, de la Energía y de la Pequeña y Mediana Empresa (artículo 1.2 del Real Decreto 685/2000, de 12 de mayo) y en la Comisión Delegada para Asuntos Culturales con el Secretario de Estado de Cultura (artículo 1.6 del Real Decreto 285/1997, de 28 de febrero).

⁵ El Real Decreto 685/2000 señala en su artículo 1.2 que los Subsecretarios de la Presidencia y de Economía son miembros de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

Consejo de Ministros, según prevé la letra d) del apartado cuarto del precepto comentado y confirma el artículo 20.2 de la propia Ley del Gobierno («asimismo, son delegables las funciones administrativas del Consejo de Ministros en las Comisiones Delegadas del Gobierno»).

Las actuaciones pueden ser de carácter normativo o «cuasinormativo» o tratarse de meros actos administrativos.

Los Acuerdos de las Comisiones Delegadas que aprueban sus disposiciones y actos revisten la forma de Orden del Ministro competente o del Ministro de la Presidencia, cuando la competencia corresponda a distintos Ministros⁶.

Un aspecto de sumo interés es el de la virtualidad práctica de las Comisiones Delegadas, que nos acerca al análisis de la eficacia en su gestión e incluso a la cuestión de su necesidad o, al menos, de alguna de las ahora existentes.

En general, estos órganos colegiados, salvo la excepción muy notable de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos, han tenido en la práctica una actividad muy limitada. En la actualidad y aunque existen seis Comisiones Delegadas sobre el papel, tan sólo tres de ellas han desarrollado alguna actividad durante el quinquenio 1996-2000.

En primer término, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos⁷ viene celebrando regularmente sus reuniones los jueves de cada semana y examina un considerable número de asuntos. De hecho, su actual norma reguladora —Real Decreto 685/2000, de 12 de mayo— ha previsto la existencia de un específico órgano colegiado de apoyo, la Comisión de Política Económica, con una composición vicaria de la propia de la Comisión Delegada, cuya misión es examinar con carácter previo los asuntos que van a ser sometidos a examen, deliberación y, en su caso, aprobación de la Comisión Delegada.

Por otra parte, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Culturales tan sólo ha celebrado dos reuniones con un limitado número de asuntos⁸.

La Comisión Delegada del Gobierno para Política Autónoma se ha reunido tan sólo en dos ocasiones⁹. No obstante, es preciso tener en cuenta que la principal función atribuida a esta Comisión Delegada es la autorización de los convenios celebrados por la Administración estatal y sus Organismos Públicos con Comunidades Autónomas. Como es bien sabido, esta actividad convencional interadministrativa es ingente y constante, con lo que podría parecer extra-

⁶ Véase el artículo 25.e) de la Ley del Gobierno.

⁷ Esta Comisión ha analizado entre 5 de mayo y 6 de abril de 2000 el texto un total de 1.045 asuntos con el siguiente desglose: 286 Acuerdos (37 en 1996, 64 en 1997, 77 en 1998, 82 en 1999 y 26 en 2000) y 759 informes (156 en 1996, 211 en 1997, 187 en 1998, 172 en 1999 y 33 en 2000).

⁸ Esta Comisión ha adoptado un total de 4 Acuerdos (2 en 1997 y 2 en 1998) y conocido 41 informes (14 en 1997, 12 en 1998 y 15 en 1999) en el período comprendido entre 5 de mayo de 1996 y 5 de abril de 2000.

⁹ En el mismo período analizado respecto de las otras Comisiones Delegadas, la de Política Autónoma ha adoptado 6 Acuerdos (5 en 1996 y 1 en 1997) y ha conocido 12 informes (2 en 1996 y 10 en 1997).

ño la escasez del número de reuniones celebradas por este órgano del Gobierno. Ahora bien, conviene recordar que la tramitación interna de los convenios y, en consecuencia, también su autorización ha sido disciplinada por Acuerdos del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 1990 y 3 de julio de 1998, en los que se prevé la posibilidad de otorgar una autorización provisional por «el Secretario de Estado para las Administraciones Territoriales» —en la actualidad, Secretario de Estado de Organización Territorial del Estado¹⁰— en su condición de Secretario de la Comisión Delegada, que se viene considerando como suficiente en la práctica.

Por último, interesa destacar, pues así se prevé expresamente en el artículo comentado, el carácter secreto de las deliberaciones propio de los órganos colegiados gubernamentales, y que se prevé también para el Consejo de Ministros en el artículo 5.3 de la propia Ley del Gobierno.

¹⁰ Conforme al artículo 7 del Real Decreto del Presidente del Gobierno, de 27 de abril, de reestructuración de los Departamentos ministeriales.

ARTÍCULO 7. DE LOS SECRETARIOS DE ESTADO

- 1. Los Secretarios de Estado son órganos superiores de la Administración General del Estado, directamente responsables de la ejecución de la acción del Gobierno en un sector de actividad específica de un Departamento o de la Presidencia del Gobierno.**
- 2. Actúan bajo la dirección del titular del Departamento al que pertenezcan. Cuando estén adscritos a la Presidencia del Gobierno, actúan bajo la dirección del Presidente. Asimismo, podrán ostentar por delegación expresa de sus respectivos Ministros la representación de éstos en materias propias de su competencia, incluidas aquéllas con proyección internacional, sin perjuicio, en todo caso, de las normas que rigen las relaciones de España con otros Estados y con las organizaciones internacionales.**
- 3. Las competencias de los Secretarios de Estado son las que se determinan en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario. 2.1. Consideraciones generales. 2.2. Creación. 2.3. Competencias. 2.4. Los Secretarios de Estado en las relaciones internacionales. 2.5. Análisis crítico de la figura más allá de la norma.

1. Concordancias

Artículos 2.2.j), 5.2, 8, 15 y 20.1.b de la Ley del Gobierno.

Artículos 6, 8, 9, 11, 14, Disposición adicional 15 y Disposición adicional 16 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (incluye —en su artículo 1—, y como no podía ser de otra manera, a los Secretarios de Estado en su ámbito de aplicación).

Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio, por el que se reestructuran determinados Órganos de la Administración Central del Estado. En él se crea la figura del Secretario de Estado, intermedia entre el Ministro y el Subsecretario.

Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996.

* Artículo comentado por Tomás GONZÁLEZ CUETO.

Por lo que respecta al Derecho comparado pueden traerse a colación las siguientes experiencias.

En Alemania, la Ley Fundamental de Bonn establece, en su artículo 60, que «el Presidente federal nombrará y relevará a los jueces y funcionarios federales, así como a los oficiales y suboficiales, siempre que las leyes no dispongan otra cosa».

En el organigrama de la Administración federal, por debajo de los Ministros, aparecen los «Secretarios de Estado parlamentarios» y los simples «Secretarios de Estado» (funcionarios).

Los Secretarios de Estado parlamentarios proceden del *Bundestag* y apoyan a los Ministros en sus tareas de gobierno. Son nombrados por el Presidente federal, a propuesta del Canciller, previa iniciativa del Ministro correspondiente. Cabe que se les asigne, en ocasiones, el título (más bien honorífico) del Ministro de Estado.

También los Secretarios de Estado profesionales (altos funcionarios —de carrera— nombrados discrecionalmente para el puesto) reciben su nombramiento a través de una resolución presidencial propiciada por el Ministro interesado y debidamente refrendada. Puede apreciarse alguna analogía entre el cometido de dichos Secretarios de Estado (menos políticos que los anteriores) y el de nuestros Secretarios generales. En Alemania no existe, en cambio, una figura equiparable a la de nuestros Subsecretarios.

La Constitución belga establece en su actual artículo 104 que «el Rey nombra y revoca a los Secretarios de Estado federales». Naturalmente el decreto real de nombramiento está sometido a refrendo y la responsabilidad política es de carácter gubernamental (o ministerial, cuando menos).

El citado artículo especifica que los Secretarios de Estado son miembros del Gobierno federal, que sus atribuciones se determinan por decreto real y que, con las salvedades que indica, las disposiciones relativas a los Ministros afectan también a los Secretarios de Estado.

Por lo que se refiere a Francia, tras disponer en su artículo 8 que el Presidente de la República nombra al Primer Ministro y, a propuesta de este último, a los demás miembros del Gobierno, la Constitución de 1958 confiere, en su artículo 13, al Presidente el «nombramiento de los cargos civiles y militares del Estado».

El propio artículo 13 se encarga de relacionar toda una serie de autoridades (altos cargos) que son nombrados «en Consejo de Ministros». En el párrafo final de dicho artículo se señala que una ley orgánica determinará qué otros cargos deben proveerse en Consejo de Ministros y en qué condiciones puede delegarse la facultad presidencial de emitir nombramientos presidenciales (menos relevantes) no deliberados en Consejo de Ministros y otros (numerosos, de menor rango) que firman autoridades gubernamentales.

La Constitución de la V República se refiere a veces a los Ministros y en otras ocasiones a «los miembros del Gobierno», dejando un espacio para la

eventual existencia de miembros a los que no se confiere la dignidad ministerial «plena». En Francia, además del Primer Ministro, hay —o puede haber— en el Gobierno, Ministros de Estado, Ministros, Ministros delegados y Secretarios de Estado (subordinados a un Ministro o, incluso, «autónomos»). El nombramiento de la totalidad del equipo de gobierno, incluidos los Secretarios de Estado, se formaliza por decreto firmado por el Presidente de la República a propuesta y con el refrendo del Primer Ministro.

La Constitución italiana de 1947 es parca en lo relativo a la regulación de nombramientos de altos cargos de la Administración estatal. Su artículo 87 —enumeración de competencias presidenciales— se limita a señalar que «el Presidente de la República nombra, en los casos indicados por la ley, a los funcionarios del Estado».

Los «Subsecretarios de Estado» (relativamente numerosos: quizá sean unos 60) son nombrados por decreto del Presidente de la República a propuesta del Presidente del Consejo, de acuerdo con el Ministro con el que son llamados a colaborar, oído el Consejo de Ministros. Dichos Subsecretarios carecen de ámbito propio de competencia y no forman parte del Gobierno: ayudan al Ministro del que dependen y ejercen las funciones que el mismo les delega. Pueden intervenir, en calidad de representantes del Gobierno, en las sesiones de las Cámaras y sus Comisiones y participar en debates (siguiendo directrices ministeriales) o sesiones de preguntas e interpellaciones.

Especial relevancia tiene la figura del Subsecretario de la Presidencia del Consejo, que desempeña la Secretaría del Consejo de Ministros. Otros Subsecretarios pueden ser adscritos a la Presidencia del Consejo.

2. Comentario

2.1. *Consideraciones generales*

Al tratar en el comentario al artículo 1 de la composición del Gobierno ya se ha hecho referencia al debate abierto en su momento, y no cerrado hasta la aprobación de la Ley del Gobierno, sobre la consideración de los Secretarios de Estado como miembros del Gobierno y acerca de la conveniencia o inconveniencia de su incorporación al mismo.

Prescindiendo de referencias históricas, ligadas más a la denominación de estos altos cargos que a su naturaleza y ámbito funcional, la figura del Secretario de Estado, tal y como hoy la conocemos, nace a partir del Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio, por el que se reestructuran determinados órganos de la Administración Central del Estado. En el Preámbulo de esta norma reglamentaria se justificaba su creación dado que «ya ha acreditado su eficacia en las organizaciones administrativas más avanzadas, para intensificar las acciones administrativas en ciertas áreas». En el mismo se les otorgaban, respecto a las unidades que tuvieran adscritas, la mayor parte de las competencias que el

artículo 14 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado atribuía a los Ministros, contemplándose expresamente la posibilidad de que pudieran desempeñar cuantas funciones les fueran delegadas expresamente por el titular del Departamento. Posteriormente, la Ley de Organización de la Administración Central del Estado los configuró como órganos superiores de los departamentos ministeriales, junto con Ministros y Subsecretarios. Y a partir de aquel momento ha sido bien recibida por unos y duramente criticada por otros¹.

Con independencia de críticas y alabanzas, es lo cierto que el Secretario de Estado —como figura intermedia entre lo político y lo administrativo— ha ido ocupando un lugar propio en la Administración estatal española. Hasta tal punto se ha aposentado que hoy sería difícil entender la actual organización política y administrativa del complejo «Ejecutivo» que configuran Gobierno y Administración sin la presencia de los Secretarios de Estado.

En la Exposición de Motivos de la propia Ley del Gobierno se destacan ya las características esenciales que pueden predicarse de estos órganos. Se afirma así que:

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

Su posición relativa es pues clara —dentro de la oscuridad que supone moverse en esa frontera imprecisa y cambiante entre el Gobierno y la Administración, entre lo político y lo administrativo—, como engarce, junto a los Ministros, entre Gobierno y Administración. De hecho, ambos comparten la calificación de órganos superiores en la organización central de la Administración del Estado, aun cuando —en aplicación del principio de jerarquía propio de la organización administrativa— los Ministros son superiores jerárquicos directos de los Secretarios de Estado (arts. 6.2.a y 11.1 de la LOFAGE). A salvo, claro está, de que estén adscritos a la Presidencia del Gobierno, en cuyo caso actúan bajo la dirección inmediata del Presidente.

Por otra parte, sin ser miembros del Gobierno pueden participar indirectamente en él como miembros de un específico órgano colegiado del Gobierno: las Comisiones Delegadas. Además, y esto es significativo, según dispone el artículo 5.2 de la propia Ley del Gobierno, «a las reuniones del Consejo de

¹ Por ejemplo, Fernando GARRIDO FALLA, en *Comentarios a la Constitución Española*, califica la figura de los Secretarios de Estado como «discutida —y seguramente injustificada—. El mismo autor en «Los Secretarios de Estado» (en *Informaciones Políticas* n.º 112, 16 de julio de 1976) formulaba ya reservas sobre la necesidad de estos cargos, de perfiles poco claros.

Ministros podrán asistir los Secretarios de Estado cuando sean convocados». Normalmente asistirán para informar sobre específicos asuntos de su competencia o ser instruidos acerca de cuestiones concretas relacionadas con su gestión². Esto significa que, en ningún caso, asumen la representación de los miembros del Gobierno de los cuales dependen; así como tampoco concurren a la formación de voluntad del colegio gubernamental.

Es cierto que puede resultar difícil deslindar sus funciones y su actividad como órganos superiores de la Administración y como órganos de colaboración —los más importantes y cualificados— de los miembros del Gobierno. Ya indica la Exposición de Motivos de la LOFAGE que «las Secretarías de Estado ... se caracterizan por ser sus titulares cargos públicos que tienen encomendada especialmente la función de transmisión y seguimiento de las políticas gubernamentales al seno de la Administración». Sin embargo, conviene precisar, como luego se verá, que el elenco de competencias atribuido a los mismos por la LOFAGE (art. 14) —y concretado en los Decretos de creación del órgano y los Decretos de estructura departamental— no agota sus verdaderos cometidos como órganos de colaboración política de los miembros del Gobierno (Presidente, Vicepresidentes y Ministros).

2.2. Creación

Conforme establece el artículo 2.2.j) de la propia Ley del Gobierno, corresponde al Presidente del Gobierno «crear, modificar y suprimir, por Real Decreto, ... las Secretarías de Estado». En el mismo sentido se pronuncia el artículo 8.2 de la LOFAGE³.

Esto es, el Presidente del Gobierno decide autónomamente sobre la existencia de los órganos superiores de la Administración General del Estado (Ministerios y Secretarías de Estado). En consecuencia, la división funcional de la Administración responde a los criterios definidos por los Reales Decretos del Presidente del Gobierno.

Resulta especialmente significativa esta circunstancia, sobre todo si se tiene en cuenta que el resto de órganos de la Administración se crean por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros. Podemos entender que se trata de dar un relieve especial a los Secretarios de Estado ya desde el momento mismo de la creación del órgano cuya titularidad van a ostentar.

En cuanto a su nombramiento, cese, suplencia e incompatibilidades basta remitirse a lo previsto en el artículo 15 de la Ley del Gobierno.

² Podemos recordar que en la legislatura anterior fue relativamente frecuente la asistencia del Secretario de Estado para la Comunicación al Consejo de Ministros, dado que durante una época actuó como Portavoz del Gobierno.

³ «La determinación del número, la denominación y el ámbito de competencia respectivo de los Ministerios y las Secretarías de Estado se establecen mediante Real Decreto del Presidente del Gobierno».

2.3. Competencias

El artículo ahora comentado se inicia afirmando el carácter administrativo de los Secretarios de Estado, al indicar que «son órganos superiores de la Administración General del Estado», en forma idéntica a las previsiones del artículo 6 de la LOFAGE.

Es más, añade el precepto que actúan bajo la dirección del Ministro titular del Departamento al que están adscritos, salvo que lo estén a la Presidencia del Gobierno, en cuyo caso actúan bajo la dirección del Presidente. El artículo 11.1 de la LOFAGE prevé que «los Ministros son los jefes superiores del Departamento y superiores jerárquicos directos de los Secretarios de Estado».

Las competencias de los Secretarios de Estado son esencialmente administrativas —pues de este tipo han de ser necesariamente las definidas o previstas por las leyes— y se determinan en la LOFAGE.

Por razones didácticas conviene transcribir en este momento el artículo 14 de la citada Ley.

«Art. 14. Los Secretarios de Estado.

Los Secretarios de Estado dirigen y coordinan las Direcciones Generales situadas bajo su dependencia y responden ante el Ministro de la ejecución de los objetivos fijados para la Secretaría de Estado. A tal fin, les corresponde:

1. Ejercer las competencias sobre el sector de actividad administrativa asignado que les atribuya la norma de creación del órgano o que les delegue el Ministro y desempeñar las relaciones externas de la Secretaría de Estado, salvo en los casos legalmente reservados al Ministro.

2. Ejercer las competencias inherentes a su responsabilidad de dirección y, en particular, impulsar la consecución de los objetivos y la ejecución de los proyectos de su organización, controlando su cumplimiento, supervisando la actividad de los órganos directivos adscritos e impartiendo instrucciones a sus titulares.

3. Nombrar y separar a los Subdirectores generales de la Secretaría de Estado.

4. Mantener las relaciones con los órganos de las Comunidades Autónomas competentes por razón de la materia.

5. Ejercer las competencias atribuidas al Ministro en materia de ejecución presupuestaria, con los límites que, en su caso, se establezcan por aquél.

6. Celebrar los contratos relativos a asuntos de su Secretaría de Estado y los convenios no reservados al Ministro del que dependan o al Consejo de Ministros.

7. Resolver los recursos que se interpongan contra las resoluciones de los órganos directivos que dependan directamente de él y cuyos actos no agoten la vía administrativa, así como los conflictos de atribuciones que se susciten entre dichos órganos.

8. Cualesquiera otras competencias que les atribuya la legislación en vigor».

Como acertadamente resume LÓPEZ ÁLVAREZ⁴, «los Secretarios de Estado constituyen la cabeza de una «suborganización» departamental correspondiéndoles algunas de las competencias propias de los Ministros en el ámbito de sus competencias, como son las inherentes a su función de dirección superior y directa de los órganos dependientes (Direcciones generales), además del nombramiento de los Subdirectores generales, relaciones con órganos de las Comunidades Autónomas, ejecución presupuestaria, contratación administrativa; del mismo modo, es el superior jerárquico directo de sus órganos dependientes y en tal condición le corresponde la revisión de oficio, la resolución de los recursos administrativos y de los conflictos de atribuciones».

Se trata, por tanto y en coherencia con su carácter de órganos administrativos, de competencias administrativas. Ahora bien, ya señalábamos antes que este elenco de competencias no agota sus verdaderos cometidos como órganos de colaboración política de los miembros del Gobierno.

Sin perjuicio de la general posibilidad de delegación de competencias propias del Ministro, la Ley del Gobierno se refiere a un supuesto de gran trascendencia, como es el de ostentar la representación de los Ministros en materias con proyección internacional. La globalización de los problemas, así como la pertenencia de nuestro Estado a organizaciones supranacionales e internacionales, implica que España debe estar representada debidamente en numerosos foros, lo que exige continuos desplazamientos fuera del territorio nacional para manifestar la voluntad del Estado.

De hecho, esta circunstancia junto a la necesaria presencia ante las Cámaras Legislativas y sus Comisiones podrían justificar por sí mismas la existencia de los Secretarios de Estado como sustitutos ocasionales de los Ministros.

En cuanto a sus comparecencias ante el Congreso y el Senado, aparecen expresamente mencionadas, como excepción a la regla general y precisamente en cuanto que su consideración no es de miembros del Gobierno. Así resulta,

⁴ Eugenio LÓPEZ ÁLVAREZ: «Los servicios centrales en la LOFAGE», en la obra colectiva *Estudios sobre la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999.

por ejemplo, del artículo 189.2 del Reglamento del Congreso que permite o habilita a los Secretarios de Estado y Subsecretarios para dar respuesta oral en Comisión a preguntas dirigidas al Gobierno o a alguno de sus miembros; o del artículo 168 del Reglamento del Senado que autoriza en los mismos casos, es decir, respuesta oral en Comisión, a los Secretarios de Estado.

2.4. *Los Secretarios de Estado en las relaciones internacionales*

La redacción definitiva del precepto fue resultado de una enmienda presentada por el Grupo popular en el Congreso, cuya justificación rezaba de la siguiente manera:

«La mayor complejidad de las competencias de los Departamentos y la cada día mayor exigencia de la sociedad en cuanto a la actuación de las mismas, determina un incremento de intensidad en el desarrollo de sus funciones que aconseja, en un entorno en el que las relaciones institucionales internacionales cobran mayor relevancia, el establecimiento de la posibilidad de que los Secretarios de Estado colaboren con éstos [con los Ministros], representándolos, en el ámbito de las citadas relaciones, contribuyendo de este modo a intensificar las acciones departamentales en el ámbito internacional en relación con los asuntos de su competencia».

Junto a lo previsto en la Ley del Gobierno, existen otras razones y argumentos que justifican la capacidad de los Secretarios de Estado para actuar en el ámbito internacional.

El Decreto 801/1972, de 24 de marzo, de ordenación de la actividad administrativa en materia de Tratados internacionales, indica que para negociar un Tratado, adoptar y autenticar un texto, expresar el consentimiento de España en obligarse por un Tratado, o ejecutar cualquier otro acto internacional relativo a su celebración, la persona o personas que lo lleven a cabo deberán estar provistas de una «plenipotencia» que los acredite como representantes de España.

En el mismo sentido se expresa la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados al determinar que para la adopción o autenticación del texto de un Tratado o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un Tratado se considerará que una persona representa a un Estado si presenta los adecuados plenos poderes; o si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes.

En consecuencia, si los Secretarios de Estado —o cualquier otra persona— reúnen los requisitos indicados en las normas citadas tendrán competencias para representar al Estado español en la negociación de un Tratado e incluso para

adoptar y autenticar su texto, así como para ejecutar cualquier acto internacional relativo a la celebración de un Tratado.

Por otra parte, los Reales Decretos de estructura orgánica de los Ministerios han recogido entre las competencias de los Secretarios de Estado algunas de carácter internacional⁵.

La cuestión más candente y específica en lo que se refiere a la intervención de los Secretarios de Estado en el ámbito internacional es, sin duda, la relativa a la posibilidad o no de que formen parte del Consejo de Ministros de la Unión Europea.

El artículo 203 (antiguo artículo 146) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea establece que el Consejo estará compuesto por un representante de cada Estado miembro de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno de dicho Estado miembro.

La cuestión fundamental que suscita tal precepto es si la exigencia de rango ministerial determina que haya de ser necesariamente el titular del Departamento quien forme parte del Consejo. Es evidente que el cargo de Ministro no tiene una equivalencia exacta en los sistemas constitucionales y organizativos de cada uno de los Estados miembros, y difícilmente la Unión Europea puede entrar a determinar lo que cada Estado entiende por «rango ministerial». Por todo ello parece que debe resultar más determinante el segundo requisito del artículo 146 citado, en el sentido de que el representante de cada Estado esté facultado para comprometer al Gobierno del mismo.

En la práctica son numerosos los Secretarios de Estado que vienen asistiendo, con frecuencia, a los Consejos de Ministros de la Unión Europea, sin que dicha circunstancia haya suscitado problema alguno.

⁵ Al margen del Ministerio de Asuntos Exteriores, en el que los Secretarios de Estado ostentan, obviamente, competencias de carácter internacional, podemos citar otros supuestos a título de mero ejemplo.

En el artículo 8.2.b del Real Decreto 1883/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa (modificado por Real Decreto 76/2000, de 21 de enero), se atribuye al Secretario de Estado de Defensa la función de «dirigir la política de armamento, material e infraestructura en su relación con organismos internacionales y extranjeros, en coordinación con el Ministerio de Asuntos Exteriores».

Al Secretario de Estado de Seguridad le corresponde «la dirección y coordinación de la cooperación policial internacional» (art. 2.1.1 del Real Decreto 1449/2000, de 28 de julio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior).

El Secretario de Estado de Infraestructuras asume, entre sus funciones, «la representación del Departamento en las instituciones o foros nacionales o internacionales que traten sobre materias que afectan directamente a las competencias de la Secretaría de Estado» (art. 2.2.k del Real Decreto 1475/2000, de 4 de agosto, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento).

La Secretaría de Estado de Comercio «llevará a cabo cuantas acciones sean precisas para la definición, desarrollo y ejecución de la política comercial del Estado, así como las relativas al comercio interior, exterior e intracomunitario, las inversiones exteriores y las transacciones exteriores...» (art. 10.1 del Real Decreto 1371/2000, de 19 de julio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía).

Se trata, pues, de meros ejemplos, pero suficientemente significativos de la transcendencia exterior de las competencias asumidas por algunos Secretarios de Estado. Repasando los Decretos de estructura departamental podríamos encontrar numerosos supuestos similares a los anteriores.

2.5. *Análisis crítico de la figura más allá de la norma*

Probablemente, al tratar de los Secretarios de Estado resulta insuficiente exponer descriptivamente sus funciones en el seno de la Administración General del Estado y destacar su carácter de órganos de colaboración política de los miembros del Gobierno. Por cierto, ¿qué significa esto último? Podemos suponer que son quienes «hablan al oído de los Ministros» y afirmar que son quienes deben parar los golpes políticos y mediáticos dirigidos a su superior jerárquico.

Los solapamientos que se producen en el ámbito de la organización administrativa entre Secretarios de Estado y otros órganos, principalmente los Subsecretarios, son evidentes. Esto suele llevar a difíciles relaciones tanto desde el punto de vista institucional como personal, lo que puede perjudicar a la Administración en su conjunto. Esto es preocupante, porque si los perjudicados fueran sólo los personajes afectados estaríamos ante una simple anécdota. Quienes hayan vivido, disfrutado y padecido la Administración por dentro conocerán bien esas situaciones y sus consecuencias.

Por tanto, en cuanto a sus funciones administrativas no todo es perfecto, produciéndose con frecuencia verdaderas disfunciones.

Además, su multiplicación ha sido, sin duda, la causa principal de la tendencia inflacionista de altos cargos en la Administración. También ha supuesto un cambio intelectual en la comprensión de la organización. Cuando las categorías aumentan cualitativamente por arriba, lo que hay debajo no mantiene su importancia, sino que, indefectiblemente, ésta disminuye. Éste ha sido el caso de las Subsecretarías, con especial intensidad, y de las Direcciones Generales.

Si bien debe insistirse en que la Administración del Estado actual no se comprende sin los Secretarios de Estado, esto no debe, sin más, llevarnos a afirmar que el modelo sea exitoso. Los Secretarios de Estado carecen de un perfil homogéneo y la historia o la tradición es aún insuficiente para dotarles de un carácter definido —lo que sí ocurre con los Ministros—. Su doble faz política y administrativa viene significando que algunos tienen un perfil marcadamente técnico y otros político (esta consideración debe entenderse más predicable de las personas que de las funciones asignadas a cada Secretaría de Estado).

De esta forma, algunos son reclutados desde la propia Administración, otros provienen de los partidos políticos —aun cuando puedan ser funcionarios públicos— y existe también un pequeño grupo procedente del heterogéneo mundo de la «sociedad civil» —empresas, organizaciones sociales, organizaciones no gubernamentales—.

Su diverso origen profesional se refleja después en su forma de actuación. Ahora bien, existe un riesgo cierto, como es el de que interioricen en forma absoluta su doble perfil y lleguen a creer que —con independencia de sus funciones— son de verdad políticos y técnicos, en el sentido de que por el mero

hecho de su nombramiento adquieren ambas cualidades en grado sumo. Esto puede llevarles a actuar de manera peligrosa para la organización.

Los cargos que se sitúan en los límites, en la frontera, entre instituciones diferentes, siempre resultan más difíciles de definir porque tienden a expandir su actividad a ambos lados de la línea, más allá de sus competencias reales. Afortunadamente, como siempre en esta vida y en este mundo, existen excepciones virtuosas y realistas de magníficos Secretarios de Estado. No obstante, eso no es un consuelo, sino el toque de atención para quien ha de producir una regulación más clara e integral de esta figura.

ARTÍCULO 8. DE LA COMISIÓN GENERAL DE SECRETARIOS DE ESTADO Y SUBSECRETARIOS

- 1. La Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios estará integrada por los titulares de las Secretarías de Estado y por los Subsecretarios de los distintos Departamentos Ministeriales.**
- 2. La Presidencia de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios corresponde a un Vicepresidente del Gobierno o, en su defecto, al Ministro de la Presidencia. La Secretaría de la Comisión será ejercida por quien se determine reglamentariamente.**
- 3. Las reuniones de la Comisión tienen carácter preparatorio de las sesiones del Consejo de Ministros. En ningún caso la Comisión podrá adoptar decisiones o acuerdos por delegación del Gobierno.**
- 4. Todos los asuntos que vayan a someterse a aprobación del Consejo de Ministros deben ser examinados por la Comisión, excepto aquellos que se determinen por las normas de funcionamiento de aquél.**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario. 2.1. Consideraciones generales. 2.2. Composición de la CGSES. 2.3. Competencias.

1. Concordancias

Artículos 7, 9 y 19 de la Ley del Gobierno.

Artículos 14 y 15 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

Artículo 1 del Real Decreto 558/2000, de 27 de abril, sobre las Vicepresidencias del Gobierno y, principalmente, su modificación operada por Real Decreto 209/2001, de 27 de febrero.

Artículo 3.6.a) y artículo 5 de Real Decreto 1281/2000, de 30 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia.

Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996.

2. Comentario

2.1. Consideraciones generales

Compuesta por los titulares de las Secretarías de Estado y por los Subsecretarios de los diferentes Departamentos ministeriales, la CGSES tiene por función preparar las reuniones del Consejo de Ministros.

* Artículo comentado por Tomás GONZÁLEZ CUETO.

Su presidencia corresponde a un Vicepresidente del Gobierno o, en su defecto, al Ministro de la Presidencia —o al que en el futuro asumiera sus funciones con otra denominación—.

La limitación de su competencia a la mera preparación del Consejo de Ministros implica que carece de poder decisorio, así como tampoco por delegación.

Por consiguiente, en sus reuniones se analizan los asuntos que posteriormente habrán de ser sometidos al Consejo de Ministros que, como órgano competente, deberá pronunciarse sobre los mismos. En cuanto a su funcionamiento, a la distinción entre los diferentes tipos de asuntos y a las consecuencias del consenso entre los distintos miembros de la Comisión volveremos más adelante. Ahora conviene destacar que estas materias y otras conexas han venido siendo disciplinadas a través de Acuerdos adoptados en Consejo de Ministros. Las vigentes Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno fueron aprobadas por Acuerdo de 26 de julio de 1996¹. Esta forma de aprobación es coherente con la previsión del artículo 17 de la Ley del Gobierno relativa a la organización y funcionamiento del Gobierno, en cuanto prevé la existencia de «disposiciones organizativas internas, de funcionamiento y actuación emanadas del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros (téngase en cuenta que las Instrucciones afectan al Consejo de Ministros, Comisiones Delegadas del Gobierno y CGSES). Las Instrucciones, a pesar de ser anteriores a la Ley del Gobierno, se adaptan perfectamente a la misma (o viceversa).

2.2. *Composición de la CGSES*

«La CGSES está integrada por los titulares de las Secretarías de Estado y por los Subsecretarios de los distintos Departamentos Ministeriales». Esta afirmación, contenida en el apartado primero del artículo ahora comentado, no se corresponde absolutamente con la realidad. Es cierto que quienes aparecen citados en la norma integran la Comisión, pero no sólo ellos.

Los Subsecretarios aparecen regulados en el artículo 15 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), como órganos directivos de la Administración General del Estado a los que corresponde la representación ordinaria del Ministerio en que se integran (apartado 1.i).

Los Secretarios de Estado, tal y como corresponde a su doble faz política y administrativa, se regulan en el artículo 14 de la LOFAGE —como órganos

¹ Las anteriores habían sido aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991. Antes de éstas existían otras, aprobadas —en su versión «texto refundido»— por Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 1989.

superiores de la Administración General del Estado dotados de un carácter sectorial por contraposición a la cualidad de servicio común que corresponde a los Subsecretarios— y en el artículo 7 de la Ley del Gobierno —como órganos de colaboración del Gobierno—.

Ahora bien, junto a los Secretarios de Estado titulares de Secretarías de Estado, existen otros altos cargos de la Administración, o fronterizos a ella, que tienen el rango de Secretarios de Estado².

También existen numerosos altos cargos con rango de Subsecretario, que no son los Secretarios Generales previstos en el artículo 16 de la LOFAGE³.

En cuanto a todos éstos asimilados en rango a Secretarios de Estado y Subsecretarios, su presencia en las reuniones de la CGSES no se produce con igual criterio en los diferentes supuestos. No existen especiales problemas para los asimilados a Secretarios de Estado, pero sí pueden observarse diferencias para los asimilados a Subsecretarios. Suelen acudir a la Comisión los pertenecientes a órganos no departamentales que, por esa misma razón, carecen de Subsecretario (en especial, el Subdirector del Gabinete del Presidente del Gobierno y uno de los Directores de las Oficinas Generales adscritas al Ministro Portavoz como órganos de apoyo).

En cualquier caso, la operatividad de la CGSES, un órgano numeroso en su composición, exige que acudan a sus reuniones quienes puedan aportar un «valor añadido»; y, en este sentido, podría resultar conveniente incluir al Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado y al Interventor General de la Administración del Estado como miembros de pleno derecho.

La Presidencia de la Comisión corresponde a un Vicepresidente del Gobierno o, cuando no existan Vicepresidentes o no se les haya asignado tal competencia por cualquier razón, al Ministro de la Presidencia.

Según el artículo analizado, «la Secretaría de la Comisión será ejercida por quien se determine reglamentariamente». El Real Decreto 1281/2000, de 20 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia, atribuye dicha responsabilidad al Subsecretario de la Presidencia (art. 3.6.a).

Asimismo indica —art. 5.2— que «el Director General del Secretariado del Gobierno ejerce las funciones de secretario adjunto de la CGSES», lo que implica no sólo la asistencia al Secretario, sino también su actuación como tal en los casos de imposibilidad del titular.

² A título de ejemplo, el Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, el Presidente del Consejo Superior de Deportes, el Director del Gabinete del Presidente del Gobierno o el Secretario General de la Presidencia del Gobierno.

³ A título de ejemplo, el Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado, el Interventor General de la Administración del Estado, el Subdirector del Gabinete del Presidente del Gobierno, los Directores de las Oficinas Generales creadas como órganos de apoyo al Ministro Portavoz del Gobierno o los Directores de Gabinete de los Vicepresidentes del Gobierno.

2.3. *Competencias*

El número de reuniones de la CGSES asciende, cada año, a un total aproximado de 48 (celebradas, casi siempre, los miércoles por la mañana). El volumen anual de asuntos examinados se sitúa en torno a los 3.100/3.400 expedientes. Algunos de ellos son de gran relevancia política, otros tienen extraordinaria trascendencia económica, los hay que entrañan una considerable complejidad técnica y, por supuesto, son numerosos los que revisten un carácter más administrativo y de gestión ordinaria.

La naturaleza de la CGSES queda perfilada, conforme al apartado tercero del artículo comentado, por dos rasgos característicos: de una parte, es un órgano encargado del estudio y examen de los asuntos que han de ser sometidos al Consejo de Ministros; por otra parte, no puede adoptar resoluciones o medidas que corresponden al Gobierno.

En lo relativo a las funciones de la Comisión, conviene destacar su competencia universal o extensiva. Conforme al apartado cuarto de este artículo 8 de la Ley del Gobierno, en expresión concluyente, «todos los asuntos que vayan a someterse a aprobación del Consejo de Ministros deben ser examinados por la Comisión, excepto aquéllos que se determinen por las normas de funcionamiento de aquél».

Estas normas —las Instrucciones— tan sólo han previsto, con carácter ordinario, tres excepciones:

- Los nombramientos de altos cargos y determinados ascensos de personal militar (p. ej.: «generales») o de funcionarios (p. ej.: «embajadores»).
- La concesión de indultos.
- Los informes presentados directamente por los Ministros al Consejo.

Tres supuestos muy singulares cuyo estudio o examen previo por la CGSES no parece necesario ni oportuno. Ocasionalmente, el Presidente del Gobierno puede decidir la incorporación directa al orden del día del Consejo de Ministros de otros asuntos.

De acuerdo con las Instrucciones, los asuntos sometidos a los diferentes órganos colegiados y, por tanto, a la CGSES se clasifican de la siguiente forma:

- a) Proyectos de disposiciones de carácter general
 1. Anteproyectos de Leyes.
 2. Proyectos de Reales Decretos-leyes.
 3. Proyectos de Reales Decretos legislativos.
 4. Proyectos de Reales Decretos.

- b) Proyectos de disposiciones de carácter singular (que hayan de adoptar la forma de Real Decreto)⁴.
- c) Propuestas de acuerdos.
- d) Informes.

Del debate en la CGSES resulta una triple clasificación de los asuntos. En primer término, hay que tener en cuenta los expedientes que se dejan «sobre la mesa» (esto es, cuya consideración final queda aplazada o demorada hasta una reunión posterior). En segundo lugar, los asuntos informados favorablemente por la Comisión son incorporados, con carácter general, al denominado «índice verde» del Consejo de Ministros. Tales asuntos pasan a la aprobación formal del Consejo de Ministros que prácticamente nunca entra en su examen o consideración particular, salvo que algún Ministro lo solicite expresamente.

Por último, existe un «índice rojo» del Consejo de Ministros compuesto por los asuntos de mayor transcendencia. Tal índice se integra de la siguiente forma:

- Disposiciones con rango de ley, que siempre han de ser incorporadas al «índice rojo», aun cuando hubieran sido informadas favorablemente por la CGSES.
- Asuntos que, por su especial importancia política, económica o social, considere el Presidente del Gobierno que deben ser objeto de exposición y debate, en su caso, en el Consejo.
- Asuntos que han suscitado discrepancias en la CGSES entre los diversos Ministerios y se estime que sólo pueden ser resueltos por el Consejo de Ministros.

Expedientes, asuntos o informes que pasan directamente, como ya se ha señalado anteriormente, al Consejo de Ministros (p. ej.: nombramientos y ceses de altos cargos, concesión de indultos, informes y otros asuntos singulares)⁵.

⁴ Sin duda la denominación no es correcta. Se trata de simples actos que han de adoptar una forma determinada, la de Real Decreto. No son, por tanto, disposiciones.

⁵ Para un análisis exhaustivo del funcionamiento de la CGSES resulta imprescindible leer las Instrucciones, donde se regula todo lo relativo a sus reuniones, orden del día («índice negro»), inclusión de asuntos en el mismo, reparto del orden del día y de la documentación, adición de asuntos al orden del día y de la documentación, adición de asuntos al orden del día por razones de urgencia, reparto de observaciones y nuevos textos y régimen de adopción de acuerdos.

Recientemente se ha incorporado un nuevo «índice de decisiones», no previsto en las Instrucciones, que tiene carácter informativo de lo que ha ocurrido en la CGSES.

ARTÍCULO 9. DEL SECRETARIADO DEL GOBIERNO

- 1. El Secretariado del Gobierno, como órgano de apoyo del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno y de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, ejercerá las siguientes funciones:**
 - a) La asistencia al Ministro-Secretario del Consejo de Ministros.**
 - b) La remisión de las convocatorias a los diferentes miembros de los órganos colegiados anteriormente enumerados.**
 - c) La colaboración con las Secretarías Técnicas de las Comisiones Delegadas del Gobierno.**
 - d) El archivo y custodia de las convocatorias, órdenes del día y actas de las reuniones.**
 - e) Velar por la correcta y fiel publicación de las disposiciones y normas emanadas del Gobierno que deban insertarse en el «Boletín Oficial del Estado».**
- 2. El Secretariado del Gobierno se integra en la estructura orgánica del Ministerio de la Presidencia.**

SUMARIO: 1. Concordancias y desarrollo normativo. 2. Comentario.
2.1. Consideraciones generales. 2.2. Actividad del Secretariado del Gobierno.

1. Concordancias y desarrollo normativo

Real Decreto 808/2000, de 19 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia (art. 1.2.b).

Real Decreto 1281/2000, de 30 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia (arts. 3.3.b, 3.6 y S).

Real Decreto 3234/1981, de 29 de diciembre (art. 7).

Los diferentes Reales Decretos de creación de Comisiones Delegadas del Gobierno se vienen refiriendo a la actuación del Secretariado del Gobierno.

Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996 (no publicadas).

* Artículo comentado por Tomás GONZÁLEZ CUETO.

2. Comentario

2.1. Consideraciones generales

Lo primero que llama la atención de la regulación contenida en el precepto analizado es que el Secretariado del Gobierno se configura no sólo como una función, sino con carácter orgánico («..., como órgano de apoyo del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno y de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios ...»). Se prevé además que deberá integrarse en la estructura orgánica del Ministerio de la Presidencia (apartado segundo).

Esta situación se debe, sin duda, a que el Ministro de la Presidencia es el Secretario del Consejo de Ministros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.1 de la propia Ley del Gobierno¹. En cualquier caso, la mención concreta del Ministro de la Presidencia no significa que se petrifique dicha denominación en una norma con rango de ley. Al tratarse la creación de Ministerios de una materia delegalizada —conforme al artículo 2.2.j) de la propia Ley del Gobierno— los nombres de los Departamentos podrán variar debiendo estarse, en todo caso, a las funciones asignadas. De ahí que el artículo 9 ahora analizado prevea como función del Secretariado del Gobierno «la asistencia al Ministro-Secretario del Consejo de Ministros» (en terminología formalmente contradictoria con el ya citado artículo 18.1 del mismo texto).

El Secretariado del Gobierno, como órgano específico, tiene ya una larga tradición en nuestro país. Podemos recordar que entre 1974 y 1987 se consideraba como una Subdirección General², dependiendo, a partir del Real Decreto 2213/1976, de la Secretaría General Técnica.

Mediante Real Decreto 984/1987, de 24 de julio, el Secretariado del Gobierno pasó a configurarse como una Dirección General, condición que ha mantenido hasta ahora³.

Además de las funciones que le atribuye la Ley del Gobierno, el artículo 5 del Real Decreto 1281/2000 asigna también al centro directivo Secretariado del Gobierno lo siguiente:

- La ejecución de los acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros en relación con los conflictos constitucionales y con los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad.
- La ordenación y control de la publicación de las disposiciones y actos administrativos que deban insertarse en el «Boletín Oficial del Estado»

¹ Como precedente inmediato, y en el mismo sentido, basta observar lo previsto en el artículo 6.1 de la Ley de Organización de la Administración Central del Estado.

² Al respecto, véanse los Decretos 573/1974, de 7 de marzo y 2213/1976, de 16 de septiembre; y el Real Decreto 3773/1982, de 22 de diciembre.

³ Reales Decretos 808/2000, de 19 de mayo, y 128/2000, de 30 de junio, por los que se establece y desarrolla, respectivamente, la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia.

(es decir, no sólo los emanados del Gobierno, tal y como se prevé en la Ley del Gobierno, sino también cualesquiera otros).

En su organización actual, dependen de la Dirección General del Secretariado del Gobierno dos Subdirecciones Generales:

- Subdirección General del Secretariado del Gobierno.
- Subdirección General de Seguimiento de Acuerdos y Disposiciones.

2.2. *Actividad del Secretariado del Gobierno*

La actividad de este órgano de apoyo al Gobierno puede diversificarse en tres grandes áreas funcionales que se corresponden, las dos primeras, con previsiones legales, y la última con previsiones reglamentarias. Serían éstas:

- Las actividades de apoyo a los órganos colegiados del Gobierno y a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios.
- El control de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de las disposiciones y actos emanados del Gobierno.
- El control de la publicación en el BOE de las disposiciones o actos administrativos emanados de otros órganos, organismos o entes.

A) *Las actividades de apoyo a los órganos colegiados*

El apoyo prestado por el Secretariado del Gobierno al Consejo de Ministros, a las Comisiones Delegadas del Gobierno y a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios comprende un conjunto de actividades de asistencia y de auxilio que, de forma sistemática y exhaustiva, se establecen en las «Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno» (las Instrucciones).

Se pueden desglosar de la siguiente manera:

a) *Actividades de apoyo a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios*

Según prevé el artículo 5.2 del Real Decreto 1281/2000, «el Director General del Secretariado del Gobierno ejerce las funciones de secretario adjunto de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios» (CGSES).

El artículo 8.2 de la Ley del Gobierno remite a norma reglamentaria la determinación de a quién corresponde ejercer la Secretaría de la Comisión. A tal efecto, el Real Decreto 1281/2000 la atribuye al Subsecretario de la Presidencia (art. 3.6.a).

La preparación de las reuniones semanales de la CGSES constituye una de las fuentes de trabajo y atención permanente por parte del Secretariado del Gobierno. El ámbito de actuación, y la intensidad de la misma, de dicho órgano colegiado ya se ha visto en el comentario al artículo anterior. Basta ahora recordar que las reuniones se celebran, con carácter ordinario, los miércoles de cada semana, generando para el Secretariado las siguientes obligaciones:

- Elaboración y distribución de la convocatoria y del orden del día (Índice Negro).
- Distribución de las disposiciones de carácter general, de los acuerdos y de los informes que han de ser examinados por la CGSES.
- Distribución de las observaciones formuladas por los distintos Departamentos ministeriales.
- Control del cumplimiento de los requisitos formales exigibles.
- Preparación y custodia de las actas de las reuniones.
- Archivo de los expedientes⁴.

b) Actividades de apoyo al Consejo de Ministros

Ya sabemos, al hilo del artículo anterior, qué ocurre con los asuntos examinados en la CGSES y qué otros pueden acceder directamente al Consejo de Ministros (según las Instrucciones).

La asistencia prestada por el Secretariado del Gobierno al Consejo de Ministros implica la realización de una serie de tareas que, en gran medida, coinciden —o replican— con las descritas respecto de la CGSES.

A las mismas cabría añadir algunas otras de carácter específico, entre las que podemos destacar las siguientes:

- La tramitación posterior de las disposiciones aprobadas y de los acuerdos adoptados.
- La revisión y formalización de los textos para su inserción en el BOE.
- La elevación de las disposiciones a la firma del Rey.
- La remisión de las disposiciones al BOE para su publicación.

⁴ Podemos recordar que durante la VI Legislatura (mayo de 1996 a marzo de 2000) los asuntos examinados por la CGSES ascendieron a 12.368, desglosados de la siguiente forma:

- 179 Anteproyectos de Ley.
- 52 Proyectos de Reales Decretos-leyes.
- 2.912 Proyectos de Reales Decretos.
- 9.038 Propuestas de Acuerdos.
- 187 Informes.

La importancia, complejidad y minuciosidad del trabajo desarrollado por el Secretariado del Gobierno puede apreciarse con claridad al considerar simplemente el número tan elevado de asuntos aprobados por el Consejo de Ministros a lo largo de la VI Legislatura: 19.757 asuntos⁵.

c) Actividades de apoyo a las Comisiones Delegadas del Gobierno

Las Comisiones Delegadas del Gobierno se encuentran definidas y reguladas en los artículos 6 y 19 de la Ley del Gobierno con criterios muy semejantes a los establecidos por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957. Su estudio ya ha sido realizado al tratar el artículo correspondiente.

Interesa ahora destacar, tan sólo, cuáles son las funciones de apoyo que el Secretariado del Gobierno desarrolla en relación con estos órganos colegiados del Gobierno, para lo que debe tenerse en cuenta que el artículo 9 ahora analizado prevé su «colaboración con las Secretarías Técnicas de las Comisiones Delegadas del Gobierno».

De esta forma el Secretariado del Gobierno procede a realizar las siguientes actividades:

- La remisión de las convocatorias y órdenes del día a los diferentes miembros de las Comisiones Delegadas.
- El archivo y custodia de las convocatorias, órdenes del día y actas de las reuniones.
- La colaboración con las Secretarías Técnicas en la organización de las reuniones.

d) Actuaciones del Secretariado del Gobierno en relación con los conflictos constitucionales y con los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad

Otro de los cometidos tradicionalmente asignados al Secretariado del Gobierno es el relativo a la ejecución de aquellos acuerdos adoptados por el

⁵ Se advierte fácilmente que esta cifra es sensiblemente superior a la correspondiente a la CGSES (12.368 asuntos). Tal disparidad encuentra su justificación en el hecho de que el Consejo de Ministros examina y aprueba, como ya se ha precisado, ciertos asuntos que no son objeto de examen previo por la CGSES. En relación con dichos asuntos conviene subrayar que su incidencia es notoria y constante en todas las reuniones del Consejo de Ministros. Para corroborarlo basta traer a colación los siguientes datos: los Reales Decretos de concesión de indultos, que aprueba semanalmente el Consejo de Ministros, oscilan entre 10 y 30; los Reales Decretos de nombramientos y ceses de altos cargos, o de ascensos de militares (generales) o funcionarios (embajadores) se sitúan en torno a 8 o 10 por cada reunión, salvo, como es obvio, en los casos de cambios o crisis del Gobierno, en los que tales cifras se elevan en gran medida. Por último, el número de Informes presentados directamente por los Ministros se sitúa normalmente entre 3 y 6.

Consejo de Ministros en materia de recursos de inconstitucionalidad y en relación con los conflictos constitucionales.

El Secretariado del Gobierno, además de ejecutar las decisiones gubernamentales, tramita los requerimientos formulados por las Comunidades Autónomas, efectúa un seguimiento de los procedimientos en curso, distribuye a los Departamentos y órganos afectados las comunicaciones enviadas por el Tribunal Constitucional o por las Comunidades Autónomas y mantiene un contacto permanente con los Ministerios interesados y con la Abogacía del Estado ante el Tribunal Constitucional⁶.

B) *El control de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de las disposiciones y normas emanadas del Gobierno*

Conforme a lo preceptuado por el artículo 9.1.e) de la Ley del Gobierno, el Secretariado ejerce la función de «velar por la correcta y fiel publicación de las disposiciones y normas emanadas del Gobierno que deban insertarse en el Boletín Oficial del Estado».

En consecuencia, le corresponde la ordenación y control de la publicación de las diferentes disposiciones y actos del Gobierno en el BOE, velando, especialmente, por el orden de prioridad de las inserciones, la salvaguardia de las competencias de los diversos órganos de la Administración y el cumplimiento de los requisitos formales exigibles en cada caso⁷.

La tarea implica el análisis, verificación y corrección de los originales recibidos; la comprobación del cumplimiento de los requisitos formales exigibles en cada caso —según el tipo y procedencia de la disposición o el acto—; la programación de su inserción en la sección y epígrafe que corresponda, y la determinación de las fechas concretas de publicación.

Si se compara el número de Proyectos de la Ley aprobados por el Consejo durante la VI Legislatura (172) con el de Anteproyectos de Ley examinados por la CGSES (179) se observa cómo 7 Anteproyectos de Ley no pasaron de esta primera fase de elaboración y discusión y, por tanto, no fueron elevados a la consideración del Consejo de Ministros.

Debe significarse, por último, que el número de Reales Decretos aprobados por el Consejo de Ministros alcanza su cifra más elevada en el año 1998, 2.071, frente a los 1.900 de media aproximada de los restantes años. El año 1998 se sitúa en el punto intermedio de la Legislatura, resultando, por ello, el período de mayor fecundidad normativa del Ejecutivo.

⁶ Si bien durante los últimos años la conflictividad ha ido paulatinamente disminuyendo, conviene reseñar que en la VI Legislatura se han adoptado por el Consejo de Ministros más de cien acuerdos sobre estas cuestiones.

⁷ En la VI Legislatura, el Secretariado del Gobierno realizó la tarea descrita en relación con los 62.257 textos publicados en el BOE, lo que implica el tratamiento mensual medio de 1.324 asuntos.

C) *El control de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de las disposiciones y actos procedentes de otros órganos, organismos o entes*

El Secretariado del Gobierno también debe controlar la publicación en el BOE⁸ de aquellas disposiciones y actos de otros órganos, organismos o entes que no forman parte o se integran, en algún modo, en el Gobierno.

La procedencia de estas disposiciones y actos es muy diversa. Podrían citarse, a título de mero ejemplo, las Cortes Generales, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, los Tribunales de Justicia, las Universidades, las Juntas Electorales, el Tribunal de Cuentas o el Banco de España.

Esta misma variedad de entes y organismos evidencia las dificultades que conlleva la calificación, verificación y control de los documentos que recibe el Secretariado del Gobierno. Asimismo, es fácil deducir los problemas y dificultades que suscitan en la práctica las relaciones con los órganos responsables del ente interesado, bien para convenir plazos de publicación, bien para corregir o subsanar errores o defectos⁹.

⁸ Conforme al artículo 5-1-d) del Real Decreto 1281/2000.

⁹ Durante la VI Legislatura, las disposiciones y actos publicados en el BOE, procedentes de este mosaico de entes, ascendieron a 45.324, correspondiendo las cifras más altas a las Corporaciones Locales (18.641), Universidades (17.818), Consejo General del Poder Judicial (1.867), Banco de España (1.705) y Tribunal Constitucional (1.588).

ARTÍCULO 10. DE LOS GABINETES

- 1. Los Gabinetes son órganos de apoyo político y técnico del Presidente del Gobierno, de los Vicepresidentes, de los Ministros y de los Secretarios de Estado. Los miembros de los Gabinetes realizan tareas de confianza y asesoramiento especial sin que en ningún caso puedan adoptar actos o resoluciones que correspondan legalmente a los órganos de la Administración General del Estado o de las organizaciones adscritas a ella. Particularmente les prestan su apoyo en el desarrollo de su labor política, en el cumplimiento de las tareas de carácter parlamentario y en sus relaciones con las instituciones y la organización administrativa.**
- 2. A los Directores, Subdirectores y demás miembros de estos Gabinetes les corresponde el nivel orgánico que reglamentariamente se determine.**
- 3. El número y las retribuciones de sus miembros se determinan por el Consejo de Ministros dentro de las consignaciones presupuestarias establecidas al efecto adecuándose, en todo caso, a las retribuciones de la Administración General del Estado.**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario. 2.1. Consideraciones generales. 2.2. El Gabinete del Presidente del Gobierno. 2.3. Gabinetes de los Vicepresidentes, Ministros y Secretarios de Estado. 2.4. Miembros de los Gabinetes.

1. Concordancias

Artículo 16 de la Ley del Gobierno.

Real Decreto 839/1996, de 10 de mayo, por el se establece la estructura orgánica básica de los Ministerios de Asuntos Exterior, de Justicia, de Defensa, de Fomento, de Educación y Cultura, de Trabajo y Asuntos Sociales, de Industria y Energía, de Agricultura, Pesca y Alimentación, de Administraciones Públicas, de Sanidad y Consumo y de Medio Ambiente. Su artículo 12, que se mantiene en vigor sin modificaciones, establece la composición y estructura de los Gabinetes de los Vicepresidentes del Gobierno, de los Ministros y de los Secretarios de Estado.

Por lo que se refiere al apoyo del Presidente del Gobierno, debe tenerse en cuenta el Real Decreto 838/1996, de 10 de mayo, que reestructura el Gabinete y la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno. Dicha norma fue profundamente modificada por el Real Decreto 939/2000, de 26 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 838/1996, de 10 de mayo.

* Artículo comentado por Tomás GONZÁLEZ CUETO.

Posteriormente, se aprobó el Real Decreto 1087/2000, de 8 de junio, por el que se modifica la estructura orgánica de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno.

En cuanto a las situaciones administrativa de los miembros de estos Gabinetes, conviene atender al artículo 29.2.i de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, para los que tengan la condición de funcionario. En otro caso, se tratará de personal eventual, resultando de aplicación el artículo 20.2 de la misma Ley.

2. Comentario

2.1. *Consideraciones generales*

Los Gabinetes se definen claramente en la Ley del Gobierno como «órganos de apoyo político y técnico del Presidente del Gobierno, de los Vicepresidentes, de los Ministros y de los Secretarios de Estado». Añadiéndose a continuación que «los miembros de los Gabinetes realizan tareas de confianza o asesoramiento especial sin que en ningún caso puedan adoptar actos o resoluciones que correspondan legalmente a los órganos de la Administración General del Estado o de las organizaciones adscritas a ella».

La Ley no se resiste a orientar cuál pueda ser la misión o función de los Gabinetes y, por ello, se permite dar algún ejemplo típico de la actuación de estos órganos de apoyo, citando expresamente el desarrollo de la labor política de los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado, el cumplimiento de las tareas de carácter parlamentario, así como las relaciones con las instituciones y la organización administrativa.

Las funciones de los Gabinetes son importantes y variadas, y su existencia está plenamente justificada, por cuanto la actividad desarrollada por los miembros del Gobierno es esencialmente política (aun cuando la estrictamente administrativa pueda también ser voluminosa). Sin perjuicio de que los órganos directivos de cada Departamento ministerial coadyuven de una u otra manera en el desempeño de la actividad política de los Ministros y Secretarios de Estado, no cabe duda de que éstos necesitan un mínimo aparato estrictamente político a su disposición.

Ahora bien, esta estructura debe ser paralela, por razones obvias, a la organización administrativa, sin confundir los papeles de una y otra, siendo ésta la razón de que la Ley prohíba la atribución de competencias propias de la Administración a los miembros de los Gabinetes. Lo contrario supondría un elemento de politización en el ámbito propiamente administrativo contrario a las previsiones constitucionales y al desarrollo organizativo contenido en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

El deslinde está muy claro en la Ley y debe estar exactamente igual de claro en la aplicación de la Ley.

Por otra parte, la Ley del Gobierno remite a norma reglamentaria o a simple Acuerdo del Consejo de Ministros, según los casos, la determinación del nivel orgánico de los miembros de los Gabinetes, así como el número de los mismos y sus retribuciones.

Resulta prudente no elevar a rango legal determinadas cuestiones de detalle como las apuntadas que, por su carácter organizativo, pueden y deben ser abordadas en normas de inferior rango.

Aun cuando el artículo ahora comentado se refiere conjuntamente a los Gabinetes del Presidente del Gobierno, Vicepresidentes, Ministros y Secretarios de Estado no puede ocultarse que unos y otros son realidades diferentes que responden a necesidades distintas. La entidad e intensidad del apoyo político y técnico al Presidente —quien carece además de Administración directamente dependiente— no puede ser comparable tan siquiera al de un Secretario de Estado con competencias limitadas a una relativamente pequeña parcela de actividad y con un grado de responsabilidad incomparablemente inferior.

2.2. *El Gabinete del Presidente del Gobierno*

Los órganos de apoyo a la Presidencia del Gobierno son especialmente importantes, ya que sólo con una información global que le faciliten estos órganos de apoyo podrá el Presidente del Gobierno ejercer su función constitucional de dirigir la acción del Gobierno, superando la visión departamental o sectorial de cada uno de los Ministros¹.

En numerosas ocasiones, tal y como afirma Luis ORTEGA², «se ha querido ver un antagonismo entre la función de los órganos específicos de apoyo al Presidente, especialmente la del Gabinete de la Presidencia, y de los Ministros».

¹ Un análisis de la estructura y funcionamiento de los Gabinetes políticos en los países de nuestro entorno podemos verlo en el artículo escrito por Pablo SANTOLAYA MACHETTI, titulado «La experiencia de los gabinetes políticos en Derecho comparado» (*Documentación Administrativa*, n.º 226, abril-junio 1991). En él, el autor establece unas premisas realistas pero muy interesantes en cuanto identifican con claridad el ámbito en que nos movemos:

- resulta extremadamente difícil analizar el funcionamiento real de cualquier gabinete político, dado que se mueven en el difícil terreno de la influencia sobre los órganos que tienen las competencias materiales; actúan con elevadas dosis de discreción; y su estructura real no suele coincidir con la oficial, existiendo en la práctica numerosos asesores informales;
- cada gabinete es «único», en cuanto que cada titular tiende a organizarlo atendiendo a factores muy diversos de índole personal;
- a mayores poderes del titular del gabinete, mayores poderes del gabinete.

² Luis ORTEGA: «El Gabinete del Presidente del Gobierno» (*Documentación Administrativa* n.º 226, abril-junio 1991). Se trata, probablemente, del mejor estudio realizado sobre el Gabinete del Presidente, si bien debe tenerse en cuenta que se trata de un específico Gabinete hecho a la medida de un concreto Presidente y por un titular determinado. Como se apuntaba en la nota anterior, cada Gabinete es «único».

Ahora bien, si cada uno se mantiene en su lugar, sin inmiscuirse en competencias ajenas, los problemas no tienen por qué producirse.

Según el Real Decreto del Presidente del Gobierno 838/1996, de 10 de mayo³ (modificado por el Real Decreto 929/2000, de 26 de mayo), y coincidiendo con la terminología usada en la Ley del Gobierno, se configura el Gabinete del Presidente del Gobierno como un órgano de asistencia política y técnica con las siguientes funciones:

- facilitar al Presidente la información política y técnica necesaria,
- asesorar al Presidente cuando éste lo considere conveniente,
- conocer las actividades, programas y planes de los Departamentos ministeriales, para facilitar la función de coordinar la acción del Gobierno,
- cualesquiera otras que le encomiende el Presidente.

Podemos observar que el trabajo del Gabinete tiene más de tratamiento de la información política o tratamiento político de la información que se genera dentro y fuera de la Administración, que de laboratorio o fábrica de ideas e iniciativas. Es imprescindible para el Presidente tener a su disposición un punto de vista —técnico y político— diferente (o, por decirlo mejor, de diferente procedencia) sobre cualquier cuestión al que le pueda proporcionar el Ministro competente.

El Gabinete del Presidente tiene un Director, con rango de Secretario de Estado, y un Subdirector, con rango de Subsecretario.

Asimismo, existe un reparto funcional de responsabilidades entre los diferentes Departamentos, cuyos titulares tienen rango de Director General. Actualmente existen cinco:

- Economía
- Internacional y Seguridad
- Bienestar y Educación
- Parlamento e Instituciones
- Estudios y Comunicación Política.

El Gabinete no es, sin embargo, el único órgano de apoyo al Presidente del Gobierno. Junto a él nos encontramos la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, que se configura también reiterativamente como «un órgano de apoyo al Presidente del Gobierno» (art. 1 del Real Decreto del Presidente del

³ Conforme al artículo 2.2.j) de la Ley del Gobierno, corresponde al Presidente del Gobierno aprobar la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno. Además, el artículo 17 se refiere a los Reales Decretos del Presidente del Gobierno sobre los órganos de colaboración y apoyo.

Gobierno 1087/2000, de 8 de junio, por el que se modifica la estructura orgánica de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno). Su titular tiene rango de Secretario de Estado.

Se organiza también en Departamentos, cuyos titulares tienen rango de Director General. Son cuatro:

- Vicesecretaría general (asuntos de administración económica, personal, previsiones presupuestarias, archivo y documentación).
- Protocolo (coordinación del protocolo de los viajes, visitas y otras actividades oficiales del Presidente).
- Seguridad (protección del personal, edificios e instalaciones del Complejo de la Moncloa; así como la seguridad de Presidente).
- Infraestructura y Seguimiento para situaciones de crisis (asegurar el funcionamiento del Centro Nacional de Conducción de situaciones de crisis y las comunicaciones especiales de la Presidencia del Gobierno; seguimiento de las situaciones de crisis nacionales e internacionales).

Como puede verse, la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno realiza labores de asistencia más que de apoyo político al Presidente. Es la encargada de velar por la infraestructura y los aspectos materiales necesarios para que el Presidente pueda realizar sus funciones correctamente.

Debe destacarse, por otra parte, que el Ministerio de la Presidencia tiene como funciones propias las de «apoyo al Presidente del Gobierno, en particular, en el ejercicio de las funciones relativas a la preparación y seguimiento del programa gubernamental»⁴, con lo cual también coadyuva a la mejor asistencia técnica y política del Presidente.

También resulta significativa la existencia de un Ministro Portavoz del Gobierno con una «potente» estructura de apoyo⁵. Se trata de un Ministro sin cartera, especialmente político por dicha razón, que presta su asistencia directa al Presidente del Gobierno en todo lo relativo a la política de comunicación.

2.3. *Gabinetes de los Vicepresidentes, Ministros y Secretarios de Estado*

La determinación concreta de los mismos viene recogida en el artículo 12 del Real Decreto 839/1996, de 10 de mayo.

⁴ Artículo 1.a) del Real Decreto 1281/2000, de 30 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia.

⁵ Real Decreto 811/2000, de 19 de mayo, por el que se determina la estructura de apoyo al Ministro Portavoz del Gobierno. Esta estructura se desarrolla por Real Decreto 1280/2000, de 30 de junio.

a) Gabinetes de los Vicepresidentes del Gobierno

Con arreglo a la norma citada, los mismos «estarán integrados por un Director, con rango de Subsecretario, un Director de Información, con rango de Director General, y por los asesores, con rango de Subdirector general, que determine el Consejo de Ministros, dentro de las consignaciones presupuestarias». Actualmente el número de asesores es diez.

Como es bien sabido, cabe la posibilidad de que el Vicepresidente o los Vicepresidentes del Gobierno ostenten esa sola consideración, pero también puede suceder que sean titulares, a la vez, de un Departamento ministerial. Para este segundo caso, se prevé que «los Vicepresidentes del Gobierno que ostenten simultáneamente la titularidad de un Departamento ministerial, no contarán con el Gabinete a que se refiere el apartado siguiente», esto es, el Gabinete que podría corresponderles en su condición de Ministros.

Buena prueba de la importancia que se da a la transmisión de la información y a las relaciones con los medios de comunicación es la cita expresa de la figura del Director de Información, al que se asigna el rango de Director General. Bien es verdad, y esto a nadie se le oculta, que en ocasiones será la persona clave del Gabinete (así son nuestros políticos).

La división de funciones dentro del Gabinete se realizará según criterio de su Director, si bien siempre existe un puesto específico reservado al comúnmente conocido como «asesor parlamentario», encargado de asistir especialmente al Vicepresidente (y al Ministro, en su caso) en todo lo relativo a sus relaciones con las Cortes Generales.

b) Gabinetes de los Ministros

Conforme al Real Decreto 839/1996, «estarán formados por un Director, con rango de Director General, y por un máximo de siete asesores, con rango de Subdirector General».

Se trata de una estructura similar, si bien más pequeña, que la correspondiente a los Vicepresidentes. En este supuesto, el Director de Información ya no tiene tratamiento autónomo, por lo que será uno más de esos siete asesores a que se refiere la norma, si bien, inevitablemente (por lo antes indicado), destacará su importancia sobre el resto, como elemento clave del impacto mediático de la figura de su «jefe».

Por lo que respecta al «asesor parlamentario», basta referirse a lo apuntado respecto de los Gabinetes de Vicepresidentes.

c) Gabinetes de los Secretarios de Estado

Prevé el Real Decreto 839/1996 que los mismos «estarán formados por un Director y un máximo de tres asesores, todos ellos con nivel orgánico de Subdirector General».

Se trata, por tanto, de una reproducción en miniatura del Gabinete del Ministro.

La relevancia política que se ha querido dar a los Secretarios de Estado de Estado desde su creación, ha supuesto asimismo una especial consideración de sus Gabinetes como «Gabinetes políticos», por contraposición a los «Gabinetes técnicos» que dependen de los Subsecretarios y que, frecuentemente, están mejor dotados.

Conviene tener en cuenta que los Secretarios de Estado disponen de estructura administrativa directamente dependiente, lo que suele significar que el trabajo, cualquiera que sea éste, se encargará a los Directores Generales orgánicos que dependen del Secretario de Estado. A su vez, el Gabinete quedará limitado a labores de coordinación o de carácter residual, cuando no a la mera llevanza de la «agenda».

2.4. *Miembros de los Gabinetes*

El reclutamiento de los miembros de los Gabinetes —desde el del Presidente hasta los de Secretarios de Estado— se hace indistintamente entre funcionarios y no funcionarios.

Parece lógico pensar que los altos cargos tenderán a nutrir sus Gabinetes con las personas más idóneas y mejor preparadas. Debe tenerse en cuenta que el Gabinete se ubica bajo la dependencia directa del alto cargo y la confianza en el mismo debe ser absoluta. Por tanto, sus miembros deberán ser personas con alta cualificación técnica y profesional y de la absoluta confianza del «jefe».

Como señalábamos al principio, cada Gabinete es único y únicos y originales son los criterios que llevan a formar cada Gabinete. Ahora bien, salvo excepciones, la decepción es la consecuencia inmediata del análisis. Por un lado, los funcionarios más capacitados suelen ocupar puestos orgánicos de alto nivel en las estructuras de la Administración, con lo que los miembros de los Gabinetes procedentes de los cuerpos de funcionarios suelen ser o bien jóvenes con ambición, o bien leales al partido gobernante pero desubicados en la Administración.

Los procedentes de fuera de la Administración, y dados los emolumentos que se barajan, tampoco podrán ser de contrastada capacidad y eficacia. Por tanto, o bien serán jóvenes que quieran hacer una carrera política al lado del alto

cargo, o bien serán colaboradores del partido en el poder con cierta necesidad de una «inestable estabilidad» laboral.

Los miembros de los Gabinetes tendrán la consideración de personal eventual, y por esta razón cesarán automáticamente cuando cese la autoridad a la que presten su función de confianza o asesoramiento⁶.

Cuando se trate de funcionarios públicos, éstos podrán optar por permanecer en la situación de servicio activo en su Administración de origen o pasar a la situación de servicios especiales⁷.

El hecho de que los niveles orgánicos de los Directores, Subdirectores y resto de miembros de los Gabinetes, así como sus retribuciones, se adecúen a los propios de la Administración General del Estado puede ser negativo, en cuanto pretendiera suponer una asimilación de estas estructuras políticas ajenas a la Administración. No obstante, no parece ser ésta la voluntad de la norma, sino que simplemente se trata de simplificar la regulación de los Gabinetes. Así, una mera remisión es suficiente para establecer sus niveles y retribuciones. De otra forma sería preciso abordar con carácter integral la determinación de sus emolumentos y de la consideración que pudiera corresponderles (ya sea de tipo jerárquico o protocolario).

Por último, conviene precisar que la incapacidad legal para adoptar actos o resoluciones que corresponden legalmente a los órganos de la Administración significa exactamente eso. Ahora bien, la relación de los Gabinetes con los órganos de la Administración debe ser fluida y de respeto recíproco, dado que cada uno pone en práctica sus propias competencias. Por otra parte, sí es frecuente que miembros de los Gabinetes puedan formar parte de órganos colegiados de las Administraciones Públicas, aun cuando no parece deseable si atendemos al tenor literal del artículo 10.1 de la Ley del Gobierno.

⁶ Al respecto, véase el artículo 20.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

⁷ Al respecto, véase el artículo 29.2-i de la Ley 30/1984. Asimismo, conforme al artículo 16.4 de la propia Ley del Gobierno, «el personal no funcionario que se incorpore a estos Gabinetes tendrá derecho a la reserva del puesto y antigüedad, conforme a lo dispuesto en su legislación específica».

ARTÍCULO 1. DEL GOBIERNO

TÍTULO II

DEL ESTATUTO DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO, DE LOS SECRETARIOS DE ESTADO Y DE LOS DIRECTORES DE LOS GABINETES

PRECISIONES EN TORNO AL ESTATUTO DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO

La rúbrica del Título II de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, «Del estatuto de los miembros del Gobierno, de los Secretarios de Estado y de los Directores de los Gabinetes», podría llevarnos a pensar que ese Título supone la ejecución del mandato contenido en el artículo 98.4 de la Constitución, que obliga al legislador a regular el estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno. Ante la existencia de ese mandato, parecía inexcusable que una ley que se titula «del Gobierno» abordase la regulación del estatuto de sus miembros, tal como, *prima facie*, parece haberse hecho mediante la incorporación del Título II que aquí se analizará.

Se trata, sin embargo, de una impresión engañosa, puesto que el Título II no contiene, como hemos de ver, el estatuto completo de los miembros del Gobierno. Al mismo tiempo, el Título II incorpora preceptos que en absoluto se refieren a los miembros del Gobierno en sentido estricto, a pesar de lo que anuncia su rúbrica. Tal es el caso del artículo 15, relativo a los Secretarios de Estado, así como del artículo 16 que se refiere a los Directores de los Gabinetes. Por lo que se refiere a los primeros, se trata de órganos de colaboración y apoyo al Gobierno, según la denominación que les da la propia Ley; otro tanto puede decirse de los Gabinetes y de los Directores de los mismos, incluidos bajo el mismo epígrafe (Título I, Capítulo II), aunque en este caso con una posición bien distinta a la de los Secretarios de Estado.

El Título II de la Ley del Gobierno tiene, pues, un contenido menor al que correspondería a la regulación del estatuto de los miembros del Gobierno, al tiempo que incluye diversos preceptos relativos al *status* de quienes no forman parte del mismo. En lo que ahora interesa, conviene centrarse en el problema del estatuto de los miembros del Gobierno para intentar obtener una impresión sobre lo que ello ha de significar, o bien de comprobar en qué medida su esta-

tuto está regulado en la Ley del Gobierno y en qué términos se tratan los distintos aspectos del mismo.

Como hemos avanzado, y lo habían hecho antes otros autores¹, en absoluto puede afirmarse que el estatuto de los miembros del Gobierno se contenga en el Título II de la Ley que comentamos. Aunque el término estatuto ofrezca perfiles no siempre precisos, podemos convenir que el estatuto de determinados sujetos —sean éstos los miembros del Gobierno u otros Órganos constitucionales, sean otros sujetos del Ordenamiento Jurídico público o privado— resulta insuficiente cuando se limita a contemplar el régimen de incompatibilidades de aquéllos y aun eso lo hace por remisión a otras normas.

Si tomamos como referencia lo establecido en los Reglamentos del Congreso y del Senado acerca del estatuto de los Diputados y Senadores, respectivamente, podremos corroborar la absoluta pobreza del Título II de la Ley del Gobierno como Título que supuestamente contiene el estatuto de los miembros del Gobierno. Consideremos lo establecido en el Título I del Reglamento del Congreso de los Diputados, que lleva la rúbrica «Del estatuto de los Diputados» y se descompone en cuatro capítulos, cada uno de los cuales se ocupa de los derechos de los Diputados (Capítulo I), de los deberes de los Diputados (Capítulo II), de las prerrogativas parlamentarias (Capítulo III) y de la adquisición, suspensión y pérdida de la condición de Diputado (Capítulo IV), en un total de 17 artículos. A su vez, el Reglamento del Senado dedica a esta cuestión los artículos 20 a 26, en los que se regulan igualmente las que el Reglamento denomina prerrogativas y obligaciones parlamentarias de los Senadores.

Si nos limitamos al examen del Reglamento del Congreso, de éste se desprende una imagen relativamente completa sobre el *status* del Diputado, puesto que ese Título nos informa sobre aspectos tan dispares como los derechos de participación del Diputado en las actividades y órganos de la Cámara, sus dere-

¹ Sobre este aspecto, la doctrina ha señalado: «si bien es cierto que el Título II de la Ley se rotula «Del estatuto de los miembros del Gobierno, de los Secretarios de Estado y de los Directores de los Gabinetes», considero que el contenido del mismo no se corresponde, por defecto y por exceso, con lo que debía ser una regulación coherente. Por una parte, faltan muchos aspectos de lo que es el estatuto de un miembro del Gobierno. La delicada regulación de esta materia no puede contenerse simplemente en cuatro artículos. Y, sin embargo, sólo en un concepto muy lato de «estatuto» podemos encajar el régimen de la suplencia que aparece en el artículo 13 de la Ley del Gobierno y que, hablando en puridad forma parte de las reglas de funcionamiento del órgano más que del estatuto de sus miembros». M. ALBA NAVARRO, «Composición y estatuto del Gobierno», comentario al artículo 98 de la Constitución incluido en los *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, Tomo VIII, EDERSA. Madrid, 1996, páginas 241 y 242. A su vez, PÉREZ TREMPs afirma: «El estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno son cuestiones que, según la Constitución (art. 98.4), deben regularse por ley. A este respecto, la Ley del Gobierno no es plenamente acorde con ese mandato. Por lo que respecta a las incompatibilidades, el artículo 14 establece una previsión general reproduciendo el artículo 98.3 del texto constitucional, previsión que se refuerza con la remisión al régimen de incompatibilidades de los altos cargos. Se trata, pues, de una solución sencilla y eficaz normativamente hablando. Sin embargo, contrasta ello con el silencio relativo a otros aspectos del estatuto de los miembros del Gobierno...», P. PÉREZ TREMPs, «Composición, organización y estatuto de los miembros del Gobierno», trabajo incluido en *Estudios sobre la Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, páginas 27 y 28.

chos económicos, las prerrogativas de inmunidad e inviolabilidad de aquéllos y los deberes de los mismos, tanto los que afectan a la actuación parlamentaria como el conjunto de deberes que se relaciona con la obligación de declarar sus bienes y actividades y observar las incompatibilidades establecidas en la Constitución y las Leyes. Incluso tomando en cuenta que el establecimiento material de las incompatibilidades de los Diputados y Senadores queda al margen de los Reglamentos parlamentarios (el artículo 70 de la Constitución remite a la Ley Electoral ese cometido), el Reglamento del Congreso de los Diputados ofrece un completo elenco de derechos y deberes del Diputado, esto es, define en términos amplios y precisos el estatuto del mismo.

Por el contrario, la Ley del Gobierno apenas ofrece información alguna en lo que se refiere al estatuto de los miembros del Gobierno, al conjunto de derechos y deberes que configuran el régimen jurídico propio de aquéllos, salvo la muy sucinta referencia al régimen de incompatibilidades. Así pues, nos encontramos ante un Título de la Ley que si no es completamente inane, no da satisfacción ni resuelve los problemas que su rúbrica enuncia, especialmente la delimitación del estatuto de los miembros del Gobierno que ha de buscarse en otras normas al margen de la Ley del Gobierno. Bien es verdad —y ello se dice en descargo de la Ley comentada— que la Constitución no identifica una ley determinada ni específicamente denominada cuando ordena al legislador proceder a la regulación del estatuto de los miembros del Gobierno. A diferencia de lo dispuesto en el artículo 70 de la Constitución, que remite concretamente a la Ley Electoral la regulación del régimen de incompatibilidades de Diputados y Senadores, el artículo 98.4 se refiere a la *Ley* sin otras precisiones, de modo que nada impide que ese estatuto se contenga en la Ley del Gobierno o en otras, ni siquiera que se halle disperso en normas diversas, como en realidad sucede.

Desde luego, lo más razonable hubiese sido agrupar el conjunto de derechos y deberes que componen ese estatuto en una Ley que se titula del Gobierno, aunque sólo fuese por razones de sistemática y de coherencia. El hecho de que el legislador haya dejado pasar una oportunidad como ésta para agrupar en un solo texto los preceptos que definen el estatuto de los miembros del Gobierno, obliga a preguntarse por las razones de esa actitud. Más aún, el hecho de que el legislador no haya encontrado como contenido propio de ese estatuto prácticamente nada al margen del régimen de incompatibilidades, ha de llevarnos a cuestionar cuáles son las materias propias del citado estatuto, además de las que ya anticipa la propia Constitución: el mencionado régimen de incompatibilidades y el específico fuero procesal que en materia penal se reconoce a los miembros del Gobierno (art. 102).

¿Existe un estatuto jurídico de los miembros del Gobierno al margen de esas materias? De ser así, ¿cuál ha de ser el contenido de ese estatuto? Las preguntas formuladas son enteramente pertinentes si consideramos que ninguna de las dos normas que se han ocupado de regular la estructura y organización del Gobierno hasta ahora (Ley de Organización y Funcionamiento de la Adminis-

tración General del Estado y especialmente Ley del Gobierno), se han sentido en la necesidad de detallar el conjunto de derechos y deberes integrantes de ese estatuto. Ciertamente, no podría negarse que los miembros del Gobierno sean titulares de derechos y deberes específicos, algunos de los cuales quedan ya enunciados en la propia Constitución. Además de éstos, podrían encontrarse otros elementos integrantes de ese estatuto (por ejemplo de índole económica). Sin embargo, el legislador ha renunciado a reunirlos en un solo texto, optando por mantener la dispersión actual (Ley del Gobierno, Ley de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de altos cargos de la Administración General del Estado, Leyes de Presupuestos y de Clases Pasivas en lo que se refiere a los aspectos económicos...).

De acuerdo con el estado actual de nuestra legislación, sólo podría hablarse de un estatuto de los miembros del Gobierno en sentido material, no en sentido formal. Para impedir la conclusión de que el mandato constitucional ha sido incumplido, habría de entenderse que el mismo se limitaba a remitir a la ley, una o más leyes, la regulación del conjunto de derechos y deberes que integran el estatuto material de los miembros del Gobierno, sin obligar a recogerlos en una única norma que pueda ser denominada formalmente estatuto.

Esa situación acaso puede justificarse por la propia indefinición del término estatuto. La dificultad de encontrar una noción precisa de estatuto explica que no aparezca como voz independiente en alguna de las más recientes enciclopedias jurídicas, que optan por incluir voces más concretas como *estatuto de autonomía*, *estatuto de los parlamentarios*, *estatuto del empresario*, *estatutos de la comunidad (de propietarios)* o *estatuto de las universidades*, ignorando el término más general e impreciso de estatuto². En enciclopedias más antiguas, la voz estatuto se abre con la afirmación de que se trata de «uno de tantos términos que se vienen empleando, no ya en el lenguaje común sino incluso en el jurídico, con variedad de significados dando lugar a no pocas dificultades para establecer un concepto que no contradiga ninguna de sus acepciones»³.

De entre todos los sentidos posibles del término estatuto, hemos de preguntarnos cuál es el que asume la Constitución y la Ley del Gobierno al referirse al estatuto de los miembros del mismo. En una primera aproximación podría afirmarse que la utilización del término estatuto coincide ahí con la que es la acepción más generalizada del mismo, según la cual se vendría a indicar con ello el «conjunto de normas que rigen la organización y funcionamiento de una colectividad»⁴, en este caso del conjunto de los miembros del Gobierno. Sin embargo, en la medida en que la Ley del Gobierno dedica títulos distintos a la organización (Título I), al estatuto de sus miembros (Título II) y al funcionamiento

² *Enciclopedia jurídica básica*, volumen II, Civitas, Madrid, 1995.

³ *Nueva enciclopedia jurídica*, tomo IX, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1958.

⁴ *Nueva enciclopedia jurídica*, tomo IX, Voz «Estatuto», página 105.

del Gobierno (Título III), es preciso conceder que el estatuto al que alude el Título II ha de consistir en algo necesariamente distinto de la normas de organización y funcionamiento del Gobierno, puesto que esas materias ya han sido abordadas en títulos distintos.

Todo parece indicar que el estatuto al que alude la Constitución y que hubiese debido desarrollar la Ley del Gobierno ha de tener un contenido más identificado con la posición específica de los miembros del Gobierno y del conjunto de deberes y derechos que de ahí puedan nacer. Se trataría, en definitiva, de un estatuto más próximo en contenido al estatuto de los Diputados, ya aludido, o al conjunto de reglas que integran las Leyes alemanas de 17 de junio 1953 y 24 de julio de 1974: la primera, relativa al régimen jurídico de los miembros del Gobierno federal; la segunda, reguladora del régimen propio de los denominados Secretarios Parlamentarios de Estado.

Para nuestro objeto tiene particular interés la primera de las leyes citadas, a la que se remite la segunda en gran medida. A partir del examen de la Ley alemana de 1953, se obtiene una acabada impresión sobre cuál es el estatuto personal de los miembros del Gobierno. La citada Ley aborda con detalle materias como la relación jurídica que une a los miembros del Gobierno con la Federación, el régimen de incompatibilidades de aquéllos, su deber de secreto, las remuneraciones y derechos económicos anejos al cargo y la protección social dispensada a los mismos, incluidas las disposiciones en materia de jubilación⁵. Por su contenido, la Ley alemana de 1953 puede identificarse con lo que ha de entenderse por el estatuto de los miembros del Gobierno, en mayor medida que nuestra propia Ley del Gobierno. Si atendemos a la remisión constitucional, todo parece indicar que el estatuto aludido en la Carta Magna habría de incorporar contenidos más próximos a los de los preceptos de la Ley alemana que a las muy parcas normas del Título II de la Ley del Gobierno española.

El hecho de que la Ley del Gobierno no haya abordado ese contenido en su integridad —más bien que lo haya desconocido casi absolutamente— merece sin duda el reproche que imputa a la Ley haber dejado pasar la oportunidad de reunir y sistematizar en un solo texto el estatuto de los miembros del Gobierno, evitando la actual situación de dispersión. En cualquier caso, importa subrayarlo aquí, esa imputación nunca podría significar un reproche de inconstitucionalidad, puesto que de ningún modo exige la Constitución que el estatuto del Gobierno se regule en una ley concreta, ni siquiera en una ley única, cualquiera que ésta sea. A diferencia de lo que sucede con el régimen de incompatibilidades de los Diputados y Senadores que la Constitución remite concretamente a la Ley Electoral y solo a ésta, el artículo 98.4 no menciona ninguna Ley específica de desarrollo, limitándose a exigir la utilización de la ley como instru-

⁵ Puede encontrarse el texto de esta Ley entre la documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley del Gobierno por la Secretaría General del Congreso de los Diputados, en la que se contiene una interesante muestra de Derecho comparado con diversas leyes relativas al Gobierno de otros tantos países.

mento normativo para ello: cualquier ley y eventualmente más de una, como finalmente ha ocurrido.

Pero ha de insistirse en que el hecho de que el legislador se hallase en la libertad relativa de elegir sobre la ley reguladora del estatuto de los miembros del Gobierno y sobre el número de leyes en el que ha de contenerse ese estatuto, no significa que la solución unificadora que aquél ha dejado pasar no hubiese sido más digna de aplauso desde una perspectiva sistemática.

Volviendo ahora al Título II de la Ley del Gobierno, bien puede afirmarse que ese Título no constituye en absoluto el estatuto de los miembros del Gobierno en sentido formal e incluso podría decirse que apenas contiene regla alguna relativa al estatuto material de aquéllos. En efecto, si examinamos lo dispuesto en los artículos 11 a 14 de la Ley, observamos que los tres primeros se ocupan de aspectos que difícilmente entrarían bajo la denominación de estatuto, en sentido material, toda vez que los mismos regulan los requisitos de acceso al cargo, el modo de nombramiento y cese y las condiciones y alcance de la suplencia entre miembros del Gobierno, todo lo cual difícilmente puede entrar en la noción de estatuto. Sólo el artículo 14, relativo al régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno, podría entenderse como parte del estatuto material de éstos. Sin embargo, la Ley opta aquí por la remisión, de modo que sólo podemos conocer el contenido de ese régimen si accedemos a fuentes distintas de la propia Ley del Gobierno, que deliberadamente ha renunciado a configurar material y formalmente el estatuto que equívocamente anuncia la rúbrica del Título II de esa Ley.

Ante esa tesitura, el examen del llamado estatuto de los miembros del Gobierno no puede hacerse desde la Ley del Gobierno y al hilo de lo dispuesto en ésta, sino que exige acudir a aquellas fuentes que contienen las reglas integrantes de ese estatuto, tomando lo que señala la Ley del Gobierno como una norma que remite a otras leyes o advierte sobre las ausencias en la misma y nos obliga igualmente a buscar en leyes distintas ese estatuto. Intentar aquí el análisis exhaustivo del estatuto de los miembros del Gobierno nos llevaría mucho más allá de lo que es el ámbito de la Ley del Gobierno. No obstante, será preciso acudir a otras leyes para intentar completar ese estatuto cuando sea la propia Ley del Gobierno la que nos remita a otras normas, caso de las incompatibilidades que han de observar los miembros del Gobierno.

CAPÍTULO I

DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO

ARTÍCULO 11. DE LOS REQUISITOS DE ACCESO AL CARGO

Para ser miembro del Gobierno se requiere ser español, mayor de edad, disfrutar de los derechos de sufragio activo y pasivo, así como no estar inhabilitado para ejercer empleo o cargo público por sentencia judicial firme.

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario. 2.1. La nacionalidad. 2.2. La mayoría de edad. 2.3. El derecho de sufragio. 2.4. Un supuesto especial de inhabilitación: el artículo 13 de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado. 2.5. ¿Quién verifica las categorías de los nombrados como miembros del Gobierno y controla la legalización del nombramiento?

1. Concordancias

- Constitución española: artículos 11; 12; 13.2 y 23.
- Ley Orgánica del Régimen Electoral General: artículos 2.º; 3.º; 6.º; 7.º; 31; 85; 137; 176; 177; 210 y 210 bis.
- Código civil: artículos 17 a 28; 199 a 201 y 315.
- Código Penal: artículo 39; disposición derogatoria, apartado 1.f).
- Ley de Enjuiciamiento Civil: artículos 756 a 763.
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: artículo 2.a).

2. Comentario

El Capítulo Primero del Título II se abre con el artículo 11, que regula los requisitos de acceso al cargo, es decir, a la condición de miembro del Gobierno. La primera reflexión que ese precepto suscita se relaciona con lo que queda dicho a propósito del estatuto de los miembros del Gobierno, es decir, que se

* Artículo comentado por Andrés JIMÉNEZ DÍAZ.

trata de una norma que no integra propiamente lo que sería el citado estatuto, puesto que nos hallamos ante un precepto regulador de la situación inmediatamente anterior a la adquisición de la condición de Ministro, Vicepresidente o Presidente del Gobierno. Lo que el artículo 11 pretende es justamente establecer las condiciones exigibles para acceder a dicha situación, de modo que bien poco puede decir sobre los derechos y obligaciones que derivan de la condición de miembro del Gobierno.

Los requisitos exigibles por el artículo 11 para acceder al cargo se limitan a cuatro: ser español, mayor de edad, disfrutar de los derechos de sufragio activo y pasivo y no hallarse inhabilitado para ejercer empleo o cargo público por sentencia judicial firme. Por el contrario, ni la Ley ni la Constitución exigen que los miembros del Gobierno ostenten la condición de Diputados o Senadores, aunque, como hemos de ver, tanto una como otra norma auspician la concurrencia de la doble condición de miembro del Gobierno y de las Cortes Generales, lo que resulta fácilmente explicable desde la configuración parlamentaria de nuestra forma de Gobierno. En lo que sigue, examinaremos separadamente cada uno de los requisitos exigibles.

2.1. *La nacionalidad*

El primero de los requisitos exigibles obliga a tener la nacionalidad española para acceder al cargo. Cualquier comentario sobre la razón de esta exigencia puede resultar ocioso, puesto que, sin perjuicio de lo que en el futuro pueda resultar de la evolución de la forma estatal como consecuencia de su integración en entidades supranacionales¹, se trata de una exigencia no exclusiva de nuestro Ordenamiento² que es consecuencia inmediata, por lo que a nosotros se refiere, de lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Constitución, según el cual «solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el

¹ Téngase en cuenta a este respecto que la primera y hasta ahora única reforma constitucional se ha hecho para facilitar el derecho de sufragio pasivo de los extranjeros en España en las elecciones municipales, lo que permite a éstos presentarse a las citadas elecciones y obtener cargos representativos en el ámbito municipal. La reforma fue condición indispensable para que España suscribiera el Tratado de la Unión Europea, que daba nueva redacción al artículo 8.B.1. del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, estableciendo el derecho de todo ciudadano de la Unión residente en un Estado miembro del que no sea nacional, a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Como indica la Exposición de Motivos de la reforma constitucional aprobada en 1992, nos encontramos ante una «incipiente ciudadanía comunitaria».

² La exigencia de que los miembros del Gobierno ostenten la condición de nacionales del país en cuestión aparece explícitamente en diversas Constituciones europeas, bien estableciéndolo directamente, bien remitiendo a las condiciones exigibles a los candidatos a la elección parlamentaria, a los que asimismo se les exige ser nacionales del país de que se trate. Así, el artículo 197 de la Constitución de Bélgica determina taxativamente: «Sólo los belgas pueden ser Ministros». A su vez, las Constituciones de Austria (art. 70), Grecia (art. 81) y Suiza (art. 96) exigen a los miembros del Gobierno reunir las condiciones de los candidatos a las correspondientes Cámaras legislativas, entre ellas la posesión de la nacionalidad austriaca, griega o suiza.

artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales». Y siendo los cargos de Presidente, Vicepresidente y Ministros del Gobierno algunas de las principales magistraturas a las que puede accederse en representación de los ciudadanos, resulta enteramente coherente el requisito de la nacionalidad en la Ley del Gobierno.

Aparentemente, podría hacerse una objeción a la exigencia de posesión de la nacionalidad española para acceder a la condición de miembro del Gobierno. Esa objeción se refiere a la supuesta redundancia del requisito, puesto que el mismo se halla implícito ya en la exigencia de disfrutar del derecho de sufragio activo y pasivo. En efecto, el artículo 2.º de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG) atribuye el derecho de sufragio activo a los españoles mayores de edad no comprendidos en algunas de las causas de privación de ese derecho previstas en el artículo 3.º de la Ley. Por lo que se refiere al derecho de sufragio pasivo, la misma Ley reitera la exigencia del requisito de la nacionalidad (art. 6.º), como condición indispensable para ser elegido. De ese modo, exigir la nacionalidad española y la capacidad electoral activa y pasiva, que implican necesariamente la posesión de esa nacionalidad, podría considerarse redundante. Por lo mismo, podría afirmarse que bastaría con la exigencia del disfrute pleno del derecho de sufragio, obviando la referencia explícita a la condición de español.

Sin embargo, el hecho de que la Ley del Gobierno explicita el requisito de la nacionalidad como condición necesaria para acceder al cargo de Presidente, Vicepresidente o Ministro del Gobierno, no es reiterativo ni ocioso, como pudiera parecer. En primer lugar, porque la Ley del Gobierno ha optado por afirmar por sí misma ese requisito, sin depender de ninguna otra ley, evitando además interpretaciones más complejas en las que la existencia del requisito ha de descubrirse a través del examen de una ley distinta de la del Gobierno. Pero, sobre todo, porque no es enteramente cierto que los derechos de sufragio activo y pasivo se reconozcan únicamente a los españoles.

A este respecto debe recordarse que los derechos de sufragio activo y pasivo se disocian de la nacionalidad española y se reconocen también a los extranjeros en las elecciones locales y al Parlamento Europeo. Por lo que se refiere a las primeras, conviene recordar lo que ya quedó apuntado sobre la reforma del artículo 13 de la Constitución llevada a cabo en 1992, a fin de reconocer también el derecho de sufragio pasivo a los extranjeros residentes en España. A esa reforma siguió la Ley Orgánica 1/1997, de 30 de mayo, de modificación de la LOREG, para la transcripción de la Directiva 94/80/CE de elecciones municipales, por la que se daba nueva redacción a los artículos 176 y 177 de la Ley reguladora del Régimen Electoral y se reconocía el derecho de sufragio activo y pasivo a los miembros de la Unión residentes en España. Más aún, de acuerdo con la previsión constitucional, el mismo derecho puede

otorgarse a los nacionales de cualesquiera Estados, atendiendo a criterios de reciprocidad³.

Una situación paralela se da en relación con las elecciones al Parlamento Europeo. También en este caso se produjo la oportuna modificación de la LOREG, esta vez a través de la Ley Orgánica 13/1994, de 30 de marzo, que adecuaba nuestro Derecho a lo dispuesto en el artículo 8.B.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, según redacción dada por el Tratado de la Unión, con arreglo al cual todo ciudadano de la Unión residente en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Esa previsión, desarrollada por la Directiva 93/109/CE, exigía la modificación de la LOREG, cuyos artículos 210 y 210 bis reconocen ahora a los ciudadanos de la Unión Europea residentes en España la condición de electores y elegibles.

Así, la asimilación entre derecho de sufragio y nacionalidad española queda desmentida, lo que justifica la redacción del artículo 11 de la Ley del Gobierno, estableciendo expresamente el requisito de la nacionalidad española para quienes vayan a ostentar los cargos de Presidente, Vicepresidente o Ministros del Gobierno español, sin fiar ese requisito a lo dispuesto en una ley como la LOREG, en la que el derecho de sufragio no se reserva siempre a los españoles.

Por lo demás, la exigencia de ser español remite al ámbito del Derecho civil y, en particular, a lo dispuesto en los artículos 17 a 28 del Código civil, a los que habrá de estarse para determinar si se cumple o no el requisito exigido en el artículo 11 de la Ley del Gobierno. El examen detallado de los supuestos de adquisición de la nacionalidad española previstos en esos preceptos excedería de los límites del presente trabajo, lo que obliga a realizar la correspondiente remisión.

Ello no obstante, conviene todavía hacer una apostilla a lo que señala la Ley del Gobierno en este punto. El artículo 11 de la misma exige literalmente *ser español*, condición ésta que puede tenerse originariamente, por nacimiento, o ser adquirida con posterioridad en los términos previstos en el Código civil. Tras la reforma del Código de 1982, éste distingue netamente entre adquisición originaria, que corresponde a los hijos de padres españoles o a los nacidos en España en ciertos casos (art. 17) y adquisición derivativa o sobrevenida, que puede producirse como consecuencia de adopción, opción y naturalización, lo que implica que previamente se ha poseído otra nacionalidad que

³ Véase sobre esta cuestión M. BASSOLS COMA, «Evolución legislativa de las elecciones locales», páginas 62 a 64, y M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, «Las elecciones locales: derechos de sufragio activo y pasivo. El censo electoral», páginas 69 a 70 y 72 a 74, trabajos incluidos en *Elecciones locales*, MAP, Madrid, 1998.

se modifica o cambia (artículos 19 a 21)⁴. Sólo quienes adquieren la nacionalidad en el momento del nacimiento son calificados como españoles de origen. La distinción no es en absoluto ociosa, sino que viene exigida por lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Constitución, que impide que los españoles de origen sean privados de su nacionalidad, introduciendo la distinción que después recogería el Código civil.

Con todo, de esa distinción no podría extraerse a nuestros efectos consecuencia alguna, puesto que el *ser español* que la Ley del Gobierno exige no incorpora matices ni los admitiría en vía de interpretación. Ha de entenderse, pues, que pueden ser miembros del Gobierno los españoles de origen y quienes lo sean por adquisición derivativa, siempre que poseyeran la nacionalidad española en el momento de su nombramiento como miembros del Gobierno.

2.2. *La mayoría de edad*

La mayoría de edad es el segundo de los requisitos exigidos a quienes vayan a formar parte del Gobierno. Se trata de una exigencia cuya apreciación no ha de presentar especiales dificultades, habida cuenta de la naturaleza de la misma. A pesar de ello, es necesario aludir a algunos aspectos que el requisito de la mayoría de edad suscita. En primer lugar, la elección misma del límite mínimo por el que el legislador ha optado; en segundo término, y ahora sin paliativos, debe ponerse de manifiesto la redundancia en que incurre la Ley al exigir al mismo tiempo la mayoría de edad y el disfrute del derecho de sufragio, que a su vez implica la mayoría de edad.

La primera cuestión se refiere al límite que la Ley del Gobierno fija para acceder a la condición de miembro del mismo, cifrada en dieciocho años, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 12 de la Constitución y 315 del Código civil. La opción del legislador ha consistido aquí en aceptar la genérica capacidad de obrar como capacidad suficiente para acceder a la condición de Ministro, Vicepresidente y Presidente del Gobierno, así como para realizar los actos que son propios de tales cargos, sin exigir ningún requisito específico o cualificador de la capacidad que se adquiere con la mayoría de edad. Ciertamente, ésa había sido también la opción en el caso del derecho de sufragio pasivo, puesto que la LOREG atribuye ese derecho en los mismos términos que lo hace con el derecho activo, al menos en cuanto se refiere al requisito de la edad: en ambos casos es un derecho de los españoles mayores de edad (artículos 2.º y 6.º).

Con esos precedentes, no hubiese sido sencillo justificar la exigencia de requisitos adicionales de edad para ser miembro del Gobierno. Aunque pudiese

⁴ Véase sobre esta distinción L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, volumen I, 5.ª edición, Tecnos, Madrid, 1984, páginas 304 y siguientes.

sostenerse que la genérica capacidad de obrar no es suficiente para adoptar las graves decisiones que corresponden al Ejecutivo, exigiéndose por ello una edad superior a los dieciocho años, el hecho de que sea la Constitución la que haya fijado el momento de adquisición de la mayoría de edad, unido a la circunstancia de que para los cargos electos no se exija más que los dieciocho años cumplidos, harían prácticamente inviable una solución distinta a la que incorpora la Ley del Gobierno.

En cualquier caso, que la Ley no exija una edad superior a los dieciocho años, y con ello una madurez presumiblemente mayor, no significa que en la práctica las cosas no hayan funcionado así, de suerte que los diversos Gobiernos habidos desde la aprobación de la Constitución han estado formados por personas cuya media de edad superaba con creces el mínimo que ahora marca la Ley. Así, la realidad viene a atemperar una previsión legal que obedece a las razones ya expresadas y que podría resultar escasamente exigente en lo que afecta a la madurez y experiencia del llamado a formar parte del Gobierno.

La existencia de un límite mínimo de edad no supone, por lo demás, que exista simétricamente un límite máximo a partir del cual no se pueda formar parte del Gobierno. En este caso no existe una *edad de jubilación* a partir de la cual se pierda el derecho a ser miembro del Gobierno. La vida activa no tiene aquí otros límites que los biológicos, siempre que el interesado conserve intacta su capacidad de obrar. La situación es en este punto similar a la que dibuja la LOREG: existe un límite mínimo de edad para ejercer el derecho de sufragio en sus dos vertientes, activa y pasiva, pero no hay límite máximo alguno, tanto para elegir como para ser elegido⁵.

Por otra parte, resulta lícito preguntarse si era necesario establecer expresamente un límite mínimo de edad o hacer alusión a la exigencia de la mayoría de edad, puesto que requiriéndose el disfrute de los derechos de sufragio activo y pasivo, se está exigiendo ya la mayoría de edad. Como hemos apuntado, la LOREG no atribuye la condición de elector más que a los mayores de edad (artículo 2.º), en tanto que el artículo 6.º de la misma Ley requiere, para ser elegible, ser elector, es decir, mayor de dieciocho años.

Ahora sí nos encontramos ante una redundancia, puesto que la mayoría de edad no se disculpa en ninguna clase de votación, a diferencia de lo que ocurre con la nacionalidad. De ese modo, hubiese bastado con la remisión que la Ley del Gobierno hace a la LOREG al exigir los derechos de sufragio activo y pasi-

⁵ Así se explica que el artículo 3.b) de la Ley de incompatibilidades de altos cargos de 1983, declara expresamente incompatible la ostentación de un alto cargo con la percepción de pensiones procedentes de cualquier Régimen de Seguridad Social público y obligatorio, dando por sentado que podrían acceder a la condición de alto cargo, incluida la de miembro del Gobierno, quienes se hallasen en edad de jubilación. Aunque la vigente Ley de Incompatibilidades no lo establece expresamente, la misma posibilidad se deriva de la amplia fórmula contenida en su artículo 2.1, que declara la incompatibilidad con la percepción de cualquier remuneración pública. Por lo demás, la fórmula expresa recogida en la Ley de 1983 coincide con la precisión del artículo 158 LOREG para los Diputados y Senadores que tengan la condición de pensionista.

vo, sin necesidad de incorporar un requisito que ya se hallaba implícito como condición *sine qua non* del derecho de sufragio, que a su vez actúa como exigencia ineludible para ocupar un cargo en el Gobierno.

Siendo la mayoría de edad un requisito común en la LOREG y en la Ley del Gobierno, cabe plantearse si son aplicables a esta última algunas de las precisiones que la Junta Electoral Central ha fijado en relación con el requisito de la edad para ser elector y elegible. En el primer caso, la Junta Electoral Central ha reiterado el criterio de que el cómputo debe hacerse el día de la votación, no el de la convocatoria, de suerte que lo que cuenta es tener cumplidos los dieciocho años en el momento de la votación. Por el contrario, en el caso del derecho de sufragio pasivo, la propia Junta ha exigido que el requisito de la edad se cumpla el día de proclamación de las candidaturas⁶.

No resulta nada sencillo trasladar esos criterios al supuesto que aquí nos ocupa, habida cuenta de que no existe para el nombramiento de los miembros del Gobierno un calendario como el que la LOREG marca para las elecciones. Sería, por lo demás, bien extraño que fuese preciso acudir a tan minuciosa jurisprudencia en nombramientos que hasta ahora nunca han apurado esos límites. Más aún, la duda sobre el límite mínimo de edad sólo podría darse a propósito de los Ministros que no fuesen Diputados o Senadores, puesto que habiendo sido elegidos como tales antes de ser miembros del Gobierno, evidentemente cumplirían el requisito de la mayoría de edad, sin el cual no podrían haber concurrido siquiera a la elección.

Si, no obstante lo anterior, se diera la circunstancia de que el propuesto para formar parte del Gobierno se hallase en la situación límite que obligue a decidir sobre el momento válido para computar la mayoría de edad, y admitiendo que los criterios de la Junta Electoral Central resultasen trasladables al nombramiento de los integrantes del Gobierno, habría de tomarse el criterio sentado sobre el derecho de sufragio pasivo, habida cuenta de que tiene mayor similitud con el caso que examinamos que el ejercicio de ese mismo derecho en su vertiente activa.

Pues bien, teniendo en cuenta que la Junta Electoral Central ha vinculado el momento decisivo del cómputo a la fecha de proclamación de los candidatos, es decir, a la fecha en que se hacen públicas las candidaturas válidamente presentadas (artículos 47 y 169 LOREG), sería preciso encontrar una fecha similar en el proceso de elección y nombramiento de los miembros del Gobierno; a tal respecto, el momento más próximo al de proclamación de candidaturas sería el de propuesta del candidato a ocupar un cargo de miembro del Gobierno, puesto que es la ocasión en la que el Presidente del Gobierno o el Rey hacen público el candidato que proponen.

⁶ E. ARNALDO ALCUBILLA y M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, *Código electoral*, El consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1995, páginas 32 y 47.

Desde luego, ese momento se halla perfectamente identificado en el procedimiento de investidura del propio Presidente del Gobierno, puesto que el artículo 99 de la Constitución regula una detallada secuencia en la que el momento de la propuesta real está individualizado respecto de otras fases procedimentales. Por lo que se refiere al proceso de nombramiento de los restantes miembros del Gobierno, no existe nada que se parezca a un procedimiento explicitado como lo está el previsto para la investidura del Presidente. Sin embargo, el artículo 100 de la Constitución señala que los demás miembros del Gobierno serán nombrados y separados por el Rey a propuesta de su Presidente. En ambos casos es posible, pues, encontrar un momento que, salvadas las distancias, se aproxime al de proclamación de candidatos, que habría de tomarse como referencia para determinar si el propuesto como miembro del Gobierno reúne o no el requisito de la mayoría de edad.

Con toda seguridad, nos hallamos ante un problema que casi podría calificarse como *problema de laboratorio*. Y ello no sólo por las razones que han sido expresadas, sino porque el sentido común de los protagonistas en el proceso de formación del Gobierno evitará añadir problemas a un asunto ya de por sí complicado como es la formación del Gobierno, promoviendo a personas que cumplan con dificultades un requisito tan sencillo como el de la edad. A pesar de todo, si el problema se presentase, la solución consistente en trasladar la fórmula de la proclamación arbitrada por la Junta Electoral Central no carece de fundamento, no sólo por tratarse de la referencia más próxima, sino porque tiene sentido exigir que el candidato propuesto reúna todos los requisitos impuestos por la Ley en el momento de la propuesta.

2.3. *El derecho de sufragio*

El tercer requisito exigido por el artículo 11 Ley del Gobierno para acceder al cargo de Presidente, Vicepresidente o Ministro exige que los pretendientes a dichos cargos disfruten de los derechos de sufragio activo y pasivo⁷. Naturalmente, esa exigencia nos remite a la LOREG, en la que habrá de buscarse la resolución de las incógnitas que la Ley del Gobierno plantea implícitamente. Será preciso saber, entonces, quiénes se hallan en el disfrute pleno del derecho de sufragio activo y pasivo y quiénes no. La respuesta a esa cuestión nos la ofrece la LOREG a través del elenco de causas que privan de esos derechos al individuo, entre las que figuran confundidas ineligibilidades y causas de incapacidad, que no siempre se deslindan convenientemente de los supuestos de simple incompatibilidad.

Es imprescindible, por tanto, acudir a lo dispuesto en la LOREG para comprender el exacto significado y alcance del requisito contenido en la Ley del

⁷ Sobre el derecho de sufragio, véase I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, voz «Derecho de sufragio», *Enciclopedia jurídica básica*, obra ya citada.

Gobierno, en cuanto exige a los miembros de éste hallarse en el pleno disfrute de los derechos de sufragio activo y pasivo. Por lo demás, es necesario examinar el problema diferenciando la capacidad electoral activa de la pasiva, puesto que esta última presenta complejidades que son ajenas a la primera y requiere, por ello, de ciertas precisiones conceptuales que en nada afectan al derecho de sufragio activo. Comenzaremos, pues, por analizar este primer aspecto del problema para pasar después al examen del derecho de sufragio pasivo.

2.3.1. El derecho de sufragio activo

Antes de avanzar en el análisis de este requisito, conviene señalar que la capacidad electoral activa exigida por la Ley del Gobierno ha de identificarse con la capacidad electoral activa genérica definida positivamente en el artículo 2.º y negativamente en el artículo 3.º LOREG. No tendría sentido añadir a esa exigencia otros requisitos que son necesarios para participar en determinadas elecciones como las locales o autonómicas. Nos referimos en concreto al requisito adicional de la vecindad que se exige en ambas elecciones⁸ para el ejercicio del derecho de sufragio activo, puesto que carece de sentido exigir una determinada vecindad a quien está propuesto como miembro del Gobierno de la Nación, para lo que resulta completamente indiferente cuál sea el origen territorial del futuro Presidente, Vicepresidente o Ministro, siempre que sea español.

Dicho esto, hemos de centrarnos en lo dispuesto en los artículos de la LOREG ya mencionados, en los que se determina con carácter general quiénes disfrutaban del derecho de sufragio activo y quiénes carecen de ese derecho. Según lo establecido en el artículo 2.º de la citada Ley, «el derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente». Así pues, el derecho de sufragio activo, entendido como manifestación del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes (artículo 23.1 de la Constitución), se reconoce inicialmente a todos los españoles mayores de dieciocho años. De la mayoría de edad y de la nacionalidad ya nos hemos ocupado, puesto que se trata de requisitos que a su vez exige la Ley del Gobierno. Procede ahora detenerse en las causas de exclusión de ese derecho previstas en el artículo 3.º LOREG.

⁸ La vecindad es, en efecto, condición indispensable para ejercer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales, puesto que el derecho a ser elector y elegible se predica de los vecinos de cada término municipal (artículos 16 y 18 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local), sin perjuicio de lo dispuesto para los extranjeros en la Ley electoral (art. 176). Asimismo, y de manera indirecta, la vecindad constituye un requisito necesario para ostentar el derecho de sufragio activo en las elecciones al Parlamento de cada una de las Comunidades Autónomas, puesto que para ello se exige tener la condición política de andaluz, gallego, murciano, etc., condición que se posee o adquiere a través de la vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunidad de que se trate. Véase por todos el artículo 2.º de la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía, y el artículo 8.º del Estatuto de Autonomía de dicha Comunidad.

De conformidad con lo establecido en ese artículo, carecen del derecho de sufragio activo los condenados a la pena principal o accesoria de privación del derecho, los declarados incapaces, siempre que se hubiese declarado expresamente la incapacidad para el ejercicio de ese derecho, así como los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, cuando la autorización declare de manera también expresa la incapacidad electoral activa. Según eso, la privación del derecho de sufragio activo puede proceder de dos fuentes distintas: un proceso penal finalizado con sentencia que impone la privación de ese derecho como pena principal o accesoria, o un proceso civil de incapacitación de los previstos en los artículos 756 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, la aprobación del vigente Código Penal ha venido a modificar lo dispuesto en el artículo 3.º LOREG, en la medida en que el Código vigente no contempla como pena la privación del derecho de sufragio activo. Así es si atendemos a lo dispuesto en el artículo 39 del Código Penal, en el que se enumeran las penas privativas de derechos y en el cual únicamente se contempla como pena la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. La intención del legislador al suprimir la pena de privación del sufragio activo ha quedado explícita en la Disposición derogatoria del Código Penal, cuyo apartado 2.f) deroga, entre otros preceptos, los términos «activo y» del artículo 137 LOREG. En el mismo se preveía que los delitos electorales fuesen sancionados en todo caso con la pena de inhabilitación especial para los derechos de sufragio activo y pasivo, además de la imposición de las penas en cada caso señaladas por la Ley. Tras la modificación operada por el Código Penal, la pena adicional a imponer se ha de limitar a la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo.

Es evidente, pues, que la primera de las causas de privación del sufragio activo previstas en el artículo 3.º LOREG resulta ahora de imposible realización y queda vacía de contenido, ya que no derogada formalmente. Por lo que se refiere a las causas restantes, habrá de estarse esencialmente a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil que ha derogado los artículos 202 a 214 del Título IX del Código civil (De la incapacitación), dejando vigentes únicamente los tres primeros artículos de ese Título. Lo dispuesto en los artículos 199 a 201 del Código civil y 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene a coincidir con lo que previene la LOREG, puesto que los tres cuerpos legales distinguen entre la incapacidad propiamente dicha y el internamiento en un establecimiento psiquiátrico.

La incapacidad propiamente dicha sólo procede cuando se den «enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200 del Código civil) y habrá de ser declarada mediante sentencia judicial (art. 199 del mismo Código). El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) constituye una medida distinta de la incapacitación, aunque ambas

puedan adoptarse conjuntamente en la sentencia que declare la incapacidad (art. 760 de la misma Ley). Pero la diferencia que aquí resulta más reseñable es la relativa a la declaración de ambas medidas, puesto que la incapacitación está concebida con un carácter permanente, en tanto que el internamiento se prevé como una posibilidad menos duradera, lo que explica que se obligue a los facultativos del centro de internamiento a remitir frecuentes informes a fin de que el Juez pueda decidir sobre la continuidad o no del internamiento⁹.

Ello explica la matización que el artículo 3.º LOREG incluye cuando se refiere al internamiento psiquiátrico, pues en tal caso la pérdida del derecho de sufragio se limita al periodo que dure el internamiento; en tanto que no se establece esa previsión cuando se trata de la pérdida del derecho como consecuencia de una sentencia de incapacitación. En cualquier caso, la LOREG exige en ambos supuestos que la decisión judicial que decida la incapacitación (sentencia) o el internamiento (autorización), declaren expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio. Esto es, ni la incapacitación ni el internamiento suponen por sí mismos la pérdida de ese derecho, puesto que es obligado que el juez lo determine así de manera expresa. Ello enlaza con la posición del artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que exige que la sentencia que declare la incapacitación determine la extensión y límites de éstas, en lo que ha de incluirse, en su caso, la específica mención de la pérdida del derecho de sufragio.

Los supuestos que estamos contemplando no tendrán, presumiblemente, gran incidencia en el caso que aquí nos ocupa, el nombramiento de los miembros del Gobierno, puesto que es de esperar que el órgano proponente eludirá las situaciones complejas en las que pueda discutirse la capacidad del futuro miembro del Gobierno; ello nos exonera de tratar la casuística que las previsiones de la LOREG han generado y que, por las razones expresadas, habrá de ser ajena al nombramiento de los miembros del Gobierno.

Pero para ejercer efectivamente el derecho de sufragio, el elector ha de ser titular de ese derecho, no hallarse inmerso en ninguna de las causas de incapacidad ya mencionadas y estar inscrito en el censo electoral vigente, tal como exige el artículo 2.2 LOREG. Se disocia así la titularidad del derecho de su ejercicio, de modo que para que se dé este último «es indispensable la inscripción en el Censo Electoral vigente». Esta previsión de la Ley Reguladora del Régimen Electoral General trae a la luz un problema que afecta específicamente al asunto que nos ocupa: la inscripción en el censo electoral que es con-

⁹ El artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que «en la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida», informe que deberá ser emitido cada seis meses, a menos que el tribunal acuerde un plazo inferior. A su vez, la incapacitación se prevé con un carácter permanente, sin perjuicio de la reintegración de la capacidad o de la modificación del alcance de la incapacitación como consecuencia de circunstancias sobrevenidas (art. 761).

dición del ejercicio efectivo del derecho de sufragio, ¿condiciona igualmente el acceso al Gobierno? ¿Podría ser nombrado quien no estuviese inscrito en el censo?

La respuesta a esas preguntas pasa por considerar el alcance que ha de atribuirse a la inscripción censal en relación con el derecho mismo de sufragio. Antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciase sobre este extremo, la inscripción censal había sido ya entendida como un medio de acreditación del derecho de sufragio activo, sin reconocerle efectos constitutivos de ese derecho¹⁰. A su vez, el Tribunal Constitucional se refirió a ese problema en la Sentencia 174/1988, de 21 de julio, señalando que la inscripción censal es de naturaleza declarativa del derecho de voto y no constitutiva de la misma (fundamento jurídico 3.º), dando pie a la doctrina para relativizar el alcance de ese requisito, al que no podría atribuirse naturaleza constitutiva sin colisionar con lo establecido en el artículo 23 de la Constitución en cuanto configura el derecho de participación en los asuntos públicos, en este caso mediante la elección de los correspondientes representantes¹¹.

El examen de diversos artículos de la LOREG confirma que nos hallamos ante un medio de acreditar el derecho al sufragio, el medio habitual y ordinario entre los demás que la propia Ley contempla. Así, el artículo 31 establece que «el censo electoral contiene la inscripción de quienes reúnen los requisitos para ser elector»; el artículo 85, más explícitamente, determina que «el derecho a votar se acredita por la inscripción en los ejemplares certificados de las listas del censo o por certificación censal específica». Pero la inscripción censal no es solamente el medio a través del cual se acredita el derecho a votar, sino que también acredita el derecho a ser elegido, ya que la primera condición para ser elegido es la de ser elector, es decir, reunir los requisitos que atribuyen el derecho de sufragio activo. A este respecto, el artículo 46.2 exige que el escrito de presentación de la candidatura vaya acompañado de la documentación acreditativa de las condiciones de elegibilidad de los candidatos, lo que equivale a decir acompañado del correspondiente certificado de la oficina del censo electoral, salvo que se recurra a los medios de acreditación admitidos excepcionalmente como alternativos.

La importancia de la inscripción censal también para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo queda subrayada si se considera lo dispuesto en el artículo 47.4 LOREG, en el que se declara improcedente la proclamación de la candidatura que incumpla los requisitos señalados en los artículos anteriores, entre ellos la acreditación exigida en el artículo 46.2 que acabamos de mencionar.

¹⁰ En este sentido, R. ENTRENA CUESTA, *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, dirigidos por L. M. CAZORLA PRIETO, Civitas, Madrid, 1986, páginas 47 y 48, quien se apoya especialmente en lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley, en el que si bien se reconoce la inscripción censal como medio ordinario de acreditación del derecho de voto, se admiten también medios alternativos, en concreto la exhibición de la sentencia judicial que acredite el derecho a estar inscrito.

¹¹ M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, «Las elecciones locales... », obra ya citada, página 80.

Sobre este particular, la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/1987, de 23 de mayo, en relación con la resolución de una Junta Electoral de Zona, ha declarado que «no menoscabó el derecho del actor reconocido en el art. 23.2 de la Constitución al disponer que por no haber aportado (...) la certificación de inscripción en el censo electoral, no procedía su proclamación como candidato». Para hacer tal afirmación, se apoya el Tribunal en lo dispuesto en los artículos 46.2 y 47.4, ya mencionados, a los que añade la cita de los artículos 2.2 y 6.1, todos ellos de la LOREG, para acabar señalando que las «disposiciones mencionadas establecen, sin sombra de duda, que quienes sean propuestos como candidatos habrán de acreditar, en el acto mismo de la presentación, su correspondiente inscripción censal».

De la sentencia transcrita podría deducirse que la inscripción en el censo se convierte en un elemento inexcusable e insustituible para acreditar la condición de elegible y hacer posible la participación en la elección. Sin embargo, si se lee completamente la citada Sentencia, se observa que en la misma no se enjuiciaba un supuesto de no inscripción, sino de inscripción errónea en la que no figuraban correctamente los apellidos. En tal caso, el Tribunal Constitucional optó por dar prioridad al contenido de la inscripción, apreciando que el candidato no consiguió probar la existencia del error que denunciaba ante la Junta Electoral de Zona, pero afirmando al mismo tiempo la posibilidad de desvirtuar lo que la inscripción acredita a través de los medios admitidos en Derecho, prueba cuya carga correspondería desde luego al interesado.

Mayor interés y proximidad presenta para nosotros la doctrina de la Junta Electoral Central sobre este particular. Ha sido, en efecto, la Junta la que ha afrontado el problema de la ausencia de inscripción censal del candidato, estableciendo como criterio que la inscripción no es requisito inexcusable para la proclamación como candidato, de suerte que la misma no ha de figurar necesariamente entre la documentación a presentar con la candidatura¹².

Siendo la doctrina aplicable a la elección la que queda reseñada, difícilmente podría sostenerse otro criterio en lo que se refiere a la exigibilidad de la inscripción censal a quienes pretendan su incorporación al Gobierno. Si en la elección es posible prescindir de la inscripción en el censo y atenerse a un criterio material que exige que se den realmente las condiciones de elegibilidad, pruébese ello a través del medio que se pruebe, tanto más ha de afirmarse ese criterio en un caso como el que aquí nos ocupa, en el que no se daría razón alguna para sostener lo contrario y sacrificar un derecho material —el de acceder a las

¹² El apartado segundo de la instrucción de la Junta Electoral Central de 4 de abril de 1991 dispuso: «La inscripción en el Censo o en el Padrón Municipal de Habitantes no es condición necesaria para ser candidato en las elecciones locales. En consecuencia, pueden ser proclamados candidatos en las elecciones locales quienes no figuren incluidos en las listas del Censo electoral o en el Padrón Municipal de Habitantes siempre que con la solicitud acrediten poseer la cualidad de elector y no estén incurso en ninguna de las causas de inelegibilidad previstas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General».

funciones y cargos públicos— al cumplimiento de un requisito como la inscripción censal, que pierde buena parte de su sentido fuera del proceso electoral.

La condición de referencia central e inexcusable que el censo electoral juega en toda elección es la que explica, sin duda, la importancia atribuida a la inscripción en el mismo. Esa importancia se justifica adicionalmente en el hecho de que el proceso electoral se desarrolle a través de plazos preclusivos, en cada uno de los cuales han de darse y acreditarse los requisitos exigidos por la ley, de modo que a quien no acredite en cada fase reunir las exigencias legales se le impide tomar parte en lo que resta del proceso. Y ello porque no habiéndose acreditado lo que la ley obligaba a acreditar, no es posible detener un proceso que desde el momento mismo en que se pone en funcionamiento está abocado a finalizar en una fecha cierta, la de la elección.

En esas condiciones, podría entenderse el rigor en la exigencia de acreditación de los requisitos de elegibilidad a través de un documento único y dotado de una inicial presunción de certeza. Aun así, como hemos visto, ni siquiera en el proceso electoral se hace de la inscripción una exigencia inexcusable, sino que se ha flexibilizado la misma en aras de la realización efectiva del derecho material. Esa misma flexibilización estaría tanto más justificada en el caso de la propuesta y nombramiento de los miembros del Gobierno, y ello por varias razones. En primer lugar, porque la Ley del Gobierno no exige otra cosa que hallarse en el disfrute de los derechos de sufragio activo y pasivo, sin añadir un medio concreto de acreditación como hace la LOREG. En segundo lugar, porque en el momento del nombramiento como miembros del Gobierno, el propuesto para ello no ha de acreditar su elegibilidad en un plazo perentorio que marque la ley, puesto que la Ley del Gobierno no abre trámite alguno al efecto, limitándose a exigir la concurrencia del derecho de sufragio, activo y pasivo.

Todo apunta, en definitiva, hacia la primacía del criterio material, con arreglo al cual lo que definitivamente cuenta es la concurrencia de las condiciones exigibles (nacionalidad española, mayoría de edad, derecho de sufragio activo y pasivo y no inhabilitación) que podrán acreditarse a través de los medios admitidos en Derecho. En concreto y en lo que ahora nos interesa, el derecho de sufragio podrá acreditarse al margen de la inscripción censal cuando la misma no exista, haciendo uso para ello de los demás medios de prueba admitidos en Derecho.

2.3.2. El derecho de sufragio pasivo

El artículo 11 de la Ley del Gobierno exige asimismo el requisito del derecho de sufragio pasivo para ser miembro del Gobierno, lo que nos remite de nuevo a la LOREG y a los problemas que se suscitan en la misma cuando se trata de decidir sobre la capacidad electoral pasiva de los candidatos. La primera cuestión que se plantea en este punto nos obliga a determinar cuáles son

los requisitos que la Ley del Gobierno exige para ser Presidente, Vicepresidente y Ministro; esto es, si se trata de la capacidad electoral pasiva a la que se refieren los artículos 6.º y 7.º LOREG o si, por el contrario, se exige también alguno de los requisitos adicionales previstos en la propia Ley para reconocer capacidad electoral pasiva en relación con determinados comicios como los que deciden la elección de Diputados y Senadores, las elecciones municipales o los que permiten la elección de nuestros representantes en el Parlamento europeo.

Sobre este particular podemos anticipar ya nuestra opinión, en el sentido de que la capacidad electoral que ha de exigirse es la genéricamente determinada por los artículos 6.º y 7.º LOREG, sin considerar las exigencias adicionales que se imponen en atención a las características de una determinada elección: por ejemplo, la vecindad en el caso de las elecciones locales, a la que ya nos hemos referido. Ello no obstante, será preciso referirse a otras causas de exclusión del derecho de sufragio pasivo previstas en la Ley para elecciones concretas, en la medida en que resulte conveniente analizar su aplicabilidad por tratarse de causas cuya incidencia o falta de ella en la elección de los miembros del Gobierno no resulte tan evidente como en el caso que hemos citado.

De acuerdo con lo expresado, procederemos a definir primero la capacidad electoral pasiva genérica tal como se configura en la LOREG. Para ello será preciso recordar aquí algunos de los conceptos básicos que la doctrina que se ocupa del Derecho electoral y parlamentario ha ido depurando y que resultarán de enorme utilidad en nuestro intento. Será necesario, pues, recuperar aquí la distinción doctrinal que identifica tres conceptos diferentes aunque fuertemente relacionados entre sí: incapacidad, inelegibilidad e incompatibilidad. Como hemos de ver, la capacidad electoral pasiva requiere la ausencia de causas de incapacidad e inelegibilidad, en tanto que la permanencia en el mandato requerirá la inexistencia de causas de incompatibilidad.

Dentro de nuestra propia doctrina, FERNÁNDEZ-MIRANDA se ha referido a los rasgos definitorios de esas tres nociones en los siguientes términos: «La inelegibilidad es la falta de aptitud legal para concurrir a un proceso electoral ejerciendo el derecho al sufragio pasivo. Se distingue dentro de ella la *incapacidad* o ausencia de las condiciones jurídicas generales para el nacimiento del derecho, y la *inelegibilidad en sentido estricto* en la que, existiendo las condiciones generales de capacidad que atribuyen dicho derecho político, se impide su ejercicio a quien ocupe determinado cargo, se encuentre en determinada situación o despliegue determinada actividad que pueda romper el principio de libertad de los electores. La incompatibilidad es la prohibición de que el parlamentario ejerza simultáneamente otro cargo, función o actividad que desvirtúen su mandato comprometiendo su independencia»¹³.

¹³ A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, «Causas de inelegibilidad e incompatibilidad y control judicial de las actas electorales», análisis del artículo 70 de la Constitución que se incluye en los *Comentarios a las Leyes Políticas* dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, Tomo VI, EDERSA, Madrid, 1989, página 235.

La distinción propuesta no es meramente teórica sino que tiene incidencia real en la identificación de la capacidad electoral pasiva. Así, tomando la distinción de mayor interés para nosotros, la que separa inelegibilidad de incapacidad, encontramos que de la misma se derivan dos consecuencias del mayor alcance para nuestro objeto. Sobre este particular, DI CIOLO nos recuerda que quien es electoralmente incapaz, por no tener la mayoría de edad o la nacionalidad requerida, no puede constituir una relación electoral válida en ningún sentido; por el contrario, quien es electoralmente capaz pero se encuentra en una situación de inelegibilidad, puede concurrir a la elección si hace cesar la causa de inelegibilidad renunciando al cargo, profesión o función que determine la inelegibilidad antes de la elección, en el plazo marcado legalmente para ello¹⁴.

Las causas de incapacidad no son, pues, disponibles para el afectado por las mismas, ni éste puede obrar de ningún modo para remover esas causas —el menor de edad o el declarado incapaz no pueden modificar esa situación—, en tanto que ese mismo sujeto puede reaccionar poniendo fin a las causas de inelegibilidad que le afecten, sin más que renunciar a los cargos desde los que la ley declara la imposibilidad de concurrir a la elección.

Pero no es ésa la única consecuencia práctica de interés. El propio autor italiano advierte sobre otro aspecto de la distinción inelegibilidad-incapacidad digno de retener. Se trata en este caso del carácter permanente y nuclear de las causas de incapacidad frente a la contingencia de las situaciones de inelegibilidad, que pueden variar de una elección a otra¹⁵. En efecto, los requisitos que determinan la capacidad resultan aplicables en cualesquiera elecciones, puesto que sin la presencia de esos requisitos no puede haber relación electoral válida, sea cual fuere la elección de que se trate. Únicamente en algún caso concreto podría darse una variación de los requisitos exigibles, como ocurre con la exigencia de la nacionalidad en las elecciones locales y europeas, por las razones que han quedado expresadas. Las demás exigencias que determinan la capacidad (mayoría de edad, no hallarse incapacitado judicialmente y no haber sido internado en establecimiento psiquiátrico) son comunes a cualquier elección.

2.3.3. Capacidad, incapacidad e inhabilitación

En consonancia con lo expresado, hemos de ocuparnos en primer lugar de la capacidad electoral pasiva, incluidas las causas que la modifican, puesto que de ese modo se define el perfil básico del derecho de sufragio pasivo. En segundo lugar, será preciso aludir a las causas de inelegibilidad, tanto generales como

¹⁴ V. DI CIOLO, *Il Diritto Parlamentare nella teoria e nella pratica*, Giuffrè ed. 1980, página 183.

¹⁵ V. DI CIOLO, *op. cit.*, página 183.

de carácter particular, relativas a una determinada elección, que presenten algún interés para la adecuada interpretación de la Ley del Gobierno. Finalmente, por lo que se refiere a los supuestos de incompatibilidad, éstos quedarán fuera de nuestra consideración por una sola razón: en primer lugar, porque no contribuyen, *stricto sensu*, a definir la capacidad electoral pasiva; en segundo término, porque las incompatibilidades previstas en la LOREG afectan a los cargos electos previstos en la misma, pero no a los miembros del Gobierno, que han de atenerse a su propia Ley de incompatibilidades como veremos al tratar del artículo correspondiente.

La capacidad electoral pasiva en sentido propio se define a partir de lo dispuesto en el artículo 6.º LOREG en cuanto afirma que son elegibles los españoles mayores de edad que posean la cualidad de elector. La delimitación positiva de quiénes son titulares del derecho de sufragio pasivo nos remite, pues, a lo que queda dicho respecto del derecho de sufragio activo, puesto que la primera condición exigida es hallarse en el disfrute de este derecho. Así, quien reúne la condición de elector es también elegible, salvo que concurren en él algunas de las causas de incapacidad o inelegibilidad previstas en la Ley. Como se ha señalado, «la capacidad electoral, a diferencia de las causas de inelegibilidad, no delimita negativamente el derecho de sufragio pasivo sino que es un factor previo a su existencia, y sólo cuando éste existe puede ser delimitado»¹⁶.

Atendiendo concretamente a las causas de incapacidad, como tales habrán de considerarse no sólo las previstas en el artículo 3.º LOREG, sino también las que añade el artículo 6.2 de la misma. En rigor, son estas últimas las que ahora interesan, puesto que las del artículo 3.º han sido ya examinadas al tratar de la capacidad electoral activa, que constituye un requisito inexcusable para afirmar la capacidad electoral en su vertiente pasiva. El artículo 6.2 LOREG prevé una causa de incapacidad que atañe específicamente al derecho de sufragio pasivo, de forma que se niega ese derecho a «los condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad en el periodo que dure la pena». Y como excepción al requisito de firmeza de la sentencia, la Ley niega ese mismo derecho a «los condenados por un delito de rebelión o los integrantes de organizaciones terroristas condenados por delitos contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas», aunque la sentencia no sea firme¹⁷.

¹⁶ F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *El derecho de sufragio pasivo*, Prontuario de jurisprudencia constitucional, Aranzadi, 2000, página 25.

¹⁷ Lo dispuesto en el artículo 6.2 LOREG presenta diversos problemas, algunos planteados y resueltos en sede judicial, otros suscitados por la doctrina. Por lo que se refiere a la causa general de incapacidad prevista, se ha planteado el problema que deriva de la vinculación temporal que la Ley electoral establece entre la causa de incapacidad y la privación de la pena privativa de libertad. En particular, se trataba de determinar si las situaciones de libertad condicional afectaban a la pena accesoria de inhabilitación, de suerte que pudiera entenderse que ésta desaparecía en tales situaciones, a lo que el Tribunal Constitucional ha respondido en sentido negativo, afirmando que la incapacidad no depende de la situación personal del condenado, sea ésta la de prisión o libertad (Sentencia 166/1993, de 20 de mayo). Asimismo, la doctrina ha cuestionado lo dispuesto en el artículo 6.2 en cuanto incapacita para la elección a los condenados

Además de las causas de incapacidad previstas en la LOREG, es preciso referirse a la existencia de causas de incapacidad adicionales, en concreto a las establecidas en el Código Penal, que son inherentes a las diferentes penas de inhabilitación previstas en el mismo. Tomando como referencia lo dispuesto en el artículo 70.1 de la Constitución —que remite a la Ley electoral la determinación de las causas de inelegibilidad de los Diputados y Senadores—, en diversas ocasiones se planteó la validez de las causas adicionales de incapacidad contenidas en la legislación penal, es decir, al margen de la Ley electoral, a la que la Constitución parece reservar la regulación de las causas de inelegibilidad, incluidas las específicas de incapacidad.

Sobre este particular, la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1993, de 20 de mayo, invocando sentencias anteriores (80/1997, de 27 de mayo y 158/1991, de 15 de julio), se ha manifestado contundentemente a favor de la constitucionalidad de los preceptos penales que incorporan causas adicionales de incapacidad (inelegibilidad en la terminología de nuestra Constitución). Como recuerda el Tribunal, ha de tenerse en cuenta que «los supuestos de inelegibilidad regulados en el artículo 6.º LOREG no son *numerus clausus* y hay que añadir los derivados de determinadas penas previstas en el Código Penal. Por lo tanto, la circunstancia de que allí se mencionen sólo alguna de las causas de inelegibilidad con base en sanciones, no significa que hayan quedado derogadas las restantes previstas en aquel Código, como la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio y otras».

Así pues, el recuento de las causas de incapacidad que delimitan negativamente el derecho de sufragio pasivo ha de incluir no sólo las previstas en la LOREG, sino también las que derivan del Código Penal. De ese modo, la constatación de que se cumple el requisito exigido en el artículo 11 de la Ley del Gobierno (disfrutar del derecho de sufragio pasivo), obliga a tomar en cuenta que no exista ninguna condena privativa de libertad, pero también que no se haya dictado sentencia alguna que imponga al futuro Presidente, Vicepresidente o Ministro, una pena de inhabilitación que lo incapacite para el ejercicio de esos cargos. En honor a la verdad, justo es recordar que la Ley del Gobierno ha recogido expresamente ambos tipos de causas de incapacidad, puesto que el artículo 11 no sólo exige hallarse en el disfrute del derecho de sufragio pasivo —lo que requiere que no concurra ninguna de las causas de incapacidad previstas en el art. 6.2 LOREG—, sino que añade el requisito de «no estar inhabilitado para ejercer empleo o cargo público por sentencia judicial firme».

por delitos de rebelión o a los integrantes de organizaciones terroristas que hubiesen atentado contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas, aunque la sentencia no sea firme. Sin desconocer el fundamento político de ese precepto, doctrinalmente se ha planteado su compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia. Véase en tal sentido J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «Las inelegibilidades e incompatibilidades de los Diputados y Senadores y el control judicial de las elecciones al Congreso y al Senado», Comentario al artículo 70 CE incluido en los *Comentarios a la Constitución española de 1978*, obra ya citada, Tomo VI, página 296.

Debe recordarse a este respecto que, a diferencia de lo que ha sucedido con el derecho de sufragio pasivo, el Código Penal vigente prevé un elenco de penas que, impuestas como pena principal o accesoria, incapacitan al condenado para acceder a cargos públicos, bien porque le nieguen el derecho a ocupar esos cargos, con mayor o menor extensión según se trate de inhabilitación absoluta o especial, bien porque se le haya privado del derecho de sufragio pasivo¹⁸. De ese modo, mantiene plena vigencia el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el sentido de que ambos tipos de causas de incapacidad, las previstas en la LOREG y en el Código Penal, han de tenerse en cuenta para delimitar la capacidad electoral pasiva y, por remisión de la Ley del Gobierno, la capacidad para acceder a la condición de Presidente, Vicepresidente o Ministro del Gobierno de España.

2.3.4. Inelegibilidad

El derecho de sufragio pasivo no sólo se ha delimitado negativamente por la existencia de causas de incapacidad o condenas de inhabilitación; también los supuestos de inelegibilidad delimitan la capacidad electoral pasiva. Antes de entrar en el examen de las causas de inelegibilidad, conviene recordar algunos de los caracteres de la inelegibilidad, tal como la doctrina los ha decantado. En primer lugar, el fundamento de la inelegibilidad se asienta en el derecho de «mantener la libertad del elector impidiendo que quien se encuentre en una situación de supremacía jurídica o, en su caso, económica o social, pueda concurrir a las elecciones rompiendo el principio de igualdad de oportunidades»¹⁹. En segundo término, como quiera que las inelegibilidades constituyen siempre la consecuencia derivada de la posición de supremacía en que se encuentra el declarado inelegible, para éste es posible poner fin a esa situación renunciando a la posición o cargo que motive la inelegibilidad.

El repaso de las causas de inelegibilidad previstas con carácter general en el artículo 6.1 LOREG confirma en gran medida lo expuesto, sobre todo en cuanto se refiere a las posibilidades que al inelegible le caben de remover la situación que origina la inelegibilidad, renunciando a esa situación. Como causas de inelegibilidad absoluta se regulan, en efecto, la ocupación de diversos cargos que la Ley detalla y desde los cuales no se puede ejercer el derecho de sufragio

¹⁸ Véanse los artículos 39 a 44 y 54 a 56 del Código Penal. Véase además el artículo 137 LOREG que impone la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo en todos los delitos electorales. La casuística que deriva de los artículos del Código Penal en cuanto se refiere al alcance de la inhabilitación no habría de afectar al caso que aquí nos ocupa, puesto que la Ley del Gobierno no distingue entre tipos de inhabilitación, exigiendo que el futuro miembro del Gobierno no se halle inhabilitado para ejercer empleo o cargo público, lo que parece aludir a todo tipo de inhabilitación, sin distinción en cuanto a la calificación de la misma, absoluta o especial, ni al alcance concreto de aquélla, que puede referirse a todo tipo de empleo o cargo público, o a cierta clase de ellos.

¹⁹ A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, «Causas de inelegibilidad ...», página 241.

pasivo, salvo renuncia previa a tales cargos. Ciertamente, la renuncia no es tan simple en todos los casos, puesto que en algunos se trataría de la renuncia a la propia familia [art. 6.1.a), relativo a la inelegibilidad de los miembros de la Familia Real]. En otros casos no se trata de la renuncia a un cargo concreto, sino a mantenerse en activo en la carrera propia del declarado inelegible (Magistrados, Jueces, Fiscales y Militares profesionales).

De cualquier modo, puede sostenerse el carácter esencialmente removible de las causas de inelegibilidad, lo que resulta de la mayor importancia en cuanto afecta al nombramiento de los miembros del Gobierno. Así, cuando el derecho de sufragio pasivo de éstos se hallase afectado por una causa de inelegibilidad, está en su mano hacer desaparecer esa causa, del mismo modo que lo está en manos del que pretende concurrir a la elección. Por el contrario, ello no ocurriría si se tratase de una causa de incapacidad, cuya desaparición depende de condiciones indisponibles para el afectado.

Entrando en el detalle de los supuestos de inelegibilidad previstos en el artículo 6.º LOREG, la misma contiene una doble lista de situaciones: las que determinan una inelegibilidad absoluta y las que generan una inelegibilidad relativa, limitada a ciertas circunscripciones electorales en las que se extiende la jurisdicción propia del cargo que ocupa el inelegible. Como inelegibilidades absolutas regula la Ley una serie de situaciones que alcanzan a los miembros de la Familia Real, a los Presidentes y miembros de diversos órganos constitucionales y entidades públicas, así como a los pertenecientes a determinadas categorías funcionariales (Magistrados, Jueces, Fiscales y Militares profesionales)²⁰.

A las inelegibilidades absolutas han de sumarse las relativas previstas en el artículo 6.3 LOREG²¹. A esas situaciones de inelegibilidad —todas ellas de

²⁰ Véase lo dispuesto en el artículo 6.1 LOREG. En el caso de la Familia Real nos hallamos ante el supuesto en el que se hace más difícil sostener la renunciabilidad a las situaciones generadoras de inelegibilidad. Sin embargo, la doctrina ha sostenido la posibilidad de renunciar si se pretende concurrir a la elección. En tal sentido, FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR afirma que «si esta situación se construye como causa de inelegibilidad y no como una impertinente incapacitación, debe llevar aparejada la posibilidad de remoción mediante un acto de voluntad: ya sea la renuncia a la Corona, a los derechos sucesorios o a la pertenencia jurídico-formal a la Familia Real, cancelando la inscripción en el Registro». A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, «Causas de inelegibilidad ...», página 246. Véase el RD 2917/1981, de 27 de noviembre, sobre Registro Civil de la Familia Real. Por lo que se refiere a las inelegibilidades cuya superación requeriría la renuncia provisional a la propia carrera, el artículo 7.3 LOREG determina que los Magistrados, Jueces, Jueces, Fiscales, Militares y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía que deseen presentarse a las elecciones y estuviesen en activo, deberán solicitar su pase a la situación administrativa que corresponda.

²¹ El artículo 6.3 LOREG establece: «Durante su mandato no serán elegibles por las circunscripciones electorales comprendidas en todo o en parte en el ámbito territorial de su jurisdicción:

a) Quien ejerza la función de mayor nivel de cada Ministerio en las distintas demarcaciones territoriales de ámbito inferior al estatal.

b) Los Presidente, Directores y cargos asimilados de Entidades Autónomas de competencia territorial limitada, así como los Delegados del Gobierno en las mismas.

c) Los Delegados territoriales de RTVE y los Directores de las Entidades de Radiotelevisión dependientes de las Comunidades Autónomas.

carácter general en cuanto que son válidas para cualquier elección—, se añaden finalmente las inelegibilidades que la Ley establece en relación con determinadas elecciones²².

La pregunta que inmediatamente surge es la siguiente: ¿afectan todas esas causas de inelegibilidad a los futuros miembros del Gobierno? Expresado de otro modo, ¿es preciso que los llamados a formar parte del Gobierno no se hallen afectados absolutamente por ninguna de las situaciones para las que la Ley declara la inelegibilidad? Para contestar a estas cuestiones es preciso considerar antes algunos aspectos del modo en que la Ley del Gobierno regula los requisitos de acceso a la condición de miembro del mismo. La citada Ley ha optado por las remisiones en lo que se refiere al estatuto de los miembros del Gobierno, de modo que en lugar de regular las incompatibilidades de éstos remite a la Ley correspondiente, al igual que hace al exigir el disfrute del derecho de sufragio pasivo. En este último caso se trata de una remisión implícita a la LOREG que sustituye lo que sería un elenco de causas que imposibilitasen el acceso al Gobierno.

Esta última remisión no deja de tener su fundamento en cuanto que homogeneiza los requisitos de la elección de Diputados y Senadores con los del nombramiento de miembro del Gobierno. Por lo demás, la remisión normativa agi-

d) Los Presidentes y Directores de los órganos periféricos de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

e) Los Secretarios generales de las Delegaciones del Gobierno y de los Gobierno Civiles.

f) Los Delegados provinciales de la oficina del Censo Electoral».

²² El artículo 154.2 LOREG señala:

«2. Tampoco son elegibles para el Congreso de los Diputados los presidentes y miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, así como los cargos de libre designación de dichos Consejos y los miembros de las instituciones autonómicas que por mandato estatutario o legal deban ser elegidos por la Asamblea Legislativa correspondiente».

A su vez, el artículo 177.2 LOREG establece:

«Además de quienes incurran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 6.º de esta Ley, son inelegibles para el cargo de Alcalde o Concejal los deudores directos o subsidiarios de la correspondiente Corporación Local contra quienes se hubiera expedido mandamiento de apremio por resolución judicial».

Finalmente, el artículo 202 LOREG determina lo siguiente:

«Además de quienes incurran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 6.º de esta Ley, son inelegibles para el cargo de Diputado Provincial los deudores directos o subsidiarios de la correspondiente Corporación contra quienes se hubiera expedido mandamiento de apremio por resolución judicial».

En relación con los artículos 177 y 202 se plantea si se trata de un supuesto de inelegibilidad o, por el contrario, estamos ante un caso de incapacidad. DELGADO-IRIBARREN se inclina por lo último e incluye lo dispuesto en esos artículos como un supuesto específico de incapacidad que afecta a las elecciones locales exclusivamente. M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, «Las elecciones locales...», página 76. En cualquier caso, es razonable afirmar que se trata de una causa que afecta específicamente a un tipo de elección y, por tanto, no habría de considerarse en el caso de los miembros del Gobierno. Sin perjuicio de la conveniencia de que los mismos se hallen al día en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que esos preceptos encuentran su fundamento en el deseo de impedir la situación de confusión que podría derivar del hecho de que el deudor acreditado y reconocido de una Corporación Local, pase a regir los destinos de la misma; lo que no sucedería cuando el deudor pueda llegar a ocupar un cargo de órgano distinto de la Corporación acreedora.

liza el texto de la Ley del Gobierno y lo libera de la necesidad de exponer en la misma largas listas de causas de incapacidad e inelegibilidad. Con todo, la remisión en bloque y sin matices al derecho de sufragio pasivo, tal como el mismo está regulado en la LOREG, presenta el inconveniente de suscitar las dudas que han quedado apuntadas.

También como consideración preliminar ha de tomarse en cuenta que el fundamento de la inelegibilidad en el Derecho electoral no es transferible al caso de la designación de los miembros del Gobierno. Ésta no depende de ningún proceso electoral en el que haya de asegurarse la igualdad de los candidatos en liza: ni el Presidente del Gobierno ni los Ministros han de competir con otros candidatos frente al electorado; a lo sumo lo habrán hecho para obtener su acta de Diputado o Senador en el caso de que la tengan. Siendo así, es preciso preguntarse qué sentido tiene la traslación mecánica de lo dispuesto en la LOREG a un caso que tanto se aleja del juego electoral.

La cuestión, por lo demás, presenta una faceta práctica que puede afectar a los miembros del Gobierno que no reúnan la condición de Diputado o Senador, puesto que quienes son titulares de un escaño han acreditado previamente reunir las condiciones exigidas por la LOREG. No es impensable, en efecto, el nombramiento de un Ministro que provenga directamente de alguno de los cargos relacionados en la Ley electoral, lo que podría llevar a cuestionar la validez del nombramiento.

En nuestra opinión, la solución a ese problema pasa por identificar el fundamento de la inelegibilidad en el caso de los miembros del Gobierno. Ese fundamento no puede coincidir con el que justifica esas mismas inelegibilidades para los candidatos electorales, por las razones ya expresadas, de modo que el mismo ha de reconducirse a un fundamento distinto que se identifica con las incompatibilidades que afectan a los miembros del Gobierno. Es decir, son inelegibles quienes se hallen en posesión de los cargos previstos en el artículo 6.º LOREG, no tanto porque de ahí se pueda seguir una distorsión de la elección, cuanto porque no podría compatibilizarse ninguno de esos cargos con la condición de miembro del Gobierno, toda vez que el artículo 14 de la Ley del Gobierno declara incompatible esa condición con cualquier otra función pública o actividad profesional o mercantil, a excepción del mandato parlamentario.

Evitando, pues, la traslación mecánica de lo dispuesto en la LOREG, lo que ha de exigirse rigurosamente es la no compatibilización de cargos. Por lo mismo, parece razonable exigir la dimisión previa de quien haya de ser designado como miembro del Gobierno, si es que el cargo que ocupa lo hace inelegible o incompatible. Pero en absoluto podría afirmarse la nulidad del nombramiento cuando el mismo recaiga sobre el titular de un cargo inelegible según la LOREG: en tal caso, habrá de exigirse la inmediata renuncia al cargo incompatible. Las inelegibilidades de los miembros del Gobierno no han de operar como condición del nombramiento, sino como condición de validez del ejercicio y

permanencia como miembros del Gobierno, pero entonces se convierten en causas de incompatibilidad.

2.4. *Un supuesto especial de inhabilitación: el artículo 13 de la Ley 12/ 1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado*

El artículo 13 de la Ley 12/1995 prevé que quien haya sido objeto de declaración y publicación por incumplimiento de las incompatibilidades previstas en la misma, no podrá ser nombrado para ocupar altos cargos, incluidos los nombramientos ministeriales, durante un periodo que puede llegar hasta los diez años según la gravedad de la infracción. Aunque trataremos de ello al analizar el régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno, es preciso señalar ahora que el citado artículo constituye un supuesto de inhabilitación especial que se introduce sin respetar los requisitos de la inhabilitación, puesto que la sanción que conlleva la inhabilitación se adopta en vía administrativa (art. 16 de la Ley 12/1995) en tanto que en los demás casos se exige siempre sentencia judicial firme (art. 11 de la Ley del Gobierno).

2.5. *¿Quién verifica la capacidad de los nombrados como miembros del Gobierno y controla la legalidad del nombramiento?*

La última de las cuestiones que suscita el artículo 11 de la Ley del Gobierno se refiere al control de los requisitos que el propio artículo exige a los futuros miembros del Gobierno. En concreto, se plantea si es posible establecer algún tipo de control sobre un acto como el del nombramiento de los miembros del Ejecutivo, a quién correspondería ese control y, en su caso, quién podría instarlo. La cuestión no es ociosa puesto que aun tratándose de actos de naturaleza eminentemente política, existen elementos reglados que en ningún caso pueden desconocerse y cuya infracción ha de tener la respuesta adecuada. La Ley del Gobierno se ha decidido por establecer un número mínimo de requisitos para formar parte del Gobierno, dejando en manos de los que intervienen en el nombramiento la mayor libertad para que éstos puedan decidir, ajustándose a los criterios que estimen más convenientes dentro de los parámetros constitucionales. Sin embargo, los escasos requisitos establecidos por la Ley deben ser entendidos como una exigencia rigurosa e imposible de desconocer. Cabe pensar que de ordinario se cumplirán tales requisitos, como hasta ahora se ha venido haciendo, de suerte que el problema sencillamente no exista. Con todo, pueden darse situaciones de incumplimiento o de cumplimiento dudoso que exigen del Ordenamiento la posibilidad de reaccionar contra lo que no deja de ser una infracción de la ley.

El incumplimiento o los cumplimientos dudosos pueden darse con mayor frecuencia en los nombramientos de Vicepresidente y Ministro si tomamos en cuenta que el margen para su elección es mucho mayor y, sobre todo, que una parte significativa de ellos no son parlamentarios. Por el contrario, el problema difícilmente se dará en el caso del Presidente del Gobierno. En este supuesto, y aunque la Constitución no lo exija, el candidato a la investidura formará parte del Congreso de los Diputados, como requiere la lógica del sistema y ha ocurrido en todos los casos hasta ahora. De ese modo, el futuro Presidente habrá acreditado reunir los mismos requisitos que le exige la Ley del Gobierno con ocasión de su elección como Diputado, de suerte que su nombramiento como Presidente resultará inobjetable en este punto, salvo circunstancias sobrevenidas. Otro tanto puede decirse de los Vicepresidentes y Ministros que ostentan previamente la condición de parlamentarios. Por el contrario, aquellos miembros del Gobierno cuyo nombramiento se proponga sin haber sido elegidos previamente como parlamentarios, tendrán que acreditar el cumplimiento de los requisitos exigibles en el momento de su nombramiento; y es ahí donde la posibilidad del control cobra todo su sentido.

Conviene señalar ya que el control judicial que podría ejercerse sobre los actos de nombramiento no impide el necesario control parlamentario de esos mismos actos, que en el caso del Presidente del Gobierno está asegurado a través del sistema que diseña el artículo 99 de la Constitución, y en los demás casos podrá hacerse efectivo a través de los demás medios ordinarios de control. Pero lo que ahora nos interesa es el análisis del control judicial de los nombramientos en lo que tienen de actos reglados. Ello requiere plantearse al menos tres interrogantes: la primera inquiere sobre la posibilidad de controlar actos como un nombramiento ministerial; la segunda se refiere a la jurisdicción competente para enjuiciar ese tipo de actos; finalmente, la tercera alude a los sujetos que pueden instar de la justicia el control de los nombramientos.

La primera pregunta, si es posible el control judicial de los nombramientos ministeriales, nos remite a la vieja teoría de los actos políticos, hoy superada por la jurisprudencia y la legislación, que han extendido el control judicial en un intento de impedir las áreas exentas. Sin entrar en detalle en este aspecto, es necesario recordar que durante la vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, hoy derogada, se había abierto paso una corriente jurisprudencial que ampliaba el control judicial a cualesquiera actos del Gobierno, «cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política»²³. A su vez, el artículo 2.a) de la vigente

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, que viene a culminar una línea jurisprudencial anterior y muy nutrida de sentencias, todas ellas en el sentido de limitar los espacios exentos de control por exigirlos así los artículos 9.1 y 24.1 de la Constitución. Puede encontrarse una relación detallada de la jurisprudencia relativa al control de los actos políticos en J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, 3.ª edición, Civitas, Madrid, 1998, páginas 145 y siguientes.

Ley de la Jurisdicción atribuye a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo el control de los actos del Gobierno en cuanto se refiere a los elementos reglados de los mismos, recogiendo la idea ya desarrollada por la jurisprudencia.

En el caso de los nombramientos ministeriales, se trataría de un acto que no es propiamente del Gobierno, sino que procede del Rey en términos formales, aunque el hecho de que la propuesta la haga el Presidente del Gobierno (art. 100 de la Constitución) y se trate de un acto refrendado por éste (art. 74 de la propia Constitución), permite imputar el acto al Presidente del Gobierno. Siendo así, y teniendo en cuenta que el artículo 11 de la Ley del Gobierno define los elementos judicialmente aseguibles de un acto que por lo demás es esencialmente político, nada se opone a la afirmación del control judicial sobre el nombramiento de los Ministros²⁴.

La segunda cuestión planteada es la relativa al orden jurisdiccional del que ha de impetrarse el control de los actos de nombramiento ministerial. Esa cuestión ha sido contestada en parte, puesto que es precisamente a la Jurisdicción Contencioso Administrativa a la que se atribuye el control de los elementos reglados de los actos gubernamentales; y ello, como ha recordado el Consejo de Estado en su dictamen sobre el anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción, cualquiera que sea la naturaleza objetiva del acto realizado por el Gobierno.

La tercera de las preguntas formuladas, quién se halla legitimado para impugnar el nombramiento, presenta mayor dificultad. Para responder a ello habría de tomarse como punto de partida la noción de interés legítimo, de modo que los sujetos con legitimación para actuar como demandantes ante la Jurisdicción son aquellos que pueden obtener algún beneficio, material o jurídico, de la anulación del acto recurrido; o, por el contrario, aquellos para los que el mantenimiento del acto puede originar un perjuicio. A partir de ahí, determinar cuál es el círculo de posibles afectados por un nombramiento que no reúna los requisitos legalmente exigibles, resulta una tarea compleja puesto que esa sola referencia no permite identificar el límite de los sujetos legitimados.

²⁴ BAR CENDÓN se manifiesta en estos mismos términos y atribuye el control de los requisitos previstos en la Ley del Gobierno a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Al mismo tiempo plantea un sugestivo problema al suscitar si podría el Rey realizar algún tipo de control jurídico o de legalidad sobre la propuesta del nombramiento, en el supuesto de que el Monarca apreciase el incumplimiento de los requisitos exigibles. El autor que citamos se opone a esa posibilidad por considerarla incompatible con el papel del Rey y con la institución del refrendo, afirmando que «el requisito del refrendo de los actos regios (...) no sólo supone una nueva exculpación o eximente de toda responsabilidad política para el Rey —responsabilidad que se traslada al refrendante, el Presidente del Gobierno—, sino que, principalmente, implica que esa irresponsabilidad viene dada porque la voluntad del Monarca no participa en la formación de la decisión que acaba en el acto que ha de firmar». A. BAR CENDÓN, «Nombramiento y separación de los miembros del Gobierno», análisis del artículo 100 de la Constitución, incluido en los *Comentarios a la Constitución española* dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, ya citados, Volumen VIII, páginas 318 y 319. Ésta no es una posición doctrinal unánime, como reconoce el propio autor, quien recoge diversos planteamientos en favor de la intervención real.

Desde luego, no puede negarse que estén legitimados los que han elegido al Presidente del Gobierno para que, como primera actuación de su mandato, proponga a los miembros del Gobierno, es decir, los Diputados integrantes del Congreso. Sin embargo, a partir de ahí, se presentan diversas opciones en cuanto se refiere a la identificación concreta de los sujetos legitimados. En primer lugar, es preciso plantear si la legitimación corresponde a los Diputados o a los Grupos Parlamentarios. En la medida en que la Constitución configura el voto como personal e indelegable (art. 79.3), podría pensarse en la legitimación individual, sin perjuicio de que el Grupo Parlamentario pueda actuar valiéndose de las reglas previstas para el recurso con pluralidad de demandantes. Naturalmente, la legitimación correspondería a los Diputados de la oposición que hubiesen votado negativamente o se hubiesen abstenido en la elección del Presidente del Gobierno, principales sujetos implicados en el control de los actos gubernamentales, comenzando por el primero de ellos, el nombramiento de los Ministros. Pero tampoco podría dejar de reconocerse legitimación a quienes hayan votado afirmativamente la investidura del Presidente, interesados a su vez en que su voto no sea malversado mediante actuaciones no ajustadas a Derecho; y ello por más que la lógica política no haga fácil la impugnación de estos últimos. Incluso podría pensarse en legitimar a los órganos de gobierno de la Cámara, especialmente al Presidente del Congreso, a quien, a su vez, corresponde el refrendo de la propuesta real del candidato finalmente investido como Presidente del Gobierno, al que se imputa la infracción en los nombramientos ministeriales.

Con toda seguridad pueden encontrarse argumentos para legitimar a un importante círculo de personas más allá del que integra la Cámara baja. Por ejemplo, el Senado podría alegar su función constitucional —que también incluye el control del Gobierno— para arrogarse la misma legitimación que el Congreso. No resulta por ello sencillo definir con precisión el número de los sujetos legitimados para recurrir, lo que, en el poco probable caso de que suceda, habrá de resolver la jurisprudencia caso a caso.

De lo que no puede caber duda es de que la posibilidad del recurso está abierta a partir de lo establecido legal y jurisprudencialmente, puesto que el artículo 11 de la Ley del Gobierno no deja lugar a discusión sobre la obligatoriedad del cumplimiento de los requisitos que impone para acceder al mismo y, por ello, sobre la posibilidad del control judicial de ese cumplimiento.

ARTÍCULO 12. DEL NOMBRAMIENTO Y CESE

- 1. El nombramiento y cese del Presidente del Gobierno se producirá en los términos previstos en la Constitución.**
- 2. Los demás miembros del Gobierno serán nombrados y separados por el Rey, a propuesta de su Presidente.**
- 3. La separación de los Vicepresidentes del Gobierno y de los Ministros sin cartera llevará aparejada la extinción de dichos órganos.**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario.

1. Concordancias

- Constitución: artículos 99 a 101 y 112 a 114.
- Ley 74/1980, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981: artículo 10.5, modificado por la disposición adicional vigésimo segunda de la Ley 39/1992, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993.
- RD 405/1992, de 24 de abril, por el que se regula el estatuto de los expresidentes del Gobierno.
- RD 2099/1983, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación General de Precedencias en el Estado.
- RD 558/2000, de 27 de abril, sobre Vicepresidencias del Gobierno, modificado por RD 209/2001, de 27 de febrero.
- RD 685/2000, de 12 de mayo, por el que se determina la composición de la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos Económicos.
- RD 1280/2000, de 30 de junio, por el que se desarrolla la estructura de apoyo al Ministro Portavoz del Gobierno.

2. Comentario

Antes de iniciar el comentario de este artículo conviene precisar que el mismo obviará los aspectos propiamente constitucionales que figuran en el artículo 12 de la Ley del Gobierno, especialmente cuando este artículo se limita a reiterar lo que ya establece la Constitución sobre el nombramiento del Presidente y de los demás miembros del Gobierno. En la medida en que la idea que inspira los comentarios al Título II es la de encontrar y analizar el estatu-

* Artículo comentado por Andrés JIMÉNEZ DÍAZ.

to de los miembros del Gobierno, centraremos nuestra atención en los aspectos estatutarios, en detrimento de otros aspectos del análisis que remiten al Derecho constitucional y que ya han sido examinados con una extensión y detalle que aquí no podríamos intentar¹.

Ello nos excusa de examinar las distintas previsiones constitucionales sobre el nombramiento y cese de los miembros del Gobierno (artículos 99 a 101 y 112 a 114), al tiempo que nos obliga a centrar la atención en los detalles estatutarios inherentes a la situación derivada del nombramiento y cese de aquéllos.

El nombramiento del Presidente del Gobierno, realizado conforme a lo previsto constitucionalmente, atribuye a éste la condición de miembro del Gobierno y, con ello, la aplicación del conjunto de reglas que rigen para éstos, algunas recogidas en la Ley del Gobierno y otras contenidas en leyes complementarias (incompatibilidades). En la medida en que algunas de esas consecuencias serán objeto de análisis separadamente y con ocasión del comentario del artículo correspondiente —caso del régimen de incompatibilidades previsto en el artículo 14 de la Ley—, hemos de acometer ahora el examen de aquellas consecuencias vinculadas sobre todo al cese como Presidente del Gobierno, a las cuales hace alusión la disposición adicional primera de la Ley del Gobierno, pero también otras normas que hemos de considerar.

En la perspectiva estatutaria que hemos adoptado, la disposición adicional primera resulta de especial interés en cuanto se refiere a la situación en que queda el Presidente del Gobierno cesante. A tal respecto, la citada disposición establece que «quienes hubieran sido Presidentes del Gobierno tienen derecho a utilizar dicho título, y gozarán de todos aquellos derechos, honores o precedencias que legal o reglamentariamente se determinen». La citada disposición constituye, pues, una norma clave para entender lo que puede denominarse el estatuto de los Presidentes del Gobierno cesantes que nos remite a otras normas, como hace con frecuencia la Ley del Gobierno.

Aunque se trate de una norma anterior a la Ley del Gobierno, el desarrollo inmediato de la disposición adicional primera ha de buscarse en el RD 405/1992, de 24 de abril, por el que se regula el estatuto de los expresidentes del Gobierno, que viene a reconocer tres tipos de derechos a éstos: en primer lugar, el derecho al tratamiento de Presidente, a ocupar el lugar protocolario que oficialmente les corresponda conforme al ordenamiento general de precedencias en el Estado y a disfrutar del apoyo de los servicios diplomáticos españoles en sus desplazamientos fuera del territorio nacional (art. 2.º); en segundo término, a disponer de los medios y prerrogativas que detalla el artículo 3.º del RD 405/1992, lo que atribuye a los expresidentes derecho al apoyo administrativo, a la protección personal y a los medios de transporte

¹ Véase por todos A. BAR CENDÓN, «Nombramiento del Presidente del Gobierno» y «Nombramiento y separación de los miembros del Gobierno», trabajos ambos incluidos en los *Comentarios a la Constitución española de 1978*, obra ya citada, en los que se contiene una abundante bibliografía sobre el particular.

que el citado artículo establece; finalmente, derecho a obtener una pensión indemnizatoria y a disfrutar de los beneficios que le reconoce la legislación sobre clases pasivas del Estado, con remisión expresa a lo establecido para los Ministros cesantes.

En materia de precedencias habrá de estarse a lo establecido en el Real Decreto 2099/1983, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación General de Precedencias en el Estado, en particular a lo dispuesto en su artículo 10, que fija la precedencia de los expresidentes del Gobierno en los actos oficiales de carácter general, así como en el artículo 12, que señala esa misma precedencia cuando se trata de actos que tengan lugar en el territorio propio de una Comunidad Autónoma.

En relación con los aspectos económicos, debe tomarse en cuenta lo dispuesto en la legislación sobre clases pasivas, que atribuye a los Presidentes del Gobierno cesantes determinados derechos pasivos, tanto para sí como para sus familiares en caso de fallecimiento. En particular, habrá de considerarse lo dispuesto en el artículo 10.5 de la Ley 74/1980, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981, modificado por la disposición adicional vigésima segunda de la Ley 39/1992, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993, que reconoce a los Ministros cesantes una pensión indemnizatoria como consecuencia del cese, así como una pensión vitalicia a partir del momento en que cumplan la edad de jubilación². La aplicación de esas normas a los expresidentes resulta de la remisión contenida en el artículo 4.º del RD 405/1992.

En cuanto a los demás miembros del Gobierno cesantes, la Ley no se ha ocupado de atribuirles un estatuto como el que atribuye al expresidente del Gobierno. Con todo, habrían de tenerse presentes las mismas normas que quedan mencionadas al tratar de la situación de los expresidentes del Gobierno, en cuanto afecta a derechos pasivos, puesto que les son de aplicación las normas arriba mencionadas que, inicialmente, habían sido aprobadas en referencia expresa a los exministros.

Además de la situación que deriva del cese de los miembros del Gobierno a efectos estatutarios, interesa aludir aquí a lo dispuesto en el apartado 3.º del artículo 12 de la Ley del Gobierno, en cuanto afirma que la separación de los Vicepresidentes y de los Ministros sin cartera llevará aparejada la extinción de dichos órganos. Debe tenerse en cuenta a este respecto la dificultad que la separación de los Vicepresidentes o Ministros sin cartera pueda generar cuando va seguida de la desaparición de la propia Vicepresidencia o Ministerio.

² Asimismo, habrá de considerarse lo establecido en el artículo 3.º apartados 1.c) y 2.b), del texto refundido de clases pasivas aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, que reconoce como beneficiarios de derechos pasivos a los exPresidentes y a sus familiares. Véase en el mismo sentido el artículo 51 del texto refundido y la Disposición adicional duodécima de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992.

Conviene examinar separadamente ambos casos para apreciar las consecuencias que lo dispuesto en el artículo 12.3 de la Ley del Gobierno puede generar si no se tienen en cuenta las competencias que esos órganos tienen asumidas como propias. Ciertamente, las Vicepresidencias están configuradas desde la propia Constitución como órganos contingentes, en la medida en que el artículo 98 se refiere a la composición del Gobierno señalando que el mismo está integrado por el Presidente, *los Vicepresidentes en su caso*, y por los Ministros. Ese carácter contingente es el que explica que la separación de un Vicepresidente lleve consigo la desaparición de su Vicepresidencia, puesto que se trata de un órgano que, amén de contingente, asume como cometido principal las funciones que le encomiende el Presidente del Gobierno. De ese modo, la separación de un Vicepresidente y la consiguiente desaparición de la Vicepresidencia no puede significar otra cosa que una suerte de avocación de las funciones que hasta entonces tenía encomendadas el Vicepresidente cesante.

Si así fuese, la desaparición de una Vicepresidencia no tendría más consecuencias que las expresadas. Sin embargo, ha de tomarse en consideración que los Vicepresidentes tienen en la actualidad atribuidas algunas competencias propias al margen de las encomendadas por el Presidente del Gobierno. Así, de acuerdo con lo establecido en el RD 558/2000, de 27 de abril, sobre las Vicepresidencias del Gobierno, modificado por RD 209/2001, de 27 de febrero, el Vicepresidente segundo del Gobierno para Asuntos Económicos tiene atribuida la Presidencia de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de forma que la separación del Vicepresidente y la desaparición de la Vicepresidencia determinarían que la Comisión Delegada mencionada quedase sin Presidencia, salvo que se adopten las medidas oportunas al efecto³.

Otra cuestión a considerar en el caso de las Vicepresidencias viene dada por el hecho de que las mismas coincidan con los titulares de determinados Ministerios, tal como prevé el artículo 3.2 de la Ley del Gobierno y sucede en la actualidad. En tal caso, habría de entenderse que la separación del Vicepresidente y la desaparición de la Vicepresidencia no significa necesariamente que aquél deje de ostentar su condición de Ministro, puesto que han de reputarse como cargos distintos aunque sean ocupados por un mismo titular. Así parece desprenderse del mencionado artículo 3.2 de la Ley del Gobierno, en cuanto afirma que el Vicepresidente que asuma la titularidad de un Departamento Ministerial ostentará, *además*, la condición de Ministro.

³ Véase el RD 685/2000, de 12 de mayo, por el que se determina la composición de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, cuyo artículo 1.º atribuye al Vicepresidente segundo del Gobierno para Asuntos Económicos la presidencia de la misma. Véase asimismo el RD 558/2000, de 27 de mayo, que atribuye la Presidencia de la citada Comisión Delegada al Vicepresidente segundo del Gobierno. Debe observarse que a diferencia de la norma precedente, RD 759/1996, de 5 de mayo, la atribución de la Presidencia de la Comisión Delegada no se hace por delegación del Presidente del Gobierno, renunciando así a la fórmula del RD 759/1996 en el que el Vicepresidente segundo asumía la Vicepresidencia de la Comisión Delegada por delegación del Presidente del Gobierno.

A su vez, los Ministros sin cartera están configurados también como órganos contingentes, puesto que el artículo 4.2 de la Ley del Gobierno establece que «además de los Ministros titulares de un Departamento, *podrán existir Ministros sin cartera*, a los que se les atribuirá la responsabilidad de determinadas funciones gubernamentales». De acuerdo con ello, el actual Ministro Portavoz del Gobierno, configurado como Ministerio sin cartera en el RD 561/2000, de 27 de abril, por el que se nombran Ministros del Gobierno, asume como propias ciertas competencias detalladas en el RD 1280/2000, de 30 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del citado Ministerio⁴.

Siendo así, también en este caso habría de matizarse lo que establece el artículo 12.3 de la Ley del Gobierno, cuya lectura superficial podría llevarnos a entender erróneamente que la separación de los Ministros sin cartera tampoco tiene consecuencias en el plano organizativo. Por el contrario, es evidente que el Real Decreto de separación de los titulares y consiguiente supresión de esos órganos habrá de tomar en consideración cuáles son las competencias que tenían atribuidas y a quién corresponde su ejercicio tras la separación del Ministro sin cartera.

⁴ Véase el artículo 1.º del RD 1280/2000, en el que se atribuye al Ministro Portavoz la política informativa del Gobierno, la difusión de los comunicados y reseñas sobre las actividades del Consejo de Ministros y las relaciones con los medios informativos.

ARTÍCULO 13. DE LA SUPLENCIA

1. En los casos de vacante, ausencia o enfermedad, las funciones del Presidente del Gobierno serán asumidas por los Vicepresidentes, de acuerdo con el correspondiente orden de prelación, y, en defecto de ellos, por los Ministros, según el orden de precedencia de los Departamentos.
2. La suplencia de los Ministros, para el despacho ordinario de los asuntos de su competencia, será determinada por Real Decreto del Presidente del Gobierno, debiendo recaer, en todo caso, en otro miembro del Gobierno. El Real Decreto expresará la causa y el carácter de la suplencia.

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario. 2.1. La suplencia del Presidente del Gobierno. 2.2. La suplencia de los Vicepresidentes. 2.3. La suplencia de los Ministros.

1. Concordancias

- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: artículos 17 y 23.
- RD 558/2000, de 27 de abril sobre Vicepresidencias del Gobierno, modificado por RD 209/2001, de 27 de febrero.
- RD 2099/1983, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación General de Precedencias en el Estado: artículo 15.
- RD 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de los Departamentos ministeriales.

2. Comentario

La suplencia ha sido definida como «la asunción temporal por el titular de un órgano de las funciones de otro por razón de la imposibilidad sobrevenida de éste para ejercerla», ya sea por vacante, ausencia o enfermedad¹. Se trata, en definitiva, de una figura de origen administrativo que tiene por objeto atajar la inactividad del órgano al que se suple cuando el mismo se vea afectado por alguna de las causas indicadas, sin que ello suponga otra cosa que una alteración competencial pasajera, circunscrita al periodo de duración de la causa que la motiva.

* Artículo comentado por Andrés JIMÉNEZ DÍAZ.

¹ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Apuntes de Derecho administrativo*, Madrid, 1986, página 622.

El artículo 17 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —norma que necesariamente hemos de tomar como referencia en el análisis del artículo 13 de la Ley del Gobierno—, responde con precisión a la caracterización doctrinal de la suplencia al señalar que «los titulares de los órganos administrativos podrán ser suplidos temporalmente en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad». El mismo esquema de sustitución temporal en el ejercicio de las funciones es el que determina el contenido del artículo 23 de la Ley arriba citada, que regula concretamente la sustitución del Presidente de los órganos colegiados, estableciendo que «en casos de vacante, ausencia o enfermedad, u otra causa legal, el Presidente será sustituido por el Vicepresidente que corresponda, y en su defecto, por el miembro del órgano colegiado de mayor jerarquía, antigüedad y edad, por este orden, de entre sus componentes».

A su vez, la Ley del Gobierno responde a idéntica orientación al prevenir la suplencia del Presidente, en la que incluso se arbitra un orden de suplencia muy próximo al previsto en la Ley 30/1992. Algo distinta es la solución cuando se trata de los Ministros, en cuyo caso se establece un sistema menos reglado que parece dejar más espacio a la discrecionalidad del Presidente, tanto en lo relativo a las causas de suplencia como a la designación de los suplentes, aunque ello no significa en absoluto el desconocimiento de los caracteres básicos de la suplencia, en particular su carácter temporal. Procede, sin embargo, que examinemos separadamente la suplencia de los distintos cargos que integran el Gobierno: Presidente, Vicepresidentes y Ministros.

2.1. *La suplencia del Presidente del Gobierno*

Por lo que se refiere al Presidente del Gobierno, el artículo 13.1 de la Ley señala que «en los casos de vacante, ausencia o enfermedad, las funciones del Presidente del Gobierno serán asumidas por los Vicepresidentes, de acuerdo con el correspondiente orden de prelación y, en defecto de ellos, por los Ministros, según el orden de precedencia de los Departamentos».

Como hemos apuntado, la solución de la Ley del Gobierno se inspira en el artículo 23.2 de la Ley 30/1992, aunque no coincida exactamente con ella. No coincide, en efecto, en la relación de causas que pueden motivar la suplencia, puesto que la Ley del Gobierno no menciona la causa legal que subsidiariamente menciona la Ley 30/1992². En lo relativo al orden de prelación en la sus-

² Aunque la causa legal a la que se refiere esta Ley y que en cada caso ocasiona la suplencia no pueda ser determinada *a priori*, sí puede adelantarse algún supuesto en el que tendría sentido esa previsión: por ejemplo, cuando se den causas de abstención o recusación, en cuyo caso podría optarse por solucionar el problema a través de expedientes como la avocación, pero también recurriendo a la sustitución temporal. Si el autor de la Ley del Gobierno ha advertido esta posibilidad, sin duda le ha parecido innecesario aplicarla en el caso del Presidente del Gobierno.

titución tampoco existe identidad en los términos, aunque aquí la coincidencia es muy amplia en lo sustancial.

La Ley del Gobierno regula las causas de suplencia mediante la apelación a los supuestos clásicos (vacante, ausencia o enfermedad), sin introducir el cuarto supuesto mencionado en la Ley 30/1992, que remite a otros casos previstos en las normas. De ese modo, la primera de las leyes citadas parece querer agotar el elenco de causas posibles de suplencia, sin admitir nuevos supuestos no contemplados en la misma.

Ciñéndonos, pues, a los supuestos clásicos, comenzaremos por la suplencia como consecuencia de vacante. La afirmación de que el Vicepresidente sustituirá al Presidente en caso de vacante no tendrá mucha aplicación en la práctica porque no es fácil encontrar supuestos de vacante de la Presidencia del Gobierno. En primer lugar, porque la Constitución española ha tratado de evitar el vacío institucional que supondría la existencia de un Gobierno cesante sin haberse constituido todavía el nuevo Gobierno, de modo que el artículo 101 de la Carta Magna establece una regla que opera automáticamente y habilita al Gobierno cesante a permanecer en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno. Siendo así, no puede hablarse de vacante del Presidente ni de ninguno de los miembros del Gobierno, que continúan en funciones hasta tanto se constituya el nuevo Gobierno³.

Debe tenerse en cuenta igualmente que nuestro sistema constitucional vincula la permanencia del Gobierno a la de su Presidente, de modo que es el Gobierno en pleno el que cesa en los distintos casos previstos constitucionalmente. Así, la celebración de elecciones, la dimisión o la pérdida de la confianza parlamentaria del Presidente llevan aparejado el cese del Gobierno en pleno, de modo que los Vicepresidentes no continúan en su puesto si no lo hace el Presidente, haciendo imposible de ese modo la suplencia por vacante prevista en la Ley del Gobierno.

Existe, sin embargo, un supuesto en el que la Presidencia del Gobierno puede hallarse vacante. Se trata del caso previsto constitucionalmente de fallecimiento del Presidente, al que ha de seguir el cese del Gobierno en pleno; en ese caso, como en los demás supuestos de cese, el Gobierno cesante ha de continuar en funciones, pero ha de hacerlo, obviamente, sin su Presidente. De ese modo, la Presidencia se hallará vacante y habrá de ser ocupada por un Vicepresidente en tanto permanezca en funciones el Gobierno.

En lo que se refiere a los otros dos supuestos de suplencia previstos en la Ley, la ausencia cobra pleno sentido en las circunstancias en que el Presidente se halla fuera del territorio nacional. A su vez, la enfermedad cubriría los

³ Véase sobre esta cuestión M. SATRÚSTEGUI, «El cese del Gobierno y el Gobierno cesante», y F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La remoción del Gobierno», ambos trabajos incluidos en los *Comentarios a la Constitución española de 1978*, obra ya citada, tomos VIII y IX, respectivamente.

supuestos ordinarios de falta de salud que impidan el normal ejercicio de los funciones, tanto como aquellos otros supuestos en que la merma de salud sea mental y pueda situar al Presidente del Gobierno transitoriamente en situación próxima a la de inhabilitación.

En cuanto al orden de prelación en las suplencias, la Ley del Gobierno recurre a criterios muy próximos a los de la Ley 30/1992, llamando en primer lugar a los Vicepresidentes y luego a los restantes miembros del Gobierno por orden de precedencia. Así, de existir uno o más Vicepresidentes, son éstos los llamados en primer lugar a efectuar la suplencia, llamamiento que se hará por su orden de prelación si hubiese sido nombrado más de un Vicepresidente⁴.

En defecto de los Vicepresidentes, la suplencia corresponde a los Ministros «según el orden de precedencia de los Departamentos», precedencia que establece el RD 2099/1983, en su artículo 15, modificado por el RD 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de los Departamentos Ministeriales⁵.

2.2. *La suplencia de los Vicepresidentes*

La Ley del Gobierno nada establece sobre la suplencia de los Vicepresidentes, lo que acaso pueda explicarse por el hecho de que se trate de cargos sin un contenido competencial específico, puesto que tanto la Ley del Gobierno (art. 3.º), como el RD 558/2000, de 27 de abril, sobre las Vicepresidencias del Gobierno, se limitan a señalar que las Vicepresidencias ejercerán aquellas funciones que les encomiende el Presidente del Gobierno. De ese modo, podría decirse que no habiendo unas competencias específicas que desarrollar y teniendo el Presidente en su mano la encomienda de funciones a los Vicepresidentes y poner término a la misma, la ausencia temporal de éstos no daña la continuidad de la acción gubernamental y, por tanto, hace innecesaria la suplencia.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que los Vicepresidentes pueden tener atribuidas con carácter permanente la Presidencia de ciertas Comisiones Delegadas del Gobierno, como ocurre actualmente con el Vicepresidente segundo, al que corresponde presidir la Comisión Delegada para Asuntos Económicos, lo que haría aconsejable la existencia de alguna regla sobre sustitución o suplencia a fin de evitar la paralización de la citada Comisión o su funcionamiento acéfalo⁶.

⁴ Véase el RD 558/2000, de 27 de abril, sobre las Vicepresidencias del Gobierno, modificado por RD 209/2001, de 27 de febrero.

⁵ Véase el artículo 1.º del RD 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de los Departamentos Ministeriales.

⁶ Véase lo que se señala en la nota 3 del comentario al artículo 12.

2.3. *La suplencia de los Ministros*

La regulación de la suplencia de los Ministros presenta, al menos, cuatro cuestiones: en primer lugar, la relativa a las causas de la suplencia; en segundo término, la determinación del órgano que ordena la suplencia; en tercer lugar, la determinación de quién ha de realizar la suplencia; debe, finalmente, plantearse cuál es la delimitación de las tareas que puede acometer el suplente.

En lo que afecta a la primera cuestión, las causas que determinan la suplencia, a diferencia de lo que ocurre en el caso del Presidente del Gobierno, en el que se enumeran taxativamente las causas de la suplencia, la Ley del Gobierno ha optado por no enunciar dichas causas cuando se trata de la suplencia de los Ministros. En efecto, el artículo 13.2 remite al Real Decreto por el que se acuerda la suplencia a fin de que éste exprese la causa y el carácter de la misma. Esa indeterminación contrasta no sólo con lo establecido en la Ley del Gobierno cuando se trata de la suplencia del Presidente, sino también con lo dispuesto en la Ley 30/1992, que en sus artículos 17 y 23 reitera una lista concreta de causas que pueden dar lugar a la suplencia.

Cualquiera que sea la orientación de la Ley del Gobierno en este punto, y aun cuando la misma no establezca una relación de causas de suplencia, parece evidente que las causas configuradas en otras normas o para otros casos han de servir como orientación también en el supuesto de suplencia de los Ministros. Así, la ausencia, vacante o enfermedad han de constituir los desencadenantes ordinarios de la suplencia ministerial, a los que acaso pueda añadirse la cuarta causa expresada en el artículo 23 de la Ley 30/1992, es decir, la causa legal, que podría darse, por ejemplo, en aquellos casos en los que el Ministro viniese obligado a decidir en materias o sobre personas en relación con las cuales las leyes le obligasen a abstenerse o hubiese sido objeto de recusación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, tan citada.

La solución contraria, esto es, la consistente en entender que la suplencia puede darse en un número indeterminado y abierto de situaciones, podría conducir a una especie de alteración competencial que dejaría en manos del Presidente la modificación de las competencias de cada uno de los Departamentos ministeriales al margen de lo dispuesto en las normas sobre reestructuración de los citados Departamentos.

La determinación de la suplencia corresponde, naturalmente, al Presidente del Gobierno. En este punto la Ley del Gobierno se ajusta a la previsión genérica del artículo 17 de la Ley 30/1992, con arreglo a la cual el suplente será designado por el órgano competente para el nombramiento de los órganos que hayan de ser suplidos. Del mismo modo, la Ley del Gobierno atribuye a quien tiene la potestad de nombrar a los Ministros la determinación de la suplencia y la designación del suplente de éstos, con los matices ya señalados en lo que se refiere a las causas generadoras de la suplencia.

El orden en el que ha de designarse a los suplentes es materia en la que la Ley del Gobierno deja la más completa libertad al Presidente, limitándose a señalar que en todo caso deberá recaer en otro miembro del Gobierno. También en este punto contrasta lo dispuesto para las suplencias ministeriales con lo establecido cuando se trata de la suplencia del Presidente del Gobierno, puesto que la Ley ha obviado cualquier referencia a un orden de prelación determinado, a fin de permitir que sea el Presidente en cada caso el que elija al suplente que pueda resultar más conveniente, ya sea por afinidad de las materias propias de cada Departamento ministerial, ya sea por otras razones que sólo al Presidente del Gobierno le corresponde enjuiciar.

De cualquier modo, una cosa sí deja la Ley absolutamente resuelta y es que en ningún caso podría sustituir a un Ministro quien no fuese miembro del Gobierno. Ello afecta muy especialmente a los Secretarios de Estado en cuanto que los mismos no forman parte del Gobierno (art. 1.2 de la Ley del Gobierno), sino que constituyen órganos superiores de la Administración General del Estado excluidos de lo que en sentido estricto ha de entenderse por Gobierno (art. 7.1 de la Ley). Es por ello que cuando el artículo 7.2 de la Ley del Gobierno se refiere a la delegación y representación que los Secretarios de Estado pueden asumir de los titulares de los respectivos Departamentos, debe interpretarse de forma que en ningún caso suponga la sustitución temporal del Ministro, puesto que esa posibilidad les está vedada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12.3 relativo al régimen de suplencia de los titulares de los Departamentos.

La última de las cuestiones enunciadas se refería a la delimitación de los cometidos que el suplente puede asumir y llevar a cabo en el periodo que dure la suplencia. También en este punto la Ley ha querido marcar una orientación, impidiendo que el suplente pueda realizar actos o asumir funciones distintas de lo que la Ley considera el *despacho ordinario de los asuntos*. Ésta es la fórmula que el artículo 13.2 utiliza cuando se refiere al ámbito funcional de la suplencia; y aunque se trata de un concepto jurídicamente indeterminado, es claro que expresa la inequívoca voluntad del legislador de evitar que durante el periodo de la suplencia se puedan realizar actuaciones exorbitantes respecto de lo que sería el desarrollo normal de los asuntos ministeriales.

El problema puede situarse en la exacta determinación de lo que ha de entenderse por *despacho ordinario de los asuntos*. Ciertamente, como ya hemos dicho, se trata de un concepto jurídico indeterminado que no es fácilmente reconducible a otros conceptos que incorporan ciertas divisiones de los actos jurídicos que pueden resultar más conocidas. Así, el *despacho ordinario de los asuntos*, frente a los asuntos extraordinarios no puede en absoluto identificarse con la distinción recogida en el artículo 107 de la Ley 30/1992, que separa los actos de trámite de los actos resolutorios. Más próxima resulta, acaso, la distinción que se ha abierto paso en la doctrina civil entre actos de

disposición y de mera administración, aunque tampoco pueda afirmarse una coincidencia exacta, habida cuenta del contenido netamente patrimonial que tiene la distinción civil.

En cualquier caso, y aun contando con la dificultad que presenta la determinación del concepto utilizado por la Ley del Gobierno, la doctrina se ha mostrado favorable a la incorporación del mismo a la citada Ley, por entender que de ese modo se marca un límite, siquiera negativo, que «pone de manifiesto el necesario autocontrol del sustituto»⁷.

⁷ P. PÉREZ TREMPES, *op. cit.*, páginas 27 y 28. El citado autor no sólo aplaude la incorporación de la cláusula limitativa de las posibilidades del suplente, sino que critica el hecho de que no se haya incorporado una cláusula similar en relación con la suplencia del Presidente del Gobierno.

ARTÍCULO 14. DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES
DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO

- 1. Los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna.**
- 2. Será de aplicación, asimismo, a los miembros del Gobierno el régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración General del Estado.**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario. 2.1. Definición del régimen general de incompatibilidades. 2.2. Excepciones al régimen general de incompatibilidades. 2.3. Infracciones y sanciones.

1. Concordancias

- Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

2. Comentario

La regulación de las incompatibilidades de los miembros del Gobierno contenida en el artículo 14 de la Ley comprende dos mandatos que vienen a coincidir con los dos apartados de ese artículo. En el primer apartado, el legislador ha querido destacar las incompatibilidades que son propias de los miembros del Gobierno, con una excepción explícita reconociendo la compatibilidad del mandato parlamentario. El segundo apartado de ese mismo artículo contiene una remisión al régimen de incompatibilidades previsto en la Ley 12/1995. De ese modo se ratifica la aplicabilidad de la Ley de incompatibilidades de altos cargos a los miembros del Gobierno, tal como había ocurrido bajo la vigencia de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos, hoy derogada, y sucede ahora con la vigente Ley 12/1995, de 11 de mayo, que luce el título mucho más expresivo de Ley de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado¹.

* Artículo comentado por Andrés JIMÉNEZ DÍAZ.

¹ La Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado, ha venido a derogar la Ley sobre incompatibilidades de altos cargos de 26 de diciembre de 1983. Puede verse un análisis de esta y de los demás antecedentes históricos del régimen de incompatibilidades de altos cargos en B. OLIAS DE LIMA GETE, «La incompatibilidad de los altos cargos», *REDA*, número 40, 1984.

Por lo que se refiere al primer apartado del artículo 14, el mismo contiene una prohibición rigurosa dirigida a los miembros del Gobierno, de suerte que éstos «no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna». La obligación de no hacer que incorpora el artículo 14.1 de la Ley del Gobierno plantea una cuestión básica: cuál es el sentido y alcance de las consecuencias del incumplimiento de la obligación que el citado artículo establece, todo lo cual ha de remitirnos a la Ley 12/1995.

En realidad, podemos preguntarnos con toda legitimidad si la prohibición genérica del artículo 14.1 añade algo nuevo y distinto a la remisión del apartado 2 de ese mismo artículo a la Ley 12/1995, salvo compendiar en una breve fórmula el contenido más amplio de esta última Ley. Incluso la excepción relativa al mandato parlamentario estaba ya en la Ley 12/1995, de modo que no resultaba imprescindible referirse nuevamente a ello en la Ley del Gobierno, puesto que esa referencia nada añade a la situación precedente, definida ya en la mencionada Ley 12/1995, de incompatibilidades.

Resulta por ello imposible afrontar el régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno sin tener a la vista la citada Ley, incluso cuando abordemos los enunciados de la Ley del Gobierno supuestamente independientes de la primera de las leyes mencionadas. Y ello porque tanto el apartado 1 como el apartado 2 del artículo 14 de la Ley del Gobierno se vinculan claramente a la Ley 12/1995: el primero lo hace en cuanto que la prohibición genérica que establece no puede ser aplicada más que con el perfil y detalle que nos ofrece la Ley 12/1995, en la que se encuentran las referencias que son absolutamente necesarias cuando se trata de poner en práctica una prohibición genérica y sin matices que en absoluto se compadece con la variedad de las situaciones reales; el segundo porque hace una explícita remisión a la Ley 12/1995 en cuanto contiene el régimen actual de incompatibilidades de los altos cargos, incluidos los miembros del Gobierno.

2.1. *Definición del régimen general de incompatibilidades*

Así pues, comenzaremos directamente con el examen de la Ley 12/1995, aplicable a los miembros del Gobierno. La citada Ley parte de un principio general de incompatibilidad absoluta con cualquier tipo de actividad pública o privada (art. 2.º), recogiendo después las necesarias excepciones a ese principio general (arts. 3.º y 4.º). El principio general es, como queda dicho, de incompatibilidad absoluta y se traduce en las prohibiciones del artículo 2.º que podemos distinguir del siguiente modo:

a) Incompatibilidad funcional

En este caso se trata de asegurar la dedicación total del alto cargo a las competencias que tiene atribuidas, impidiendo que una segunda actividad

pueda menoscabar la atención que debe al ejercicio de las funciones propias del cargo. A esa preocupación responde el artículo 2.1 de la Ley 12/1995, en cuanto exige que los altos cargos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley ejerzan sus funciones con dedicación absoluta sin que puedan «compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena».

b) Incompatibilidad económica

Además de la incompatibilidad funcional, en nuestro Derecho se ha instalado la genérica prohibición de percibir más de una remuneración con cargo a los presupuestos públicos, lo que no siempre guarda una estricta relación con la incompatibilidad funcional. Quiere esto decir que la prohibición de percibir una segunda remuneración pública no es consecuencia necesaria de la prohibición de desempeñar una segunda actividad pública por razones funcionales. En el caso de los altos cargos que perciban pensiones del sistema público, es evidente que no existiría incompatibilidad funcional —el cobro de la pensión no distraería al alto cargo del ejercicio de sus funciones por cuanto que la pensión no exige ninguna contraprestación de servicios— y, sin embargo, existe una incompatibilidad económica que la Ley también impone².

Así pues, la incompatibilidad económica será frecuentemente consecuencia de la funcional —no se puede cobrar por una actividad que no puede ejercerse—, aunque ocasionalmente la incompatibilidad económica pueda aparecer desconectada de cualquier otra consideración, como expresión de la genérica prohibición de recibir más de una percepción pública. Así se infiere de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 12/1995, en el que, tras haber afirmado la imposibilidad de ejercer una segunda actividad, se señala que los altos cargos «tampoco podrán percibir cualquier remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas o Entidades vinculadas o dependientes de las mismas, ni cualquier otra percepción que directa o indirectamente provenga de una actividad privada».

² La incompatibilidad con la percepción de pensiones públicas se halla implícita en el artículo 2.2 de la Ley 12/1995, en la medida en que impide percibir cualquier remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas. Sin embargo, la derogada Ley sobre incompatibilidades de altos cargos de 1983 contenía una mención expresa a la incompatibilidad «con la percepción de pensiones de derechos pasivos o de cualquier Régimen de Seguridad Social público y obligatorio», al tiempo que articulaba una solución, con arreglo a la cual «la percepción de las pensiones indicadas quedará en suspenso por el tiempo que desempeñen su función, recuperándose automáticamente al cesar en la misma». Véase la coincidencia de esa solución con lo dispuesto en el artículo 158 LOREG para los Diputados y Senadores.

c) Incompatibilidad para evitar los conflictos de intereses

Finalmente, la Ley cierra el paso a aquellas situaciones que sin afectar a la dedicación que el cargo requiere ni suponer una segunda remuneración, generen un potencial conflicto de intereses que a su vez pueda incidir en la imparcialidad con la que los altos cargos, incluidos los miembros del Gobierno, han de manifestarse en las decisiones que adopten. Para evitar esas situaciones se articulan un buen número de prohibiciones, entre ellas las contenidas en los siguientes preceptos:

- Artículo 2.2, que prohíbe a los altos cargos tener, por sí o junto con su cónyuge e hijos, participaciones superiores al 10 por ciento en empresas que tengan contratos con el sector público.
- Artículo 2.3, que obliga a inhibirse en el conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubieran intervenido los altos cargos o que interesen a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieren tenido alguna parte ellos, su cónyuge o persona de su familia dentro del segundo grado.
- Artículo 2.4, que extiende a los dos años siguientes a la fecha del cese de los altos cargos la prohibición de realizar actividades privadas relacionadas con expedientes sobre los que hayan dictado resolución en el ejercicio del cargo, ni celebrar contratos de asistencia técnica de servicios o similares con las Administraciones Públicas.

2.2. *Excepciones al régimen general de incompatibilidades*

Las incompatibilidades que hemos denominado funcional y económica poseen cierto número de excepciones que la propia Ley 12/1995 establece y que anuncia ya en su artículo 2.1 en el que, tras definir esas incompatibilidades, señala que las mismas han de entenderse sin perjuicio de las excepciones contenidas en los artículos 3.º y 4.º de la misma Ley. Reconocida la imposibilidad de impedir a los altos cargos la realización de cualesquiera actividades y aun la disfuncionalidad que de ahí podría derivarse, la Ley reconoce dos tipos de excepciones que se convierten en otras tantas compatibilidades: compatibilidad con ciertas actividades públicas y compatibilidad con ciertas actividades privadas.

a) Compatibilidad con actividades públicas

Las compatibilidades que excepcionalmente se admiten con las actividades públicas se regulan en el artículo 3.1 de la Ley 12/1995, que autoriza a los altos cargos el ejercicio de las siguientes actividades:

- Desempeñar los cargos que les correspondan con carácter institucional.
- Ostentar la presidencia o pertenecer a los órganos colegiados de las Administraciones Públicas cuando deban realizar dichas funciones por razón del cargo.
- El desarrollo de misiones temporales de representación ante otros Estados, Organizaciones o Conferencias internacionales.
- La representación de la Administración General del Estado en los consejos de administración de los organismos o empresas con capital público, sin que se pueda pertenecer a más de dos consejos, salvo autorización excepcional del Consejo de Ministros, en cuyo caso no podrá percibirse cantidad alguna en concepto de asistencia al tercer y sucesivos consejos.

El ejercicio acumulado de las funciones que identifica el artículo 3.1 de la Ley 12/1995 con la condición de miembro del Gobierno tiene su explicación en la conveniencia de que ciertos cargos de la Administración Pública ostenten además aquellos cargos que son anejos al que desempeñan con carácter principal, tanto que en ocasiones el segundo cargo se define por referencia al primero, de modo que quien es titular de éste lo es también del cargo anejo. Esa situación resulta especialmente aplicable en el caso de los Ministros, a quienes frecuentemente se les atribuye la presidencia de determinadas instituciones u órganos vinculados al Ministerio de que se trate, así como la representación del Gobierno ante Organizaciones Internacionales.

Ello no obstante, la compatibilidad funcional no significa compatibilidad económica, de suerte que la acumulación de cargos no puede conllevar la acumulación de retribuciones. En este sentido se mantiene la prohibición sobre la concurrencia de remuneraciones, salvo las indemnizaciones por gastos de viajes, estancias y traslados, así como las cantidades que en concepto de asistencia les correspondan por su pertenencia a los órganos colegiados y consejos de administración, con la excepción que queda reseñada para los terceros y sucesivos consejos.

b) Actividades privadas

La Ley 12/1995 reconoce igualmente un determinado número de excepciones relativas a actividades privadas, declarando la compatibilidad de las que el artículo 4.º enumera con el ejercicio de un alto cargo. Sin embargo, esa compatibilidad está en este caso condicionada y los altos cargos sólo podrán hacerla efectiva cuando el ejercicio de las actividades compatibles no comprometa la imparcialidad o independencia de aquéllos. Esto es, ante un eventual conflicto de intereses, la Ley sacrifica la compatibilidad, de forma que nada pueda servir como estímulo negativo que lleve al alto cargo a apartarse de la neutralidad e independencia que deben presidir su actuación.

Con esa condición, es posible compatibilizar la condición de Ministro con las siguientes actividades:

— Las de mera administración del patrimonio personal o familiar. Es sin duda en este punto donde la cláusula cautelar introducida en el mencionado artículo 4.º cobra todo su sentido, puesto que es la administración de los bienes e intereses particulares la que puede generar el conflicto que la Ley pretende evitar. Ciertamente, la propia Ley se ha encargado previamente de eliminar las potenciales situaciones de riesgo, especialmente a través de las disposiciones adoptadas en los artículos 2.º y 7.º Así pues, la cláusula cautelar del artículo 4.º ha de entenderse como una cláusula de cierre, de suerte que si a pesar de las precauciones específicamente adoptadas por la Ley sobre conflictos de intereses, la administración del patrimonio personal o familiar —incluso en supuestos no previstos en las disposiciones específicas de prohibición— pudiera generar ese conflicto, tampoco sería compatible con la condición de miembro del Gobierno.

— La actividad de producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas, así como la colaboración y la asistencia ocasional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional, siempre que no sean consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios o supongan menoscabo del estricto cumplimiento de sus deberes.

La compatibilidad que la Ley autoriza en este punto ha de ser matizada desde la perspectiva de la reserva que a los miembros del Gobierno ha de exigírseles. Debe tenerse en cuenta que las actividades a las que alude al apartado b) del artículo 4.º de la Ley 12/1995, constituyen el vehículo idóneo para la transmisión de las opiniones, pensamientos e ideas que la Constitución reconoce como expresión de un derecho constitucional. Sin embargo, el derecho constitucional a expresarse libremente encuentra ciertas restricciones en la reserva que han de observar las autoridades y cargos públicos respecto de los datos conocidos en virtud de su cargo, puesto que la libertad de expresión no ampara el quebrantamiento de esa norma³.

Por lo que se refiere en concreto a los miembros del Gobierno, existen indudables limitaciones que pesan sobre el ejercicio de su libertad de expresión, de suerte que el reconocimiento de la compatibilidad que venimos comentando no puede servir de justificación para un ejercicio incondicional e ilimitado de ese derecho. El mismo no puede transgredir los límites del secreto que los miembros del Gobierno han de respetar, que impone, entre otras, la propia Ley del Gobierno al declarar secretas las deliberaciones del Consejo de Ministros (art. 5.3), cuyo secreto se obligan a respetar los miembros del

³ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1992, de 14 de diciembre, fundamento jurídico 5.º. Asimismo, R. GARCÍA MACHO, *Secreto profesional y libertad de expresión del funcionario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, página 142.

Gobierno a través de la fórmula de promesa o juramento en el momento de su toma de posesión⁴.

A ello habría de añadirse el deber que deriva de lo dispuesto en la Ley de Secretos Oficiales, artículo 13, con arreglo al cual «las actividades reservadas por declaración de Ley y las materias clasificadas no podrán ser comunicadas, difundidas ni publicadas, ni utilizado su contenido fuera de los límites establecidos por esta Ley». La prohibición tiene particular incidencia en cuanto se refiere a las materias clasificadas (aquéllas que puedan poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado conforme al artículo 2.º de la Ley), puesto que la clasificación corresponde al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor (art. 4.º), lo que permite presumir fundadamente que los miembros del Gobierno tendrán conocimiento de esas materias en todo caso⁵.

— La participación en entidades culturales o benéficas que no tengan ánimo de lucro, siempre que no perciban ningún tipo de retribución o percepción por dicha participación. La prohibición de percibir retribución alguna por dicha participación ya está prevista con carácter general en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones. La Ley establece en su artículo 13 la exigencia de que los patronos ejerzan gratuitamente su cargo, «sin que en ningún caso puedan percibir retribución por el desempeño de su función». Ello no obstante, «los patronos tendrán derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione, salvo disposición en contrario del fundador». Por lo que se refiere a las asociaciones declaradas de utilidad pública, la reciente Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, ha flexibilizado esa previsión; en todo caso, es evidente que se ha de respetar el criterio de la Ley del Gobierno, como ley específicamente aplicable⁶.

De cualquier modo, el régimen de gratuidad con reembolso de los gastos no contradiría lo previsto en la Ley de incompatibilidades, de modo que, sin percibir retribución, los miembros del Gobierno tendrían derecho a los gastos que su pertenencia o participación en entidades sin ánimo de lucro les genere. Se trata, en definitiva, de asegurar la indemnidad de los mismos, de suerte que sin obtener ganancias de esa participación, tampoco sea fuente de quebrantos económicos.

⁴ Véase el artículo 2.º del RD 707/1979, de 5 de abril, por el que se establece la fórmula de juramentos en cargos y funciones públicas. Ciertamente, el deber de reserva vendrá delimitado en cada caso por la decisión del propio Consejo de Ministros de dar a conocer las materias tratadas en el seno del Consejo, de suerte que la publicidad de lo tratado exime a los miembros del Gobierno de mantener una reserva que ya no existe. F. SAINZ MORENO, «Secreto e información en el Derecho público», trabajo incluido en *Estudios sobre la Constitución española*, obra homenaje al profesor E. García de Enterría. Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, página 2882. Véase el RD 1280/2000, de 30 de junio, cuyo artículo 1.º establece las competencias propias del Portavoz del Gobierno, entre las que se incluyen la elaboración y difusión de la reseña del Consejo de Ministros.

⁵ Sobre la Ley de Secretos Oficiales, véase COUSIDO GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento*, Bosch, Barcelona, 1995.

⁶ Véase el art. 32 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación.

c) Pertenencia a las Cortes Generales

Entre las actividades públicas que se declaran compatibles figura la condición de Diputado o Senador, que puede ostentarse simultáneamente con la de miembro del Gobierno, según establece el artículo 4.2 de la Ley 12/1995. La Ley de incompatibilidades resuelve así un problema que la Constitución no había solucionado, puesto que la misma guarda silencio sobre la exigibilidad, prohibición o compatibilidad de la condición de parlamentario con la de miembro del Gobierno⁷. En consecuencia con ello, la Ley del Gobierno, posterior a la de incompatibilidades, no exige para acceder al mismo la obtención previa de un escaño como Diputado o Senador sino que lleva esta cuestión también al régimen de incompatibilidades (art. 14), en el que se afirma que los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, en coherencia con lo que ya establecía la Ley 12/1995 y venía siendo práctica habitual en nuestro país, lo que, por lo demás, resulta enteramente lógico en un sistema que se define como parlamentario⁸.

2.3. *Infracciones y sanciones*

Además del régimen sustantivo de incompatibilidades y excepciones que la Ley 12/1995 contempla, ésta contiene obligaciones adicionales de índole formal que exigen de los altos cargos, incluidos los miembros del Gobierno, la declaración de sus actividades y bienes para la inscripción en los correspondientes registros que la Ley crea al efecto⁹. Y naturalmente, como no hay obligación propiamente dicha si no se establece la sanción correspondiente para el caso de contravención, la misma Ley se ocupa de tipificar las infracciones al régimen de incompatibilidades, así como de establecer las sanciones aplicables.

Por lo que se refiere a las infracciones tipificadas, el artículo 11 de la Ley 12/1995 incluye tanto el incumplimiento de las normas sobre incompatibilida-

⁷ La Ley sobre incompatibilidades de altos cargos reconocía esa misma compatibilidad en su artículo 3.B). Naturalmente, la pertenencia simultánea al Gobierno y al Parlamento de determinados Ministros sitúa a éstos en una posición distinta de la que corresponde a quienes no tienen esa doble condición. Una de las diferencias más significativas es el derecho de voto que se concede a los Ministros que son al mismo tiempo parlamentarios. Véase en este sentido el artículo 40.3 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

⁸ Puede verse un análisis más detallado de este aspecto en A. BAR CENDÓN, «Nombramiento y separación...», donde pueden encontrarse además determinadas estadísticas detalladas sobre la procedencia parlamentaria y extraparlamentaria de los Ministros de los últimos Gobiernos, así como su pertenencia a una u otra Cámara. Puede verse igualmente un examen de esta cuestión desde la perspectiva del Derecho comparado en P. J. HERNANDO GARCÍA, «El estatuto jurídico de los miembros del Gobierno», *Revista de Derecho Político de la UNED*, número 37, 1992.

⁹ Véanse al respecto los artículos 5.º y 6.º de la Ley 12/1995, modificados por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para 2001. Véase también el artículo 8.º de la Ley, regulador de los Registros de Actividades y Bienes de altos cargos.

des como el quebrantamiento de los deberes adicionales de declarar que la misma Ley impone, calificando esas infracciones como muy graves, graves o leves en atención al daño que esas conductas hayan generado en la Administración o a la intencionalidad del autor¹⁰. Pero a nuestros efectos presentan mayor interés las sanciones previstas en la Ley (art. 12) y las consecuencias adicionales de esas sanciones (art. 13), en particular estas últimas.

El artículo 12 de la Ley prevé que las infracciones graves y muy graves serán sancionadas con la declaración y publicación del incumplimiento en el BOE, en tanto que las leves se sancionarán con amonestación, todo ello sin perjuicio de la restitución de las cantidades indebidamente percibidas y de las demás responsabilidades a que hubiere lugar, salvo que se apreciase la existencia de delito, en cuyo caso se pasará el tanto de culpa al Fiscal General del Estado.

Pero, como queda dicho, son las consecuencias adicionales de la infracción las que ofrecen mayor interés. El artículo 13 de la Ley 12/1995 añade un requisito para acceder a la condición de alto cargo, por tanto también a la de Presidente, Vicepresidente o Ministro, no previsto en la Ley del Gobierno, que supone una especie de inhabilitación impropia, no impuesta judicialmente ni en virtud de norma penal. El citado artículo lleva la rúbrica «imposibilidad de ocupar altos cargos» y bajo la misma establece que «quienes hubieran sido objeto de declaración y publicación del incumplimiento de esta Ley no podrán ser nombrados para ocupar cargos de los relacionados en el artículo 1.º, por un periodo de entre tres y diez años, si el incumplimiento fuese calificado como infracción muy grave, o, de hasta tres años, si lo fuese como infracción grave».

El tenor de este artículo contrasta con el rigor del artículo 11 de la Ley del Gobierno, en el que la incapacitación para ejercer el derecho de sufragio pasivo y la inhabilitación requieren sentencia judicial firme, salvo los supuestos de condena por delito de rebelión o terrorismo, en cuyo caso no se exige la firmeza de la condena¹¹. Frente a ese rigor, que se asienta en el principio de presunción de inocencia consagrado constitucionalmente, el artículo 13 de la Ley 12/1995 establece una cláusula sancionadora que tiene las mismas consecuencias que una sentencia de inhabilitación, aunque sin las garantías propias del proceso judicial e incluso sin exigir la firmeza del acto administrativo que imponga la sanción.

Ha de tenerse en cuenta que la potestad sancionadora es en este caso administrativa, por más que la misma se haga residir en el Consejo de Ministros cuando el expediente afecte a los miembros del mismo y a los Secretarios de

¹⁰ Véase el artículo 11 de la Ley.

¹¹ Véase el artículo 6.º de la LOREG al que remite implícitamente el artículo 11 de la Ley del Gobierno al exigir hallarse en el disfrute del derecho de sufragio.

Estado (art. 16 de la Ley 12/1995). Siendo así, nos podríamos encontrar con situaciones en las que un acto administrativo podría inhabilitar a un ciudadano para ocupar un cargo en el Gobierno, al margen de las garantías que la Ley del Gobierno y la Ley electoral establecen.

En la práctica y en una primera aproximación, bien puede afirmarse que nos hallamos ante un problema que en la mayor parte de los casos no se dará, puesto que parece razonable pensar que ningún Presidente del Gobierno se empeñará en nombrar a quien ha sido sancionado por infracción grave o muy grave contra la Ley de incompatibilidades, ya sea que la infracción se haya cometido formando parte del Gobierno anterior, ya sea que la comisión de la infracción haya tenido lugar ocupando un cargo distinto de la Administración también considerado como alto cargo. De ese modo, el filtro político determinaría la inexistencia del problema en la práctica.

Sin embargo, aunque políticamente el problema pueda quedar minimizado, es preciso encontrar una solución jurídicamente coherente a una situación que si no llega a tener la naturaleza de antinomia, sí encierra fuertes elementos de contradicción. El intento de acercar lo que señala la Ley del Gobierno sobre requisitos para acceder al mismo y lo dispuesto en la Ley 12/1995 sobre las consecuencias adicionales del incumplimiento en materia de incompatibilidades, pasaría por encontrar una interpretación del último precepto que permita homogeneizar las exigencias derivadas de una y otra Ley, intentando primar el principio constitucional de presunción de inocencia y el derecho a acceder a los cargos públicos que asumen la Ley del Gobierno y la Ley Electoral, como hemos visto.

Para ello será preciso tomar como punto de partida lo dispuesto en el artículo 138 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común sobre la eficacia de las resoluciones sancionadoras. El mencionado artículo 138 atribuye eficacia ejecutiva a la resolución sancionadora cuando ponga fin a la vía administrativa, lo que ocurriría en el presente caso, puesto que la decisión del Consejo de Ministros o del Ministro de Administraciones Públicas ponen fin a la vía administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento y en la Disposición adicional décimo quinta de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. De ese modo, la disposición sancionadora tendría efectos inmediatos e impediría al sancionado el acceso al Gobierno, sin necesidad de esperar a la sentencia judicial.

En este punto cobra especial significado la previsión del artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre la adopción de medidas cautelares con ocasión del recurso contencioso administrativo. El juego de los artículos 129 (los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia) y 130 (previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto por

aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso), permite al sancionado en vía administrativa aplazar la eficacia de la sanción en tanto se sustancia el recurso contencioso administrativo, situación que podrá mantenerse, en su caso, mientras se resuelve el recurso de casación (art. 91.3 de la Ley de la Jurisdicción). Al mismo tiempo, obliga a los tribunales a suspender la eficacia de la resolución administrativa, pues, de no hacerlo así, el recurso podría perder su finalidad, ya que una vez resuelto el mismo, quizá no tuviese sentido reconocer la capacidad de acceso al Gobierno a quien por la evolución de la situación política ha perdido la oportunidad de hacerlo.

La aplicación combinada de todas esas normas pone en manos del afectado la posibilidad práctica de mantener inejecutada la sanción hasta que exista una sentencia firme en vía contencioso-administrativa, aproximando así los preceptos inicialmente dispares de la Ley del Gobierno y de la Ley 12/1995 e impidiendo lo que la primera de las Leyes citadas ha considerado como un efecto indeseable, es decir, que se impida el acceso al Gobierno a quien no estuviese incapacitado o inhabilitado por sentencia judicial firme, salvo la excepción antes mencionada, relativa a delitos de rebelión o terrorismo.

CAPÍTULO II

DE LOS SECRETARIOS DE ESTADO

ARTÍCULO 15. DEL NOMBRAMIENTO, CESE, SUPLENCIA E INCOMPATIBILIDADES DE LOS SECRETARIOS DE ESTADO

- 1. Los Secretarios de Estado son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros, aprobado a propuesta del presidente del Gobierno o del miembro del Gobierno a cuyo Departamento pertenezcan.**
- 2. La suplencia de los Secretarios de Estado del mismo Departamento se determinará según el orden de precedencia que se derive del Real Decreto de estructura orgánica del Ministerio.**
- 3. Los Secretarios de Estado dependientes directamente de la Presidencia del Gobierno serán suplidos por quien designe el Presidente.**
- 4. Es de aplicación a los Secretarios de Estado el régimen de incompatibilidades previsto para los altos cargos de la Administración General del Estado.**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario.

1. Concordancias

- Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado: artículos 6.º y 14.
- Ley 12/1995, de 11 de mayo de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

2. Comentario

La Ley del Gobierno se refiere a la figura del Secretario de Estado en dos artículos distintos en los que determina la naturaleza y funciones del mismo (art. 7.º), al tiempo que establece las reglas que han de regir su nombramiento, cese, suplencia e incompatibilidades (art. 15). En la medida en que el artículo

* Artículo comentado por Andrés JIMÉNEZ DÍAZ.

7.º ha sido ya objeto de análisis en los comentarios que preceden a éste, corresponde ahora detenerse en el examen del artículo 15, en un intento de desentrañar los diversos aspectos y problemas que ese artículo encierra.

El artículo 15 de la Ley del Gobierno comienza estableciendo el modo en que han de ser nombrados y separados los Secretarios de Estado¹, lo que ha de hacerse mediante Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno o del miembro del Gobierno a cuyo Departamento pertenezcan. La Ley del Gobierno viene a dar cumplimiento en este punto a lo previsto en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, cuyo artículo 6.9 remite a la legislación correspondiente el modo de nombramiento de los Ministros y Secretarios de Estado².

Por lo que se refiere a los requisitos que los Secretarios de Estado han de cumplir, la Ley del Gobierno no especifica nada ni exige requisito alguno. La falta de referencia a las condiciones que se requieren para ser Secretario de Estado puede llamar la atención si tenemos en cuenta que en el caso de los miembros del Gobierno sí se han detallado los requisitos exigibles, de modo que podría suponerse que al legislador le preocupaba igualmente determinar las exigencias para acceder a un cargo tan próximo al de Ministro. Sin embargo, el legislador ha preferido guardar silencio en lo que se refiere a los requisitos exigibles para ser Secretario de Estado, acaso por entender que no tratándose de miembros del Gobierno, sino de órganos de colaboración y apoyo al mismo³, no era preciso establecer requisitos específicos, de modo que sería suficiente con las exigencias que resultan de la legislación general aplicable, de la misma forma que tampoco se establecen requisitos para los otros órganos de colaboración y apoyo que la Ley del Gobierno regula, como son los Directores de los Gabinetes de los miembros del Gobierno.

¹ En relación con los Secretarios de Estado separados de su cargo véase lo establecido en la Disposición duodécima de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992.

² Sobre la relación entre la Ley del Gobierno y la de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, véase T. GONZÁLEZ CUETO, «La Ley del Gobierno y su articulación con la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado»; véase igualmente J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «Sobre la reforma administrativa», ambos trabajos en *Estudios sobre la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*, obra colectiva ya citada.

³ Los Secretarios de Estado son calificados como órganos de colaboración y apoyo del Gobierno en la rúbrica del Capítulo II del Título I de la Ley del Gobierno, en tanto que el artículo 7.º los declara órganos superiores de la Administración General del Estado, en línea con lo que ya establecía el artículo 14 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado que los caracterizaba como órganos superiores de los Ministerios. La exposición de motivos de la primera de las leyes citada es muy expresiva en relación con la posición de los Secretarios de Estado, a los que se refiere en los siguientes términos: «Por lo que respecta a los Secretarios de Estado, se opta por potenciar su *status* y su ámbito funcional sin llegar a incluirlos en el Gobierno. Serán órganos de colaboración muy cualificados del Gobierno, pero no miembros, si bien su importancia destaca sobre el resto de órganos de colaboración y apoyo en virtud de su fundamental misión al frente de importantes parcelas de actividad política y administrativa, lo que les convierte, junto con los Ministros, en un engarce fundamental entre el Gobierno y la Administración».

El distinto tratamiento de los Ministros y los Secretarios de Estado, en lo que se refiere a los requisitos de acceso al cargo, puede explicarse por la diferente naturaleza de unos y otros. Pero, sobre todo, por la cesura que supone su integración en el Gobierno en el caso de los Ministros, y la exclusión del Gobierno en el caso de los Secretarios de Estado. De acuerdo con esa distinción, podría pensarse en la existencia de requisitos específicos junto a requisitos genéricos para ocupar uno y otro cargo, es decir, en condiciones distintas según se trate de acceder al Gobierno o a los órganos superiores de la Administración General del Estado. De ese modo, nuestras indagaciones habrían de orientarse hacia la búsqueda de requisitos distintos de los que exige el artículo 11 a los futuros miembros del Gobierno.

Sin embargo, el carácter básico de las condiciones que el citado artículo 11 demanda a los miembros del Gobierno, así como la ausencia de verdaderos requisitos específicos en materia de edad o capacidad, aconseja tomar aquel artículo como referencia para identificar los requisitos exigibles también a los Secretarios de Estado. En rigor, el artículo 11 de la Ley del Gobierno se limita a recordarnos lo que resultaría del ordenamiento jurídico sin necesidad de ese artículo. Con todo, el artículo 11 sistematiza y detalla un conjunto de requisitos que de otro modo se hallarían dispersos en el ordenamiento y obligarían a un esfuerzo de interpretación que la Ley del Gobierno nos ahorra. En esa medida puede servir de guía para resolver el mismo problema en relación con otros cargos, en este caso, los Secretarios de Estado. No se trata, pues, de trasladar miméticamente a los Secretarios de Estado lo que la Ley señala para los Ministros, ya que el legislador no lo ha querido así. Se trata de tomar aquel artículo como referencia en cuanto reúne y enumera requisitos dispersos que el ordenamiento exige a los cargos públicos en general.

Desde esas condiciones, puede afirmarse sin lugar a dudas que los Secretarios de Estado habrán de reunir la doble condición de español y mayor de edad por ser éstas exigencias directamente nacidas del artículo 13.2 de la Constitución y 322 del Código civil, respectivamente: el primero, en cuanto limita los derechos reconocidos en el artículo 23 de la propia Constitución (entre ellos el de acceder a las funciones y cargos públicos) a los españoles, salvo lo establecido para las elecciones locales; el segundo, en la medida en que hace coincidir la capacidad para todos los actos de la vida civil con la mayoría de edad.

Por lo que se refiere a la exigencia de disfrutar de sufragio activo y pasivo, debe atenderse nuevamente a lo establecido en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General sobre el particular. En primer lugar, como hemos visto, del derecho de sufragio activo quedan excluidos los incapacitados por sentencia judicial firme y los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, siempre que el juez lo declare así expresamente (art. 3.º). Desde luego, resulta de toda lógica que a quienes tienen su capacidad mermada hasta ese extremo se les impida el acceso a la condición de Secretario de Estado.

En relación con el derecho de sufragio pasivo, debe recordarse que esa exigencia se traduce en la de inexistencia de causas de incapacidad electoral e inelegibilidad. Las primeras se dan en los supuestos previstos en el artículo 6.2 de la Ley electoral, es decir, en aquellos casos en que el interesado haya sido condenado por sentencia judicial firme, firmeza que no se exige cuando la sentencia se refiere a delitos de rebelión o terrorismo. A ello habría de añadirse lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado, que sanciona a quienes hubieran sido objeto de declaración y publicación como consecuencia del incumplimiento de dicha Ley con la imposibilidad de ocupar cualquiera de los cargos relacionados en la misma (entre ellos las Secretarías de Estado), por un periodo que puede llegar hasta los diez años, atendida la gravedad de la infracción. También en estos casos la aplicabilidad a los Secretarios de Estado de los requisitos exigidos a los miembros del Gobierno parece fuera de toda duda, dicho sea sin perjuicio de lo que se ha expresado en el comentario a artículos anteriores a propósito de la inhabilitación impropia que crea el artículo 13 de la Ley 12/1995⁴.

Por su parte, las causas de inelegibilidad a las que alude la Ley Electoral no son otra cosa, y así han de ser entendidas, que la imposibilidad de simultanear un cargo como el de Secretario de Estado con otros cargos públicos, lo que obliga al afectado a renunciar al segundo de los cargos que tuviese, todo lo cual constituye una consecuencia inmediata de lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley 12/1995, que obliga a los altos cargos a ejercer sus funciones con dedicación absoluta, declarando expresamente la incompatibilidad con el ejercicio de otras funciones públicas, salvo las excepciones previstas en la propia Ley.

Finalmente, la referencia del artículo 11 de la Ley del Gobierno a los supuestos en que medie una condena de inhabilitación es del todo aplicable en el caso de los Secretarios de Estado, no ya por aplicación de ese artículo, sino por venir así exigido por el Código Penal, pues otra cosa supondría desconocer la fuerza de obligar de las sentencias que impongan aquella pena, sea como pena principal o accesoria. En definitiva, los requisitos exigidos para acceder a la Secretaría de Estado no difieren sustancialmente de los que el artículo 11 de la Ley del Gobierno impone a los miembros de éste. Por más que la Ley nada diga al respecto, el carácter elemental de aquellos requisitos y su fundamento en las normas generales del ordenamiento permiten concluir su aplicabilidad al caso de los Secretarios de Estado.

Sobre las posibilidades de control de esos requisitos, es necesario remitirse a lo que quedó expresado a propósito del control de los nombramientos ministeriales, es decir, la afirmación plena del control jurisdiccional, en concreto a través de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por las mismas razones

⁴ Véase en este sentido el comentario al artículo 14.

que entonces se expusieron. Si en aquel caso se afirmaba la posibilidad de controlar los elementos reglados del nombramiento, otro tanto habrá de decirse ahora, puesto que es indudable que los requisitos enumerados son elementos reglados o *judicialmente asequibles*, según la expresión de la jurisprudencia.

En lo relativo a la suplencia de los Secretarios de Estado, el artículo 15.2 y 3 de la Ley del Gobierno establece el modo de llevarla a cabo, distinguiendo según se trate de Secretarios de Estado dependientes de un Ministerio o de la Presidencia del Gobierno. La Ley se limita a señalar el orden que ha de seguirse para la designación del suplente, sin expresar nada a propósito de las causas de la suplencia. Mas como esas causas se hallan previstas en la legislación, en particular en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, habrá de estarse a los supuestos previstos en ésta como causas de suplencia, lo que nos remite a las tres causas clásicas: vacante, ausencia o enfermedad, en términos similares a los que han quedado expresados al tratar de la suplencia de los miembros del Gobierno.

El orden de designación de los suplentes sí viene establecido en la Ley, con la distinción ya aludida entre Secretarios de Estado dependientes de un Ministerio y de la Presidencia del Gobierno. En el primer caso, la suplencia se determinará según el orden de precedencia que se derive del Real Decreto de estructura orgánica del Ministerio. En el segundo, corresponde al Presidente del Gobierno designar al suplente sin necesidad de atenerse a un orden de precedencia prefijado.

Cuando se trata de Secretarios de Estado dependientes de un mismo Ministerio, la Ley del Gobierno parece prever la sustitución de un Secretario de Estado por otro, en la hipótesis de que existan dos o más Secretarios de Estado por Ministerio⁵. Así parece deducirse de la expresión que utiliza el artículo 15.2 cuando afirma que «la suplencia de los *Secretarios de Estado del mismo Departamento* se determinará según el orden de precedencia que se derive del Real Decreto de estructura orgánica del Ministerio». La solución consistente en la suplencia de un Secretario de Estado por otro vendría a reproducir el sistema de suplencias entre los Ministros, de modo que el suplente posea el mismo rango que aquél al que se suple.

Ese esquema quiebra en el supuesto de que el Ministerio no posea más que una Secretaría de Estado⁶, en cuyo caso sólo podría realizarse la suplencia si se entendiese que el orden de precedencia al que alude la Ley del Gobierno incluye no sólo a los Secretarios de Estado sino a órganos inferiores, de manera que éstos puedan sustituir temporalmente a los titulares de las Secretarías de Estado, con arreglo al orden de precedencia que resulte del correspondiente Real Decreto de estructura del Ministerio.

⁵ Véase, por ejemplo, el RD 689/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica de los Ministerios de Economía y de Hacienda.

⁶ Véase el RD 688/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.

Dada la ambigüedad de la redacción del artículo 15.2 arriba transcrito, incluso podría pensarse en la posibilidad de que la suplencia se realice acudiendo en primer lugar a quienes están inmediatamente por debajo del Secretario de Estado dentro de la propia Secretaría de Estado, sin necesidad de agotar la búsqueda de Secretarios de Estado distintos dentro del mismo Departamento.

En el caso de que los Secretarios de Estado a sustituir dependan de la Presidencia del Gobierno, la designación del suplente corresponde al Presidente sin que la Ley exprese ningún otro condicionante (art. 15.3). Teniendo en cuenta la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno⁷, en la que existe más de un órgano con rango de Secretario de Estado, cada uno de los cuales integra cierto número de órganos inferiores, puede concluirse que la Ley del Gobierno ha puesto en manos del Presidente la elección del suplente en términos que le permitirán designar como tal a otro órgano de igual rango o atribuir la suplencia a órganos inferiores integrados dentro de la Secretaría de Estado cuyo titular debe ser suplido.

El régimen de incompatibilidades al que se hallan sometidos los Secretarios de Estado es el que resulta de la aplicación de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado. La aplicabilidad de esa Ley viene determinada por el artículo 1.1 de la misma en cuanto establece que «la presente Ley regula el régimen de incompatibilidad de actividades y control de intereses aplicable a los miembros del Gobierno de la Nación, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos...». La Ley del Gobierno se limita en este punto a ratificar el sometimiento de los Secretarios de Estado a la Ley 12/1995 en cuanto afecta a su régimen de incompatibilidades, del mismo modo que ratificaba la aplicación de ese régimen a los miembros del Gobierno.

La identidad de regímenes de incompatibilidades es prácticamente absoluta, puesto que la Ley 12/1995 no establece diferencias significativas entre las incompatibilidades aplicables a los altos cargos, salvo la excepción que permite a los miembros del Gobierno y Secretarios de Estado ostentar simultáneamente la condición de Diputado o Senador (art. 3.2). Así pues, resultan de aplicación a los Secretarios de Estado las conclusiones obtenidas al examinar el régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno, tanto en lo que se refiere a los principios generales como a las excepciones a los mismos o al conjunto de obligaciones formales que la Ley impone con carácter general a los altos cargos⁸.

⁷ Véase el RD 838/1996, por el que se reestructura el Gabinete y la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, modificado por RRDD 1731/1998, de 31 de julio y 929/2000, de 26 de mayo.

⁸ Una de las diferencias que pueden encontrarse en punto a incompatibilidad entre Ministros y Secretarios de Estado es la relativa a su pertenencia a las Cortes Generales, diferencia que, sin embargo, se da en el terreno de los hechos antes que en el de la legislación. Como hemos señalado, el artículo 3.2 de la Ley 12/1995 permite a ambos compatibilizar el Ministerio o la Secretaría de Estado con la condición de Diputado o Senador. Pero en la realidad, el Partido Popular ha inaugurado una práctica que supone una incompatibilidad fáctica y que impide a los Secretarios de Estado compatibilizar sus funciones con las de parlamentario, a excepción del Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes.

CAPÍTULO III

DE LOS DIRECTORES DE LOS GABINETES DE PRESIDENTE,
VICEPRESIDENTES, MINISTROS Y SECRETARIOS DE ESTADO

ARTÍCULO 16. DEL NOMBRAMIENTO Y CESE
DE LOS DIRECTORES DE LOS GABINETES

- 1. Los Directores de los Gabinetes del Presidente, de los Vicepresidentes y de los Ministros serán nombrados y separados por Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros.**
- 2. Los Directores de Gabinete de los Secretarios de Estado serán nombrados por Orden Ministerial, previo conocimiento del Consejo de Ministros.**
- 3. Los Directores de los Gabinetes cesarán automáticamente cuando cese el titular del cargo del que dependen. En el supuesto del Gobierno en funciones continuarán hasta la formación del nuevo Gobierno.**
- 4. Los funcionarios que se incorporen a los Gabinetes a que se refiere este artículo pasarán a la situación de servicios especiales, salvo que opten por permanecer en la situación de servicio activo en su Administración de origen.**

Del mismo modo, el personal no funcionario que se incorpore a estos Gabinetes tendrá derecho a la reserva del puesto y antigüedad, conforme a lo dispuesto en su legislación específica.

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario.

1. Concordancias

- Ley de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado: artículo 1.2.g), modificado por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para 2001, artículo 38.
- Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública: artículos 20.2 y 29.2.

* Artículo comentado por ANDRÉS JIMÉNEZ DÍAZ.

- Estatuto de los Trabajadores: artículo 46.1.
- RD 838/1996, de 10 de mayo, por el que se reestructura el Gabinete y la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, modificado por los RRDD 1731/1998, de 31 de julio y 929/2000, de 26 de mayo.

2. Comentario

El artículo 16 de la Ley del Gobierno, relativo a los Directores de los Gabinetes, suscita como primera cuestión la distinción que el propio artículo introduce entre los distintos Directores de Gabinete, al prever el modo de nombramiento de cada uno de ellos. En tanto que los Directores de los Gabinetes de los miembros del Gobierno han de ser nombrados y separados por Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros, los Directores de Gabinete de los Secretarios de Estado son nombrados por Orden Ministerial, previo conocimiento del Consejo de Ministros.

La distinción en el modo de nombramiento obedece a la diferente consideración que cada uno de esos Directores de Gabinete merece al legislador. En tanto que los Directores de los Gabinetes del Presidente y de los Ministros son catalogados como altos cargos, los Directores de los Gabinetes de los Secretarios de Estado no tienen esa consideración.

En este sentido hay que recordar que la Disposición derogatoria de la Ley del Gobierno suprimió la mención a los Directores de los Gabinetes de los Secretarios de Estado contenida en el artículo 1.2.g) de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado. Con posterioridad a ello, el artículo 38 de la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para 2001 ha dado nueva redacción al artículo 1.2.g) de la Ley 12/1995, ratificando lo que ya había adelantado la Ley del Gobierno en el sentido de que sólo son altos cargos «los miembros del Gabinete del Presidente del Gobierno y de la Vicepresidencia nombrados por acuerdo del Consejo de Ministros y los Directores de los Gabinetes de los Ministros».

Así pues, entre los Directores de Gabinete que menciona la Ley del Gobierno existe una clara distinción que separa a los Directores de los Gabinetes de los miembros del Gobierno de los de los Gabinetes de los Secretarios de Estado, tanto en lo que se refiere a su naturaleza como al modo de nombramiento.

Al mismo tiempo, tampoco podría decirse que los Gabinetes ministeriales tengan la misma consideración que el Gabinete del Presidente del Gobierno, puesto que las normas citadas incluyen como altos cargos no sólo al Director sino también a los demás miembros del Gabinete nombrados por acuerdo del Consejo de Ministros, lo que incluye al Subdirector del Gabinete que tiene

rango de Subsecretario y a los titulares de los Departamentos en que se estructura el Gabinete presidencial, con rango de Directores Generales¹, al tiempo que en relación con los Gabinetes de los Ministros sólo se destaca como alto cargo al Director de los mismos.

Los Directores de Gabinete y el personal integrante de los mismos son configurados con las características del personal eventual, tanto en lo que se refiere a las competencias y funciones que se les atribuyen como en lo relativo a la permanencia en el cargo. Así, el artículo 10 de la Ley del Gobierno se refiere a los mismos como los encargados de realizar «tareas de confianza y asesoramiento especial sin que en ningún caso puedan adoptar actos o resoluciones que correspondan legalmente a los órganos de la Administración General del Estado o de las organizaciones adscritas a ella».

En el mismo sentido, el artículo 16.3 establece que los Directores de los Gabinetes cesarán automáticamente cuando cese el titular del cargo del que dependen, vinculando su permanencia en el cargo a la del titular a cuya propuesta han sido designados. Esta segunda previsión guarda una estrecha coherencia con la del artículo 10, puesto que, tratándose de personal de confianza no integrado en la estructura ordinaria de la Administración, dependen de la permanencia en el cargo del titular al que sirven, y ello sin perjuicio de que, con anterioridad al cese del titular que les propuso, éste decida cesar a su Director de Gabinete.

En cualquier caso, la cláusula del artículo 16.3 de la Ley del Gobierno expresa la clara voluntad del legislador de mantener la separación entre el personal eventual, aun cuando al mismo le corresponda un rango superior, y el personal funcionario que con carácter permanente presta sus funciones al servicio de la Administración Pública. A tal fin y con objeto de evitar la permanencia en el cargo más allá de los límites que la Ley ha considerado razonables, es decir, más allá de la permanencia del titular del que dependen, la Ley articula una fórmula absolutamente tajante que determina el cese automático de los Directores de los Gabinetes, aun sin necesidad de acto alguno orientado a ello.

Por lo demás, las previsiones de la Ley del Gobierno vienen a coincidir en este punto con lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, el cual establece que «el personal eventual sólo ejercerá funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial y su nombramiento y cese, que serán libres, corresponden exclusivamente a los Ministros y a los Secretarios de Estado...». A lo que la Ley añade que «el personal eventual cesará automáti-

¹ Véase al respecto el RD 838/1996, de 10 de mayo, por el que se reestructura el Gabinete y la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, modificado por los RRDD 1731/1998, de 31 de julio y 929/2000, de 26 de mayo. Véase igualmente lo dispuesto en los artículos 15 y 18 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que atribuyen al Consejo de Ministros el nombramiento de los Subsecretarios y Directores Generales, mediante Real Decreto.

camente cuando cese la autoridad a la que preste su función de confianza o asesoramiento».

La prescripción del cese automático ha de entenderse sin perjuicio de lo que la propia Ley del Gobierno establece cuando se trata de los Directores de Gabinete de un Gobierno en funciones, en cuyo caso aquéllos permanecerán en su cargo hasta la formación del nuevo Gobierno, en los términos previstos en el artículo 101 de la Constitución.

Finalmente, la Ley del Gobierno (art. 16.4) se ocupa de la situación en la que han de quedar los miembros de los Gabinetes que ostenten previamente la condición de funcionarios, reiterando una previsión que ya se contenía en la Ley 30/1984, en el sentido de que los funcionarios que se incorporen a los Gabinetes pasarán a la situación de servicios especiales, salvo que opten por permanecer en la situación de servicio activo en su Administración de origen (art. 29.1.i) de la Ley 30/1984).

En el caso de que optasen por la situación de servicios especiales le serían aplicables los efectos que a esa situación atribuye el artículo 29.1 de la Ley 30/1984, esto es, el cómputo del tiempo que permanezcan en tal situación en lo relativo a ascensos, trienios y derechos pasivos, así como la reserva de plaza y destino que ocupasen².

Un tratamiento similar se otorga al personal no funcionario que se incorpore a los Gabinetes de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado, en cuyo caso los integrantes del Gabinete quedarían en la situación prevista en el artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores (excedencia forzosa para cargo público), con efectos similares a la de servicios especiales, de forma que el trabajador afectado conserva el puesto de trabajo y tiene derecho al cómputo de la antigüedad durante el periodo de vigencia de la excedencia forzosa.

² Véase en el mismo sentido el artículo 4.º del Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aprobado por RD 365/1995, de 10 de marzo.

TÍTULO III
DE LAS NORMAS DE FUNCIONAMIENTO
DEL GOBIERNO Y DE LA DELEGACIÓN
DE COMPETENCIAS

ARTÍCULO 17. DE LAS NORMAS APLICABLES
AL FUNCIONAMIENTO DEL GOBIERNO

El Gobierno se rige, en su organización y funcionamiento, por la presente Ley y por:

- a) Los Reales Decretos del Presidente del Gobierno sobre la composición y organización del Gobierno, así como de sus órganos de colaboración y apoyo.**
- b) Las disposiciones organizativas internas, de funcionamiento y actuación emanadas del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros.**

Sumario: 1. Concordancias. 2. Comentario.

1. Concordancias

Constitución española. Artículo 98.1.:

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

Real Decreto 557/2000, de 27 de abril, por el que se reestructuran los Departamentos ministeriales, modificado por el Real Decreto 683/2000, de 11 de mayo, por el que se modifica la estructura orgánica de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Hacienda, Interior, Fomento y Economía.

«El artículo 2.2.j) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, atribuye al Presidente la competencia para crear, modificar y

* Artículo comentado por Claro J. FERNÁNDEZ-CARNICERO.

suprimir, por Real Decreto, los Departamentos ministeriales y las Secretarías de Estado.

Con el fin de impulsar la acción del Gobierno, facilitar el desarrollo de su programa político y dotar de la mayor eficacia a la Administración General del Estado, se considera conveniente reformar la actual estructura ministerial.

En su virtud, a propuesta del Presidente del Gobierno,

DISPONGO:

Artículo 1.

La Administración General del Estado queda estructurada en los siguientes Departamentos ministeriales:

Ministerio de Asuntos Exteriores.
Ministerio de Justicia.
Ministerio de Defensa.
Ministerio de Hacienda.
Ministerio del Interior.
Ministerio de Fomento.
Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.
Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.
Ministerio de la Presidencia.
Ministerio de Administraciones Públicas.
Ministerio de Sanidad y Consumo.
Ministerio de Medio Ambiente.
Ministerio de Economía.
Ministerio de Ciencia y Tecnología».

Real Decreto 558/2000, de 27 de abril, por el que se establecen las Vicepresidencias del Gobierno, modificado por Real Decreto 209/2001, de 27 de febrero.

Real Decreto 694/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de las Administraciones Públicas, modificado por Real Decreto 1372/2000, de 19 de julio.

Real Decreto 693/2000, de 22 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

Real Decreto 1282/2000, de 30 de junio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

Real Decreto 687/ 2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Real Decreto 1473/2000, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores, modificado y parcialmente derogado por el Real Decreto 3424/2000, de 15 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Cooperación Internacional.

Real Decreto 574/2000, de 5 de mayo, por el que se crean determinados órganos directivos en los Ministerios de Hacienda, Educación, Cultura y Deporte, Economía y Ciencia y Tecnología.

Real Decreto 696/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia y Tecnología, modificado por Real Decreto 993/2000, de 2 de junio.

Real Decreto 1451/2000, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Real Decreto 1883/1996, de 2 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, modificado por: el Real Decreto 2613/1996, de 20 de diciembre, por el que se suprimen ciertos organismos autónomos, el Real Decreto 616/1997, de 25 de abril, por el que se modifica el Reglamento de Organización, funcionamiento y personal del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas», el Real Decreto 76/2000, de 21 de enero y por el Real Decreto 64/2001, de 26 de enero.

Real Decreto 574/2000, de 5 de mayo, por el que se crean determinados órganos directivos de los Ministerios de Hacienda, Educación, Cultura y Deporte, Economía y Ciencia y Tecnología.

Real Decreto 689/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda, modificado por Real Decreto 1371/2000, de 19 de julio y parcialmente derogado por Real Decreto 63/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del Organismo Autónomo del Instituto de Estudios Fiscales.

Real Decreto 574/2000, de 5 de mayo, por el que se crean determinados órganos directivos en los Ministerios de Hacienda, Educación, Cultura y Deporte, Economía y Ciencia y Tecnología.

Real Decreto 691/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Real Decreto 1331/2000, de 7 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Real Decreto 690/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento.

Real Decreto 1475/2000, de 4 de agosto, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento, modificado por Real Decreto 444/2001, de 27 de abril.

Real Decreto 574/2000, de 5 de mayo, por el que se crean determinados órganos directivos en los Ministerios de Hacienda, Educación, Cultura y Deporte, Economía y Ciencia y Tecnología.

Real Decreto 689/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica de los Ministerios de Economía y Hacienda.

Real Decreto 1330/2000, de 17 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda, derogado parcialmente por el Real Decreto 63/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del Instituto de Estudios Fiscales.

Real Decreto 807/2000, de 19 de mayo, por el que se crea la Dirección General de extranjería e Inmigración dentro del Ministerio del Interior.

Real Decreto 1449/2000, de 28 de julio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.

Real Decreto 688/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.

Real Decreto 1474/2000, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.

Real Decreto 695/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente.

Real Decreto 1415/2000, de 21 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente, modificado por Real Decreto 376/2001, de 6 de abril.

Real Decreto 811/2000, de 19 de mayo, por el que se determina la estructura de apoyo del Ministro Portavoz del Gobierno.

Real Decreto 1280/2000, de 30 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministro Portavoz del Gobierno.

Real Decreto 808/2000, de 19 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministro de la Presidencia.

Real Decreto 929/2000, de 26 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 838/1996, de 10 de mayo, que reestructura el Gabinete y la Secretaría General de Presidencia del Gobierno.

Real Decreto 1087/2000, de 8 de junio, por el que se modifica la estructura orgánica de la Secretaría General de Presidencia del Gobierno.

Real Decreto 1281/2000, de 30 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministro de la Presidencia.

Real Decreto 809/2000, de 19 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Real Decreto 1450/2000, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Real Decreto 692/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

2. Comentario

Ampliando el objeto de la rúbrica, *funcionamiento*, el precepto se refiere al marco normativo de la *organización y funcionamiento* del Gobierno, integrado por:

1.º La propia *Ley 50/1997* que, en lo referente a la posición directiva del Gobierno respecto de la Administración Pública, deberá concordarse con la *Ley 6/1997*, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, así como con la *Ley 30/1992*, de 26 de noviembre, modificada por la *Ley 4/1999*, de 13 de enero, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La separación del régimen jurídico del Gobierno del aplicable a la Administración Pública pone de manifiesto una voluntad de definir de modo estricto la *función gubernativa*, conceptualizándola como diferente de la *función administrativa*, que se sitúa en una relación de dependencia de aquella.

2.º Los *Reales Decretos del Presidente del Gobierno* que tengan por objeto:

- La composición y organización de este órgano constitucional.
- Sus órganos de colaboración y apoyo.

3.º Las *disposiciones administrativas de rango inferior* que, ya se dicten por el Presidente del Gobierno o por el Consejo de Ministros, complementen lo establecido por normas de superior rango en materia de organización interna, funcionamiento y actuación.

Lo taxativo del precepto excluye, en consecuencia, la aplicación de otras normas, como es el caso de los artículos 22 y siguientes de la *Ley 30/1992*, relativos al régimen de los órganos administrativos colegiados.

De otra parte, la primacía de la voluntad del Presidente a la hora de establecer la estructura y el *modus operandi* del Gobierno aflora en la relación de fuentes normativas enunciadas, que consagran una lógica autonomía organizativa de quien es depositario de la confianza parlamentaria para formar y dirigir aquél.

Si los demás poderes disponen también de ese margen de *autoorganización* (art. 72 CE, respecto del poder legislativo y el artículo 122.2 CE, concordante con los artículos 104.2 y 110, 1 y 2 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, al enunciar la función del Consejo General de éste), no puede discutirse a quien

dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de sus miembros (art. 98.2 CE) la competencia para organizarse que constituye la premisa de lo que después será su acción política.

En consecuencia, el sentido último o principal razón de ser de la Ley del Gobierno es el de servir de marco a esa competencia o potestad. Como tal marco se incardina en el ámbito del principio de legalidad (art. 9.3, concordante con el artículo 97 *in fine* y 103.1, *in fine*, de nuestra Norma Fundamental, ya que del «sometimiento pleno a la ley y al Derecho», que se predica de la Administración Pública, no puede quedar exento el Gobierno que la dirige).

ARTÍCULO 18. DEL FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE MINISTROS

- 1. El Presidente del Gobierno convoca y preside las reuniones del Consejo de Ministros, actuando como Secretario el Ministro de la Presidencia.**
- 2. Las reuniones del Consejo de Ministros podrán tener carácter decisorio o deliberante.**
- 3. El orden del día de las reuniones del Consejo de Ministros se fijará por el Presidente del Gobierno.**
- 4. De las sesiones del Consejo de Ministros se levantará acta en la que figurarán, exclusivamente, las circunstancias relativas al tiempo y lugar de su celebración, la relación de asistentes, los acuerdos adoptados y los informes presentados.**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Reuniones de los órganos colegiados del Gobierno. 3. Clases de asuntos. 4. Actuaciones previas a la celebración de las reuniones de los órganos colegiados del Gobierno. 5. Actuaciones posteriores a la celebración del Consejo de Ministros. 6. Elaboración y formación de las actas del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno y de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios. 7. Normas adicionales. 8. Comentario.

1. Concordancias

Constitución española. Artículo 98.2.

«El Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión».

Ley del Gobierno. Artículo 2.2.g).

Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno (Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996).

* Artículo comentado por Claro J. FERNÁNDEZ-CARNICERO.

2. Reuniones de los órganos colegiados del Gobierno

2.1. Reuniones del Consejo de Ministros

S. M. el Rey presidirá las sesiones del Consejo de Ministros en el supuesto a que se refiere el artículo 62.g) de la Constitución.

El Presidente del Gobierno convoca y preside las reuniones del Consejo de Ministros, actuando como Secretario el Ministro de la Presidencia.

Las reuniones del Consejo de Ministros podrán tener carácter decisorio o deliberante.

El orden del día de las reuniones de carácter decisorio se determinará, igualmente, por el Presidente del Gobierno, teniendo en cuenta, en todo caso, lo establecido en los epígrafes 3.1.4 y 3.7 de las presentes Instrucciones.

Las reuniones del Consejo se celebrarán ordinariamente los viernes de cada semana.

La remisión de las convocatorias a los miembros del Consejo se efectuará por el Ministro Secretario del mismo.

2.2. Reuniones de las Comisiones Delegadas del Gobierno

La presidencia de las Comisiones Delegadas del Gobierno corresponde al titular del órgano superior que se determine en las correspondientes normas reguladoras.

Las reuniones de las Comisiones Delegadas del Gobierno podrán tener carácter decisorio o deliberante.

La convocatoria y el orden del día de las reuniones de estos órganos colegiados se determinarán por su Presidente.

Corresponde al Secretario del Gobierno, en relación con las reuniones de las Comisiones Delegadas:

- a) La remisión de las convocatorias a los diferentes miembros de la Comisión.
- b) El archivo y custodia de las convocatorias, órdenes del día y actas de las reuniones.
- c) La colaboración con las Secretarías Técnicas en la organización de las reuniones.

Corresponde a las Secretarías Técnicas de las Comisiones Delegadas del Gobierno:

- a) La elaboración y formalización de las actas.
- b) La distribución de los expedientes, informes o asuntos que hayan de ser sometidos al conocimiento, deliberación o decisión de las Comisiones Delegadas.
- c) El archivo y custodia de la documentación a que se refiere el apartado anterior.
- d) El archivo y custodia de un duplicado de las convocatorias, órdenes del día y actas.

Las reuniones de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos se celebrarán ordinariamente los jueves de cada semana, y las correspondientes a las restantes Comisiones Delegadas en las fechas que determinen sus Presidentes.

2.3. *Reuniones de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios*

La presidencia de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios corresponde al Ministro de la Presidencia, ejerciendo la secretaría de este órgano colegiado el Subsecretario de la Presidencia.

La convocatoria y el orden del día de las reuniones se determinará por el Ministro de la Presidencia.

Las reuniones de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios tienen carácter preparatorio de las sesiones del Consejo de Ministros.

El cometido de la Comisión es de carácter general. En consecuencia, todos los asuntos que vayan a someterse a la aprobación del Consejo de Ministros deben ser examinados por aquélla. Quedan exceptuados de este trámite: a) los nombramientos de altos cargos y los que vayan a efectuarse mediante Real Decreto; b) los ascensos del personal militar o de funcionarios civiles; c) los indultos, y d) aquellos asuntos que, por su especial naturaleza o excepcional urgencia, decida el Presidente del Gobierno someter directamente al Consejo de Ministros, por propia iniciativa, o a solicitud del titular de un Departamento. En ningún caso la Comisión podrá adoptar decisiones o acuerdos por delegación del Gobierno.

Los Subsecretarios informarán a los Ministros acerca de la totalidad de los asuntos debatidos en cada sesión.

Las reuniones de la Comisión se celebrarán ordinariamente los miércoles de cada semana, correspondiendo a su Presidente la fijación del orden del día.

Cuando algún Secretario de Estado o Subsecretario no pueda asistir a una reunión será sustituido, siempre que sea posible, por otro miembro de la Comi-

sión perteneciente al mismo Departamento. Si se ausentan todos los representantes de un Departamento podrán ser sustituidos, previa autorización del Presidente de la Comisión, por el Subsecretario de otro Ministerio.

La inasistencia a las reuniones se comunicará al Presidente de la Comisión, antes de la celebración de las mismas.

3. Clases de asuntos

3.1. Clasificación

Los asuntos sometidos al conocimiento, deliberación o decisión de los Órganos Colegiados del Gobierno se clasifican de la siguiente forma:

- a) Proyectos de disposiciones de carácter general:
 - 1. Anteproyectos de leyes.
 - 2. Proyectos de Reales Decretos-leyes.
 - 3. Proyectos de Reales Decretos legislativos.
 - 4. Proyectos de Reales Decretos.
- b) Proyectos de disposiciones de carácter singular.
- c) Propuestas de acuerdos.
- d) Informes.

3.2. Criterios de clasificación

Para la correcta clasificación de los asuntos deberán tenerse en cuenta los siguientes criterios interpretativos:

- a) Los proyectos de disposiciones de carácter general se incluirán como tales en el apartado que les corresponda.
- b) Los actos singulares que hayan de adoptar la forma de Real Decreto se agruparán en el apartado denominado «Proyectos de disposiciones de carácter singular».

Se incluirán en este apartado los nombramientos y ceses de altos cargos, los ascensos del personal militar o funcionario, la concesión de indultos, el otorgamiento de condecoraciones y, en general, todos los actos singulares que, por disposición legal, hayan de revestir la forma de Real Decreto.

- c) Las resoluciones o decisiones carentes de carácter normativo, y que constituyan actos de trámite o de régimen interno de la Administración, adoptarán la forma de acuerdo.

Se consignarán en este apartado las autorizaciones en materia de tratados y convenios internacionales, las decisiones sobre recursos de inconstitucionalidad y requerimientos de incompetencia, las convalidaciones de gastos, las habilitaciones y dispensas en materia de nacionalidad, las decisiones relacionadas con los procedimientos de extradición, la conformidad para la celebración de contratos, la resolución de recursos, la petición de dictámenes y otros asuntos de naturaleza análoga.

4. Actuaciones previas a la celebración de las reuniones de los órganos colegiados del Gobierno

4.1. Órdenes del día

El orden del día de los diferentes órganos colegiados del Gobierno estará constituido por los siguientes documentos.

1. En la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, por la relación de todos los asuntos examinados por aquélla («índice negro»).

2. En la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por la relación de los asuntos a tratar en cada reunión («índice azul»).

3. En la Comisión Delegada del Gobierno para la Política Autonómica, por la relación de los asuntos a tratar por la misma («índice gris»).

4. En el Consejo de Ministros, por la relación de asuntos consignados en los siguientes índices:

- El índice de los asuntos informados favorablemente por la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios («índice verde»).
- El índice de los asuntos que por su singular naturaleza o importancia, o por haber suscitado discrepancias en la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, deben ser sometidos a una especial deliberación del Consejo de Ministros («índice rojo»).

4.2. Inclusión de asuntos en el «índice negro»

La formación del orden del día de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios se realizará mediante la remisión por cada Ministerio de la propuesta de los asuntos («índice parcial») que, a su juicio, deban ser tratados en la próxima reunión. Las propuestas deberán entrar en el Secretariado del Gobierno antes de las diecinueve horas del miércoles anterior a la correspondiente reunión.

El título de los asuntos habrá de ser suficientemente expresivo de su contenido, evitándose las denominaciones ambiguas o complejas, las que exijan, para su comprensión, la consulta de textos legales y las que susciten dudas de interpretación.

El Presidente de la Comisión aprueba el orden del día («índice negro»), pudiendo excluir del mismo aquellos asuntos que no cumplan los requisitos establecidos o que, por su peculiar naturaleza, deban ser tratados en una reunión posterior.

La inclusión en el «índice negro» de un asunto exigirá su distribución antes del jueves precedente a la celebración de la Comisión. El incumplimiento de esta norma implicará la retirada del asunto del orden del día.

4.3. *Reparto del orden del día y de la documentación correspondiente*

A) Orden del día

Una vez aprobado el orden del día, el Secretariado del Gobierno procederá a su reparto a todos los miembros de la Comisión.

B) Plazos

Los anteproyectos de ley y los proyectos de disposiciones generales del Gobierno con rango de ley deberán distribuirse con una antelación de tres semanas. Con carácter excepcional, el Presidente de la Comisión podrá autorizar, a petición del Ministerio proponente, un plazo de reparto inferior al señalado, que en ningún caso será inferior a una semana.

C) Propuestas conjuntas

Las propuestas conjuntas requerirán, además de la petición del Ministerio correspondiente, la conformidad por escrito de los Subsecretarios de los restantes Departamentos proponentes.

D) Documentación de los diferentes asuntos

Los anteproyectos de ley deberán ir acompañados de los siguientes documentos:

- a) La exposición de motivos.
- b) Los antecedentes necesarios para que las Cortes Generales puedan pronunciarse sobre el proyecto.
- c) Los dictámenes e informes de carácter preceptivo que hayan sido emitidos.

Los antecedentes —tradicionalmente incluidos en la llamada «memoria»— comprenden la descripción del supuesto que es objeto de regulación, la relación de las normas que resultan aplicables, la indicación de sus limitaciones o insuficiencias, la valoración de los factores económicos y sociales concurrentes, y la previsión de la cobertura presupuestaria. La exposición de motivos, que constituye un documento separado de la «memoria», comprende la descripción de las necesidades o exigencias que trata de satisfacer la norma y las medidas adoptadas para tal satisfacción.

Los proyectos de Reales Decretos se distribuirán íntegros, acompañados de las aprobaciones, autorizaciones e informes preceptivos y, en su caso, de la correspondiente «memoria».

Será suficiente la distribución de un extracto de las propuestas de acuerdos extensos.

En casos excepcionales y cuando la importancia del asunto lo requiera, a juicio de la presidencia de la Comisión y de conformidad con el Ministerio proponente, se entregará al Secretariado del Gobierno una copia íntegra del expediente, para su examen por los miembros de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios que tuvieran interés en el asunto.

4.4. *Adición de asuntos al orden del día por razones de urgencia*

4.4.1. Adición de asuntos antes de la celebración de las reuniones

Cuando por razones de excepcional urgencia, derivadas de la necesidad de cumplir plazos perentorios, deba incorporarse algún asunto al orden del día, el Ministro o Subsecretario del Departamento proponente solicitará por escrito la correspondiente adición que, en caso de ser autorizada, será comunicada a todos los Ministerios por el Secretario del Gobierno.

4.4.2. Presentación de asuntos sobre la mesa

La presentación de asuntos sobre la mesa de la Comisión deberá ser aprobada por el Presidente y aceptada por todos los miembros presentes.

4.5. *Reparto de observaciones y nuevos textos*

Las observaciones formuladas por los Ministerios a los asuntos incluidos en el orden del día serán remitidas por correo electrónico al Secretariado del Gobierno y distribuidas, por este mismo procedimiento, a todos los Departamentos.

Las observaciones que se formulen deberán ofrecer, siempre que sea posible, la redacción alternativa del texto cuya modificación se propone.

Las observaciones habrán de ser cursadas antes de las veinte horas del lunes previo a la reunión de la Comisión y las respuestas a dichas observaciones antes de las trece horas del martes precedente a la expresada reunión.

Una vez informado favorablemente un asunto por la Comisión no procederá la formulación de nuevas observaciones al mismo, salvo aquellas que se formulen directamente ante el Consejo de Ministros.

Cuando, como consecuencia de las observaciones formuladas o del debate suscitado sobre un asunto, sea necesario elaborar un nuevo texto, éste habrá de ser repartido con antelación suficiente a la fecha de celebración de la Comisión. Las sucesivas versiones deberán expresar con claridad el número y la fecha de su elaboración.

Conjuntamente con el nuevo texto, y con objeto de facilitar la labor de los servicios de informes, debe repartirse una relación de las variantes introducidas con respecto al texto anterior.

4.6. *Régimen de adopción de acuerdos de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios*

Los informes de la Comisión no son sometidos formalmente a votación.

Si uno o varios Departamentos manifiestan su oposición formal a un determinado proyecto, éste puede ser aplazado o retirado hasta la resolución de las discrepancias o la presentación de un nuevo texto. De igual forma podrá procederse cuando uno o varios Departamentos formulen observaciones sustanciales a un asunto.

La existencia de discrepancias u observaciones sustanciales es apreciada por el Presidente de la Comisión, quien adoptará la decisión oportuna, a efectos de dejar el asunto sobre la mesa, o de su eventual inclusión en el «índice rojo» o en el «índice verde».

4.7. *Índices verde y rojo*

A) «Índice verde»

Los asuntos informados favorablemente por la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios se incluyen de oficio en el «índice verde», salvo que, de acuerdo con lo previsto en el apartado B) siguiente, deban ser incorporados al «índice rojo».

La inclusión de asuntos en el «índice verde» requerirá la entrega o remisión al Secretariado del Gobierno, antes de las reuniones de la Comisión, de las propuestas firmadas por el Ministro o Ministros proponentes.

B) «Índice rojo»

El Presidente del Gobierno aprueba el «índice rojo» de las reuniones del Consejo de Ministros.

Se incluirán en el «índice rojo» los siguientes asuntos:

- Los anteproyectos de ley.
- Los proyectos de Reales Decretos-leyes y de Reales Decretos legislativos.
- Los proyectos de Reales Decretos y las propuestas de acuerdos, cuando los mismos tengan una relevante repercusión política, económica o presupuestaria.
- Los recursos de inconstitucionalidad, siempre que sean sometidos a la deliberación del Consejo de Ministros.
- Los nombramientos de altos cargos y los ascensos de personal militar o de funcionarios civiles.
- Los indultos.
- Los informes que los Ministros sometan directamente al Consejo.

Las adiciones al «índice rojo» por razones de urgencia se solicitarán personalmente por el Ministro proponente al Presidente del Gobierno, quien adoptará la decisión oportuna. No está prevista ninguna otra vía para la adición de asuntos al «índice rojo».

C) Modelos e impresos

Las propuestas de los asuntos incluidos en los índices «verde» y «rojo» deberán formalizarse en los correspondientes modelos, que figuran en el anexo de las presentes Instrucciones.

Los anteproyectos de ley se presentarán en ejemplar triplicado, firmados por el Ministro proponente y rubricados en cada una de sus páginas.

Los modelos establecidos para las propuestas de disposiciones sustituyen a las hojas de decisión y a las «cuartillas para Boletín», por lo que, tanto el ejemplar blanco como el verde tienen el carácter de original. El Secretariado del Gobierno utilizará el ejemplar verde para ordenar la inserción en el «Boletín Oficial del Estado».

4.8. *Índices azul y gris*

El Secretariado del Gobierno distribuirá el orden del día de las Comisiones Delegadas del Gobierno, de acuerdo con el contenido que señale la respectiva Secretaría Técnica.

La distribución de los textos, informes y documentos deberá efectuarse con carácter previo o simultáneo a la inclusión de los asuntos en el orden del día.

5. Actuaciones posteriores a la celebración del Consejo de Ministros

5.1. *Leyes*

5.1.1. Certificación y remisión de proyectos de ley a las Cortes Generales

En relación con los proyectos de ley, el Ministro Secretario del Consejo certificará los tres ejemplares recibidos y remitirá uno al Presidente del Congreso de los Diputados, otro al Departamento proponente y el tercero al Secretariado del Gobierno.

5.1.2. Publicación de las leyes

Para la publicación de las leyes se procederá de la siguiente forma:

1. Una vez que el Congreso de los Diputados o el Senado hayan enviado al Presidente del Gobierno el texto definitivo de una ley, se iniciará el procedimiento para cumplir con lo previsto en el artículo 91 de la Constitución.

2. El «Boletín Oficial del Estado», en base a dicho texto definitivo, elaborará las pruebas de imprenta y las remitirá al Ministerio de la Presidencia para que se proceda a su corrección. Corregidas las mismas, el «Boletín Oficial del Estado» confecciona el texto impreso, cuyo original se enviará por el Ministerio de la Presidencia a refrendo del Presidente del Gobierno y posterior elevación al Rey para su firma, dentro del plazo previsto en el artículo 91 de la Constitución.

3. Ordenada por el Rey la publicación de una ley, el Secretariado del Gobierno dispondrá la inmediata inserción de la misma en el «Boletín Oficial del Estado».

5.1.3. Corrección de errores en el texto de las leyes publicadas

Después de publicadas las leyes en el «Boletín Oficial del Estado», sólo se procederá a la corrección de las mismas a petición del Congreso de los Diputa-

dos o del Senado, salvo lo dispuesto en el artículo 19.1 del Real Decreto 1511/1986, de 6 de junio, sobre corrección de los errores de composición o impresión.

5.2. *Disposiciones y acuerdos*

5.2.1. Certificación

El Secretariado del Gobierno, una vez certificada la aprobación de los proyectos de disposiciones de carácter general o singular, remitirá uno de los ejemplares al Departamento proponente.

Igual trámite se seguirá para la certificación de los acuerdos.

5.2.2. Publicación de las disposiciones y acuerdos

Todas las disposiciones aprobadas por el Consejo de Ministros deben ser objeto de publicación en el plazo más breve posible.

Cuando el Consejo de Ministros apruebe sin modificaciones una disposición, el Secretariado del Gobierno iniciará inmediatamente los trámites para su refrendo, firma y publicación. Cumplimentados los oportunos trámites, el Secretariado del Gobierno enviará al «Boletín Oficial del Estado» un ejemplar para su publicación.

Los acuerdos del Consejo de Ministros se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado» cuando así se establezca en alguna disposición legal, o siempre que se considere conveniente su difusión.

5.2.3. Proyectos modificados

Los textos que hayan sido modificados por el Consejo de Ministros serán objeto de revisión por el Secretariado del Gobierno, en coordinación con el Ministerio proponente.

5.2.4. Corrección de errores en el texto de las disposiciones

Después de la publicación de las disposiciones en el «Boletín Oficial del Estado», sólo se admitirá la corrección de errores cuando lo estime procedente el Ministro Secretario, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1511/1986, de 6 de junio, de ordenación del diario oficial del Estado.

6. Elaboración y formación de las actas del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno y de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios

6.1. Contenido de las actas del Consejo de Ministros

En las actas figurarán exclusivamente las indicaciones de lugar y hora, la relación de los asistentes y la denominación o título de todos los asuntos aprobados y de los informes emitidos.

Dado el carácter secreto de las deliberaciones, en ningún caso se hará constar el contenido de las mismas o las opiniones expresadas en el curso de las reuniones.

6.2. Elaboración del acta del Consejo de Ministros

El Ministro Secretario elaborará el acta de las reuniones del Consejo de Ministros. Un borrador del acta será remitido a todos sus miembros por el Secretariado del Gobierno.

Con las observaciones formuladas por los Departamentos se confeccionará el acta definitiva, que será firmada por el Presidente del Gobierno y de la que dará fe el Ministro Secretario.

7. Normas adicionales

7.1. Reparto general de documentación

Todos los documentos que hayan de ser distribuidos con carácter general—textos, documentación complementaria, observaciones y órdenes del día—tendrán los siguientes destinatarios:

- Presidente del Gobierno.
- Vicepresidentes del Gobierno.
- Ministros, Secretarios de Estado y Subsecretarios.
- Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno.
- Secretario General de la Presidencia del Gobierno.
- Secretario General de Información.
- Director General del Secretariado del Gobierno.

Cuando la instalación de un sistema de transmisión electrónica de datos lo permita, los textos serán enviados a la unidad central radicada en el Secretariado del Gobierno, desde la que se difundirán a los restantes destinatarios.

Entre tanto continuará haciéndose directamente por cada Ministerio proponente.

En el caso de textos de cierta extensión debe remitirse copia o fotocopia íntegra de los mismos.

Los textos breves, cuya extensión no exceda de tres o cuatro páginas, podrán transmitirse por télex o por facsímil, dando preferencia a este último procedimiento cuando se trate de transmisiones especialmente urgentes.

7.2. Custodia de documentos

El carácter secreto de las deliberaciones del Consejo de Ministros se extiende, también, a las reuniones de las Comisiones Delegadas del Gobierno y de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios.

Los Departamentos ministeriales adoptarán las normas de orden interno necesarias para la custodia y tratamiento confidencial de los diversos documentos que son objeto de reparto, y en especial de los índices y actas de los Órganos Colegiados del Gobierno.

7.3. Normalización

Los asuntos se presentarán en los formatos e impresos normalizados que figuran como anexo de las presentes Instrucciones.

7.4. Unidades encargadas de las relaciones con el Secretario del Gobierno

Las relaciones con el Secretariado del Gobierno se canalizarán preferentemente a través de las Secretarías Generales Técnicas de los Departamentos.

Estos centros directivos estarán encargados de los siguientes cometidos:

- a) Preparación y envío de los «índices parciales».
- b) Recepción de los diversos «índices» de las Comisiones y del Consejo de Ministros y de los borradores de las actas de las reuniones.
- c) Remisión de todos los textos, observaciones a los mismos y documentos relativos a los asuntos sometidos a los Órganos Colegiados del Gobierno.

En todos los documentos se consignará el código alfanumérico con el que se identifica cada uno de ellos.

8. Comentario

El *apartado tercero* de este precepto, en congruencia con la posición jerárquica central del Presidente del Gobierno, establece que éste aprueba el orden del día de las reuniones del Consejo de Ministros. Los asuntos incluidos que se someten a su aprobación han sido, por regla general establecida en el artículo 8.4 de esta Ley, objeto de examen por la Comisión General de Secretarios de Estado y de Subsecretarios. Las reuniones de este órgano, como advierte también el propio artículo 8.3, tienen un mero carácter preparatorio sin que, en ningún caso, puedan adoptarse en su seno decisiones o acuerdos por delegación del Gobierno.

Cabe lógicamente, como excepción a la regla, que el *Presidente del Gobierno*, verdadero *dueño del orden del día*, introduzca asuntos que no han sido objeto de examen por la referida Comisión General.

La decisión de aprobar el orden del día del Consejo de Ministros es la premisa lógica de la función presidencial de convocarlo y presidirlo, de conformidad con el artículo 2.2, g), que debe concordarse con el artículo 62, g) CE, relativo a la posición constitucional del Rey («*Ser informado de los asuntos de Estado y presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del Presidente del Gobierno*»), posición que viene determinada por la concurrencia de la petición o *iniciativa* del Presidente y por el *juicio de oportunidad* reservado al propio Monarca.

La actuación del *Ministro de la Presidencia* como Secretario de este órgano colegiado es una consecuencia de la función que le corresponde como máximo órgano-staff del Presidente.

El *apartado segundo* del precepto comentado distingue dos clases de *reuniones* del Consejo de Ministros: las de *carácter decisorio* y las de *carácter deliberante*. Ello no supone, y así lo acredita la práctica, el que en una reunión concurren necesariamente deliberaciones y decisiones; o que sólo se delibere en aquellos asuntos incluidos en el orden del día «para informe» del Consejo (como resulta de aplicar el artículo 18.4, *in fine*, de la propia Ley).

Por último, el *apartado cuarto* de este artículo limita del modo más estricto («*exclusivamente*») el contenido de las *actas de las sesiones* del Consejo de Ministros a «las circunstancias relativas al tiempo y lugar de su celebración, la relación de asistentes, los acuerdos adoptados y los informes presentados». Este carácter de inventario formal de las actas (cuyo archivo y custodia corresponde al Secretariado del Gobierno), dentro del Ministerio de la Presidencia, a tenor del artículo 9,1,d) y 2 de la propia Ley) se corresponde, sin duda, con la naturaleza secreta de las deliberaciones del Consejo (artículo 5.3 de la Ley).

Por remisión del artículo 19 a este precepto, es aplicable a aquel el anterior comentario.

ARTÍCULO 19. DE LAS ACTAS DE LAS COMISIONES DELEGADAS
DEL GOBIERNO Y DE LA COMISIÓN GENERAL
DE SECRETARIOS DE ESTADO Y SUBSECRETARIOS

A las Comisiones Delegadas del Gobierno y a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 18 de la presente Ley en relación con las actas de dichos órganos colegiados.

Concordancias

Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno (Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996).

Actas de las Comisiones Delegadas del Gobierno

Las Secretarías Técnicas de las Comisiones Delegadas remitirán al Secretariado del Gobierno, inmediatamente después de la celebración de cada sesión, una copia del acta provisional elaborada por el respectivo Secretario y, una vez firmada, el acta definitiva para su archivo y custodia.

Actas de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios

El Subsecretario de la Presidencia elaborará y formalizará el acta de las reuniones de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios.

El acta será firmada por el Ministro de la Presidencia.

Archivo de las actas y expedición de certificaciones

Corresponderá al Secretariado del Gobierno el archivo y custodia de las actas relativas a las reuniones de los Órganos Colegiados del Gobierno.

El Secretariado del Gobierno preparará las certificaciones de los acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros, las cuales sólo se expedirán por el Ministro Secretario, a solicitud de otros miembros del Gobierno, de los Tribunales de Justicia y de los órganos constitucionales competentes.

Las Secretarías Técnicas de las Comisiones Delegadas diligenciarán los acuerdos adoptados y prepararán las certificaciones relativas a los mismos, siguiendo iguales criterios a los establecidos en el párrafo anterior.

En todo caso, el derecho de los ciudadanos a la información, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se ejercerá ante los Departamentos ministeriales proponentes.

* Artículo comentado por Claro J. FERNÁNDEZ-CARNICERO.

ARTÍCULO 20. DE LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS

- 1. Pueden delegar el ejercicio de competencias propias:**
 - a) El Presidente del Gobierno a favor del Vicepresidente o Vicepresidentes y de los Ministros.**
 - b) Los Ministros a favor de los Secretarios de Estado dependientes de ellos, de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y de los órganos directivos del Ministerio.**
- 2. Asimismo, son delegables las funciones administrativas del Consejo de Ministros en las Comisiones Delegadas del Gobierno.**
- 3. No son en ningún caso delegables las siguientes competencias:**
 - a) Las atribuidas directamente por la Constitución.**
 - b) Las relativas al nombramiento y separación de los altos cargos atribuidas al Consejo de Ministros.**
 - c) Las atribuidas a los órganos colegiados del Gobierno, con la excepción prevista en el apartado 2 de este artículo.**
 - d) Las atribuidas por una ley que prohíba expresamente la delegación.**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario.

1. Concordancias

Constitución española. Artículo 98.2.

«El Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión».

Artículo 100.

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

2. Comentario

El precepto separa, en sus dos primeros apartados, la delegación de las *competencias políticas* de los órganos unipersonales de la delegación de *funciones administrativas* del Consejo de Ministros.

* Artículo comentado por Claro J. FERNÁNDEZ-CARNICERO.

En relación con la delegación de competencias, interesa subrayar la limitación impuesta al Presidente del Gobierno, en cuanto que sólo puede delegarlas a favor del Vicepresidente, o Vicepresidentes, en su caso, y en los Ministros. Éstos, por el contrario, en el marco de sus responsabilidades departamentales, pueden hacerlo en toda la línea jerárquica que de ellos depende; es decir, Secretarios de Estado y órganos directivos del Ministerio. Para conocer el alcance de las competencias de unos y otros, deberá estarse a lo dispuesto en los artículos 14 (*Secretarios de Estado*) 15 (*Subsecretarios*), 16 (*Secretarios Generales*), 17 (*Secretarios Generales Técnicos*), 18 (*Directores Generales*) y 19 (*Subdirectores Generales*) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Además, de conformidad con el precepto comentado, los Ministros pueden delegar también en los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas. A este respecto, deberá considerarse el alcance de los artículos 22 y 23 de la referida Ley 6/1997. El apartado uno del primero de ellos sitúa a los Delegados del Gobierno en una relación de dependencia de la Presidencia del Gobierno, articulada a través de los Ministerios de Administraciones Públicas y del Interior, en el ámbito de sus respectivas competencias. No obstante, los demás Ministros pueden dictar las instrucciones relativas a sus respectivas áreas de responsabilidad; es en este ámbito en el que se sitúa la hipótesis general de una posible delegación.

Por tanto, el *ámbito* u objeto natural de la delegación viene constituido por aquellas funciones propias del ámbito administrativo. Es habitual, así, la delegación por los titulares de los Departamentos ministeriales, entre otras, de aquellas funciones relativas a contratación, con el límite de cuantía correspondiente, así como de las facultades de gestión y ejecución del presupuesto, de resolución sobre autorizaciones y concesiones de ocupación y explotación del dominio público, de resolución de recursos y reclamaciones administrativas, así como las competencias en materia de personal.

Igualmente, las competencias políticas del Consejo de Ministros no son delegables, por naturaleza, en las Comisiones Delegadas del Gobierno y sí lo son las funciones administrativas de aquél (apartado 2 del precepto).

Ese mismo criterio explica la exclusión del ámbito de la delegación de las competencias políticas contenidas en el apartado 3 del precepto.

TÍTULO IV

DEL GOBIERNO EN FUNCIONES

ARTÍCULO 21. DEL GOBIERNO EN FUNCIONES

1. **El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.**
2. **El Gobierno cesante continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, con las limitaciones establecidas en esta Ley.**
3. **El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo y limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas.**
4. **El Presidente del Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:**
 - a) **Proponer al Rey la disolución de alguna de las Cámaras, o de las Cortes Generales.**
 - b) **Plantear la cuestión de confianza.**
 - c) **Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo.**
5. **El Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:**
 - a) **Aprobar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.**
 - b) **Presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.**

* Artículo comentado por Claro J. FERNÁNDEZ-CARNICERO.

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

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario.

1. Concordancias

Constitución española. Artículo 101.

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

2. El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.»

Vid. artículos 82, 87.1 (concordante, a su vez, con el artículo 22 de la Ley del Gobierno comentada), 92.2, 112, 115 y 134.1 CE.

2. Comentario

El análisis de la situación político-administrativa del Gobierno en funciones es, sin duda, uno de los problemas más arduos del vigente Derecho constitucional español.

De la simple lectura de los apartados 1 y 2 de este precepto resulta evidente la identificación de esta situación con la circunstancia del «*Gobierno cesante*», derivada de las tres *causas* siguientes:

1.^a Celebración de elecciones generales.

2.^a Pérdida de la confianza parlamentaria, en los casos previstos en la Constitución.

3.^a Dimisión o fallecimiento del Presidente del Gobierno.

Si concurren esos supuestos, el mantenimiento en funciones del Gobierno responde a la necesidad de *garantizar la continuidad* del poder ejecutivo, núcleo activo del Estado, hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.

Sin embargo, en un sistema de democracia parlamentaria, asentado en el permanente control del Gobierno por las Cámaras, cabe preguntarse si esta situación de limitación del poder ejecutivo al despacho de los asuntos corrientes no debería haberse adelantado a la disolución de aquéllas, ya que de su ple-

nitid institucional depende la garantía de efectividad en el ejercicio de su potestad fiscalizadora.

El ámbito material de la acción del Gobierno en funciones será, de conformidad con el apartado 3 del precepto comentado, el siguiente:

- Despacho ordinario de los asuntos públicos, lo que supone limitarse a dar continuidad a las actuaciones ya iniciadas.
- Garantía del normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y del traspaso de poderes al mismo.

Esa definición estricta de la posición institucional que analizamos se completa con la advertencia del legislador de que el Gobierno en funciones deberá abstenerse de adoptar cualesquiera otras medidas.

La ineludible excepción a ese mandato se introduce al dejar a «salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique». La *urgencia* y el *interés general* se constituyen así en la doble causa formal (materialmente reducible a una sola, el interés general, fundamento de la urgencia) de recuperación de las funciones ordinarias del Gobierno.

En todo caso, la Ley establece, en los apartados 4 y 5 del precepto comentado, dos órdenes de *limitaciones* aplicables al Presidente del Gobierno y al Gobierno, en cuanto órgano colegiado (Consejo de Ministros).

Así, siguiendo el tenor del *apartado 4*, el Presidente del Gobierno no podrá ejercer las facultades de disolución parlamentaria, la cuestión de confianza o la propuesta de referéndum. Y el Gobierno en funciones, por su parte, como dispone el *apartado 5*, no podrá ejercer la iniciativa legislativa ni, singularmente, aprobar el Proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado.

En ambos casos, se trata de excluir, en una situación de interinidad, el ejercicio de aquellas competencias políticas que definen de modo relevante la prerrogativa decisoria del poder ejecutivo.

Finalmente, si la causa de la circunstancia del Gobierno en funciones se debe a la celebración de elecciones generales, el apartado 6 del precepto comentado establece, singularmente, la suspensión, mientras dure la transitoriedad, de las delegaciones legislativas otorgadas previamente por las Cortes Generales.

A nuestro juicio, parece evidente que los supuestos de pérdida de la confianza parlamentaria y en los de dimisión o fallecimiento del Presidente del Gobierno deben considerarse causa de caducidad de la delegación, en razón del crédito político vinculado a aquél.

TÍTULO V
DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA,
DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA
Y DEL CONTROL DE LOS ACTOS DEL GOBIERNO

ARTÍCULO 22. DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA DEL GOBIERNO

1. El Gobierno ejercerá la iniciativa legislativa prevista en los artículos 87 y 88 de la Constitución mediante la elaboración, aprobación y posterior remisión de los proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.
2. El procedimiento de elaboración de proyectos de ley, a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el Ministerio o Ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente Anteproyecto, que irá acompañado por la memoria y los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

En todo caso los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica.

3. El titular del Departamento proponente elevará el Anteproyecto al Consejo de Ministros a fin de que éste decida sobre los ulteriores trámites y, en particular, sobre las consultas, dictámenes e informes que resulten convenientes, así como sobre los términos de su realización, sin perjuicio de los legalmente preceptivos.
4. Una vez cumplidos los trámites a que se refiere el apartado anterior, el titular del Departamento proponente someterá el Anteproyecto, de nuevo, al Consejo de Ministros para su aprobación como Proyecto de Ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado, acompañándolo de una Exposición de Motivos y de la Memoria y demás antecedentes necesarios para pronunciarse sobre él.

* Artículo comentado por Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ.

- 5. Cuando razones de urgencia así lo aconsejen, el Consejo de Ministros podrá prescindir de los trámites contemplados en el apartado tercero de este artículo, salvo los que tengan carácter preceptivo, y acordar la aprobación de un Proyecto de Ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Jurisprudencia. 3. Comentario. 3.1. El procedimiento legislativo y los procedimientos normativos. 3.2. Las fases del procedimiento legislativo. 3.3. La iniciativa legislativa y sus clases. 3.4. La iniciativa legislativa del Gobierno: aspectos generales. 3.5. Libertad y limitación en el ejercicio de la iniciativa legislativa del Gobierno. 3.6. Regulación y extensión de la fase inicial en el caso de iniciativa legislativo del Gobierno. 3.7. Ámbito material de la iniciativa legislativa gubernamental. 3.8. Iniciativas gubernamentales no reguladas. 3.9. Pasos de la preparación de la iniciativa gubernamental y distinción entre anteproyecto y proyecto de ley. 3.10. Propuesta de iniciativa legislativa. Sistema difuso de elaboración. 3.11. Sobre la técnica de elaboración de los anteproyectos de ley. 3.12. Documentación que debe acompañar al anteproyecto. 3.13. Examen particular de los informes y estudios que deben evacuarse. 3.14. Sobre el momento en que deben emitirse los informes obligatorios. 3.15. Primera consideración del Consejo de Ministros sobre el anteproyecto de ley. Trámites ulteriores. 3.16. Segunda consideración del Consejo de Ministros sobre el anteproyecto de ley. 3.17. La exposición de motivos. 3.18. Procedimiento de urgencia. 3.19. Sobre los vicios de procedimiento y en particular la omisión de los informes preceptivos. 3.20. Remisión y recepción en el Congreso. La tramitación prioritaria de los proyectos de ley. 3.21. ¿Es obligatorio remitir todos los informes a las Cortes? 3.22. La iniciativa del Gobierno en funciones. 3.23. La peculiaridad de los proyectos de ley de presupuestos generales del Estado.

1. Concordancias

Constitución española

Artículo 87.1. La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras.

Artículo 88. Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos.

Artículo 89.1. La tramitación de las proposiciones de ley se regulará por los Reglamentos de las Cámaras, sin que la prioridad debida a los proyectos de ley impida el ejercicio de la iniciativa legislativa en los términos regulados por el artículo 87.

Artículo 134.1. Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, y a las Cortes Generales, su examen, enmienda y aprobación.

Disposición adicional tercera: La modificación del régimen económico y fiscal del archipiélago canario requerirá informe previo de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del órgano provisional autonómico.

Reglamento del Congreso de los Diputados

Artículo 31.1. Corresponden a la Mesa las siguientes funciones: 4.º Calificar, con arreglo al Reglamento, los escritos y documentos de índole parlamentaria, así como declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de los mismos. 5.º Decidir la tramitación de todos los escritos y documentos de índole parlamentaria, de acuerdo con las normas establecidas en este Reglamento.

Artículo 108. La iniciativa legislativa ante el Congreso de los Diputados corresponde: 1.º Al Gobierno. 2.º Al Senado de acuerdo con la Constitución y su propio Reglamento. 3.º A las Asambleas de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con la Constitución y sus respectivos Estatutos y Reglamentos. 4.º A los ciudadanos, de acuerdo con el artículo 87, 3, de la Constitución y con la Ley Orgánica que lo desarrolle. 5.º Al propio Congreso de los Diputados en los términos que establece el presente Reglamento

Artículo 109. Los proyectos de ley remitidos por el Gobierno irán acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellos. La Mesa del Congreso ordenará su publicación, la apertura del plazo de presentación de enmiendas y el envío a la Comisión correspondiente.

Artículo 128. El Gobierno podrá retirar un proyecto de ley en cualquier momento de su tramitación ante la Cámara, siempre que no hubiere recaído acuerdo final de ésta.

Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981.

Artículo 30.3. Todo anteproyecto de ley o proyecto de disposición administrativa, cuya aplicación pueda suponer un incremento de gastos o disminución de ingresos públicos, en el ejercicio del año corriente o cualquier otro posterior, deberá incluir entre los antecedentes y estudios

previos una memoria económica en la que se pongan de manifiesto debidamente evaluados cuantos datos resulten precisos para conocer las posibles repercusiones presupuestarias de su ejecución.

Texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

Artículo 9. Corresponde al Ministro de Economía y Hacienda en las materias objeto de esta Ley: a) Elaborar y someter a la aprobación del Consejo de Ministros el anteproyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado, en los términos establecidos en la presente Ley.

Artículo 54. El procedimiento de elaboración de los Presupuestos Generales del Estado se acomodará a las siguientes reglas: Primera: Los órganos constitucionales, los Departamentos ministeriales y los demás órganos del Estado con dotaciones diferenciadas en los Presupuestos Generales del Estado remitirán al Ministerio de Economía y Hacienda, antes del día 1 de mayo de cada año, sus correspondientes estados de gastos, debidamente documentados y ajustados a las leyes que sean de aplicación y a las directrices aprobadas por el Gobierno. Del mismo modo, los departamentos ministeriales remitirán al Ministerio de Economía y Hacienda los estados de ingresos y gastos de los Organismos autónomos a ellos adscritos, formando un solo presupuesto por cada Organismo, que comprenderá todas las actividades, operaciones y servicios que deba realizar en virtud de las funciones que tengan asignadas, y no podrá tener déficit inicial ni créditos destinados a obligaciones de carácter permanente que excedan del importe de sus ingresos ordinarios. Asimismo, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, las Sociedades estatales y el resto de Entes del Sector Público estatal remitirán al Ministerio de Economía y Hacienda sus anteproyectos de presupuestos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 50 y 148 de esta Ley. Segunda: Con base en los referidos estados, en las estimaciones de ingresos del Estado y en la previsible actividad económica durante el ejercicio presupuestario siguiente, el Ministerio de Economía y Hacienda someterá al acuerdo del Gobierno el anteproyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado, con separación de los estados de ingresos y gastos correspondientes al Estado, Organismos autónomos y demás Entidades integrantes del Sector Público estatal. Tercera: Como documentación anexa al anteproyecto de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, se cursarán al Gobierno: a) La cuenta consolidada de los presupuestos. b) Las memorias explicativas de los contenidos de cada uno de ellos y de las principales modificaciones que presenten en relación con los presupuestos en vigor, a las que se acompañará un avance del grado de cumplimiento de los objetivos del ejercicio corriente. c) La liquidación de los presupuestos del año anterior y un avance de la del ejercicio corriente. d) El presumpues-

to consolidado del Sector público, y e) Un informe económico y financiero. Cuarta: El Ministerio de Economía y Hacienda incorporará a los presupuestos un anexo de los programas y proyectos de inversión pública, que incluirá su clasificación territorial.

Artículo 55. El proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado, con la documentación anexa que enumeran las reglas tercera y cuarta del artículo 54 de esta Ley, será remitido al Congreso de los Diputados antes del día 1 de octubre del propio año, para su aprobación, enmienda o devolución por las Cortes Generales.

Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria

Artículo 8.1. En el primer cuatrimestre de cada año, el Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Economía y Hacienda, y previo informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas en cuanto al ámbito de las mismas, fijará el objetivo de estabilidad presupuestaria referido a los tres ejercicios siguientes, tanto para el conjunto del sector público, como para cada uno de los grupos de agentes comprendidos en el artículo 2.1 de esta Ley.

2. El acuerdo de Gobierno en el que se contenga el objetivo de estabilidad presupuestaria se remitirá a las Cortes Generales acompañado del cuadro macro económico de horizonte plurianual contenido en el Programa de Estabilidad elaborado conforme a lo dispuesto en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, en el que se situará la elaboración de los presupuestos de todos los sujetos que integran el sector público estatal. En forma sucesiva, y tras el correspondiente debate en Pleno, el Congreso de los Diputados y el Senado se pronunciarán aprobando o rechazando el objetivo de estabilidad propuesto por el Gobierno.

En el supuesto de que el objetivo de estabilidad fuese aprobado por el Congreso de los Diputados y por el Senado, la elaboración del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado habrá de acomodarse a ese objetivo. Si, por el contrario, fuese rechazado, el Gobierno, en el plazo máximo de un mes, remitirá un nuevo acuerdo que se someterá al mismo procedimiento.

2. Jurisprudencia

STC 29/1982, de 31 de mayo:

«... la Constitución reconoce al Gobierno la iniciativa legislativa, que comparte con el Congreso y el Senado en su ejercicio directo, así como con la iniciativa popular ejercida en los términos establecidos en el artículo 87 de la C. E ... El Gobierno podrá también dictar nor-

mas con rango de ley, previa delegación de las Cortes Generales (decretos legislativos) o en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad (Decretos-leyes), pero esta posibilidad se configura, no obstante, como una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes y en consecuencia está sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de determinados requisitos que lo legitiman».

STC 35/1984, de 13 de marzo: sobre el informe de la Comunidad Autónoma de Canarias, referido en la Disposición adicional tercera de la Constitución, con relación al Real Decreto Ley 1/1983, afirma:

«6. Sentado que el supuesto que el recurso plantea queda dentro de las previsiones de la Disposición adicional tercera de la CE y artículo 45 del Estatuto de Canarias... En este sentido ninguna duda se ofrece acerca de que nos hallamos ante informe o audiencia no facultativo sino preceptivo, pues así resulta de lo imperativo de las expresiones utilizadas en los repetidamente invocados textos constitucionales, y es éste un extremo que ni siquiera se cuestiona por la Abogacía del Estado al oponerse al recurso. En cuanto al alcance o efectos de la omisión del trámite ... la imperativa exigencia del trámite establecida en textos de índole constitucional, así como el rango y carácter del órgano llamado a evacuarlo, y no menos el alcance y trascendencia de la materia objeto de la disposición, conducen inexcusablemente a entender que la repetida omisión es una violación que entraña la inconstitucionalidad que en este recurso se denuncia y que debe por ello así declararse en esta sentencia, de acuerdo con las previsiones de los artículos 161.1.a) de la CE y 27 y siguientes de la LOTC con el alcance y en los términos establecidos en los artículos 39 y concordantes de la misma».

STC 108/1986, de 29 de julio: respecto a la omisión del informe del CGPJ, previsto en la entonces Ley Orgánica 1/1980, se manifiesta lo siguiente:

«...basta con señalar que el defecto denunciado se habría producido, en todo caso, en el procedimiento administrativo previo al envío del proyecto al Congreso y no en el procedimiento legislativo, es decir, en el relativo a la elaboración de la Ley, que se desenvuelve en las Cortes Generales, por lo que mal puede sostenerse que el citado defecto puede provocar la invalidez de este último procedimiento y de la Ley en que desemboca. También está fuera de lugar la invocación a este propósito del artículo 88 de la Constitución, antes transcrito. La ausencia de un determinado antecedente sólo tendrá trascendencia si se hubiere privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión, pero, en este caso, el defecto, que tuvo que ser conocido de inmediato, hubiese debido ser denunciado ante las mismas Cámaras y los recurrentes no alegan en ningún momento que esto ocurriese. No habiénd-

dose producido esa denuncia, es forzoso concluir que las Cámaras no estimaron que el informe era un elemento de juicio necesario para su decisión, sin que este Tribunal pueda interferirse en la valoración de la relevancia que un elemento de juicio tuvo para los parlamentarios.

4. En cuanto al segundo defecto señalado por los recurrentes y que consistiría en la falta de remisión al Congreso por el Gobierno de la Exposición de motivos y de la Memoria explicativa del proyecto de LOPJ, debe indicarse que no denuncian los recurrentes propiamente la falta de tal remisión, sino que ésta se hiciese, a su juicio, tardíamente, lo que habría provocado una reducción del plazo para presentar enmiendas. Ello vulneraría, de nuevo, lo dispuesto en el artículo 88 de la Constitución. Pero sobre este punto basta con repetir lo dicho anteriormente. El defecto indicado sólo tendría relevancia si hubiese menoscabado los derechos de Diputados o grupos parlamentarios del Congreso, y siendo los hechos, en el caso de ser ciertos, plenamente conocidos por ellos sin que mediase protesta por su parte hay que entender que los afectados no consideraron que existiese lesión a sus derechos, y que, si defecto hubo, fue convalidado por la misma Cámara, por lo que este Tribunal no puede entrar a examinar su existencia o relevancia».

STC 181/1988, de 13 de octubre: en relación a la intervención de la Comisión mixta Gobierno-Generalidad de Cataluña, en lo tocante a la elaboración de la ley de cesión de tributos a esta Comunidad, se dice:...

«estas últimas normas estatutarias, que imponen la elaboración de un proyecto de ley o de Decreto-Ley sobre el alcance y condiciones de las cesiones de tributos prescritas en el correspondiente Estatuto, en un plazo breve y previo Acuerdo de la Comisión Mixta Estado-Comunidad Autónoma, se explican, por un lado, por la urgencia de dotar a los nuevos Entes autonómicos de un sistema operante y efectivo de tributos cedidos y, por otro, entronca con un principio inherente de colaboración y lealtad constitucional, que postula la adopción de procedimientos de consulta, negociación o, en su caso, la búsqueda del acuerdo previo, para la concreción normativa de temas de tanto relieve respecto a la puesta en marcha del Estado de las Autonomías ...Es decir —importa subrayarlo—, se trata de una especialidad procedimental que afecta al trámite previo de la iniciativa legislativa, referida a un proyecto que se tramitará después en las Cortes como Ley ordinaria ... Las normas del bloque de la constitucionalidad aplicables —la LOFCA y el E.A.C.— imponen tan sólo —debemos reiterarlo— que el alcance y condiciones de la cesión de tributos a Cataluña se regule por una ley específica en cuanto a su contenido, pero ordinaria en cuanto a su rango y naturaleza, así como que, para formular la correspondiente iniciativa legislativa del Gobierno, se acuerde en Comisión Mixta el alcance y condiciones de cesión de determinados tributos. Que en un

momento dado dicho Acuerdo se haya extendido a cuestiones ajenas a las que cubre aquella garantía procedimental, por simples razones de oportunidad política que no corresponde enjuiciar a este Tribunal, no significa que en lo sucesivo la derogación o modificación de la regulación de tales cuestiones ajenas requiera un nuevo acuerdo. Esta consecuencia no viene impuesta por norma o principio jurídico alguno. Desde el punto de vista constitucional se trata de un problema de hecho, no susceptible de condicionar pro futuro el régimen normal de elaboración de las leyes ... Y en el caso de la cesión de tributos, la cuestión afecta muy directamente al derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2 de la Constitución), y en particular a su autonomía financiera (art. 156.1 de la Constitución), debiendo considerarse el sistema establecido en la Disposición adicional sexta, 3, del Estatuto de Autonomía de Cataluña también un instrumento que permite hacer compatible esa autonomía financiera con la exigencia de asegurar la necesaria coordinación con la Hacienda estatal y la solidaridad entre todos los españoles que el artículo 156.1 de la Constitución impone... Cabe concluir, por ello, que en el presente caso, sin perjuicio de la potestad legislativa en las Cortes Generales, el Gobierno no pudo adoptar legítimamente de manera unilateral la correspondiente iniciativa legislativa. Existe un vicio del procedimiento de formación de la misma, que afecta a la constitucionalidad de la propia Ley 30/1983, en cuanto a su aplicación directa en Cataluña, y por lo que se refiere exclusivamente a las modificaciones que introduce en la Ley 41/1981 en materias relativas al alcance y condiciones de la cesión de los tributos enumerados en la Disposición adicional sexta del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Ello conduce a aceptar parcialmente el *petitum* del recurso y declarar la nulidad del segundo inciso del párrafo tercero de la disposición final primera de la Ley 30/1983, de 28 de diciembre, «y modificada en los términos que señala la presente Ley en las materias referentes al alcance y condiciones de la referida cesión de tributos del Estado», en cuanto se refiere a los tributos contemplados en el apartado primero de la Disposición adicional sexta del Estatuto de Autonomía de Cataluña».

3. Comentario

3.1. *El procedimiento legislativo y los procedimientos normativos*

El procedimiento legislativo es el conjunto de actuaciones conducentes a la aprobación y publicación de las leyes. Nos referimos ahora a las leyes en sentido estricto, a las aprobadas por el Parlamento o poder legislativo del Estado, y que, por lo mismo, ocupan el primer escalón jerárquico del orden jurídico por debajo de la Constitución o ley fundamental del Estado.

Siendo las leyes, así entendidas, una variante de las normas jurídicas (o leyes en sentido genérico), el procedimiento legislativo de que se trata constituye una variante de los procedimientos normativos. Pues, junto a ese procedimiento, existen otros para las restantes clases de normas, a saber: el procedimiento constitucional, para la aprobación y reforma de la Constitución, y el procedimiento reglamentario, para la aprobación de los reglamentos administrativos. Concurren, por consiguiente, tantos procedimientos normativos como tipos de normas, lo cual es una consecuencia de la fuente de cada una de ellas. Esto es, el rango y ámbito de cada norma demanda un modo distinto de elaboración, un procedimiento diferenciado.

No obstante, por ser todos ellos procedimientos normativos, cabe apreciar rasgos comunes. Suele darse una primera fase de propuesta o elaboración de un texto inicial, una segunda de consideración y aprobación del texto por el órgano competente, y una final, de publicación oficial, requisito este último esencial para el nacimiento de las normas jurídicas (artículos 9.3 de la Constitución, 2.1 del Código Civil y 52.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Otras coincidencias son advertibles en la primera fase, como la elaboración de estudios, la consulta a ciertos organismos, la información pública, etc. Además, de los tres procedimientos citados (constitucional, legislativo y reglamentario), en realidad los dos primeros pueden entroncarse en un común procedimiento, pues a la postre el poder decisivo reside, con unos u otros requisitos, en el mismo órgano (las Cortes Generales o Parlamento).

Pero, al margen de estas coincidencias básicas, son también patentes las diferencias que median entre los diversos procedimientos, como las que se dan entre el legislativo y el reglamentario, derivadas de la distinta competencia para la aprobación de leyes y reglamentos administrativos: el poder legislativo, en el caso de las primeras, y un órgano ejecutivo, en el de los segundos.

La variedad no termina aquí. Pues en la España actual coexisten varios poderes legislativos y muchos más reglamentarios. No hay que olvidar que junto al poder legislativo por antonomasia, el de las Cortes Generales, figura también el correspondiente a cada una de las Comunidades Autónomas, en concreto el ejercido por sus asambleas representativas. Lo cual determina la aparición de otros tantos procedimientos legislativos, procedimientos que a veces se asemejan al del Estado, pero que en todo caso están previstos y cuentan como diferentes, y que de hecho arrojan no pocas peculiaridades. Y si esto es así tratándose de leyes, el panorama es todavía más variado en lo concerniente a los reglamentos administrativos: además de los ya citados de los órganos ejecutivos centrales, figuran los procedentes de los órganos del mismo signo de las Comunidades Autónomas y los de los entes locales. Cada uno da lugar a una variante procedimental asociada a su rango y ámbito.

En conformidad con lo antes advertido, y con la propia exigencia de una glosa ceñida al artículo 22 de la Ley del Gobierno, limitamos nuestros comentarios a lo que es el procedimiento legislativo en sentido estricto.

3.2. *Las fases del procedimiento legislativo*

El procedimiento legislativo así entendido se divide en un número variable y, en todo caso, elevado de fases¹. Tan es así que su enumeración requeriría, en España y en otros países, una lista abultada. Por eso, y para favorecer la comprensión general de cada una de ellas, los autores y comentaristas suelen agrupar todas estas fases en tres grandes estadios o bloques, que serían el inicial, el central o constitutivo, y el final o de eficacia. El primero, como indica su nombre, es el que supone la puesta en marcha del procedimiento y abarca una serie de momentos que concluyen con la presentación de una propuesta de futura ley al órgano (Cortes Generales en nuestro caso) llamado a discutirla y aprobarla. El segundo constituye todo el conjunto de actuaciones que se desarrollan en el órgano u órganos con competencia constitucional para esta discusión y, en su caso, aprobación. Durante el siglo XIX esta fase central o constitutiva estuvo a caballo entre el Parlamento y el Rey, pues ambos compartían la potestad legislativa del Estado. Pero la democratización del Estado determinó, tanto en España como en los restantes Estados constitucionales, la abolición de este modelo, pasándose a otro en el que la titularidad legislativa se asume en exclusiva por el órgano que recoge la representación popular. Y esto arrastra como consecuencia que la fase central se produzca dentro de los confines parlamentarios. Finalmente, está el tercer estadio, de finalización del procedimiento, con una serie de actuaciones que son obligadas y que no pueden quitar ni añadir nada a lo aprobado en la anterior, siendo su misión conducir la ley hasta su inserción en diario oficial para que pueda así desplegar su eficacia normativa (artículos 9.3 y 91 CE y 2.1 Código civil).

Ciñéndonos al régimen español vigente, resulta que así como la fase central o constitutiva se desarrolla íntegramente dentro del Parlamento, las otras dos se solapan entre el poder legislativo y otras instancias, unas veces gubernamentales, pero también, perfectamente, de otro origen. Esto es lo que ocurre, dada su variedad, con la iniciativa legislativa. A su vez, y para complicar más las cosas, la fase central ofrece distintas alternativas, hasta el punto de que suele hablarse de distintos procedimientos legislativos (ordinario y especiales) para referirse a estas opciones procedimentales. Pero, como esto último cae fuera de lo que demanda el presente comentario, pasamos a ocuparnos de la primera fase, regulada en parte por el artículo 22 de la Ley del Gobierno.

¹ Sobre el procedimiento legislativo en general, puede verse PUNSET, *Las Cortes Generales*, CEC, Madrid, 1983, p. 217 y s. AJA «La reforma del procedimiento legislativo en el nuevo reglamento del Congreso de los Diputados» en *Las fuentes del Derecho*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1983; GARCÍA MARTÍNEZ *El procedimiento legislativo*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987; FERNÁNDEZ-CARNICERO «La naturaleza jurídico-política del procedimiento parlamentario» en *Las Cortes Generales*, Ministerio de Economía y Hacienda IEF, Madrid, 1987, vol. II, p. 1161 y s.; SANTAOLALLA, *Derecho parlamentario español*, Espasa, Madrid, 1990, p. 255 y s.; AA VV. *El procedimiento legislativo, V jornadas de Derecho parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997.

3.3. *La iniciativa legislativa y sus clases*

Entiéndese por iniciativa legislativa el poder para presentar una propuesta de futura ley ante el órgano con competencia para su aprobación, esto es, ante el Parlamento o poder legislativo². La iniciativa legislativa obliga a su destinatario a dar una tramitación apropiada a dicha propuesta y, en general, a adoptar una decisión de aceptación o rechazo de la misma. Y como la ley es una norma escrita, se sigue como consecuencia que la propuesta tendrá que constar en la misma forma. El artículo estudiado regula precisamente todo lo concerniente a la elaboración de esa propuesta escrita.

Pero antes de seguir adelante, debe recordarse que la Constitución española de 1978 ha introducido un cambio profundo respecto a lo que era la regulación de la iniciativa legislativa en las leyes fundamentales del siglo XIX. Entonces, y siguiendo lo que era el modelo más extendido en el constitucionalismo de la época, la iniciativa sólo se reconocía al rey o poder ejecutivo y a los miembros del poder legislativo. Lo primero para dotar al Gobierno de un medio para desarrollar su política, pues en numerosas ocasiones la misma demanda cambios en el Derecho vigente. Lo segundo como consecuencia natural de ser los parlamentarios los llamados a aprobar las leyes, pues ostentando esta potestad resulta lógico que puedan proponer lo conducente a ese fin.

Estas dos iniciativas, y por iguales razones que entonces, se mantienen en el artículo 87 de la Constitución de 1978. Pero, junto a las mismas, aparecen otras modalidades, como la de las Asambleas de las Comunidades Autónomas y la popular, esta última necesitada de la presentación por no menos de 500.000 firmas acreditadas, junto a otros requisitos.

Todas estas iniciativas (gubernamental, parlamentaria, de las Comunidades Autónomas y popular) inciden en la primera fase del procedimiento legislativo, aunque no la agoten. Como consecuencia de su diferente origen se someten a un régimen jurídico también diferente, con requisitos y trámites diversos. Todas ellas están afectadas por lo dispuesto en el artículo 87 y concordantes de la Constitución y por ciertas disposiciones de los reglamentos de las Cámaras. Pero, además, la gubernamental se rige por el artículo 22 de la Ley del Gobierno, la parlamentaria por lo dispuesto en los reglamentos del Congreso y Senado respectivamente, la autonómica por los Estatutos de Autonomía y los propios reglamentos internos de las Asambleas proponentes y, finalmente, la

² Sobre la iniciativa legislativa en particular puede verse MERINO MERCHÁN, «Rasgos definidores de la iniciativa legislativa prevista en el artículo 87 de la Constitución» en *Revista de Derecho Político*, UNED, n.º 17, 1983; ARAGÓN, «La iniciativa legislativa», *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 16/ 1986, p. 287 y s.; LAVILLA RUBIRA, «Problemas de la iniciativa legislativa» en *El procedimiento legislativo. V jornadas de Derecho parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997; DORREGO, «Iniciativa legislativa gubernamental» en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirección de O. Alzaga, Edersa, Madrid, 1998, tomo VII y GARCÍA-ESCUDERO, *La iniciativa legislativa del gobierno*, CEPC, Madrid, 2000.

popular por la Ley Orgánica 3/1984, de 3 de marzo. La fase inicial tiene, pues, un régimen jurídico diverso según la iniciativa de que se trate.

Los artículos 88 y 89 de la Constitución han creado distintas denominaciones para referirse a las propuestas en que se materializan las iniciativas legislativas: se llama proyecto de ley a la iniciativa de origen gubernamental, y proposición de ley a todas las demás.

3.4. *La iniciativa legislativa del Gobierno: aspectos generales*

Esa distinta denominación de proyectos de ley, para la iniciativa gubernamental, por un lado, y de proposiciones de ley, para las restantes iniciativas, por otro, además de contar con el respaldo de los precedentes históricos³, refleja la diversa importancia cualitativa y cuantitativa de una y otras. La iniciativa gubernamental ostenta un predominio absoluto al constituir el mayor número de las presentadas y, sobre todo, al incidir en la legislación más trascendente⁴. Tan es así que incluso sectores determinados le están reservados por la propia Constitución, cual es el caso de los presupuestos generales del Estado (artículo 134), de los tratados internacionales (artículo 94 en conjunción con el 97) y de los proyectos de planificación (artículo 131.2).

Esta circunstancia obedece a una lógica política e institucional, consagrada por la historia. Aunque no es ésta la ocasión de extenderse sobre el particular, entre otras razones por ser un fenómeno suficientemente conocido, sí que procede recordar sus aspectos más básicos. En este sentido, hay que señalar que la ejecución del programa político del Gobierno necesita en no pocos casos aprobación de nuevas leyes o reformas en las existentes, para lo cual la potestad de iniciarlas se presenta como un complemento casi esencial. Refuerza esta necesidad el hecho de ser el Gobierno el órgano al que le corresponde la gestión política y administrativa del Estado y, por lo mismo, el más interesado en proponer cuantas reformas e innovaciones en la legalidad se estimen convenientes. Al tiempo, su posición le brinda de modo inmediato experiencia y conocimiento sobre los problemas que deben afrontarse por vía legislativa. La burocracia dependiente del mismo le proporciona los instrumentos y medios para acometer las reformas necesarias, cosa que no se presenta en los titulares de las demás iniciativas, especialmente en los parlamentarios. De ahí la desproporción comentada.

Si a lo anterior unimos el hecho de que la mayoría de las Cámaras esta sujeta al Gobierno por lazos de disciplina de partido, no puede extrañar que se califique al mismo de verdadero legislador: los proyectos gubernamentales no sólo

³ El artículo 57 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 1838 calificaba como proyectos de ley a los debidos a la iniciativa del Gobierno, mientras el artículo 58 hacía lo propio con las proposiciones de ley presentadas por los diputados.

⁴ Para un tratamiento de esta cuestión nos remitimos a GARCÍA-ESCUADERO, *La iniciativa legislativa del gobierno*, CEPC, Madrid, 2000, p. 33 y s.

son los más numerosos e importantes, sino que suelen transformarse en ley siguiendo los objetivos del Gobierno, al aprobar esa mayoría lo a la postre propuesto por este último. Pero esta realidad no transforma en inútil, ni mucho menos, la intervención parlamentaria, ni significa el derrocamiento formal del poder legislativo en manos del Parlamento. El paso por el Parlamento de los proyectos de ley gubernamentales permite su crítica a la oposición, que podrá denunciar ante la opinión pública los excesos, desventajas y limitaciones del proyecto, lo que, por cierto, no pocas veces conduce a la enmienda de estos textos en el sentido demandado por aquélla, impidiendo así presentar al Gobierno como un señor absoluto en esta materia. Y permite también la comparación con otras alternativas procedentes de otros sectores del Parlamento. De este modo, a pesar del destacado protagonismo del ejecutivo, en modo alguno puede decirse que el trámite parlamentario haya devenido un paseo triunfal o algo superfluo. Todo lo contrario: ofrece el contrapeso ideal a esa circunstancia impuesta por la realidad política y social.

Otros mecanismos constitucionales dan cobertura y justificación democrática a este liderazgo legislativo del Gobierno. Pues el procedimiento electoral y la relación de confianza que se instaura entre las Cámaras elegidas y el Gobierno, permiten asegurar que este último cuente también con un respaldo popular que legitima esa acumulación de poder normativo. Esto es, el sistema parlamentario posibilita que el pueblo al elegir a sus representantes populares esté también eligiendo indirectamente al futuro Gobierno, pues ante el electorado aparecen como claras alternativas de gobierno el triunfo de una mayoría u otra.

3.5. *Libertad y limitación en el ejercicio de la iniciativa legislativa del Gobierno*

En principio, la elaboración de proyectos de ley, como el ejercicio de las restantes iniciativas, es libre, en el sentido de que su titular actúa así porque lo quiere, no porque esté obligado en Derecho. El Gobierno ejercita su potestad porque lo estima conveniente, sin que se siga ninguna consecuencia en el caso de no promover una determinada legislación. Y esta libertad inicial se corresponde con la que disponen las Cortes Generales para la aprobación de las leyes. El principio es que lo hacen cuándo y cómo estiman oportuno.

Sin embargo, en la práctica hay todo una serie de motivos que limitan esta libertad inicial. Están, por un lado, sus compromisos políticos, plasmados en el programa político, que incluso sirve de base a la investidura del presidente a tenor del artículo 99 constitucional. Están también todas aquellas iniciativas que se adoptan bajo la presión de circunstancias políticas o ambiciones electorales⁵.

⁵ Véase sobre este aspecto DORREGO, «Iniciativa legislativa gubernamental» en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirección de O. Alzaga, Edersa, Madrid, 1998, tomo VII p. 296 y s.

El Gobierno puede actuar *motu proprio*, que es lo normal, o a instancia de muy diversos sujetos: desde los ciudadanos, a través del derecho de petición (artículo 29 de la Constitución), hasta diversos entes y órganos. Así, las Asambleas de las Comunidades Autónomas, a tenor del artículo 87.2 de la Constitución (en cuanto prevé «solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley»), el Tribunal de Cuentas, a la vista del artículo 14 de la Ley Orgánica 2/1982, el Defensor del Pueblo, al amparo del artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, y los jueces a tenor del artículo 4.2 del Código penal⁶.

Pero además hay casos, bien que minoritarios, en que el ejercicio de la iniciativa viene impuesto por preceptos legales. El más claro es el de la presentación del proyecto de presupuestos generales del Estado, que debe hacerse con carácter anual, según se desprende del artículo 134.1, 2 y 3 de la Constitución. (Esta iniciativa es analizada en el epígrafe 3.23). Otros casos son los determinados por tratados internacionales suscritos por España, como prevé el artículo 94.1e). O los de las leyes que puedan resultar necesarias para la transposición del Derecho comunitario. De todas formas, los efectos jurídicos de un posible incumplimiento de esta carga son difíciles de evaluar *a priori*, pero, en todo caso, no parece que puedan afectar a la norma prevista, precisamente porque entonces se daría una ausencia de ley. Recordemos que, en el caso de los presupuestos generales del Estado, el mismo artículo citado impone la prórroga de los anteriores. Más apurado, incluso, es calcular los efectos de un cumplimiento tardío. En general, el retraso podrá abrir alguna responsabilidad para el agente o autoridad causante (el Estado en el plano internacional), pero sigue siendo dudosa su repercusión sobre la ley afectada.

Si esto es así respecto a las cargas de iniciar legislación en virtud de normas de rango superior, como son las antes citadas, la cuestión se vuelve mucho más confusa y discutible cuando las mismas aparecen en leyes ordinarias. Esto es, en disposiciones del mismo rango de aquella cuya elaboración se impone. Pues no es extraño que las leyes incluyan un mandato al Gobierno de presentar al cabo de cierto tiempo una iniciativa legislativa⁷. En este supuesto, el incumplimiento o cumplimiento tardío nunca pueden afectar a la norma prevista, sin perjuicio de que genere alguna responsabilidad, política en la mayoría de los casos, para el Gobierno, como órgano afectado: si no hay ley, no hay norma que con-

⁶ Sobre esta cuestión puede verse CALERO y GUTIÉRREZ DELGADO, «La iniciativa legislativa del Gobierno» en *V jornadas de Derecho parlamentario, El procedimiento legislativo*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 251 y s.

⁷ Un ejemplo de este tipo de disposiciones lo encontramos en la Disposición final cuarta de la Ley 29/1994, de arrendamientos urbanos, que dispone lo siguiente: «El Gobierno procederá, transcurrido un año a contar desde la entrada en vigor de la ley, a presentar a las Cortes Generales un proyecto de ley mediante el que se arbitre un sistema de beneficios fiscales para compensar a los arrendadores, en contratos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 que subsistan a la entrada en vigor de la ley, mientras el contrato siga en vigor, cuando tales arrendadores no disfruten del derecho a la revisión de la renta del contrato por aplicación de la regla 7.ª del apartado 11 de la Disposición transitoria segunda de esta ley».

trolar, y si la hay pero debida a una iniciativa tardía, el vicio se habrá producido en ese momento inicial y por el Gobierno, no por la ley y por el órgano llamado a aprobarla. Por consiguiente, mal podrá atacarse esta última basándose en aquel vicio. Por añadidura, la nueva ley, por ser del mismo rango que la que impuso la carga, deroga lo que de incompatible encuentre en esta última, esfumándose así todavía más las posibilidades de control. Sobre esta cuestión de los vicios procedimentales volveremos posteriormente.

3.6. *Regulación y extensión de la fase inicial en el caso de la iniciativa legislativa del Gobierno*

En el caso de la iniciativa legislativa del Gobierno la fase inicial está regulada por los artículos 87.1 y 88 de la Constitución, artículo 22 de la Ley del Gobierno y por algunos artículos de los Reglamentos parlamentarios, a los que se remite el primero de los citados, en la medida que dispone que «*la iniciativa corresponde al Gobierno ... de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras*».

Una interpretación literal del inciso transcrito podría llevar a cuestionar la idoneidad de la ley ordinaria y, por tanto, de la Ley del Gobierno, para regular la iniciativa en cuestión, pues sólo se cita a los reglamentos parlamentarios como normativa de desarrollo. Sin embargo, esta interpretación no puede asumirse, pues parece claro que la intención del constituyente sólo fue obligar al Gobierno a presentar sus proyectos de ley en conformidad con lo que las Cámaras estableciesen en sus reglamentos, pero no excluir una posible regulación de los momentos anteriores a esta presentación, que precisamente, por su carácter previo, escaparía a toda regulación posible por esas normas internas. Pues las mismas tienen su ámbito de proyección en las cuestiones domésticas, las que se desarrollan dentro del ámbito parlamentario. El tratamiento de los momentos previos por una ley ordinaria debió resultar irrelevante a los constituyentes, de donde se deduce que el silencio no puede interpretarse en un sentido prohibitivo, sino abierto al general desarrollo por ley de las materias contempladas en la Constitución (artículo 66.2).

La iniciativa del Gobierno debe ejercerse ante el Congreso de los Diputados, salvo en el supuesto, a todas luces excepcional, del Fondo de Compensación Interterritorial a que se refieren los artículos 74.2 y 158.2⁸. Pues según el artículo 88 de la ley fundamental «*los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso...*». Entre los artículos del Reglamento del Congreso que desarrollan este punto merece destacarse el

⁸ Hay también otra iniciativa, no menos excepcional, de los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas, a que se refieren los artículos 74.2 y 145.2 de la Constitución, que se ejerce ante el Senado. Pero, como excede de la iniciativa gubernamental, omitimos su consideración en este comentario. Véase, no obstante, el artículo 141 del Reglamento del Senado.

109 que, tras reiterar lo que prevé el 88 de la carta magna, y que será tratado posteriormente, dispone que *«la Mesa del Congreso ordenará su publicación, la apertura del plazo de presentación de enmiendas y el envío a la Comisión correspondiente»*. Este último debe ponerse en relación con el 31.1.4.º, que atribuye a la Mesa la calificación de *«los escritos y documentos de índole parlamentaria así como declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de los mismos»*.

De lo anterior puede extraerse una conclusión: la fase de iniciativa, en el caso de los proyectos de ley, culmina con la orden de la Mesa de publicación oficial, que determina la apertura del plazo de enmiendas, lo cual se realiza tras esa calificación prevista en el artículo 31.1. A partir de ese momento, e incluyendo ya el propio plazo de enmiendas, se abre la fase central del procedimiento legislativo.

Mas, siendo el anterior el cierre de la fase inicial, procede preguntarse por su comienzo, esto es, por el principio de esta fase primera, cuestión a la que da respuesta el artículo 22 de la Ley del Gobierno y que será examinada más adelante.

Pero antes de proseguir, otra precisión derivada de lo que se viene manteniendo: la fase inicial, que mayoritariamente es extraña y previa a la intervención de las Cortes Generales, posee una coda final, que se despliega en el seno del Congreso, a raíz de esa calificación del proyecto legislativo por la Mesa y posterior orden de publicación y apertura del plazo de enmiendas.

3.7. *Ámbito material de la iniciativa legislativa gubernamental*

Por tratarse de la iniciación de proyectos conducentes a la elaboración de leyes, la iniciativa gubernamental puede cubrir, en principio, el inmenso dominio de la ley. Esto hace que todo lo que corresponde aprobar a las Cortes Generales mediante ley pueda proponerse por el Gobierno.

Sin embargo, algunas precisiones se imponen. La primera es que, alzándose por encima de la ley tan sólo la Constitución, los tratados internacionales y el Derecho comunitario europeo, la iniciativa gubernamental, cuando incida en estos campos, y al igual que las otras iniciativas, deberá ser cuidadosa en no proyectar medidas que contravengan estas normas superiores. De las mismas, los tratados y el Derecho comunitario se alzan como límites absolutos, en el sentido de que no queda a la disposición unilateral del Estado su reforma o derogación. Por ello si se desea proponer una ley contraria habrá que promover a través de los correspondientes procedimientos internacionales o comunitarios la denuncia o reforma de las normas que provocan el conflicto. En cambio, la Constitución se yergue como un límite relativo, en el sentido de que el Estado puede proveer a su modificación y así permitir la aprobación de legislación que en otro caso sería inconstitucional, límite relativo que se acentúa

visto que el Gobierno dispone también de la potestad de proponer su reforma, según el artículo 166 de la Constitución, que se remite a estos efectos a lo previsto en el artículo 87.1.

La Ley del Gobierno, que diferencia entre la iniciativa legislativa y la reglamentaria, omite toda referencia a la de reforma constitucional, lo que probablemente se deba a la consideración de la misma como una variante de la legislativa. Pues, como señalamos en el primer apartado de este comentario, la reforma constitucional es una modalidad del procedimiento legislativo: lo que se afecta es la ley constitucional, la ley fundamental del Estado, que es ley porque básicamente su adopción corresponde al mismo órgano que el competente para la aprobación de las leyes ordinarias.

Por eso no habría ningún inconveniente en, e incluso se debe, aplicar el artículo 22 a los proyectos de reforma constitucional, entendidos como proyectos de leyes constitucionales⁹. Lo que sí se requiere es que el Gobierno, al presentar su iniciativa ante el Congreso, lo haga formalmente como lo que es —proyecto de ley constitucional— invocando a estos efectos que la iniciativa se ejerce al amparo del artículo 166 de la carta magna.

La segunda precisión es que una iniciativa concreta está vedada al Gobierno (como lo está a las Cámaras y a la iniciativa popular). Se trata de la aprobación y reforma de los Estatutos de Autonomía que, como es sabido, se hace por Ley Orgánica. La iniciativa para la aprobación corresponde a la asamblea de diputados y senadores elegidos en el territorio correspondiente, según establecen los artículos 146 y 151.2 de la Constitución. Y la reforma se sujeta al propio procedimiento establecido en los estatutos, a tenor del artículo 148.2, siendo así que la mayoría de los mismos ha reservado a la Asamblea de la Comunidad Autónoma la elaboración y presentación del correspondiente proyecto de reforma, lo que viene a excluir cualquier otro tipo de iniciativa.

La última precisión es que el campo de la ley está internamente dividido entre lo que compete a la organización central del Estado y lo que compete a las Comunidades Autónomas, por lo que la iniciativa gubernamental tendrá que conformarse a lo primero, bien que éste abarque un dominio muy extenso. Pues junto a lo que compete al Estado como legislación directa, está lo que puede normar como bases de la futura legislación autonómica (así, según los títulos en este sentido atribuidos por el artículo 149.1 de la Ley fundamenta y por los Estatutos de Autonomía). Y a lo anterior habría que añadir dos vías expansivas del campo legislativo central: por un lado, la que ofrecen las leyes de armonización del artículo 150.3 de la Constitución, si bien el fracaso del único precedente —la Ley Orgánica de armonización del proceso autonómico de 1981— restringe considerablemente su alcance; por

⁹ GARCÍA-ESCUADERO se manifiesta en sentido igual o muy parecido. Véase *La iniciativa ...*, *ob. cit.*, p. 55 y s.

otro, la que supone la actuación de la legislación estatal como supletoria del Derecho de las Comunidades Autónomas, al amparo de lo previsto en el artículo 149.3 y no obstante la reducción conceptual de la supletoriedad efectuada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, f.j. 12 c)¹⁰.

3.8. *Iniciativas gubernamentales no reguladas*

El mismo silencio que respecto a la iniciativa de reforma constitucional se presenta en las iniciativas gubernamentales de normas con rango de ley: los decretos legislativos y los decretos-leyes (artículos 85 y 86 de la Constitución, respectivamente). El Título V de la Ley del Gobierno omite toda regulación sobre su ejercicio, y eso que el artículo 5.1c revela la consciencia de su atribución al Consejo de Ministros.

Esta omisión, acaso intencionada, se ha podido deber a la peculiaridad de estas disposiciones con fuerza de ley. Los decretos-leyes, por cuanto su obediencia a circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad hace inconveniente el formalismo previsto para los proyectos de ley, en el sentido de que la observancia de todo o parte de lo dispuesto para estos últimos podría frustrar su propósito. De todas formas, no habría estado de más alguna referencia sucinta y flexible, del tipo de exigir del ministerio o ministerios interesados la presentación escrita de su texto y de la justificación de la urgencia (que es lo que debe atender su exposición de motivos).

En el caso de los decretos legislativos es menos justificable el silencio de la ley, ya que no media el apremio del caso anterior. Muchos de los trámites previstos para la elaboración de los proyectos de ley o de reglamento podrían ser aquí ociosos, tal que la audiencia y la información pública, pues lógicamente los mismos ya habrán sido observados cuando se elaboró la ley de la que trae causa el decreto legislativo. Pero, otros, en cambio, pueden resultar de utilidad, como el informe de la Secretaría General Técnica, por cuanto este órgano podrá velar por una más cumplida afinidad del texto articulado o refundido con la ley que le sirve de base. No serviría de argumento en contra el hecho de que los decretos legislativos tengan que someterse a consulta del Consejo de Estado, so pena de negar la oportunidad de la intervención de la Secretaría mencionada en el caso de los reglamentos ejecutivos de las leyes, en los que también esta prevista la intervención del alto órgano consultivo. Quiere decirse que si el informe es preceptivo en estos últimos, por las mismas razones debiera serlo en los primeros.

¹⁰ Sentencia que vino a proclamar que el Estado no puede aprobar legislación supletoria del Derecho de las Comunidades Autónomas allí donde éstas dispongan de competencia exclusiva, como es el caso del urbanismo.

3.9. *Pasos de la preparación de la iniciativa gubernamental y distinción entre anteproyecto y proyecto de ley*

La fase inicial, como expresamos más arriba, aunque en su tramo postrero alcance al Congreso, se desarrolla mayoritariamente en el ámbito gubernamental. Es el período gubernamental o administrativo del procedimiento legislativo. Lo cual es pura consecuencia de ser el Gobierno el titular de la iniciativa.

Dentro de esta esfera se desarrolla lo que podríamos calificar un subprocedimiento, un conjunto de pasos o fases encaminados a la presentación formal de la iniciativa. El artículo 22 de la Ley del Gobierno viene a mencionar tres en su apartado 1: «*elaboración, aprobación y posterior remisión de los proyectos de ley*». A esta tripartición interna se asocia a lo largo de todo este artículo la distinción entre «anteproyecto de ley» y «proyecto de ley». En consonancia con el artículo 88 de la Constitución, la segunda de estas expresiones se refiere a la propuesta legislativa que formalmente aprueba el Consejo de Ministros para su remisión al Congreso de los Diputados, siendo por tanto la plasmación de la iniciativa prevista en la Constitución. La primera, en cambio, se refiere al documento o documentos que el Gobierno considera y discute antes de comprometerse con un texto. Como indica su propio nombre, «el anteproyecto» tiene un sentido instrumental, preparatorio del «proyecto de ley». «Anteproyecto de ley» abarca todos los borradores y propuestas reguladoras que el Gobierno elabora y baraja antes de decidirse por asumir formalmente uno como iniciativa suya. Este carácter se ve con nitidez en el apartado 4 del artículo estudiado, que señala que «... *el Departamento proponente someterá el Anteproyecto ... al Consejo de Ministros para su aprobación como Proyecto de ley y su remisión al Congreso ...*».

A tenor de lo que establece este artículo 22, puede decirse que la elaboración de los proyectos de ley se descompone a su vez en dos fases, fases que vienen determinadas por una primera lectura o consideración del texto por el Consejo de Ministros: la primera fase se verifica en los departamentos ministeriales interesados, antes del sometimiento de un primer anteproyecto al Consejo de Ministros, lo cual se contempla en el apartado 2, mientras que la segunda fase se desarrolla tras la intervención del órgano citado, que ordena los trámites ulteriores a seguir, según previene el apartado 3. Tras estos últimos, y como ya se ha señalado en el párrafo anterior, el Consejo de Ministros interviene de nuevo para decidir la adopción del proyecto de ley como tal, y su posterior presentación en el Congreso de los Diputados.

Sin embargo, esta doble lectura o consideración del Consejo de Ministros es puramente eventual, pues, conforme al apartado 5, basta que se invoque algo tan elástico y difícil de controlar como «razones de urgencia que así lo aconsejen», para que pueda prescindirse de la primera lectura, la establecida en el apartado 3. Y, en este caso, se produce la importante consecuencia de la reducción a una de las dos fases de elaboración. En tal supuesto, cuya frecuencia no

cabe descartar, el departamento o departamentos ministeriales competentes elaboran un anteproyecto de ley, y lo someten al Consejo de Ministros, el cual podrá aprobarlo como proyecto de ley —en sus términos o con variaciones— y remitirlo acto seguido al Congreso. Naturalmente, también cabe que decida rechazarlo, lo que acarrea que no se convierta en proyecto en sentido propio.

3.10. *Propuesta de iniciativa legislativa. Sistema difuso de elaboración*

Promotores de la futura legislación son los departamentos ministeriales interesados en su aprobación. Según el apartado 2 del artículo glosado, «*el procedimiento de elaboración ... se iniciará en el Ministerio o Ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto ...*». A ellos les corresponde la que podríamos llamar la iniciativa de la iniciativa y, por ende, la carga de convencer a sus colegas y, especialmente, al presidente del Gobierno de la oportunidad de la misma¹¹. La iniciativa se plasma, como queda dicho, en la preparación y presentación de un primer texto o «anteproyecto», según la terminología de la ley. Este texto debe responder a la estructura propia de las leyes, esto es, presentarse redactado en artículos, cuyo contenido sea propio de normas jurídicas, artículos a su vez organizados en títulos, capítulos, secciones y otras divisiones características. (Sobre esto volveremos más adelante).

No está regulado cómo se produce este primer paso en el seno de los ministerios: quién concibe la idea, quién la ordena, a quién se encarga y cómo. La anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 preveía (artículo 129.2) la emisión por la autoridad competente de una «*moción, providencia o propuesta*» instando la elaboración del proyecto de disposición general (aplicable a los anteproyectos de ley). Pero sea por el incumplimiento sistemático de esta previsión¹², sea por otra razón, el caso es que la Ley del Gobierno no contiene un mandato semejante ni para la iniciativa legislativa ni para la reglamentaria.

Cabe por tanto —y es lo usual— que la orden de elaboración del anteproyecto se dé oralmente por quien tenga la autoridad para ello, lógicamente el Ministro, según se puede colegir del artículo 4.1 de la misma ley.

La ausencia de regulación detallada hace que el Ministro pueda disponer el modo que estime adecuado¹³, o sea, quién y cómo debe redactar el anteproyecto. Lo normal es que se encargue a un órgano del propio Ministerio o

¹¹ Decimos esto porque, aunque la iniciativa es un acto colegiado, no puede olvidarse el protagonismo que juega el presidente en todo lo concerniente a la composición y actuación del Gobierno.

¹² Así lo manifiesta SANTAMARÍA PASTOR en *Fundamentos de Derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, I, p. 807 y s.

¹³ Véase GARCÍA-ESCUDERO, *La iniciativa ...*, *ob. cit.*, p. 86.

¹⁴ Véase MARTÍN CASALS y VIVER PI-SUNYER, «¿Quién redacta las leyes? : los modelos de redacción «concentrada» y de redacción «difusa» de los proyectos de ley» en *Revista de las Cortes Generales* n.º 21/1990, pp. 7-34.

a un experto de fuera. En cualquier caso, la orden puede llevar consigo las directrices que deberán respetarse en la redacción, plazo para su presentación, etc.

La redacción del anteproyecto se desarrolla conforme al llamado modelo difuso, esto es, mediante la intervención de uno de los muchos órganos disponibles a este respecto. Dentro del departamento ministerial interesado en la futura legislación, el Ministro puede atribuir esta tarea al centro directivo que estime oportuno o a un experto externo, sin que exista una unidad especializada al respecto para toda la Administración, competente para todas las iniciativas legislativas, que es lo propio del modelo concentrado, propio del Reino Unido y otros países¹⁴. Como tal tiene sus ventajas e inconvenientes, entre las primeras la de ser un sistema fuertemente arraigado en España, cuya sustitución afrontaría no pocos riesgos de fracaso.

Una de las variantes que contempla la ley, en consonancia con una práctica muy extendida, es que el anteproyecto se deba no a uno sino a varios ministerios. Pues al no existir competencias estancas, es más que posible que una ley afecte a un número variable y, en todo caso, plural de ellos, y que por tanto todos estén interesados en participar en su redacción. No se disciplina este punto, sin duda porque no se presta a ello la variedad de casos imaginables. Sin embargo, dos conclusiones presiden esta materia: la primera es que éstas son ocasiones para poner en práctica los principios de coordinación, eficiencia y responsabilidad que sienta el artículo 3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril (LOFAGE); la segunda es que la carga fundamental de esta tarea y el consiguiente papel coordinador deberá asumirse por el departamento más afectado por la futura ley.

A pesar de carecer de naturaleza normativa, entre otras cosas por su falta de publicación en el BOE, procede señalar que, según las llamadas «Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno»¹⁵, aprobadas por el Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996, los anteproyectos de ley deben conocerse por la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, como fase previa a su pase al Consejo de Ministros, debiendo distribuirse a estos efectos con una antelación de tres semanas, si bien en caso de urgencia cabe un reparto inferior pero de al menos una semana.

3.11. *Sobre la técnica de elaboración de los anteproyectos de ley*

Todo anteproyecto de ley encierra una motivación y finalidad políticas, como es la regulación de una determinada materia conforme a unos criterios que, aunque legítimos, bien podían haber sido otros, de cambiar el sujeto

¹⁵ Fuente: publicación del Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1996.

actuante. El contenido queda así a la discreción del órgano que ejerce la iniciativa (salvo lo que ocasionalmente venga impuesto por la Constitución o el Derecho internacional). Pero esto, que es parte esencial de la vida democrática, nada tiene que ver con la forma de redacción y composición interna del texto correspondiente. Desde este último punto de vista sí que se necesita observar unos parámetros, que —precisamente por su condición técnica— son constantes y aplicables a todos los textos legislativos, cualquiera que sea la motivación última de su promotor. Son las normas de técnica legislativa, que buscan que los textos legales se redacten con claridad, precisión y concisión, de tal modo que puedan comprenderse y ejecutarse sin problemas especiales¹⁶.

Como tales normas técnicas, las ahora consideradas son apartidistas, en el sentido de que deben seguirse por todos los que participen en el proceso de elaboración de las normas, si bien el hecho de no ser normas legales determina que su vulneración escape a las consecuencias propias de toda infracción legal. Pero ello tampoco debe significar su presentación como indiferentes y sin valor constitucional. Pues a la postre si tales normas —que favorecen la claridad y comprensión de los preceptos legales— no se siguen, se puede engendrar una situación de inseguridad jurídica, letal para el Estado de Derecho y proscrita, no por casualidad, por el artículo 9.3 de la Constitución. Y la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1992, de 14 de mayo, es buena prueba de ello¹⁷. En definitiva, el olvido total de estas normas puede acabar produciendo una situación de inseguridad jurídica, que en cuanto tal (y no por infracción de esas normas) dé lugar a inconstitucionalidad.

España cuenta desde hace algunos años con un grupo de estas normas técnicas. Son las *Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley*, acordadas por el Consejo de Ministros y publicadas en el BOE de 18 de noviembre de 1991. Aunque sobre su contenido ya nos hemos manifestado en otra ocasión¹⁸, procede dar aquí una somera referencia. La primera afecta al aspecto ya comentado: son normas técnicas, que no obligan en Derecho. Prueba de ello es que se aprueban por un simple acuerdo, no por Real Decreto, y que

¹⁶ El primer estudio publicado en España al respecto fue el del Grupo de Estudios de Técnica Legislativa —GRETEL— bajo el título *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*, Bosch, Barcelona, 1986. Véase también la bibliografía citada en la nota 18.

¹⁷ En esta sentencia, el Tribunal declara inconstitucionales y nulas unas normas por lo que, a la larga, es un defecto técnico: inclusión en una ley inadecuada, como es la anual de presupuestos generales del Estado, de preceptos no relacionados con estos últimos. Defecto técnico pero con resultado de lesión constitucional.

¹⁸ Véase SANTAOLALLA, «Nota acerca de las directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley» en *Revista de las Cortes Generales* n.º 26/1992, p. 156 y s. También sobre esta temática puede verse AA VV, *La calidad de las leyes*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz 1989; MONTORO, *Adecuación al ordenamiento y factibilidad. Presupuestos de calidad de las normas*, CEC, Madrid, 1989; AA VV, *Técnica normativa de las Comunidades Autónomas*, Comunidad de Madrid, 1991; AA VV, *La técnica legislativa a debate*, coordinación de Corona, Pau y Tudela, Asociación española de letrados de Parlamentos, Tecnos, Madrid, 1994; AA VV., *La función legislativa de los Parlamentos y la técnica de legislar*, III Jornadas de Derecho parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 2000.

se denominan directrices, huyendo así de expresiones como «reglamento», «disposiciones», etc., propias de las normas en sentido estricto. El hecho de ceñirse a los anteproyectos revela también una voluntad de que se tomen como una cuestión interna de la Administración.

La segunda referencia es que aunque el título se refiere a los anteproyectos, lógicamente su observancia debe proseguirse durante todas las fases (segundos y sucesivos textos, redacción definitiva del proyecto de ley). Es más, por ser unas normas técnicas, no debería existir reparo a tenerlas en cuenta, bien que de modo voluntario, en sede parlamentaria, al menos mientras las Cortes no dispongan de unas propias. Y estas últimas, de existir, no tendrían por qué separarse de las primeras, al menos en la parte que dichas directrices gubernamentales tienen de aprovechable.

Finalmente, no se comprende que estas normas se limiten a los anteproyectos de ley, en vez de extenderlas a todas las normas que debe elaborar el Gobierno (y sin perjuicio de las ocasionales particularidades que requieran cada una de ellas). Cuestiones como el título, sistemática, orden de artículos, cláusulas derogatorias, normas transitorias, etc., son susceptibles de observancia tanto en leyes como en reglamentos administrativos, decretos legislativos y decretos-leyes. Estimamos que en este punto las citadas directrices han sido demasiado precavidas. De elaborarse unas nuevas, lo que es muy recomendable para corregir ciertos errores, debía ampliarse su ámbito de aplicación en la forma que se señala.

3.12. *Documentación que debe acompañar al anteproyecto*

El apartado 2 del artículo analizado cita tres documentos que deben acompañar al anteproyecto en el momento de elevarse al Consejo de Ministros para su primera consideración. Se trata de «la memoria», «los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del anteproyecto» y «una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar». Obsérvese, en cambio, que no se exige la presentación en esta fase de la «exposición de motivos» que en cambio se prevé en el apartado 4 como complemento del proyecto de ley que se remite al Parlamento. Lo cual no quita que voluntariamente se opte por su redacción y presentación desde el primer momento; de hecho, así lo contemplan las citadas «Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno» de 26 de julio de 1996.

Aunque todas estas referencias sobre documentación tienen relación con la incluida en el artículo 88 de la Constitución, aspecto que será tratado más adelante, lo cierto es que la Ley del Gobierno no proporciona unas directrices claras en torno al significado de cada documento. Algo más explícitas —no mucho— son las «Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno». Callan sobre la memoria, la exposición de motivos

y los informes. Además, como advierte GARCÍA-ESCUADERO¹⁹, vienen a identificar erróneamente los antecedentes con la memoria. En realidad, la «memoria» es lo que aquí se llama «antecedentes», o sea, el escrito en que el promotor razona sobre la necesidad y oportunidad de la nueva ley, su finalidad y características, las disposiciones que vendría a derogar o modificar y, en fin, cuantas referencias contribuyan a que su destinatario pueda hacerse cargo de su alcance e implicaciones. Los «antecedentes», en cambio, son todos los informes, pareceres, notas, mociones, recomendaciones, etc., que han podido influir en la elaboración del anteproyecto. Los «estudios e informes» a que se refiere la Ley son parte destacada de estos «antecedentes»: constituyen la expresión de los órganos a que luego se hace referencia sobre la procedencia de la iniciativa, su constitucionalidad y corrección formal, su repercusión económica y otros posibles aspectos.

Pero tales «informes y estudios» no agotan los «antecedentes» posibles, como lo demuestran los otros documentos mencionados. Entre estos últimos merecen reseñarse las nada extrañas proposiciones no de ley, mociones y resoluciones aprobadas por las Cámaras instando al Gobierno a la presentación de un determinado proyecto de ley. También puede incluirse las sentencias del Tribunal Constitucional o Tribunal Supremo que motivan el cambio legislativo, el Derecho comunitario cuyo desarrollo sea la causa de la legislación, legislación extranjera relevante, bibliografía, etc.

Finalmente, la Ley cita «*la memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar*». Poca aclaración requiere el sentido de este documento. En realidad, la estimación del coste podía ser un aspecto o sección de la memoria citada en primer lugar, lo que permitiría prescindir de esta segunda. Pero por unas u otras razones se ha querido presentar por separado. Se ha previsto como algo a evacuar en todo caso, y si bien hay muchos casos en que esto es perfectamente razonable (piénsese en la ley de Presupuestos Generales del Estado), otros lo son menos, y así puede citarse a título de ejemplo las leyes por las que se resuelven dudas de hecho o de Derecho en la sucesión y las abdicaciones y renunciaciones, previstas en el artículo 57.5 de la Constitución. Ni que decir tiene que en estos casos el trámite se sustanciará en hacer constar que no se prevé coste económico para la futura ley, pero esto cuestiona precisamente la obligatoriedad de su presentación separada.

Concerniente a la memoria económica es el artículo 30.3 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, en el que se dispone: «*Todo anteproyecto de ley o proyecto de disposición administrativa, cuya aplicación pueda suponer un incremento de gastos o disminución de ingresos públicos, en el ejercicio del año corriente o cualquier otro posterior, deberá incluir entre los antecedentes y estudios previos una memoria económica en la que se pongan de manifiesto debida-*

¹⁹ Véase *La iniciativa ...*, ob. cit., p. 181.

mente evaluados cuantos datos resulten precisos para conocer las posibles repercusiones presupuestarias de su ejecución». Puede estimarse que este artículo se mantiene vigente, pues en realidad sólo está precisando lo que de modo más genérico prevé el analizado.

Tampoco se puede olvidar la documentación mucho más compleja y variada que se exige para el anteproyecto de ley anual de presupuestos generales del Estado, según regulación contenida en el T.R. de la Ley General Presupuestaria que se recoge en el epígrafe 1. Concordancias, de este comentario. Allí nos remitimos para el estudio de este concreto caso.

No exige la Ley del Gobierno la inclusión de una tabla de vigencias y disposiciones derogadas, al modo como reclamaba la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Pero la práctica revelaba un incumplimiento generalizado²⁰ de este, por lo demás tan sensato, requisito, lo cual puede explicar su desaparición.

3.13. *Examen particular de los informes y estudios que deben evacuarse*

Particular relevancia tiene la emisión de informes y dictámenes y la elaboración de estudios sobre el anteproyecto. Pues, por un lado, es ocasión para la participación de otros organismos o entes, sirviendo de cauce de expresión a un pluralismo institucional y permitiendo así que las posturas de diversos sectores puedan ser conocidas y tomadas en cuenta. Por otro, proporciona una serie de tamices que pueden contribuir a la mayor perfección formal del texto. Entre sus inconvenientes figura que su eventual imposición legal prolonga el proceso de elaboración legislativa, lo que puede resultar negativo cuando medie urgencia, y añade el problema no desdeñable de las consecuencias de su omisión.

Si no existe previsión específica, el Ministerio redactor dispone de un margen de apreciación sobre cuáles son los informes o estudios que deben solicitarse, pudiendo haber casos en que no se necesite ninguno (salvo el de la S.G.T.), como acaso serían las leyes orgánicas a que se refieren los artículos 57.5 y 144 de la Constitución. La norma general debe ser, no obstante, solicitarlo allí donde pueda existir un organismo involucrado en la materia objeto de la regulación.

El número de los proyectos en los que se requiere un informe o parecer de un órgano o ente específico no ha hecho más que crecer. Entre todos estos informes obligados hay que diferenciar según la disposición que los establece. Pues, por un lado, figura el establecido en la Constitución (y utilizamos el singular por haber tan sólo un caso) y, por otro, los previstos en las leyes. Las consecuencias de la fuente que los impone son diversas.

²⁰ Así lo afirma SANTAMARÍA PASTOR en *Fundamentos ...*, ob. cit., p. 807 y s.

El establecido por la Constitución es el previsto en la Disposición adicional tercera:

«La modificación del régimen económico y fiscal del archipiélago canario requerirá informe previo de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del órgano provisional autonómico».

Poco afortunado es este precepto: primero, por incluir en la ley fundamental una cuestión que en modo alguno es materialmente constitucional y, segundo, por hacerlo con tan amplio alcance. Adviértase que no se reclama el informe en relación con una concreta ley y que, por lo mismo, puede afectar a muy diversas normas, incluso las dictadas por razones de urgencia. De ahí se derivan una serie de consecuencias negativas, que ya se han presentado en la práctica. La STC 35/1984, reproducida en el epígrafe 2. Jurisprudencia, de este comentario, anuló parcialmente el Decreto ley 1/1983 por publicarse sin este informe, que para más inri, y por disposición del artículo 46 del Estatuto de Autonomía de Canarias, corresponde al Parlamento de dicha Comunidad ¡por dos tercios de sus miembros!, lo que unido al tamaño y carácter deliberante de esta institución dificulta en extremo su elaboración y aprobación²¹. Por otro lado, al incidir la Ley de Presupuestos Generales del Estado o la llamada Ley de acompañamiento de los mismos en el susodicho régimen fiscal canario, y a la vista de esa jurisprudencia constitucional, se hace necesario contar con este informe en un procedimiento tan apremiante como es el que se desarrolla cada año en el Congreso de los Diputados para la aprobación de estas leyes, dando lugar a situaciones extremadamente complicadas, que incluso rayan en lo patético²².

Los informes requeridos por legislación infraconstitucional son numerosos. Entre ellos pueden destacarse algunos que son los que reseñamos a continuación. Todos ellos aparecen caracterizados por un común denominador, a saber: brindar una ocasión para que entes u organismos sectoriales expongan su visión especializada sobre la legislación en ciernes. No quiere decirse con ello, ni mucho menos, que estos informes deban confinarse a los problemas y consecuencias que el anteproyecto depara en el organismo o sector en cuestión. Queremos decir que éste parece ser el propósito básico de estos informes, que lo lógico es que los mismos se centren en esos aspectos particulares, pero sin que ello impida abordar cuestiones más generales. Pues, para el tratamiento panorámico de la legislación se comprendería mejor la llamada a organismos más generalistas, del tipo del Consejo de Estado o la propia Secretaría General Técnica.

²¹ Sería muy deseable la reforma de este precepto: un Parlamento no es el órgano más apropiado, por su tamaño y carácter legislativo y deliberante para emitir informes, mientras que el Gobierno se aviene más a este cometido. De otra parte, la mayoría de dos tercios es un verdadero despropósito: dificulta la ejecución de un trámite que trasciende claramente el marco autonómico y se aparta de lo que es propio del régimen de mayoría en una democracia. Sobre esto último, véase BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 92-94.

²² Véase lo que relata GARCÍA-ESCUADERO sobre estos incidentes en *La iniciativa ...*, ob. cit., p. 100 y ss.

Uno de estos informes es el correspondiente al Consejo General del Poder Judicial. Abarca un campo amplísimo según se establece en el artículo 108 de la Ley Orgánica 6/1985:

«1. El Consejo General del Poder Judicial deberá informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales en relación con las siguientes materias:

a) Determinación y modificación de demarcaciones judiciales en los términos del artículo 35 de esta Ley.

b) Fijación y modificación de la plantilla orgánica de Jueces, Magistrados, Secretarios y personal que preste servicios en la Administración de Justicia.

c) Estatuto orgánico de Jueces y Magistrados.

d) Estatuto orgánico de los Secretarios y del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia.

e) Normas procesales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales.

f) Régimen penitenciario.

g) Aquellas otras que le atribuyan las leyes.

2. El Consejo General del Poder Judicial emitirá el informe en el plazo de treinta días. Cuando en la orden de remisión se haga constar la urgencia del informe, el plazo será de quince días.

3. El Gobierno remitirá dicho informe a las Cortes Generales en el caso de tratarse de anteproyectos de leyes».

A pesar de la amplitud de la materia necesitada de estos informes, puede decirse que la misma se resume en las leyes sobre organización judicial, penales y procesales, que es lo que corresponde a un órgano definido (artículo 122.2 de la Constitución) como de gobierno del poder judicial. Por lo mismo deberá ser este aspecto el que prime en sus consideraciones.

Otro supuesto es el del Consejo Económico y Social. Según el artículo 7.1 de la Ley 21/1991, de 27 de junio, corresponde a dicho organismo:

«1.1. Emitir dictamen con carácter preceptivo sobre:

a) Anteproyectos de leyes del Estado y Proyectos de Reales Decretos Legislativos que regulen materias socioeconómicas y laborales y Proyectos de Reales Decretos que se considere por el Gobierno que tienen una especial trascendencia en la regulación de las indicadas materias. Se exceptúa expresamente de esta consulta el Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

b) Anteproyectos de ley o Proyectos de disposiciones administrativas que afecten a la organización, competencias o funcionamiento del Consejo».

Por las mismas razones que en el caso anterior, pensamos que la perspectiva preferente desde la que deben abordarse los informes de este Consejo es la económica y social.

En tercer lugar, debemos referirnos al Consejo de Estado. A tenor del artículo 21 de la Ley Orgánica 3/1980:

«El Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en los siguientes asuntos: 1. Proyectos de Decretos legislativos. 2. Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales... 6. Anteproyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado».

Por su parte, el artículo 22 de la misma Ley sienta lo siguiente:

«La Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos: 1. En todos los tratados o convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado... 4. Anteproyectos de Ley Orgánica de transferencias o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas... 14. Concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito».

A diferencia de los casos anteriores, lo que compete básicamente a este órgano consultivo es la vigilancia de los aspectos jurídicos, entendidos éstos en términos generales, pues, según el artículo 2.1 de la repetida Ley Orgánica, está obligado en el ejercicio de su función a velar *«por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico»*, si bien también se cita *«los aspectos de oportunidad y conveniencia»*.

Otras leyes imponen la emisión de informes por organismos diversos. Pueden citarse los de las Comunidades Autónomas respecto a proyectos de ley de armonización, previsto en la Ley 13/1983, del Proceso Autonómico, el del Consejo Superior de la Función Pública, dispuesto por la Ley 30/1984, y otros muchos²³.

Finalmente, entre los informes preceptivos figura el de la Secretaría General Técnica del Ministerio promotor del anteproyecto de ley, informe cuya obligatoriedad queda expresada en términos contundentes (*«en todo caso»*

²³ DORREGO cita a este respecto hasta 13 informes además de los ya comentados en el texto. Véase «Iniciativa legislativa gubernamental» en *Comentarios a la Constitución española de 1978, ob. cit.*, p. 343 y ss.

dice el segundo párrafo del artículo 22.2 de la Ley del Gobierno)²⁴. Lógicamente este informe deberá velar por la conformidad constitucional del anteproyecto, su sintonía con el resto del ordenamiento jurídico y su corrección técnica. Además de los aspectos particulares del departamento ministerial en cuestión²⁵.

3.14. *Sobre el momento en que deben emitirse los informes obligatorios*

Un aspecto relacionado con lo anterior es el del momento en que deben solicitarse y evacuarse estos informes.

En el caso del correspondiente a la Comunidad Autónoma canaria, en virtud de la Disposición adicional tercera de la Constitución, y ante el silencio de la misma sobre el particular, cabe señalar que todas las opciones son posibles: desde que se verifique durante la fase gubernamental del procedimiento legislativo, hasta que se haga en fase parlamentaria, esto último confirmado por la práctica como consecuencia de los escollos que suscita su aprobación. Lo ideal es, puestos a tomar en cuenta las aspiraciones de esta Comunidad, que puedan reflejarse en el texto desde el primer momento, evitando marchas atrás por cuestiones que podían haberse evitado de conocerse previamente. Además, la experiencia demuestra que esta participación informativa es más eficaz y funcional en sede gubernamental que parlamentaria.

En el caso de los informes del Consejo General del Poder Judicial, Consejo Económico y Social y Consejo de Estado, las disposiciones antes recogidas incluyen este trámite respecto a los «anteproyectos de ley», en forma afín a la Ley del Gobierno; por tanto, en la fase que nos ocupa. Los informes no se contemplan respecto a los proyectos de ley, sino en el momento anterior de los anteproyectos.

Consecuencia de lo anterior es que el proyecto de ley que definitivamente acuerde el Gobierno como iniciativa legislativa podrá incluir aspectos que no aparecían en el anteproyecto o ignorar otros que por el contrario sí figuraban. Cuando estas alteraciones se deban a lo demandado o sugerido en esos informes, ninguna crítica podrá suscitarse, pues lo mismo será exponente de lo fructífero del trámite y de la apertura del Gobierno. Tampoco cabe descartar que las diferencias entre el anteproyecto y el proyecto procedan de causas distintas,

²⁴ GONZÁLEZ CUETO señala que la previsión específica de esta intervención de la Secretaría General Técnica obedece a que una interpretación literal de los artículos 129 y 130 de la anterior LPA había conducido a prescindir formalmente de este trámite. Véase «El proyecto de Ley del Gobierno» en *Documentación Administrativa* 246/247, año 1997, p. 88 y ss.

²⁵ PAREJO ALFONSO critica por prematuro este informe de la S.G.T. y estima que hubiese sido preferible establecerlo para antes de la segunda consideración del anteproyecto por el Consejo de Ministros. Véase «La regulación del gobierno y la administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia» en *Documentación Administrativa* n.º 246-247, año 1997, p. 41.

como las formalidades previstas en el apartado 3 de este artículo 22, que a continuación serán analizadas, o incluso de un cambio de actitud del propio Gobierno. Nada que objetar a esta posibilidad, pues salvo que mediase mala fe o actitud fraudulenta por parte del ejecutivo (lo que no puede presumirse), resultaría que el mismo está actuando dentro de su campo competencial, siendo por lo demás lógico que el Consejo de Ministros no se comprometa más que con el texto que oficialmente presenta en el Congreso de los Diputados²⁶.

La opción por que los informes se evacuen sobre el anteproyecto y no sobre el proyecto de ley tiene sus ventajas (las ya referidas de incorporar desde el primer momento las propuestas admisibles de estos organismos) y sus desventajas (los mismos organismos no podrán conocer ni hacer constar su posición sobre la versión final). Pero al margen de estas limitaciones, no puede olvidarse que las leyes que han impuesto la emisión de informes han escogido que se haga con relación al primer texto. Hacerlo sobre el segundo demandaría recogerlo así en los artículos antes citados²⁷.

Sin perjuicio de que hemos de volver sobre los vicios del procedimiento, procede destacar aquí que si, no obstante lo anterior, en algún caso el informe se solicitase y elaborase respecto al proyecto que el Gobierno se propone introducir en las Cortes, no se cometería infracción sustantiva que pudiese invalidar el procedimiento. Tal infracción no tiene la entidad para provocar esta consecuencia. Pero, como decimos, esta cuestión será abordada más tarde.

3.15. *Primera consideración del Consejo de Ministros sobre el anteproyecto de ley. Trámites ulteriores*

El apartado 3 del artículo comentado dice que «*el titular del Departamento proponente elevará el Anteproyecto al Consejo de Ministros*». Dos precisiones merece esta norma: por un lado, que, en conformidad con el apartado 2, la elevación puede producirse conjuntamente por los ministros que hayan participado en su elaboración, como también se deriva del punto 3.3 de las «Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno», de 26 de julio de 1996²⁸; por otro, que esta elevación suele (¿debe?) pasar por el filtro intermedio de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, a tenor de lo que se establece en dichas instrucciones²⁹.

²⁶ Recuérdesse que en nuestro sistema el Gobierno dispone incluso de la potestad de retirar sus proyectos de ley del Congreso de los Diputados en cualquier fase de su tramitación en la Cámara anterior a la aprobación final. Véase artículo 128 del Reglamento de la misma.

²⁷ De todas formas ha de reconocerse que la distinción entre «anteproyectos de ley» y «proyectos de ley» no siempre se trata con el rigor adecuado. Así, el artículo 108.3 de la LOPJ (citado) se refiere a los anteproyectos de ley a remitir al Congreso, cuando en realidad debía mencionar a los proyectos de ley.

²⁸ Véase *ob. cit.* p. 19.

²⁹ Véase *ob. cit.*, pp. 13 y 18. Es más, se concreta que los anteproyectos deben distribuirse entre los miembros de la citada comisión con una antelación de tres semanas, acordable a una sí media autorización del presidente de la misma.

Lógicamente, aunque no se mencione, esta elevación debe comportar la de la memoria, informes y demás documentación regulada en el apartado 2, pues es la forma de que la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, primero, y el Consejo de Ministros, después, puedan conocer todas las implicaciones de la iniciativa legislativa y decidir en consecuencia. En el caso particular de los informes procedentes de los tres consejos referidos anteriormente, esta necesidad es tanto más patente cuanto que las leyes que los imponen parecen requerirlo así al referirlos a «anteproyectos de ley», cuya consideración es competencia del Consejo de Ministros. Este último debe pues poder conocer la opinión de esos organismos, conocimiento que ha de servir para cumplir con las previsiones legales y como medio de que el texto resultante satisfaga las exigencias de viabilidad política, técnica y jurídica.

El Consejo de Ministros dispone de un amplio abanico de posibilidades en esta primera lectura: rechazar *a limine* el texto presentado y disponer su archivo, solicitar otra versión con arreglo a principios o sistemática diferentes, aceptarlo en todos sus términos, y aceptarlo en parte merced a la introducción de cambios en el mismo. En este último caso, siguiendo voluntariamente lo sugerido en los informes recibidos o en forma enteramente autónoma. Respecto al seguimiento de las observaciones o recomendaciones que obren en estos informes, no puede olvidarse el principio general, reflejado en el artículo 1.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, de que los mismos no son vinculantes salvo que las leyes lo establezcan expresamente, determinación enteramente lógica, pues lo contrario haría del consultor un órgano que coparticiparía la potestad de iniciativa que la Constitución reconoce al Gobierno.

Si el Consejo de Ministros acepta, con o sin cambios, el anteproyecto, se abre un nuevo periodo con posibilidades muy amplias. El artículo 22.3 prevé que dicho órgano «decida sobre los ulteriores trámites y, en particular, sobre las consultas, dictámenes e informes que resulten convenientes, así como sobre los términos de su realización, sin perjuicio de los legalmente preceptivos». Entre los trámites ulteriores está, ciertamente, la reelaboración del texto presentado conforme a unas pautas determinadas por parte del ministerio o ministerios promotores. Pero tampoco se descartan otros. Lo que resulta claro es que son admisibles nuevos dictámenes, informes y consultas, a cargo de los organismos que ya lo hicieron en la primera fase o de otros distintos, e incluso de expertos y grupos particulares. La cláusula «que resulten convenientes» es sumamente abierta y admite muchas aplicaciones. Entre lo posible también figura el trámite de audiencia pública, pues el mismo bien puede ser uno de «los trámites ulteriores» que se citan en esta norma³⁰.

³⁰ Adviértase la diferencia que media en este punto con el procedimiento de elaboración de los reglamentos. El artículo 24 de la Ley contempla como un trámite necesario esta audiencia de los ciudadanos.

Todos estos informes, dictámenes y consultas aparecen como facultativos. Pero tampoco se puede descartar que resulten obligatorios: así se desprende del inciso final «sin perjuicio de los legalmente preceptivos». Lo que ocurre es que los previstos como tales, pero sin especificación de la fase concreta en que deban emitirse, deben tener encaje preferente en la primera fase, antes de la elevación del anteproyecto al Consejo de Ministros, pues no hay que olvidar que todo lo que subsigue y que regula este apartado 3 es puramente eventual, habida cuenta de que en casos de urgencia el mismo órgano puede prescindir del mismo a tenor del apartado 5.

En todo caso, de lo anterior se desprende que no debe resultar inconveniente en que si se recompone el texto del anteproyecto, el mismo se someta a nueva audiencia de los órganos ya citados: Consejo General del Poder Judicial, Consejo Económico y Social y Consejo de Estado. Pero si estos órganos emitieron su parecer en la primera fase, no puede decirse que ahora resulte obligatorio. A nuestro juicio, y salvo disposición en contra de la ley, la previsión de informe necesario de los anteproyectos comporta la obligación de dar audiencia formal una vez durante su gestación, pero no que la misma se tenga que reproducir cada vez que el texto sufra una variación en su íter formativo. Pues ni esto se establece así, ni se compadece con las consecuencias del apartado 5 del artículo analizado, ni, finalmente, resulta funcional. Decimos esto último por la extensión desmesurada que conllevaría la solución opuesta.

3.16. *Segunda consideración del Consejo de Ministros sobre el anteproyecto de ley*

Verificados los trámites a que se acaba de hacer referencia, y a la vista de lo que establece el apartado 4 del artículo 22, «... *el titular del Departamento proponente someterá el anteproyecto, de nuevo, al Consejo de Ministros para su aprobación como proyecto de ley y su remisión al Congreso de los Diputados...*». Se produce entonces la segunda lectura o consideración por el Consejo de Ministros. Ni que decir tiene que, al igual que en la primera, la propuesta se elevará conjuntamente por los ministerios interesados, cuando sean dos o más los que hubiesen promovido la futura legislación. Asimismo, esta remisión deberá hacerse a través de la Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios.

El apartado examinado da a entender que en esta segunda lectura el Consejo de Ministros aprobará sin más la propuesta como proyecto de ley y su ulterior traslado al Congreso de los Diputados. Sin embargo, y aunque esto pueda ser lo más normal, en modo alguno puede descartarse que el Gobierno acuerde cambios en el texto de que se trate e, incluso, su devolución para nuevo examen por el o los proponentes. Pues siendo la iniciativa legislativa una atribución exclusiva del mismo, no hay nada que le obligue a hacer suya una propuesta concreta.

En todo caso, cuando el Consejo de Ministros asume el anteproyecto de ley, el mismo se convierte en proyecto de ley y constituye una iniciativa legislativa en el sentido formal. A partir de ese momento, todos los trámites son obligados: remisión al Parlamento con los antecedentes oportunos, recepción y calificación por la Mesa de la Cámara, publicación y apertura de la fase de enmiendas, etc.

El apartado 4 admite, alternativamente, que el proyecto de ley se remita al Senado («o, en su caso, al Senado» dice). Es dudoso si se justifica esta referencia, toda vez que sólo hay un caso en que la iniciativa gubernamental se ejerza ante esta Cámara. Esta referencia alternativa se repite en los apartados 1 y 5. Creemos que se habrían evitado dudas para el lector no especializado y para el propio poder ejecutivo si, en vez de estas referencias que parecen indicar más de lo que en realidad existe, se hubiese incluido un apartado separado en el que se dijese que los proyectos de ley del Fondo de Compensación Interterritorial, a que se refiere el artículo 158.2 de la Constitución, debían presentarse en el Senado.

3.17. *La Exposición de Motivos*

Junto al proyecto de ley, el apartado comentado obliga a enviar «una *Exposición de Motivos y la Memoria y demás antecedentes necesarios para pronunciarse sobre él*». La memoria y demás antecedentes son documentos ya explicados y no necesitan de reiteraciones. Cosa distinta ocurre con la «Exposición de Motivos», por lo que procede dar una, siquiera sucinta, referencia de la misma.

Exposición de motivos es el documento que antecede a un texto normativo articulado, y en el que su promotor o redactor hace constar la finalidad general del mismo, las características principales de sus mandatos más básicos y cualquier otro aspecto que ilumine sobre su alcance y contenido. A través de esta exposición se trata de convencer al órgano correspondiente para su aprobación de los motivos (de ahí seguramente su nombre) que invitan a ello. Busca este documento salir al paso de posibles objeciones y esclarecer anticipadamente dudas que suscite su lectura³¹. En definitiva, se pretende dar una base de juicio al Parlamento para que pueda decidir con fundamento.

³¹ Véase al respecto: MARTÍN CASAL, «Preámbulo y disposiciones directivas» en GRETEL *La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa*, Bosch, Barcelona, 1986; EZQUIAGA, «Concepto, valor normativo y función de las exposiciones de motivos y los preámbulos» en *Revista vasca de administración pública* n.º 20/1988; SAINZ MORENO, «Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre un proyecto de ley» en *La calidad de las leyes*, Parlamento vasco, Vitoria, 1989; SANTAOLALLA, «Exposiciones de motivos de las leyes: motivos para su eliminación» en *Revista española de Derecho constitucional* n.º 33/1991; Díez-PICAZO, «Los preámbulos de las leyes» en *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio De Otto*, Oviedo, 1993; VIVER, «Proyecto de ley» en *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid, 1995; ABAJO QUINTANA, «Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley: antecedentes y finalidad» en *La técnica legislativa a debate*, Asociación española de letrados de Parlamentos — Tecnos, Madrid, 1994; DORREGO, «Iniciativa legislativa gubernamental» en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirección de O. Alzaga, Edersa, Madrid, 1998, tomo VII, p. 325 y ss.; GARCÍA ESCUDERO, *La iniciativa legislativa del gobierno*, ob. cit., p. 158 y ss.

La exposición de motivos es un documento en buena parte coincidente con la memoria a la que nos hemos referido anteriormente y que, por lo mismo, hace redundante al segundo. La diferencia más significativa viene dada del hecho de que la exposición de motivos se publica en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», lo que no ocurre con la memoria. Como consecuencia de este hecho, y al amparo de unas disposiciones del Reglamento del Congreso sumamente desafortunadas³², la primera es susceptible de enmiendas y finalmente se publica como parte de la ley en el BOE.

Estas últimas circunstancias han provocado un cambio en el perfil de este documento: las exposiciones de motivos se redactan pensando o, mejor, dando por descontado que las mismas y el proyecto a que se refieren se aprobarán sin problemas especiales por las Cortes Generales. Al olvidarse su primigenio sentido se han convertido en un prefacio dirigido —en el mejor de los casos— a los destinatarios de las futuras normas en vez de al llamado a aprobarlas. De ahí que sean frecuentes declaraciones y comentarios muy superficiales, y un tono autolaudatorio que ni se compadece con su finalidad ni con el respeto que el legislador democrático debía mostrar por la opinión autónoma de los sometidos a sus mandatos.

Algunos autores como DORREGO y GARCÍA ESCUDERO³³, para sortear estos inconvenientes, proponen reconvertir estos documentos en preámbulos elaborados por las Cámaras. No es éste el momento de extenderse sobre estas cuestiones. Por ello nos limitaremos a dar una sucinta opinión.

El preámbulo, aunque posible, tiene sentido como proemio de las leyes publicadas. Pero no debe más que expresar la condición y modo de los que la aprueban, a fin de dejar constancia formal de que procede de los órganos y con arreglo a los requisitos establecidos en la Constitución. En parte esto es lo que ya se viene haciendo, al constar en ese proemio la fórmula «las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar...». Podría y hasta sería de utilidad añadir otras menciones, tales como el proponente o proponentes de la iniciativa legislativa, los informes evacuados durante su gestación, los particulares preceptos constitucionales o legales que sean de observancia, etc. Así, el ritual podría ampliarse en el sentido siguiente: «a propuesta del Gobierno y previo informe del CGPJ, las Cortes Generales han aprobado...», o bien «a propuesta de la Comunidad Autónoma XX y una vez seguido el procedimiento establecido en los artículos 147.3 y 151.2 de la Constitución, las Cortes Generales...», o bien «...las Cortes Generales, al amparo de lo previsto en el artículo 93 de la Constitución, han aprobado ...». Pero nada más o desde luego nada que tenga que ver con la descripción, glosa o justificación del contenido.

³² Sobre las razones en contra de la publicación de las exposiciones de motivos como parte de las leyes nos remitimos a SANTAOLALLA, *Exposiciones de motivos de las leyes ...*, *ob. cit.*, p. 47 y s.

³³ Véase DORREGO, *Iniciativa legislativa ...*, *ob. cit.*, p. 325 y ss. y GARCÍA-ESCUDEO, *La iniciativa legislativa del gobierno*, *ob. cit.*, p. 163 y ss.

En conformidad con lo que se acaba de defender, el artículo 14.1 de la Ley italiana de 23 de agosto de 1998, n.º 400, obliga a los decretos legislativos a hacer constar en su preámbulo la ley de delegación, las deliberaciones del Consejo de Ministros y otras actuaciones cumplidas en virtud de la ley de delegación. Y el artículo 15 exige que en el preámbulo de los decretos-leyes se mencionen las circunstancias de necesidad y urgencia que lo motivan. Esto y no más es lo que aparece en el preámbulo.

De aceptarse una modalidad de preámbulo como la señalada, su formación debería hacerse en la fase última del procedimiento legislativo y por el promulgante, bien entendido que éste (el Rey a tenor del artículo 91 de la Constitución) asumiría lo que al efecto le propusiese el refrendante (el Presidente del Gobierno), el cual, a su vez, se inspiraría de cerca en lo que le hiciesen constar los presidentes de las Cámaras al remitirle la ley aprobada. En definitiva, no haría otra cosa que seguirse el modelo vigente, bien que ampliando la redacción del proemio.

3.18. *Procedimiento de urgencia*

El apartado 5 del artículo 22 contempla un procedimiento de urgencia que permite reducir la intervención del Consejo de Ministros a una sola lectura, de tal modo que tras la consideración del anteproyecto el mismo se convierte en proyecto de ley y se remite al Congreso. Más en concreto, lo que permite este procedimiento es «*prescindir de los trámites contemplados en el apartado tercero*», antes estudiados. Quedan a salvo «*los que tengan carácter preceptivo*» como son los informes impuestos por leyes especiales y que ya han sido comentados.

Ninguna objeción puede formularse a esta previsión. Es lógico que de mediar esa urgencia, los trámites —no precisamente escasos— se aligeren, de modo que el proyecto pueda estar en manos del Parlamento en el momento oportuno, oportunidad que puede venir provocada por razones jurídicas (así, el cumplimiento de lo previsto en el artículo 134.3 de la Ley fundamental) o por puras razones políticas. Se trata, por tanto, de una norma prudente y flexible.

Esta flexibilidad se manifiesta en que no se dice mucho sobre el modo o la forma de aplicar este procedimiento. Pero al expresar «*el Consejo de Ministros podrá prescindir de ...*» se está dando a entender que tiene que ser él mismo el que así lo apruebe, aunque no puede descartarse que la cuestión venga decidida o predecidida por la calificación como urgente del proyecto en el orden del día, que fija el Presidente del Gobierno (artículo 2.2g de la misma ley). El ministro o ministros proponentes deberán ser lógicamente los que insten la observancia de este apartado.

3.19. *Sobre los vicios de procedimiento y en particular la omisión de los informes preceptivos*

Otro aspecto que debe examinarse es el de las posibles consecuencias de las infracciones cometidas durante el procedimiento legislativo, bien que —para ser congruentes con el ámbito del artículo estudiado— nos ceñiremos a su fase gubernamental³⁴.

En principio, hay que suponer que estas infracciones sólo tendrán relevancia, en el sentido de hechas valer jurídicamente, si se refieren a una ley ya aprobada y publicada. Pues si no es así, si el anteproyecto o proyecto de ley no culmina su objetivo de convertirse en ley, no parece que pueda lesionar derechos o intereses jurídicos de un tercero³⁵ y, por ende, ser impugnado.

Respecto a las consecuencias de las infracciones del procedimiento previsto, disponemos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se recoge en el epígrafe 2. De la misma no pueden extraerse unas pautas claras, pues mientras que unas sentencias consideran estas infracciones como vicios invalidantes de la ley afectada, otras en cambio reducen sensiblemente su alcance. La 35/1984 fue de un rigor manifiesto pues anuló un decreto ley —norma que ha de presumirse dictada por razones de urgencia extraordinaria— por haber sido dictado sin mediar el previo informe de la Comunidad Autónoma canaria previsto en la Disposición adicional tercera de la Constitución y en el Estatuto de Autonomía. La 108/1986 relativiza la omisión del informe del Consejo General del Poder Judicial y señala algo que parece tener alcance general: «La ausencia de un determinado antecedente sólo tendrá trascendencia si se hubiere privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión, pero, en este caso, el defecto, que tuvo que ser conocido de inmediato, hubiese debido ser denunciado ante las mismas Cámaras y los recurrentes no alegan en ningún momento que esto ocurriese». Por tanto, parece exigirse que el antecedente tenga una entidad determinada (ser un elemento de juicio necesario para la decisión del Parlamento) y que la omisión se denuncie en la primera ocasión disponible. La generalidad de esta doctrina se manifiesta también en que lo proclamado se extiende a la omisión de la exposición de motivos y la memoria de un proyecto de ley. Repárese en que todos estos documentos (informe y exposición de motivos) estaban cubiertos, como se invocó por los recurrentes, por el artículo 88 de la Constitución. En cambio, la Sentencia 181/1988 vuelve al rigor de la primera, pues sanciona con nulidad una reforma legislativa en la que se había

³⁴ Con relación al procedimiento parlamentario hemos defendido que sólo los vicios que suponen infracciones de la Constitución pueden provocar la nulidad de la ley. Véase SANTAOLALLA, *Derecho parlamentario español*, Espasa, Madrid, 1990, p. 44 y ss. y 73 y ss. Para un tratamiento en extenso de esta temática, y con conclusiones no disímiles, nos remitimos a BIGLINO, *Los vicios del procedimiento legislativo*, CEC, Madrid, 1991, especialmente p. 68 y ss.

³⁵ Decimos esto en relación exclusiva a los vicios durante la fase gubernamental del procedimiento legislativo. Los posibles en sede parlamentaria merecerían tal vez otra consideración a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

omitido un informe de Comunidad Autónoma previsto en el Estatuto de Autonomía y en la LOFCA.

A nuestro juicio, el correcto encaje de este tema exige partir de dos consideraciones. La primera es la de diferenciar cuál es la norma que impone el trámite que se supone incumplido. Cuando el requisito venga impuesto por la Constitución y, habida cuenta de la subordinación de todas las leyes a la misma, su inobservancia merecerá la mayor atención y podrá determinar la invalidez de la ley o disposición legal resultante (lo que no significa que necesariamente tenga que ser así). Sería el caso ya comentado de la preterición del informe previsto a favor de la Comunidad Autónoma canaria en la Disposición adicional tercera de la Constitución. Pero, según se desciende en la escala normativa la entidad del vicio será menor. Esto es, cuando implique la vulneración de una norma del llamado bloque de constitucionalidad la apreciación será menos rigurosa que cuando el trámite conste en la propia Ley fundamental, pero mayor que si lo hace en una ley ordinaria. Finalmente, la importancia será todavía menor, ínfima podríamos decir, cuando el requisito provenga de una ley ordinaria no perteneciente al bloque de la constitucionalidad, y nula si procede de un reglamento administrativo. La razón de esta consideración es algo tan simple como el hecho de que toda ley puede derogar disposiciones anteriores del mismo rango, por lo que el incumplimiento de una de estas previsiones legales procedimentales quedaría sanado por la ley posterior. El legislador sólo está sometido a la Constitución, y sólo las infracciones de la misma pueden provocar un vicio en sentido estricto.

Hemos citado como un caso intermedio las leyes que pertenezcan al bloque de la constitucionalidad, pues las mismas, a pesar de ser leyes, participan en cierta medida del valor de normas constitucionales en los casos mencionados en el artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Pero ni siquiera para éstas abogamos por una atención igual a la de los preceptos de la propia Constitución. El hecho de que ese artículo pueda ser modificado o derogado por cualquier ley orgánica muestra claramente que no posee la trascendencia de los que figuran en la ley de leyes.

La segunda consideración procede de las exigencias del principio de proporcionalidad. Pues puede ser excesivo e injusto que una ley peca con una posible invalidez por el hecho de que se cometió alguna infracción en su proceso de elaboración. Si el contenido de la ley, que es lo que en realidad se incorpora al orden jurídico, es constitucional, ningún daño se deriva lógicamente del vicio procedimental para los destinatarios. Luego, no se ve la necesidad de aplicar medida tan onerosa como la que suponga afectar a la vigencia de la ley. Y si, además de constitucional, resultase que la ley es justa y benéfica, mayor contrasentido sería todavía el castigar a la propia ley, ya que en definitiva sería la propia comunidad jurídica la castigada al privársela de sus positivas consecuencias.

No se invoque en contra de lo anterior el principio *auditor et altera pars*, pues aquí no existen partes. Principio tan preciado tiene todo su sentido en

todos los procesos donde se enfrentan dos partes y que concluyen con una sentencia o decisión que afecta a una de ellas o a lo sumo a las dos. Pero el supuesto que tratamos es muy diferente, pues recae sobre leyes, sobre norma jurídicas, que no pueden ser objeto litigioso como el que se produce en un proceso ordinario y cuya titularidad nunca corresponde a un sujeto determinado. El hecho de tener que oír a organismos especializados o a entes concretos puede ser todo lo positivo que se quiera, pero no por eso se convierte la ley en un bien correspondiente a los mismos. La ley se dirige y afecta a toda la sociedad, por más que pueda tener una incidencia más marcada en unos sujetos que en otros, y si se establece un trámite de informe o consulta no es porque la misma pierda este carácter para convertirse en algo privativo de tal o cual sector. Al afectar a todos los miembros de la sociedad, ningún ente u órgano puede presentar su intervención como un requisito fundante de su validez.

De lo anterior se sigue que la omisión de trámites, como los informes de los organismos antes citados, podrá dar lugar a determinadas responsabilidades, como la administrativa del funcionario culpable y la política del ministro involucrado, pero no a la anulación de la ley o artículos de la ley afectados. En realidad, sólo la omisión del legislador debería aparejar tan grave consecuencia como la inconstitucionalidad e invalidez de la ley³⁶. Decimos esto, por supuesto, como norma de principio, y admitiendo que en casos concretos la solución pueda ser otra.

Todo lo anterior conduce a poner en tela de juicio la previsión de informes obligatorios respecto a las leyes, al menos en la forma tan intensa y extensa como acontece entre nosotros. Que la audiencia de diversos organismos o entes puede contribuir a la más depurada redacción de las leyes y a asegurar su futura aceptación por sus destinatarios inmediatos, y a la postre, su éxito como norma, resulta indudable. Pero nos preguntamos si esto debía ser producto de una máxima de actuación política en lugar de un imperativo legal, si no resulta más lógico que la participación de terceros se produzca por propio convencimiento del Gobierno antes que como resultado de un ineludible jurídico. Pues en este último caso, como ya se ha visto, se llega a una situación límite: si se sanciona un eventual incumplimiento como corresponde, se produce un resultado abiertamente desproporcionado; y si, para evitar éste, no se disponen consecuencias sancionatorias, el carácter preceptivo del informe o audiencia queda en papel mojado.

Por ello, y pensando en la mayoría de los proyectos de ley, parece aconsejable ser consecuentes con la máxima jurídica de que los informes no son preceptivos (ni vinculantes) salvo que se disponga lo contrario³⁷. Esto es, se

³⁶ Véase también lo indicado en el apartado 3.5 anterior.

³⁷ Esto es, en concreto, lo que sienta el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado: «La consulta al Consejo será preceptiva cuando en esta o en otras leyes así se establezca, y facultativa en los demás casos».

debería restringir a muy contados casos la previsión de informes preceptivos, dejando para los demás su condición subordinada al requerimiento del Gobierno.

Reiteramos que toda esta colaboración de órganos y entidades diversas puede ser muy provechosa. Pero no nos extralimitemos ni coloquemos lo secundario en el lugar de lo principal o viceversa. Aquí estamos tratando de anteproyectos o proyectos de ley, que por su propia condición están destinados a examinarse y debatirse en el órgano que realmente importa, jurídicamente y políticamente: el Parlamento. Éste goza de plena autoridad constitucional y democrática para aprobar cualquier ley, por lo que su intervención, especialmente si es profunda, cumple sobradamente con todo lo necesario y más para que la ley de que se trate pueda promulgarse y aplicarse, aunque no se haya oído a un órgano concreto.

Dejando aparte que las propias Cámaras pueden dirigirse a cualquier entidad para solicitar información y ayuda, según previene el artículo 109 de la Constitución, por lo que si ha lugar a informe esta necesidad eventual puede satisfacerse perfectamente en la fase realmente decisiva del procedimiento legislativo, lo importante es no olvidar que las leyes procedan del poder competente para ello, y que lo que realmente interesa es que éste asuma en su integridad su condición de legislador. Lo demás presenta un valor secundario. Pues una verdadera democracia tiene que evitar a todo trance caer en una suerte de democracia institucional u orgánica: por importante que sea la opinión de ciertos sectores y organismos, ésta jamás puede sustituir o condicionar la voluntad del órgano elegido para representar al titular de la soberanía³⁸.

De hecho, esta profusión de informes es desconocida en otros países de nuestro entorno. En Francia, la Constitución y la Ley Orgánica 94-100, de 5 de febrero de 1994, callan sobre consulta o informe por parte del Consejo Superior de la Magistratura. El Consejo Económico y Social tiene atribuciones consultivas: pero sujetas al requerimiento por parte del Gobierno (artículo 69 de la Constitución³⁹) y sólo obligadas cuando se trata de proyectos de ley de programación de carácter económico y social (artículo 70 de la Constitución⁴⁰). También en Francia, la Circular de 6 de junio de 1997, relativa a la organización del trabajo gubernamental (DO de 7 de junio), recomienda, que no impone, la audiencia a representantes de los intereses sociales afectados por una medida del Gobierno, pero la subordina a que no provoque retrasos indebidos y, entre los organismos públicos que deben consultados, sólo cita (ap. IV) al Consejo de

³⁸ Véase sobre este punto BÖCKENFÖRDE, «Democracia y representación. Crítica a la discusión actual sobre la democracia», en la obra del mismo autor, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2000, p. 154 y ss.

³⁹ Que dice. «El Consejo Económico y Social, a demanda del Gobierno, emite su opinión sobre los proyectos de ley, de ordenanza o decreto, así como sobre las proposiciones de ley que se le sometan».

⁴⁰ Este artículo 70 establece: «... Todo plan o todo proyecto de ley de programa de carácter económico o social será sometido al Consejo (Económico y Social) para que éste emita dictamen».

Estado a efectos de lograr la regularidad constitucional y técnica del texto correspondiente (ap. VIII), y al Consejo Económico y Social, este último al amparo de lo dispuesto en el citado artículo 70 de la Constitución.

La Constitución italiana, si se hace salvedad del Consejo Económico y Social, que aparece definido como órgano consultivo de las Cámaras (artículo 99), no contempla actividad consultiva en relación con la legislación ni por parte del Consejo de Estado y ni del Consejo Superior de la Magistratura. Este último Consejo, no obstante, puede emitir su parecer al Ministro de Gracia y Justicia sobre los proyectos de ley relativos al ordenamiento judicial, administración de justicia y materias concernientes al servicio de la justicia, según lo que dispone el artículo 10 de la Ley de 24 de marzo de 1958, n.º 195. La ley italiana de 23 de agosto de 1988, n.º 400, por la que se disciplina la actividad del Gobierno y la presidencia del Consejo de Ministros, sólo contempla (art. 17.2 y 4) el informe del Consejo de Estado respecto a los reglamentos ejecutivos de las leyes, y no respecto a estas últimas o sus respectivos proyectos.

3.20. *Remisión y recepción en el Congreso. La tramitación prioritaria de los proyectos de ley*

Una vez que el Consejo de Ministros se compromete con un texto, el mismo se convierte en proyecto de ley y representa la iniciativa oficial de este órgano. Según las «Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno», aprobadas por el Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996, «el Ministro Secretario del Consejo certificará los tres ejemplares recibidos y remitirá uno al Presidente del Congreso de los Diputados, otro al Departamento proponente y el tercero al Secretariado del Gobierno».

El ejemplar remitido al Congreso de los Diputados, tras la entrada en la Cámara, debe ser calificado por la Mesa al amparo de lo previsto en el artículo 31.1.4 y 5.º del Reglamento de la misma. Se trata de una verificación de los elementos puramente formales de la iniciativa, equiparable a la que se realiza sobre las restantes, y que no suele plantear problemas especiales. Según MERINO MERCHÁN, este examen abarca: *i*) que el documento presentado merezca la calificación de proyecto de ley; *ii*) que está presentado por el legitimado al efecto; *iii*) que cumple los requisitos formales, como la inclusión de una exposición de motivos y otros antecedentes, y *iiii*) la calificación como ley ordinaria u orgánica⁴¹.

⁴¹ Véase «Proposiciones de ley de origen parlamentario» en *Comentarios a la Constitución de 1978*, dirección de O. Alzaga, Edersa, Madrid, 1998, VII p. 367. También puede verse MERINO MERCHÁN y PEÑA RODRÍGUEZ, «Las facultades de calificación de las enmiendas por las mesas de las Cámaras» en *Revista de las Cortes Generales* n.º 23/1991, p. 133 y ss.; PRESNO LINERA, «La consolidación del criterio jurisprudencial sobre la admisión de iniciativas legislativas (la STC 38/1999, de 22 de marzo)» en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 10/1999, p. 17 y ss.

Si esta calificación, como es normal, no suscita problemas, se procede a la publicación de la iniciativa, la apertura del plazo de enmiendas y el envío a la comisión competente, tal como dispone el artículo 109 del Reglamento del Congreso. De este modo se entra en la fase central o constitutiva del procedimiento legislativo.

En este punto es necesario recordar la prioridad que el artículo 89.1 de la Constitución otorga a los proyectos de ley gubernamentales con relación a las restantes iniciativas. Tal determinación es reflejo del acusado protagonismo del Gobierno en el sistema parlamentario español, probablemente algunas décimas por encima del de otros países del mismo modelo. Que esta prioridad se dé es lógica consecuencia de la posición constitucional del Gobierno (necesidad de ejecutar su programa político) y probablemente existiría aunque faltase esta determinación. Pues a través de su dominio o influencia en órganos clave, como la Mesa y la Junta de portavoces, y, en general, en todo el entramado parlamentario (pleno, mesas de comisiones y estas mismas) el ejecutivo cuenta con suficientes resortes para asegurarse el pronto despacho de sus iniciativas. La mención del artículo 89.1 no tiene más que un valor de refuerzo⁴².

Es, además, una mención difícil de medir. No puede precisarse cuáles son las consecuencias de esta prioridad, fuera de unas orientaciones muy genéricas. No obstante lo anterior, puede citarse algunos otros preceptos en la misma línea. Tal es el caso de la exoneración de la toma en consideración que, en cambio, es regla en las restantes iniciativas (artículos 125 y 126 del Reglamento del Congreso). O con la facultad del Gobierno de incluir un asunto con carácter prioritario en el orden del día de las sesiones (artículo 67.3 del Reglamento).

3.21. *¿Es obligatorio remitir todos los informes a las Cortes?*

El artículo 88 de la Constitución y el concordante 109 del Reglamento del Congreso se refieren a la presentación de la exposición de motivos y «*de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre los proyectos de ley*». Lo relativo a esta documentación ya ha sido expuesto en epígrafes anteriores. Subsiste, no obstante, un aspecto sin comentar, aspecto que se deriva de la expresión transcrita, y es el de si la remisión tiene que incluir todos los trabajos o actuaciones preparatorias o si cabe un atemperamiento de esta carga.

A nuestro juicio, en sentido estricto la obligatoriedad sólo alcanza a los informes previstos respecto a proyectos de ley y no a aquellos que lo hacen respecto a simples anteproyectos de ley. La razón es que el destinatario natu-

⁴² Véase sobre este aspecto HERRERO LERA, «Artículo 87, Iniciativa legislativa» en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirección de O. Alzaga, Edersa, Madrid, 1998, VII p. 266 y ss.

ral de los primeros es el poder legislativo, por lo que consecuentemente debe ser conocedor de los mismos. En cambio, los informes limitados a los anteproyectos tienen su destinatario natural en el Gobierno, y es él el que debe conocerlos. Naturalmente que estos últimos también pueden ser de sumo interés para las Cámaras, en cuyo caso es lógico que el Gobierno los remita *motu proprio*, así como aquellos otros que estime oportunos. La Constitución sólo impone esta obligación cuando constituyan «un antecedente necesario para pronunciarse sobre ellos», no en todos los casos. Esta expresión tiene un margen de indeterminación que implica no dar alcance absoluto a la carga de remisión. En muchos casos, posiblemente la mayoría, los informes pueden tener esta relevancia, siendo entonces necesario su traslado al Congreso. Pero puede haber otros en que esta remisión lejos de ayudar sea contraproducente para la inteligencia de la iniciativa de que se trate. Piénsese que el proyecto puede derivarse de numerosos borradores, que a su vez han podido dar paso a igual número de notas e informes, como los que proceden de la Secretaría General Técnica u otras unidades. Obligar a remitir un expediente de estas características puede ser desproporcionado, ya que no pocas veces algunos de esos borradores, notas e informes pueden ser irrelevantes para el trabajo de las asambleas legislativas⁴³. Todo ello sin perjuicio, claro está, de que las mismas, al amparo del artículo 109 de la Constitución, puedan reclamar otros documentos y hasta el expediente entero. En concreto, compete a la Mesa del Congreso de los Diputados, al amparo de la potestad de calificación y vista, precisar cuáles son los documentos que se necesitan y actuar en consecuencia. Tampoco puede olvidarse que otros órganos parlamentarios que intervienen posteriormente (ponencias y comisiones) puedan instar el mismo envío.

Por lo demás, en la práctica el expediente remitido por el Gobierno suele incluir los informes de los organismos consultivos antes citados (Consejo de Estado, General del Poder Judicial, Escolar del Estado, Política Fiscal, etc.), pero no los de la SGT por ejemplo.

3.22. *La iniciativa del Gobierno en funciones*

Finalmente, debe recordarse que, según el artículo 21.5 de la Ley del Gobierno, no puede ejercerse la iniciativa legislativa cuando el mismo aparez-

⁴³ BALLARÍN IRIBARREN afirma, en el mismo sentido, que del artículo 88 de la Constitución no puede deducirse una obligación de remitir todo el expediente legislativo. Véase «Los informes de órganos constitucionales y de relevancia constitucional en el procedimiento legislativo» en *V Jornadas de Derecho parlamentario, El procedimiento legislativo*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 176 y ss. DORREGO, en cambio, se muestra partidario del envío de todos los informes. Véase DORREGO, «Iniciativa legislativa gubernamental» en *Comentarios a la Constitución española de 1978, ob. cit.*, p. 346. Aunque con relación a la ya derogada Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial de 1980, es interesante el trabajo de ALBA NAVARRO, «Las facultades de iniciativa, propuesta e informe en materia legislativa del Consejo General del Poder Judicial» en *Revista de Administración Pública* n.º 97/1982, p. 163 y ss.

ca como «en funciones». A nuestro entender esta limitación plantea dudas de constitucionalidad⁴⁴.

3.23. *La peculiaridad de los proyectos de ley de presupuestos generales del Estado*

En el caso del proyecto de ley de presupuestos generales del Estado destacan dos particularidades impuestas por la Constitución⁴⁵. La primera es que su iniciativa es exclusiva del Gobierno, correspondiendo a las Cortes exclusivamente su enmienda y aprobación (artículo 134 apartado 1). La segunda es su carácter anual, de tal modo que esta iniciativa tiene que ejercerse todos los años antes del primero de octubre, a tenor de lo ordenado en los apartados 2 y 3 del mismo artículo.

La elaboración de este proyecto de ley anual cuenta con un procedimiento específico, como es el regulado en los artículos 9 y 54 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, recogido en el apartado 1 del presente estudio. La complejidad de la materia de gastos e ingresos estatales es lo que explica que desde hace numerosas décadas exista esta regulación específica. Hasta cierto punto ese procedimiento se solapa con el dispuesto por el artículo 22 de la Ley del Gobierno, siendo problemático determinar hasta qué punto queda éste desplazado por aquél. En todo caso, la flexibilidad que brinda el apartado 5 del artículo 22 de la Ley del Gobierno permite eludir cualquier acusación de ilegalidad respecto al proyecto de presupuestos que se atenga exclusivamente al procedimiento de la Ley General Presupuestaria.

No nos podemos detener en el examen de esta particularidad, habida cuenta de que excede del ámbito propio de la Ley del Gobierno. No obstante, para proporcionar una información básica sobre el tema, hay que proporcionar dos referencias adicionales.

La primera consiste en recordar que a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1992, de 14 de mayo (que reconoció el carácter legislativo de la ley anual de presupuestos al tiempo de su limitación material a las medidas de política económica y financiera), se ha desarrollado el uso de acompañar la presentación de dicho proyecto con un segundo sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social (conocido por eso como el «proyecto de ley de acompañamiento» o «de medidas»). Este segundo, por su condición extra-

⁴⁴ Sobre este extremo nos remitimos a nuestro comentario del artículo 101 de la Constitución, en *Comentarios a la Constitución española*, dirección de F. GARRIDO FALLA, Civitas, 3.ª edición, Madrid, 2001.

⁴⁵ Sobre el tema puede verse ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, «Los presupuestos del Estado», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirección O. Alzaga, C.G. y EDERSA, Madrid, 1998, T. X, p. 303 y ss.; CAZORLA PRIETO, «Estudio del artículo 134, apartado 1 y 3», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirección de F. Garrido Falla, 3.ª edición, Madrid, 2001, p. 2271 y MARTÍNEZ LAGO, *Ley de Presupuestos y Constitución*, Trotta, Madrid, 1998.

presupuestaria, cae en cambio bajo las previsiones del artículo 22 de la Ley del Gobierno.

La segunda referencia se refiere a la innovación que ha supuesto en este panorama la Ley 18/2001, General de Estabilidad Presupuestaria, cuyo artículo 8 aparece reproducido en el apartado 2. Como puede verse, el Gobierno resulta obligado a presentar dentro del primer cuatrimestre de cada año el objetivo de estabilidad presupuestaria y a remitirlo a las Cortes Generales para su aprobación. Si se obtiene esta aprobación, la elaboración del proyecto anual de presupuestos deberá acomodarse al objetivo en cuestión. Con ello se hace todavía más complejo y largo el procedimiento de elaboración de los presupuestos anuales. En todo caso, debe señalarse que el objetivo así marcado vincula al Gobierno, pero no a las Cortes, que pueden en todo momento separarse del mismo en la aprobación de la ley anual de presupuestos. Pues ni ese acuerdo sobre la estabilidad presupuestaria posee naturaleza legislativa, ni, aunque la tuviese, podría impedir que una ley posterior modificase lo dispuesto anteriormente. Con lo cual, y visto que el Gobierno domina ampliamente a la mayoría parlamentaria a través de la disciplina de partido, el nuevo trámite posee escaso significado, al menos desde una perspectiva jurídica. Queremos decir que es una exigencia fácilmente eludible.

ARTÍCULO 23. DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

- 1. El ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de acuerdo con la Constitución y las leyes.**
- 2. Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.**
- 3. Los reglamentos se ajustarán a las siguientes normas de competencia y jerarquía:**
 - 1.º Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros.**
 - 2.º Disposiciones aprobadas por Orden Ministerial. Ningún reglamento podrá vulnerar preceptos de otro de jerarquía superior.**
- 4. Son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo haya aprobado.**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Jurisprudencia. 3. Comentario. 3.1. Sentido de la potestad reglamentaria. 3.2. Precisiones terminológicas sobre estas normas. 3.3. Diferencias entre reglamento y acto administrativo. 3.4. Las relaciones entre ley y reglamento: la reserva de ley. 3.5. La reserva de ley dispuesta en el apartado 2 del artículo 23 de la Ley del Gobierno y problemas que suscita. 3.6. Clases de reglamentos. 3.7. Sobre la remisión al reglamento. 3.8. Límites del reglamento. 3.9. Jerarquía de los reglamentos. 3.10. Consecuencia de la jerarquía reglamentaria. 3.11. La inderogabilidad singular de los reglamentos.

1. Concordancias

Constitución española.

Artículo 9.3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

* Artículo comentado por Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ.

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

Código civil.

Artículo 1.2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 51. 1. Las disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. 2. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior. 3. Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes.

Artículo 62. 2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Artículo 127. 1. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto por su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este Título. 2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario, sin que pueda delegarse en órgano distinto.

Artículo 129. 1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una ley. Las infracciones administrativas se clasificarán por la ley en leves, graves y muy graves. 2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley. 3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más

correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes. 4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.

2. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional 69/1983, de 26 de julio:

«el ámbito de operatividad del artículo 25.1 de la CE se reduce a la imposición de condenas penales o de sanciones administrativas y no puede extenderse a aquellas sanciones que en virtud del ordenamiento privado puedan ser adoptadas por quien esté legitimado para ello, supuesto en que la corrección del exceso o del incumplimiento está amparada por la norma ordinaria, pero no por la constitucional».

Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de junio:

«La posibilidad constitucional de una tal relación, en la que el Reglamento es llamado por la Ley para integrar de diverso modo sus mandatos, no queda excluida en el caso de las reservas a Ley Orgánica presentes en el artículo 81, n.º 1, y en otros preceptos de la CE, y siempre, como es claro y exigible para cualquier caso de reserva, que la remisión a Reglamento no suponga deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado, que es el «desarrollo» de un derecho fundamental en el caso que ahora consideramos. Cuando este «desarrollo» lo haya realizado cumplidamente el legislador, como sucede en el presente proyecto de ley orgánica, la remisión al Reglamento no será, sólo por ello, inconstitucional, y hasta ha de decidirse que esa misma remisión resultará, en muchos casos, debida u obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias».

Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio:

«en el artículo 103.3 de la Constitución se establece, efectivamente, una reserva para la regulación por Ley de diversos ámbitos de la Función Pública, entre los que se cuenta el «Estatuto de los funcionarios públicos». Esta materia queda, así, sustraída a la normación reglamentaria, mas no en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa, habrá de resultar perti-

nente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa. En este ámbito, por lo tanto, habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva. Incluso con relación a los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es, pues, imposible una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre —como se dijo en el fundamento jurídico 4.º de la STC 83/1984, de 24 de julio— que estas remisiones «sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», de tal modo que no se llegue a «una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir»...

Medidas de esta intensidad, unificación y extinción, sobre Cuerpos y Escalas requieren, para su posible adopción por el Gobierno, de una predeterminación legislativa suficiente por medio de la cual se evite que resida en el Gobierno mismo, sin límites o con límites imprecisos, una potestad incondicionada para alterar la estructura en Cuerpos y Escalas de la Administración Pública...

Otro tanto ha de decirse, apreciando la misma deslegalización contraria a la reserva constitucional, respecto de los dos últimos párrafos del artículo 27, pues en ellos se contienen puras y simples remisiones al reglamento, vacías de todo vínculo sustantivo, para que, por el Gobierno, se determinen, respectivamente, los criterios, requisitos y condiciones para que los funcionarios de los Cuerpos o Escalas declarados a extinguir se integren en otros Cuerpos o Escalas y para la designación, también por el Gobierno, de los puestos de trabajo que hayan de desempeñar tales funcionarios. Como las anteriores, estas medidas inciden, sin sombra de duda, en el régimen estatutario de los funcionarios públicos, no pudiendo ser adoptadas por el Gobierno sino sobre la base de una regulación legal sustantiva que el legislador, contrariando a la Constitución, renunció aquí a disponer».

Sentencia del Tribunal Constitucional 133/1987, de 21 de julio:

«El principio de legalidad penal es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/1982, fundamento jurídico séptimo), previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el artículo 24.2 y el artículo 117.1 de la CE ... el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: La existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*); y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador».

Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1988, de 8 de junio:

«Pero esta clara exigencia de cobertura legal no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, mas ello siempre que en aquéllas queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica —de tal manera que sólo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de ley— y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer. Lo que en todo caso prohíbe el artículo 25.1 CE es la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (STC 83/1984, de 24 de julio), lo que supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes (STC 42/1987, de 7 de abril). Pero, en todo caso, la prohibición no hay que entenderla de un modo tan absoluto que impida admitir «la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora» (STC 3/1988, de 21 de enero), como antes se ha indicado».

Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2000, de 2 de marzo:

«Es doctrina reiterada de este Tribunal (SSTC 42/1987, de 7 de abril, F. 2, y 133/1999, de 15 de julio, F. 2, entre otras) que el artículo 25.1 CE reserva a la Ley la tipificación de los elementos esenciales de las infracciones administrativas, y que al Reglamento puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infraccio-

nes previamente establecidos por la Ley. Este canon de constitucionalidad ha sido precisado por este Tribunal en numerosas Sentencias. En lo que ahora importa, hemos dicho reiteradamente que, en materia de tipificación de infracciones, el artículo 25.1 CE prohíbe la remisión de la Ley al Reglamento sin una previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica en la propia Ley (entre otras, SSTC 42/1987, F. 2; 305/1993, de 25 de octubre, F. 3; 341/1993, de 18 de noviembre F. 10 b; y 116/1999, de 17 de junio, F. 16)».

Sentencia del Tribunal Constitucional 219/1991, de 25 de noviembre:

«Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este punto en la STC 42/1987, donde se afirmaba que «cualquiera que sea la validez y aplicabilidad de las normas preconstitucionales incompatibles con el principio de legalidad que garantiza el artículo 25.1 de la Constitución, es claro que, a partir de la entrada en vigor de la misma, toda remisión a la potestad reglamentaria para la definición de nuevas infracciones o la introducción de nuevas sanciones carece de virtualidad y eficacia. Si el reenvío al reglamento contenido en una norma legal sin contenido material no puede ya producir efectos, con mayor razón aún debe predicarse esta falta de eficacia respecto a la remisión de segundo grado establecida en una norma sin fuerza de ley. Y ello, aunque esta última contenga una regulación suficiente, si bien incompleta, de las conductas ilícitas y las sanciones aplicables, ya que tal regulación no sana las insuficiencias atribuibles a la propia Ley que le sirve de cobertura, en atención al cumplimiento de la reserva constitucional de ley». Declarando luego que «distinto es el supuesto en que la norma reglamentaria postconstitucional se limita, sin innovar el sistema de infracciones y sanciones en vigor, a aplicar este sistema preestablecido al objeto particularizado de su propia regulación material. No cabe entonces hablar propiamente de remisión normativa en favor de aquella disposición, puesto que la remisión implica la potestad conferida por la norma de reenvío de innovar, en alguna medida, el ordenamiento por parte de quien la utiliza. En realidad, se trata más bien de una reiteración de las reglas sancionadoras establecidas en otras normas más generales, por aplicación a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico de aquéllas».

Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1993, de 9 de julio:

«Tampoco se trata de una reserva de ley absoluta que excluya la intervención en todo caso del Reglamento. Antes bien ocurre lo contrario: no hay obstáculo alguno a que la ley —estatal o autonómica— habilite expresamente al Reglamento para concretar o desarrollar sus mandatos en un objeto concreto fijando los criterios para ello, mediante una imprescindible colaboración entre las potestades legislativa y reglamentaria que, en un asunto como éste, en el cual son previsibles

numerosas ordenaciones sectoriales muy detalladas, resulta inevitable e incluso conveniente. En general, la técnica de la reserva material de ley no excluye que el Reglamento ejecutivo sea llamado por la Ley para integrar o completar la regulación, siempre y cuando la remisión al Reglamento no suponga «deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado...»

3 Comentario

3.1. *Sentido de la potestad reglamentaria*

El apartado 1 del artículo que nos ocupa («*el ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de acuerdo con la Constitución y las leyes*») se limita reiterar sin apenas variaciones lo que dispone el inciso final del artículo 97 de la Constitución. Como no innova nada, podría decirse que es superfluo: lo ahora establecido era ya Derecho — y del máximo rango— desde que se promulgó la Ley fundamental. Es más, este apartado, al ni siquiera mencionar a esta última, podría ser criticado por aparentar la creación de algo nuevo e importante, en el sentido de posibilitar la impresión de que es esta ley, y no la Constitución, la que atribuye la potestad reglamentaria. Pues la falta de esa cobertura constitucional habría suscitado dudas sobre la constitucionalidad de este precepto, habida cuenta de la repercusión jurídica y política de dicha potestad.

En efecto, la existencia de un poder normativo en manos del poder ejecutivo constituye una quiebra del principio del Estado de Derecho, que lleva a residenciar las tres funciones del Estado (legislativa, ejecutiva y jurisdiccional) en los poderes del mismo nombre. Sin embargo, esta división de poderes que, de aplicarse literalmente, haría imposible la atribución de cualquiera actuación relacionada con cada una de las tres funciones a un poder que no fuese el homónimo, tiene diversas e importantes excepciones, excepciones conocidas desde los orígenes del Estado constitucional y aceptadas como tales en la inmensa mayoría de los países. Pues, como advirtió JELLINEK¹, el principio de división de poderes es un principio tendencial, que por diversas razones nunca llega a consumarse plenamente, de tal modo que las funciones normativas sólo correspondan al poder legislativo, las ejecutivas al poder del mismo nombre y las jurisdiccionales a los jueces y tribunales. Esto ni ha sido así ni lo es en la mayoría de las democracias consolidadas: la división de funciones entre los tres poderes clásicos es la regla general, pero no una regla absoluta de aplicación inexorable. Hay excepciones con una justificación razonable y esto es lo que permite, por ejemplo, que ciertos actos administrativos estén subordinados a la

¹ Véase *Teoría del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1973, p. 459 y ss. En el mismo sentido se manifiesta FORSTHOFF en *El estado de la sociedad industrial*, IEP, Madrid, 1975, p. 222.

autorización del Parlamento o que el Gobierno se encargue de ejecutar las resoluciones de los jueces.

Otra de estas excepciones es precisamente la que representa la potestad reglamentaria del poder ejecutivo. Si la división de funciones se aplicase en su acepción más radical, toda la legislación debería originarse en el Parlamento o poder legislativo, y se daría una ecuación perfecta entre ley y norma positiva, en el sentido de que no habría más normas escritas que las procedentes de este brazo del Estado. Sin embargo, esta correspondencia ideal entre legislación y poder legislativo no ha existido en ningún momento en el Estado constitucional. Por razones políticas y funcionales esta absorción de la potestad legislativa por el Parlamento nunca ha sido total, y siempre ha quedado un sector más o menos amplio abandonado a la regulación por la Administración pública. Varias son las razones que explican este fenómeno: por un lado, la incapacidad del Parlamento para asumir esta ingente carga, especialmente en el Estado intervencionista, caracterizado por la motorización legislativa, esto es, por la continua creación y modificación de normas en sectores crecientes de la vida social y económica². La legislación no sólo crece cuantitativamente, sino que deviene más y más compleja, dominada o condicionada por factores técnicos, para lo cual el órgano que integra la representación popular, eminentemente político e ideológico, no es la instancia más apropiada. El procedimiento parlamentario, lento y complejo, no se presta para atender las necesidades reguladoras, especialmente cuando media urgencia³. Junto a lo anterior, debe tenerse en cuenta las necesidades de disciplinar los aspectos internos del propio poder ejecutivo, sobre los que los parlamentarios están faltos de toda preparación.

Todo ello explica que a través de unos cauces u otros se apodere al ejecutivo para algo que en principio no sería admisible desde la perspectiva de la citada doctrina de la división de poderes: la asunción de poderes normativos para la regulación de todos esos aspectos.

El reconocimiento de la potestad reglamentaria en manos del poder ejecutivo es una constante en el constitucionalismo de ayer y de hoy. Todas las Constituciones españolas han reconocido este poder (así, artículos 171 de la de 1812, 47 de la de 1837, 75 de la de 1869, 54 de la de 1876 y 79 de la de 1931) y la misma atribución, con unos u otros matices, se aprecia en la mayoría de los países de nuestro entorno (así, artículos 80, 84.2 y 85.2 de la Constitución alemana, 18.2 de la de Austria, 108 de la de Bélgica, 13.1 y 21.1 de la de Francia, 87 de la de Italia, 89 de la de los Países Bajos, etc.).

Claro que esta atribución de poderes normativos no es incondicional o ilimitada, pues en otro caso la vigencia del repetido principio quedaría en entre-

² Sobre este aspecto, y junto a lo escrito por diversos autores, puede recomendarse a FORSTHOFF en *El estado de la sociedad industrial*, *ob. cit.*, p. 155 y ss.

³ PREDIERI advierte que el Parlamento no puede elaborar más que un cierto número de leyes al año. Véase «La produzione legislativa» en AA VV, *Il parlamento italiano (1946-1963)*, Nápoles, 1963, p. 257.

dicho. Éste exige que, ya que pueden existir normas procedentes del Gobierno y la Administración, la ley del Parlamento se mantenga como fuente superior del ordenamiento jurídico. Esto es, las normas aprobadas por el Gobierno tendrán que acomodarse en todo momento a lo previsto en las leyes (parlamentarias) amén de a otros límites. Y estas normas, llamadas reglamentos administrativos precisamente por proceder de la Administración, son por tanto normas esencialmente subordinadas, de rango infralegal. De lo que se desprende una diferencia capital entre esas leyes parlamentarias y estos reglamentos administrativos: las primeras son cuasi ilimitadas, pues podrán disponer lo que estimen conveniente sin más límites que lo establecido en la Constitución, en el Derecho internacional (y ahora en el Derecho europeo); los segundos son eminentemente subalternos, pues además de estos límites deberán respetar en todo momento la densa malla de normas contenidas en las leyes.

De este modo, con la aparición de esta potestad de dictar normas en manos de las autoridades ejecutivas se prolonga y espesa la pirámide normativa: por debajo de la Constitución aparecen las leyes, y por debajo de éstas lo hacen los reglamentos. Puede hablarse entonces de tres niveles básicos en las fuentes escritas del Derecho. Pero como, a su vez, los reglamentos se subdividen en fuentes de distinto rango, según el órgano que los aprueba (véase *infra*), el resultado es una mayor complejidad del sistema normativo.

3.2. *Precisiones terminológicas sobre estas normas*

La anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 dio pábulo a una cierta confusión terminológica sobre estas normas infralegales, pues las llamaba «*disposiciones generales*» o «*disposiciones*» sin más, siendo así que otros sectores de la legislación⁴, la jurisprudencia y la doctrina hablaban en su lugar de «*reglamentos*». La Ley del Gobierno, con buen criterio, pareció querer unificar el nombre de estas normas y de ahí sus referencias casi continuas a los reglamentos, lo cual, por otra parte, parece una consecuencia del artículo 97 de la Constitución. De este modo, se diferencia claramente entre reglamento como norma jurídica, por un lado, y acto administrativo o resolución, por otro, con las consecuencias jurídicas correspondientes.

Sin embargo, la diversidad terminológica no ha desaparecido del todo, y de ahí la posibilidad de algunas dudas. Así, el apartado 3 de este mismo artículo 23 y el 24.1.c vuelven a referirse a «*disposiciones*», propiciando la duda de si este término se utiliza en el sentido genérico de decisión o acuerdo o en el más preciso de reglamento. Lo mismo ocurre con el artículo 25. Por su parte, la Ley 30/1992 no sólo omite el término reglamento, sino que vuelve a la denominación anterior de «*disposiciones administrativas*» o «*disposiciones de carácter*

⁴ Éste era el caso de los artículos 10.6 y 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957.

general» (artículos 52 y 62.2). Y lo mismo ocurre con el artículo 19.1.a de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo cual es todavía menos comprensible habida cuenta de su carácter posterior.

Comoquiera que sea, debe quedar claro que en nuestro Derecho la expresión «*disposición general*» es equivalente a la de reglamento⁵.

3.3. *Diferencias entre reglamento y acto administrativo*

Resulta de lo anterior que el poder ejecutivo está apoderado para realizar dos tipos de manifestaciones de voluntad: por un lado, los reglamentos, que se integran en el ordenamiento jurídico y tienen efectos *erga omnes*, y, por otro, los actos administrativos, cuyo alcance jurídico se limita a sus concretos destinatarios.

En nuestro Derecho, como en otros muchos, esta distinción entre reglamento y acto administrativo conlleva consecuencias significativas. El procedimiento de elaboración es distinto, como se comprueba cotejando el artículo 24 de la Ley del Gobierno con los artículos 68 a 101 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Su forma de publicarse también, pues en el primer caso es ineludible la publicación en el diario oficial (artículo 24.4 de la Ley del Gobierno), mientras que en el segundo debe recurrirse a la notificación personal (artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992). Por otro lado, los recursos en vía administrativa, de regla contra los actos administrativos, no caben contra las disposiciones generales (artículo 107.3 de la Ley 30/1992). Finalmente, el control judicial varía según recaiga sobre reglamentos ilegales o resoluciones del mismo tipo.

Pero el problema estriba en determinar qué es lo merecedor de uno y otro tratamiento, qué debe presentarse como un reglamento o disposición general y qué como un acto singular o resolución administrativa. En la mayor parte de los supuestos la distinción es clara y puede determinarse sin problemas lo que debe adoptarse como una u otra manifestación de voluntad. Así, por citar unos ejemplos, constituye un reglamento el acto regulador de un impuesto o el que hace lo propio con la contratación administrativa, mientras que actos singulares serían el nombramiento de un funcionario o la denegación de una licencia de obra.

Pero en otros la distinción no es tan clara y provoca dudas sobre si corresponde una cosa y otra. Es más, no puede olvidarse que un jurista de la talla de KELSEN rechazaba la distinción por imposible y, en su lugar, propugnaba una pirámide normativa que se extendía desde la ley fundamental hasta el último negocio jurídico, todos ellos dotados de naturaleza normativa y sólo diferenciados por el grado ocupado en esa pirámide.

⁵ En el mismo sentido EMBID IRUJO, «Potestad reglamentaria» en *Revista Vasca de Administración Pública* n.º 29, 1991, p. 83 y ss.

Como elementos definitorios de la naturaleza reglamentaria se citan el lenguaje abstracto empleado, con mandatos no dirigidos a concretos sujetos, sino con vocación de extenderse a todos los que se encuentren en una determinada situación⁶. En cambio, los actos singulares se dirigirían a sujetos determinados o determinables. Los reglamentos por ser normas se incorporarían al ordenamiento jurídico y serían susceptibles de aplicaciones reiteradas en el tiempo, mientras que los actos administrativos se agotarían con su aplicación a sus presuntos destinatarios. En definitiva, como señala la Sentencia de la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2000, el reglamento «*excede de una mera decisión dirigida a una pluralidad indeterminada de personas e incorpora con vocación de permanencia un entramado de derechos y obligaciones*».

Sin embargo, estos criterios distintivos se quedan cortos en algunos casos, muy minoritarios, pero no por ello menos reales. Así, el carácter permanente o indefinido de las normas jurídicas se ve desmentido por la realidad de normas aprobadas con carácter estrictamente temporal (normas temporales como son las que recaen sobre campañas agrícolas o de carácter fiscal⁷, normas contenidas en los presupuestos generales del Estado, normas transitorias, etc.). Por su parte, el ámbito de los destinatarios se torna borroso en ocasiones: frente a reglamentos, admitidos como tales, sobre sujetos delimitados o delimitables, como el de sociedades y agencias de valores (Real Decreto 276/1989), instituciones de inversión colectiva (Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre), funciones de la asociación de empresas para la explotación del sistema eléctrico (Real Decreto 926/1980 de 18 de abril), etc., la realidad jurídica ofrece muestras de actos administrativos cuyo alcance en términos personales, aunque difícil de precisar, resulta en todo caso muy amplio, como es una convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso en la función pública o la adopción de medidas especiales de tráfico durante un período determinado⁸. Hay también teóricos actos que contienen disposiciones no disímiles de las normas en sentido estricto⁹.

⁶ Véase sobre esta materia GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1980, I, p. 166 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 1991, p. 1196 y ss.

⁷ Un ejemplo sería la Orden ministerial de 12 de marzo de 2001, por la que se aprueban los modelos de declaración de los impuestos sobre la renta de las personas físicas y sobre el patrimonio del ejercicio 2000.

⁸ Véase, por ejemplo, la Resolución de 23 de febrero de 2001 de la Dirección General de Tráfico, publicada no por casualidad en la sección de disposiciones generales del *BOE*. Otro ejemplo lo suministra la fijación de los precios de venta al público de las labores de tabaco, insertada en la misma sección del *BOE* con fecha 22 de enero de 2001.

⁹ Así, y por citar un solo ejemplo, la resolución de la Secretaría de Estado de 22 de octubre de 1998 (*BOE* del 6 de noviembre) aprueba el procedimiento de selección y el programa correspondiente a las pruebas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado. Es una resolución que parece comportar normas reglamentarias, en cuanto vinculante del contenido de las futuras convocatorias y por trascender a un círculo indeterminado de personas. Que posee este carácter se comprueba en la convocatoria efectuada por Orden Ministerial de 30 de noviembre de 2000, pues en su base 1.4 se cita esta resolución como fuente aplicable. A su vez, esta convocatoria traspasa lo propio de un acto administrativo, al configurar normas de aplicación futura: se declara que los aspirantes que obtengan una puntuación mínima en un ejercicio,

Decir que los reglamentos se incorporan al ordenamiento jurídico y los actos no, es una petición de principio, pues de lo que se trata es de precisar cuándo y por qué se produce esa incorporación. A la postre hay supuestos en que la razón determinante de una cosa u otra no parece ser otra que la decisión de su autor. Igualmente, decir que el acto es aplicativo de una norma anterior es insuficiente, pues también los reglamentos lo son, como se advierte claramente en los llamados ejecutivos¹⁰.

No pretendemos con lo anterior desmerecer el criterio distintivo apuntado, entre otras cosas por la dificultad de la materia y por la falta de alternativa, sino simplemente mostrar que ese criterio, útil en la mayor parte de los casos, no explica toda la fenomenología existente. Pues entre el arquetipo de norma reglamentaria y el de acto administrativo existe toda una zona gris, en la que es enrevesado determinar si es una cosa u otra. Por eso, toda esa zona gris es un ámbito en el que la Administración disfruta de una dosis de discrecionalidad, que le permitirá presentar una determinada norma bien como reglamento, bien como acto administrativo. De hecho, la citada Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de febrero de 2000, califica de reglamento a una resolución de la Secretaría General de Pesca, cosa que, a la vista del artículo 23. 4 de la Ley del Gobierno, se hace muy problemática.

3.4. *Las relaciones entre ley y reglamento: la reserva de ley*

Ya hemos definido al reglamento administrativo como una fuente de Derecho infralegal, lo que quiere decir que sus preceptos deberán acomodarse siempre a lo dispuesto en la ley, norma superior e irresistible para la primera. Y, como a su vez, la ley es fuente sometida a la Constitución, el reglamento resulta doblemente subordinado: a la Constitución y a la ley, como por lo demás recuerdan el artículo 97 de la carta magna española y el 23.1 que se comenta. Las normas reglamentarias no podrán contravenir nada de lo dispuesto en las superiores, lo cual implica no solamente el respeto a los elementos formales y, más en concreto, a la letra de estas últimas, sino también, muy especialmente, a su espíritu y finalidad.

Consecuentemente, la infracción de cualquiera de estas normas superiores se salda con la nulidad de pleno Derecho del reglamento, como dispone el artículo 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públi-

estarán exentos de someterse al mismo ejercicio en la convocatoria siguiente. Ambas disposiciones, lejos de agotarse en un acto concreto, son susceptibles de aplicación reiterada en el tiempo y pueden alcanzar en cada aplicación a un número indeterminado y variable de personas. Por su contenido, especialmente la primera decisión podía haberse presentado como un reglamento: en el caso se trataría del reglamento sobre el procedimiento de selección y el programa correspondiente a las pruebas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado.

¹⁰ Lo cual provocó la perplejidad de algún autor como DE OTTO en *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 214 y ss.

cas, y con la posibilidad añadida de que los jueces lo inapliquen al caso sometido a su consideración, al amparo del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Uno de los límites que afectan al reglamento es la llamada reserva de ley, límite que viene impuesto por la Constitución al exigir de modo expreso o tácito que ciertas materias no puedan disciplinarse más que por ley, y que se reitera en forma terminante por el apartado 2 del presente artículo («*los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley*»). Sobre cuáles sean estas materias, puede decirse que en términos generales lo son las cuestiones relevantes para el Estado de Derecho, como las libertades fundamentales, la configuración del Estado y otras que políticamente se juzgan merecedoras de ser conocidas y aprobadas por el órgano que encarna la representación popular.

En el caso de la Constitución española, son numerosas las ocasiones en que se reclama que una regulación se haga por ley. El supuesto más relevante es el de los derechos fundamentales. Baste citar como ejemplo lo que prevé el artículo 53.1 («... *Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades*»). Pero también abundan las reservas en el campo orgánico, como pueden ser las dispuestas en los artículos 68.1, 69.2 y 122.1, entre otras. Ésta sería la reserva de ley mínima, inevitable e indisponible, al menos mientras no se reforme la Constitución.

Pero, junto a la anterior, cabe otra reserva de ley, máxima esta vez, constituida por todo aquello que una ley determine que en el futuro debe regularse por ley. Tal es lo que hacen, por ejemplo, los artículos 7 y 30 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria¹¹ o el artículo 24.2 de la Ley de funcionarios civiles del Estado, texto refundido aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero. El reglamento, al estar subordinado a las leyes, no podrá contrariar ese mandato y, por tanto, la materia respectiva quedará excluida a su intervención normativa. Cada vez que se necesite disciplinar ese campo habrá de recurrirse a la ley (o norma con rango de ley). En definitiva, la reserva de ley no se configura por la Constitución sino por una ley ordinaria, pero sus efectos son los mismos.

¹¹ Su texto es el siguiente: Artículo 7. *Se regularán por Ley las siguientes materias relativas a la Hacienda Pública: a) Los Presupuestos Generales del Estado. b) El establecimiento o reforma de los tributos con el alcance prevenido en la Ley General Tributaria. c) La concesión de créditos extraordinarios y suplementos de crédito para gastos del Estado y de sus Organismos autónomos, según se previene en esta Ley. d) El régimen de la Deuda Pública y las grandes operaciones de carácter económico y financiero. e) El régimen del Patrimonio del Estado, del Patrimonio Nacional y de la Contratación del Estado. f) La acuñación de moneda. g) El régimen general y especial en materia financiera de los Organismos autónomos del Estado. i) El régimen de contratación de obligaciones financieras y de realización de gastos y las demás materias que según las leyes han de ser reguladas por disposiciones del expresado rango.*

Artículo 30. 1. *No se podrán enajenar, gravar ni arrendar los derechos económicos de la Hacienda Pública fuera de los casos regulados por las leyes. 2. Tampoco se concederán exenciones, perdones, rebajas, ni moratorias en el pago de los derechos a la Hacienda Pública, sino en los casos y en la forma que determinen las leyes.*

Decíamos que esta segunda reserva es máxima porque la ley, en el Derecho español como en tantos otros, tiene un ámbito casi ilimitado, en el sentido de que puede regular todo aquello que estime oportuno, con la única salvedad de no lesionar la propia Constitución. Consiguientemente, la reserva de ley creada por la Constitución puede ampliarse casi ilimitadamente a través de disposiciones como la comentada.

Una variante de esta reserva de ley de origen legal se produce tácitamente, por el simple hecho de quedar normada una materia por una ley, supuesto enteramente legítimo aunque ni la Constitución ni una ley previa lo reclamasen¹². Éste sería el caso, nada infrecuente en la realidad, de que voluntariamente decida el legislador regular una materia hasta entonces no normada, o no normada por normas con rango de ley. Pues como el reglamento administrativo no puede contrariar a esa ley reguladora, fuente superior por ser ley, la consecuencia es que no puede entrar en la regulación de lo que aparece así disciplinado. Por el principio de *contrarius actus*, esa materia sólo podrá ser modificada en adelante por una norma del mismo rango, o sea, por una ley. Por supuesto que dejamos ahora al margen una cuestión que será abordada más tarde como es el desarrollo de la ley por el reglamento e, incluso, la remisión de la ley al reglamento. Lo que queremos decir es que, como tal materia, lo que aparezca regulado por una ley, aunque no exista reserva expresa, deviene zona vedada al reglamento, el cual, de intervenir, sólo podrá hacerlo a título de desarrollo y siguiendo lo que después se indica.

Y como la capacidad de expansión de la ley es enorme en nuestro Derecho, el resultado es que estas exclusiones de origen legal al reglamento serán de la misma proporción.

Esta segunda reserva es variable y relativa, pues está sujeta a las variaciones legislativas: puede crecer, que es lo más normal, vista la arraigada tendencia a regular por ley nuevos campos, pero también puede disminuir, como ocurre con la llamada deslegalización o fenómeno por el que una ley deroga sin más una ley anterior o expresamente dispone que en adelante sea el reglamento el que regule la materia correspondiente. En este último caso, se abre a la capacidad reguladora del reglamento lo que hasta entonces le estaba impedido. Esta deslegalización es operación lícita siempre que, naturalmente, se respeten las reservas del primer tipo (o sea, dispuestas por la Constitución) como, por ejemplo, se proclama en la STC 99/1987, de 11 de junio¹³.

¹² Véase sobre este punto, entre otros, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Editorial Centro Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, I, p. 796; GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución Española*, Civitas, 2001, p. 1514.

¹³ Un extracto de esta sentencia aparece en el anterior apartado 2. Sobre estos aspectos véase TORNOS MAS, «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional» en *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, 1983, p. 471 y ss.; GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988. Sobre el uso desmedido e inadecuado del decreto puede verse IGLESIA CHAMORRO, *El gobierno por decreto*, Pamplona, 1997, p. 136 y ss.

De todas formas, la reserva de ley no posee un carácter absoluto, en el sentido que excluya toda intervención a las normas infralegales. Significa que el núcleo o aspectos básicos de la materia de que se trate habrán de regularse necesariamente por ley y sólo por ley, pero sin impedir que el reglamento acompañe esta regulación para completar sus aspectos adjetivos o secundarios. La reserva de ley admite la intervención del reglamento siempre que ésta se confine al desarrollo de los aspectos básicos, a completar el dibujo que quede plasmado en la ley. Pero la ley deberá ineludiblemente abordar la regulación de los elementos definitorios y característicos de la materia de que se trate. Esto es lo que hace el artículo 10 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, en cuanto fija una larga lista de elementos que necesariamente deberán establecerse por ley, tal que *«el hecho imponible, el sujeto pasivo, la base, el tipo de gravamen, el devengo y demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria»*, de lo que se desprende que la reglamentación de los aspectos no citados podrá abordarse por las disposiciones gubernamentales.

De hecho, diversas sentencias del Tribunal Constitucional han reconocido lo que se comenta. Así, la 77/1985 y la 227/1993, recogidas en el epígrafe 2 de este comentario, a las que pueden añadirse otras como la 179/1985 y la 233/1999.

3.5. *La reserva de ley dispuesta en el apartado 2 del artículo 23 de la Ley del Gobierno y problemas que suscita*

Una de estas reservas expresas consta en el artículo que analizamos. Concretamente su apartado 2 preceptúa para los reglamentos: *«sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público»*.

En definitiva, tras recordar que allí donde exista una regulación por ley el reglamento no podrá pasar de una labor de complemento (*«desarrollo o colaboración»*) de la misma, se establecen unas concretas materias que quedan en todo caso apartadas de la regulación reglamentaria, en el sentido de regulación básica o innovadora de las mismas.

En buena parte, esta determinación es consecuencia de mandatos constitucionales. Así, las prohibiciones de tipificar delitos y faltas y de establecer penas son consecuencia indiscutible del artículo 25.1 de la Constitución (*«Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»*). A su vez, la interdicción de cargas y prestaciones personales y patrimoniales se corresponde con lo que establece

el artículo 31.3 de la Constitución («*Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley*») y la de tributos con el artículo 133.1 («*la potestad originaria de establecer tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley*»).

Además, todas estas reservas traducen principios básicos del Estado de Derecho, reconocidos de modo constante y regular en los códigos constitucionales de las democracias. Así, la prohibición al reglamento de tipificar delitos y crear penas se explica por el viejo postulado de *nullum crimen, nulla pena sine previa lege*, que no persigue otra cosa que medida tan grave para los individuos sea acordada con la formalidad y garantías que la ley confiere. Sólo la aprobación por los representantes populares y tras la correspondiente discusión pública confiere legitimidad al establecimiento de los delitos y las penas. En otro caso, la libertad y la propiedad quedarían mucho más expuestas y podrían sufrir las consecuencias de un poder ejecutivo enormemente poderoso. Es tan elemental este principio que aparece recogido, entre otros, en el artículo 7.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas («*nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional*»). Igualmente, la necesidad de que los tributos y prestaciones se dispongan por ley es una garantía para el patrimonio de los ciudadanos, que de otro modo quedarían a expensas de un poder ejecutivo propenso a la voracidad. De hecho, el principio *no taxation without representation* ha sido uno de los elementos determinantes de las democracias y conlleva que medida de tanto alcance como el establecimiento de tributos requiera el beneplácito de los llamados a soportar tales cargas, expresado a través de sus representantes y mediante discusión pública. Así, ya el artículo 14 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 disponía que «*todos los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aprobarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su base, su recaudación y su duración*».

Sin embargo, el artículo examinado, a pesar de basarse en antecedentes tan autorizados, realiza, a nuestro juicio, una interpretación extrema de estos principios, extendiendo la reserva de ley más allá de lo razonable y contribuyendo a la hipertrofia legislativa. Nos referimos a la necesidad de que las infracciones administrativas y sus correspondientes sanciones tengan que ser creadas y reguladas por ley formal, como si de delitos y sanciones penales se tratase.

Tal interpretación se encuentra recogida en los artículos 127.1 («*La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto por su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este Título*») y 129.1 («*Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico pre-*

vistas como tales infracciones por una ley») de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre¹⁴. Esta doctrina fue iniciada y ha sido mantenida por el Tribunal Constitucional, y así cabe referirse, entre otras, a sus Sentencias 69/1983, 101/1988 y 60/2000, extractadas en el anterior apartado 2. En resumen, el alto tribunal requiere que la tipificación de infracciones administrativas y la regulación de sus sanciones se haga por ley formal, sin que quepan más remisiones al reglamento que las indispensables para la disciplina de los elementos no esenciales¹⁵.

A nuestro juicio, la reserva de ley que impone el principio *nullum crimen, nulla pena sine previa lege* se refiere a los delitos, faltas y sanciones que deben aplicar los tribunales de justicia. Se comete grave desproporción si se extiende a las infracciones administrativas y sus correspondientes sanciones, que al poder ejecutivo corresponde perseguir e imponer en virtud de sus poderes de policía general o especial (pues defensa del Estado, función ejecutiva y seguridad ciudadana son bienes jurídicos reconocidos en los artículos 97 y 104 de la Constitución). Que hay desproporción lo demuestra la distinta entidad de los ilícitos penales y administrativos y sus correspondientes sanciones: los primeros son el resultado de atentados contra los bienes más preciados del hombre y la sociedad (la vida e integridad física, la dignidad humana, los valores básicos de la democracia, la propiedad, la seguridad del Estado, etc.) y por ello llevan aparejados las sanciones más graves, especialmente las privativas de libertad, que por sí mismas suponen una afectación a un valor básico. En cambio, los ilícitos administrativos significan vulneraciones de marcada menor entidad y por eso mismo su castigo determina sanciones de mucho menor alcance, normalmente económico y de no excesivo importe. En todo caso, estas sanciones no pueden consistir en medidas privativas de libertad, que es el valor máximo en un Estado constitucional, tal y como impone el artículo 25.3 de la Constitución. Por eso su régimen jurídico no debería ser necesariamente el mismo que el de los delitos y las penas: ignorar, como de hecho se hace, esta diferencia cualitativa es incurrir en un igualitarismo no justificado, en una desproporción. Al equiparar las infracciones administrativas con las penales, bien se da un rigor desmesurado a las primeras, bien se incurre en blandura con las segundas.

Aunque hay principios comunes entre ilícitos penales y administrativos (tipificación previa, proporcionalidad de las sanciones, derecho a la defensa y audiencia, etc.) no debiera existir reparo en que las infracciones administrativas

¹⁴ En desarrollo de lo previsto en esta Ley 30/1992 se ha dictado el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

¹⁵ A título de recordatorio, reproducimos un pasaje de la última sentencia dictada: *Es doctrina reiterada de este Tribunal (SSTC 42/1987, de 7 de abril, F. 2, y 133/1999, de 15 de julio, F. 2, entre otras) que el artículo 25.1 CE reserva a la Ley la tipificación de los elementos esenciales de las infracciones administrativas, y que al Reglamento puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la Ley... hemos dicho reiteradamente que, en materia de tipificación de infracciones, el artículo 25.1 CE prohíbe la remisión de la Ley al Reglamento sin una previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica en la propia Ley.*

podiesen configurarse por vía reglamentaria, en la inteligencia de que ello no supondría la exclusión de los principios relevantes y de la facultad del poder legislativo de asumir la regulación por ley en los casos concretos que estime convenientes. De hecho, el reglamento administrativo puede cumplir satisfactoriamente con las tres condiciones de *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*, que demanda el Tribunal Constitucional para la corrección de las sanciones¹⁶. Pero obligar a regular en todo caso y necesariamente por ley toda esta materia resulta exagerado y acaso contraproducente: en repetidas ocasiones nos hemos referido a que la capacidad normadora del Parlamento es limitada, por lo que el crecimiento inmotivado de la reserva de ley puede conducir a que esta institución, al tener que ocuparse de cuestiones tan numerosas y heterogéneas, acabe por atender en la misma forma lo grueso y lo menudo y, con ello, a que las cuestiones realmente relevantes se aprueben sin el escrutinio y debate necesarios.

Son varios los antecedentes que demuestran que el recto sentido de la reserva de ley se confina a las penas y no a cualesquiera sanciones. El artículo XIV de las enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos es muy claro al establecer que *«ningún Estado podrá privar a persona alguna de la vida, la libertad o la hacienda, sin el debido procedimiento legal»*. Y el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dice que *«la ley no podrá establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias, y nadie podrá ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada»*.

Un ejemplo, entre tantos que podrían ponerse, de la desmesura a que ha conducido interpretación tan extremista, es el de la Ley 10/1991, de espectáculos taurinos, cuya promulgación como tal ley se debió, a juzgar por su exposición de motivos, al hecho de contemplar un cuadro de infracciones y sanciones. Por mucho que se trate de la llamada fiesta nacional, no parece que la misma tenga tanta importancia como para que el Parlamento tenga que descender a declarar infracción el uso de puyas o petos no autorizados o el lanzamiento de almohadillas al ruedo, o a regular la imposición de sanciones, mayormente económicas (¡desde 5.000 pesetas!) y en el peor de los casos limitadas a prohibir la actuación de los profesionales del sector durante un año.

Otra muestra de este ensanchamiento injustificado es la que proporciona la sustitución de la regulación del tráfico de vehículos contenida en una norma reglamentaria (código de la circulación) por una regulación por ley (Ley 18/1989, de Bases sobre Tráfico y Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y posterior Real Decreto legislativo 339/1990, por el que se aprueba el correspondiente texto articulado). Pues, aunque algunas de sus normas puedan merecer ciertamente este rango, las más no lo tienen. Dudamos mucho de que sea necesario recurrir a una norma de rango de ley para disponer que los vehículos tienen que circular por su derecha, que queda prohibido el acceso a las auto-

¹⁶ Véase STC 133/1987, extractada en el apartado 2 de este comentario.

pistas a los vehículos de tracción animal o la forma en que tienen que ejecutarse los adelantamientos. Prueba de ello es que, ante el extremo casuismo de la materia, cuando se llega al punto crucial, la regulación de las sanciones, el legislador no tiene más remedio que recurrir a generosas remisiones al reglamento¹⁷.

No se ven las desventajas de regular estos extremos y otros de parecido tenor mediante ley, y sí, en cambio, las ventajas de hacerlo por una norma infralegal.

Nada que objetar, en cambio, a la reserva legal en materia tributaria. Pues no sólo viene impuesta por los artículos 31 y 133 de la Constitución, sino que se corresponde también con valores fundamentales del sistema constitucional, como la garantía de la propiedad.

3.6. Clases de reglamentos

La distinción más conocida de los reglamentos, y no por formalismo, es la que separa los llamados reglamentos ejecutivos y los independientes, también conocidos como reglamentos *secundum legem* o *praeter legem*, respectivamen-

¹⁷ Esto es lo que establece el artículo 67 del texto articulado de la Ley de seguridad vial, aprobado por Real Decreto legislativo 339/1990: 1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 15.000 pesetas, las graves con multa de hasta 50.000 pesetas y las muy graves con multa de hasta 100.000 pesetas. En el caso de infracciones graves o muy graves podrá imponerse además la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducir hasta tres meses. Las sanciones de multa previstas en el párrafo anterior, cuando el hecho no esté castigado en las Leyes Penales ni puedan dar origen a la suspensión de las autorizaciones a que se refiere el mismo párrafo y el segundo del apartado 3 de este artículo podrán hacerse efectivas dentro de los diez días siguientes a la notificación de la denuncia, con una reducción del 20 por 100 sobre la cuantía que se fije provisionalmente en la forma que reglamentariamente se determine. Cuando el infractor no acredite su residencia habitual en territorio español, el Agente denunciante fijará provisionalmente la cuantía de la multa, y de no depositarse su importe o garantizarse su pago por cualquier medio admitido en derecho, inmovilizará el vehículo en los términos y condiciones que se fijen reglamentariamente. En todo caso, se tendrá en cuenta lo previsto en el párrafo anterior respecto a la reducción del 20 por 100. 2. Las infracciones previstas en la legislación de transportes en relación con los tacógrafos, sus elementos u otros instrumentos o medios de control, prestación de servicios en condiciones que puedan afectar a la seguridad de las personas por entrañar peligro grave y directo para las mismas y exceso en el peso máximo autorizado de los vehículos, excepto cuando la causa de la infracción fuere el exceso de carga, se perseguirán por los órganos indicados en el siguiente artículo de esta Ley, conforme al procedimiento y de acuerdo con las sanciones recogidas en la mencionada legislación de transportes. 3. Las infracciones sobre normas de conducción y circulación de transporte escolar y de transporte de mercancías peligrosas por carretera se sancionarán de acuerdo con lo previsto en la legislación de transportes. 4. Serán sancionadas con multa de 15.000 a 250.000 pesetas la conducción sin la autorización administrativa correspondiente, las infracciones a las normas reguladoras de la actividad de los centros de reconocimiento de conductores o de enseñanza, así como a las de la Inspección Técnica de Vehículos y las relativas al régimen de actividades industriales que afecten de manera directa a la seguridad vial. En aquellas infracciones de especial gravedad la Administración podrá imponer, además, la sanción de suspensión de hasta un año de la correspondiente autorización o de cancelación de la misma. 5. La realización de actividades correspondientes a las distintas autorizaciones durante el tiempo de suspensión de las mismas llevará aparejada una nueva suspensión por seis meses al cometerse el primer quebrantamiento, y la revocación definitiva de la autorización si se produjere un segundo quebrantamiento. 6. El Gobierno, mediante Real Decreto, podrá actualizar la cuantía de las multas previstas en esta Ley, atendiendo a la variación que experimente el índice de precios al consumo.

te. Los primeros son los que nacen con la vocación de completar una ley previa, en modo que sus mandatos se vean acompañados por aquellos otros necesarios o convenientes para su recta inteligencia y aplicación. A ellos parece aludir el apartado 2 del artículo analizado, cuando se refiere «a su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley». Tal es el caso del reglamento sobre el IRPF o sobre el IVA, con relación a las leyes reguladoras de estos dos impuestos. Los segundos, en cambio, son los que se dictan al margen de toda ley previa, para regular una materia en la que esta última no es imprescindible por no estar reservada a la ley. Su misión no es el desarrollo de una norma previa sino la regulación pura y simple de una materia, con las consiguientes posibilidades de disciplinarla en toda su extensión, pero con la particularidad de que dicha materia será normalmente de importancia muy secundaria al quedar al margen de la reserva de ley, que, como se ha expresado, ocupa en nuestro Derecho una dimensión amplísima, comprensiva de las cuestiones más relevantes. Dicho con otras palabras, allí donde exista reserva de ley, el único reglamento admisible será el ejecutivo, mientras que donde no exista el reglamento independiente tendrá su ocasión y lugar.

Hasta aquí parece existir una visión más o menos uniforme entre los autores. Por el contrario, donde se produce una honda división es sobre el ámbito y relación con la ley de cada uno de estos reglamentos. En concreto, se discute si para aprobar un reglamento se necesita o no de un apoderamiento por una ley previa, si la Administración tiene que estar autorizada por una ley para proceder así o si por el contrario puede hacerlo a pesar del silencio legal.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ consideran que los reglamentos han de ser por norma general de carácter ejecutivo, basados en una llamada de la ley, mientras que los independientes sólo serían admisibles en el ámbito doméstico del poder ejecutivo, en la regulación de las cuestiones organizativas internas, hasta el punto que reglamento independiente y reglamento organizativo serían expresiones sinónimas. La razón de esta postura estribaría en el principio del Estado de Derecho que veda toda intervención sobre la libertad y propiedad de los individuos al margen de la ley. Los reglamentos *ad extra*, con incidencia en los particulares, deberían aparecer siempre basados en una remisión de la ley, que es tanto como decir que tendrían carácter ejecutivo¹⁸.

Otros autores, como DE OTTO, se oponen a esta tesis aduciendo que la Constitución no contiene semejante reserva general para todo lo que afecte a la libertad y propiedad de los ciudadanos, que el artículo 97 de la Constitución otorga al Gobierno un poder general para dictar reglamentos y que, por otra parte, la tesis criticada conduciría a negar todo reglamento independiente¹⁹.

¹⁸ Véase *Curso de derecho administrativo, ob. cit.*, p. 188 y ss.

¹⁹ Véase *Derecho constitucional, sistema de fuentes, ob. cit.*, p. 233 y ss. También, y aunque luego restringe el ámbito del reglamento independiente, BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente)*, Civitas, Madrid, 1991, p. 175 y ss.

A nuestro juicio, los reglamentos independientes son perfectamente posibles aunque incidan en relaciones externas al poder ejecutivo, en el sentido de que pueden ser fuente de derechos y obligaciones para los particulares. No obstante, no puede echarse en saco rato la tesis defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ y otros autores, en la medida que llama la atención sobre un rasgo capital del Estado constitucional: las limitaciones a la propiedad y a la libertad deben proceder de la ley. Se trata de un punto que ya apareció en el movimiento por la independencia de los futuros Estados Unidos, cuando se invocó el principio *no taxation without representation* y que en el viejo continente se plasma en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo artículo 4 prescribía que «*estos límites —a la libertad— no pueden establecerse más que por ley*». Desde entonces estas declaraciones se han convertido en acervo del Estado democrático.

Pero principio tan básico no podía pasar desapercibido a nuestro constituyente y por eso fue recepcionado ampliamente en la Constitución de 1978. Ya hemos citado el artículo 53.1 donde se proclama que «... *Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades*», precepto que se corresponde con otros muchos, como el artículo 31.3 («*sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley*») o el 33.3 («*nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes*»).

De este modo, el principio capital que se comenta ya ha sido recogido entre nosotros al configurarse una inmensa reserva de ley que protege todas las manifestaciones de la libertad y la propiedad, o sino todas, al menos sí las más relevantes. Se reconoce y respeta ese principio en la medida que se observa esa amplia reserva legal dispuesta por todos esos preceptos constitucionales, que incluso se hace más rigurosa si se tiene en cuenta la reserva de ley orgánica del artículo 81.1: los derechos y libertades de la sección 1.^a del capítulo segundo del título I de la Constitución deberán ser delimitados por esta variedad de ley que exige aprobación por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados.

Prácticamente todas las manifestaciones de la libertad y propiedad están, pues, subsumidas en esta reserva legal, y en esa medida no podrán ser disciplinadas por un reglamento independiente. Pero todo lo que caiga al margen de la dilatada reserva dispuesta por esos preceptos constitucionales podrá ser tratado por reglamentos independientes. Pues ni el constituyente en modo alguno excluyó esta posibilidad, ni la solución contraria resulta recomendable por razones funcionales e institucionales: obligaría a un ya de por sí recargado Parlamento a incrementar su trabajo legislador, con la consiguiente dispersión de su esfuerzo y el riesgo de que las soluciones así adoptadas lleguen tardíamente. Ni siquiera desde el punto de vista democrático interesa la multiplicación de las

regulaciones por ley, sino que las que así se aprueben lo sean tras debate y estudio adecuado por las asambleas representativas²⁰. No se gana en democracia simplemente por extender *ad infinitum* el dominio de la ley, sino que, una vez asegurado que las cuestiones realmente básicas se traten en esta forma, lo deseable es que las leyes que el Parlamento apruebe lo sean tras consideración suficiente, tras actuar como auténtica institución legisladora, y no como oficina limitada a estampillar los proyectos procedentes del Gobierno, que es la alternativa práctica a lo que aquí se defiende²¹. Y esto conduce a descargarle de todas las regulaciones secundarias.

En el Derecho comparado no es nada extraño lo que venimos diciendo. En Francia, ya tras la primera guerra mundial, y según informa PASCUAL MEDRANO, se ensanchó enormemente el dominio del reglamento, con la aparición de reglamentos independientes en materia de policía²².

Por lo demás, no pueden olvidarse los poderes de vigilancia y control que las Cortes Generales disponen sobre el ejecutivo, lo que debe contribuir al recto ejercicio de la potestad reglamentaria, y su facultad soberana de decidir regular por ley lo que hasta ese momento ha podido estarlo por un reglamento independiente. Quiere decirse que, dado que el ámbito de la ley es potencialmente ilimitado, las Cámaras pueden decidir en cualquier momento el fin de una regulación reglamentaria, ejerciendo su libérrima facultad de aprobar una ley sobre la materia de que se trate, caso de que aprecien que ésta merece este tratamiento normativo. En definitiva, el ordenamiento cuenta con suficientes salvaguardias para proteger el interés público y los derechos e intereses de los particulares, todo lo cual hace innecesaria una reserva de ley tan vasta como la comentada.

Comoquiera que sea, dos diferencias básicas se desprenden de la distinción entre reglamentos ejecutivos e independientes. Por un lado, el parámetro de legalidad que deberán respetar los primeros resulta más riguroso y definido, pues aparece una ley cuyo contenido será especialmente relevante, mientras que los independientes no están subordinados a una ley precisa y cumplen respetando la legalidad en términos generales. La segunda, conectada con la anterior, es que los ejecutivos están sujetos al previo dictamen del Consejo de Estado establecido en el artículo 22 de la Ley Orgánica 3/1980, reguladora de dicho Consejo, cosa que no exige para los independientes.

²⁰ Como de hecho reconoce BAÑO LEÓN en *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, *ob. cit.*, p. 103 y ss. En sentido parecido se manifiesta LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. Véase «Observaciones en torno a los límites de la potestad reglamentaria del Gobierno» en la obra colectiva *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, 1985, p. 181 y ss.

²¹ Sobre los inconvenientes de ciertas fórmulas de los reglamentos parlamentarios para acelerar las discusiones ya nos hemos manifestado en otra ocasión. Véase SANTAOLALLA, *El Parlamento en la encrucijada*, Eudema, Madrid, 1989, p. 88 y s. y 108 y ss.

²² Véase del autor mencionado «Ley y reglamento en el Derecho constitucional francés», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 106, 1999, p. 182 y ss.

Pues precisamente esa mayor sujeción a la ley conduce a vigilar que el producto final se adecue a esta exigencia, lo que se consigue obligando a su supervisión por un órgano de alta cualificación técnica y jurídica como es el Consejo de Estado²³.

3.7. *Sobre la remisión al reglamento*

Cuestión conexas a la anterior es si la emanación reglamentaria necesita de al menos una autorización legal o si puede producirse en defecto de la misma y siempre, por supuesto, respetando la reserva de ley. En este punto son muy diversas las posturas defendidas por los estudiosos. Desde GARCÍA DE ENTERRÍA que insiste en que todos los reglamentos, salvo los organizativos, deben basarse en una habilitación legal²⁴, hasta DE OTTO, que defiende el postulado inverso, en el sentido de que el reglamento puede darse aun faltando toda remisión al efecto²⁵. Interpretación intermedia sería la de EMBID IRUJO, que entiende que la potestad reglamentaria puede ejercerse en todas las materias no cubiertas por una reserva de ley, pero que la habilitación expresa sería necesaria desde el momento que hubiese una ley regulando la misma, o sea, que si hay ley reguladora el apoderamiento expreso se impone.

Estimamos nosotros preferible la interpretación amplia, más favorable al ejercicio de la potestad reglamentaria. Y ello por varias razones, que sintéticamente expresadas, serían las siguientes: 1) el apoderamiento indiscriminado de la potestad reglamentaria por el artículo 97 de la Constitución, lo que parece excluir que su ejercicio tenga que quedar pendiente de circunstancias como la comentada; 2) la coincidencia de este régimen con lo que son las necesidades funcionales del funcionamiento estatal, necesidades precisamente determinantes del poder reglamentario²⁶; 3) la presunción de que si el legislador, pudiendo hacerlo, no regula la parte que se trate de reglamentar es porque no tiene inconveniente en que el reglamento lo haga; 4) el absurdo que es vincular consecuencia tan importante a una circunstancia contingente y hasta aleatoria, como es que el legislador recuerde la necesidad de introducir en su ley una remisión expresa al reglamento de desarrollo; 5) la amplitud de los límites al reglamento, especialmente si se considera lo que implica la reserva de ley, lo que hace inconveniente su ampliación con exigencia como el apoderamiento expreso; 6) la jurisprudencia de la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo, que en su sentencia de 14 de octubre de 1996 viene a admitir una suerte de doble funda-

²³ Sobre este trámite nos remitimos al comentario del artículo 24.

²⁴ Véase «Los ciudadanos y la administración: nuevas tendencias en el Derecho español» en *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 59, 1988, p. 334. Parecida es la postura de SANTAMARÍA PASTOR en cuanto sólo admite como excepción la del reglamento de desarrollo o trasposición de una norma comunitaria. Véase *Fundamentos de Derecho administrativo, ob. cit.*, p. 795

²⁵ Véase *Derecho constitucional, ob. cit.*, p. 236.

²⁶ Véase lo señalado respecto a Francia en el apartado anterior.

mento a la potestad gubernamental para dictar reglamento, de tal modo que si se incumple la previsión legal el reglamento puede siempre justificarse en el artículo 97 de la Constitución²⁷.

3.8. Límites del reglamento

Además de la reserva de ley, que se ha comentado, el apartado 2 del artículo glosado dispone otros límites: el primero es el no «*infringir normas de dicho rango*», o sea, de normas de rango de ley. Igual de importante o más que respetar la reserva de ley es hacerlo con los mandatos contenidos en las leyes. Pues de lo que se trata no es tanto de prohibir una injerencia en el ámbito de la ley (pues esta prohibición no puede entenderse en un sentido literal, ya que la preceptiva regulación legal necesitará en no pocas veces el complemento de la normación más detallada y mudable que proporciona el reglamento), sino que el reglamento se conforme en todo momento a su condición de fuente de Derecho subordinada. Para ello es preciso que acate la letra y el espíritu de la ley y, por supuesto, de la Constitución. En definitiva, se trata del principio de legalidad aplicado a la elaboración de normas por el Gobierno.

Además, esta sintonía no se predica sólo de la ley en sentido estricto, la ley parlamentaria, sino de las normas con rango equivalente, como son los decretos legislativos (artículo 85 de la Constitución) y los decretos-leyes (artículo 86). Aquí se muestran precisamente los efectos de estas peculiares normas que proceden del poder ejecutivo pero que se comportan como leyes: pueden incidir en la reserva de ley, derogar y modificar lo previsto en las leyes anteriores, y gozan de resistencia pasiva frente a todos los reglamentos. El reglamento administrativo tendrá que observar lo ordenado en estas disposiciones con el mismo rigor que si se tratase de una ley aprobada por las Cortes Generales.

Puede parecer extraño a primera vista que una disposición gubernamental quede sometida a otras fuentes también procedentes de la misma fuente, como son los citados decretos legislativos y decretos-leyes. Sin embargo, la extrañeza se desvanece enseguida si se tiene en cuenta que estas últimas participan del rango y efectos de las leyes por estar intervenidas y controladas por el propio poder legislativo, cosa que no ocurre con el reglamento. El decreto legislativo se basa en una delegación expresa y limitada de las Cortes Generales, mientras que el decreto ley necesita para su validez de la convalidación del Congreso de los Diputados.

²⁷ En concreto se señala: «*el incumplimiento de las previsiones de las leyes sobre los hechos de aprobación de los reglamentos de ejecución de aquéllos, no desapodera a la Administración de su potestad reglamentaria, atribuida expresamente por el artículo 97 CE*».

3.9. Jerarquía de los reglamentos

Pero, los reglamentos administrativos no constituyen una categoría única, sino que se diferencian en distintos grados, grados que dan lugar a una relación de superioridad e inferioridad entre ellos. De este modo la pirámide jerárquica que arranca en la Constitución se prolonga a través de reglamentos de distinto rango. Como ocurre con las fuentes del Derecho en general, el rango viene determinado por la posición en el aparato estatal del órgano del que emanan. Si el reglamento está subordinado a la ley, por provenir el primero de un órgano ejecutivo y la segunda del Parlamento, del mismo modo los reglamentos se ordenan entre sí según la posición del órgano del que emanan: a mayor jerarquía mayor rango del reglamento y viceversa.

Por tratarse de un comentario de la Ley del Gobierno, nos ocuparemos básicamente de los reglamentos regulados en la misma, pero no sin recordar al menos los existentes en otras esferas, como son los procedentes de los ejecutivos autonómicos y de las corporaciones locales.

La regulación anterior, contenida en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957, preveía una escala más amplia de reglamentos, con cuatro niveles, a saber: primero, los decretos; segundo, las órdenes acordadas por las comisiones delegadas del Gobierno; tercero, las órdenes ministeriales y cuarto, las disposiciones de autoridades y órganos inferiores.

En comparación con esta gradación, la nueva ley ha significado una alteración un tanto incomprensible. Por un lado, sólo se prevén dos niveles: primero, las «*Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros*», y, segundo, las «*Disposiciones aprobadas por Orden Ministerial*». De este modo desaparecen las disposiciones procedentes de las Comisiones delegadas y, lo que es más llamativo, las disposiciones de autoridades y órganos inferiores a ministro. Pero, por otro, aparece una nueva categoría, como es la de los Reales decretos del Presidente del Gobierno.

La desaparición de los reglamentos aprobados por decreto de una Comisión delegada no reportará consecuencias importantes, habida cuenta que era una categoría raramente usada. Sin embargo, desde el punto de vista teórico no deja de ser cuestionable, pues si se admite la existencia de un órgano que expresamente se califica de Delegado del Gobierno, no se ve el inconveniente para que pueda ejercer por delegación una de las funciones del órgano delegante, como es la potestad reglamentaria. Si la razón de estas comisiones es descargar de trabajo al Consejo de Ministros, como se desprende del apartado 4.c del artículo 6, una ocasión que se desaprovecha es la aprobación de reglamentos. Por supuesto que no abogamos por una delegación general, sino por la coherencia del sistema: admitiéndose la capacidad decisoria de estas comisiones delegadas, debería admitirse, siquiera como posibilidad, que el Consejo de Ministros les delegue su potestad reglamentaria.

Otra innovación es la de los Decretos del Presidente del Gobierno, previstos para un supuesto único, como es el recogido en el artículo 2.2.j («*crear, modificar y suprimir, por Real Decreto, los Departamentos Ministeriales, así como las Secretarías de Estado. Asimismo, le corresponde la aprobación de la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno*»). Seguramente, disposición tan novedosa se ha debido a la necesidad de introducir un mecanismo expeditivo para reformar el número y competencias de los ministerios, de tal modo que el Presidente pueda acto seguido designar a sus titulares, aspecto sobre el que ya nos hemos manifestado en otra ocasión²⁸. Al tratarse de disposiciones aprobadas por Decreto, ostentan el mismo rango que las aprobadas por el Consejo de Ministros. Unas y otras comparten la misma jerarquía entre las normas administrativas.

Por eso puede decirse que entre ambos decretos media una diferencia material, semejante a la que se produce entre leyes orgánicas y ordinarias, diferencia proveniente del distinto campo acotado para cada uno, y no de una relación de supremacía o subordinación. En el caso de los Decretos presidenciales el campo acotado sería el ya citado del artículo 2.2.j., mientras que en el caso de los Decretos del Consejo de Ministros sería todo lo demás, esto es, todo lo que pueda disciplinarse por vía reglamentaria. De esta forma, los primeros se alzan como una excepción de los segundos, que aparecen como la categoría general.

Sin embargo, hay un caso en que esta equiparación de rango y división puramente material falla y muestra los inconvenientes de esta bifurcación de decretos: el artículo 5.i prevé que por el Consejo de Ministros se creen, modifiquen y supriman los órganos directivos de los departamentos ministeriales, pero como la estructura básica la configura el decreto presidencial hay que convenir que en esta cuestión los primeros actúan como subordinados de los segundos, de lo que a su vez se deriva que el Presidente del Gobierno se transforma en superior jerárquico del Gobierno como órgano colegiado, resultado muy discutible constitucionalmente, vistos los artículos 97, 98 y 108 de la Ley fundamental, pero que no hace más que reflejar una palmaria realidad política.

Otro de los inconvenientes de los reglamentos presidenciales es su total desajuste con el procedimiento de elaboración de los reglamentos, establecido en el artículo siguiente, y eso que este último cuenta con diversas fisuras por donde escapar a su manifiesta rigidez. Aunque la crítica debe hacerse más a este último que al ahora comentado²⁹.

El segundo nivel de reglamentos es el aprobado por órdenes ministeriales, lo que significa que los ministros pueden ejercer la potestad reglamentaria, como bien confirma el artículo 4.1.b de la ley al atribuirles «*la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento*». Esta última expresión,

²⁸ Véase nuestro estudio del artículo 100 de la Ley fundamental en *Comentarios a la Constitución*, dirección de F. GARRIDO, Civitas, tercera edición, Madrid, 2001, especialmente p. 1566 y ss.

²⁹ Nos remitimos a nuestro comentario del artículo 24.

coincidente con la que empleaba el artículo 14.3 de la LRJAE de 1957, es algo ambigua y, de hecho, ha provocado dudas sobre su alcance, y así algunos han entendido que debe ceñirse a las cuestiones internas, organizativas del ministerio respectivo. Nosotros, por el contrario, estimamos que no puede interpretarse en un sentido tan restrictivo. Nada hay en esa expresión que implique tan reducido alcance: «*las materias propias de su Departamento*» es un modo de referirse a las materias competencia del mismo, lo que abarca las internas y externas, conclusión que se ve reforzada por las necesidades funcionales y por el principio constitucional de desconcentración (artículo 103.1), principio que obliga a que las competencias se ostenten en lo posible por el escalón más bajo de la escala jerárquica.

De todas formas, esta atribución de potestad reglamentaria a los ministros, aun admitida *ad extra*, no debe inquietar, pues siempre actuará en un campo reducido y bajo condiciones estrictas. Quiere decirse que no será mucho ni importante lo que quede pendiente de normar por esta vía, si se tiene en cuenta la extensa reserva de ley y lo que haya podido disciplinarse por decreto, ni tampoco será muy libre su regulación, visto el principio de jerarquía normativa y la necesidad de respetar las leyes y los reglamentos de rango superior. La coordinación y dirección procedentes del Presidente del Gobierno (artículo 2, apartados 2.b y 2.m de la Ley del Gobierno) y del Consejo de Ministros (artículo 5.1.j) se presentan también como elementos encauzadores de esta potestad.

Cuestión más problemática es la del silencio sobre la potestad reglamentaria de las autoridades y órganos inferiores, que en cambio sí estaba contemplada en la LRJAE de 1957, silencio que podría interpretarse como una desaparición de esta categoría normativa³⁰.

En este resultado ha podido influir una interpretación excesivamente literal y reduccionista del artículo 97 de la Constitución, en el sentido de que como éste sólo menciona la potestad reglamentaria del Gobierno, todo otro reglamento que no procediese de este órgano quedaría excluido³¹. Más razonable parece pensar que lo que quiso el constituyente fue asegurar en todo caso la potestad reglamentaria al Gobierno, pero sin prejuzgar su ejercicio por otras autoridades. Sin duda, de resultados de lo anterior, el reglamento gubernamental se alza como la representación suprema de estas disposiciones, pero ello no debiera significar la exclusión de fuentes alternativas y subordinadas.

Desde luego, si hubiese que aceptar que la Constitución impone el reglamento del Gobierno como único posible, las consecuencias serían devastado-

³⁰ Así lo afirma GARRIDO FALLA en *Comentarios a la Constitución Española*, ob. cit., 1517.

³¹ Véase en este sentido PAREJO ALFONSO, «La regulación del Gobierno y la Administración: continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia» en *Documentación Administrativa* n.º 246-247, 1996, p. 41 y ss.

ras, pues en ese caso la inviabilidad se extendería a los precedentes del Presidente del Gobierno y de los ministros, ya que ciertamente ni uno ni otros constituyen por sí el Gobierno. Luego, como no parece ser éste el recto sentido del artículo 97 constitucional, hay que admitir que la exclusión de los reglamentos de autoridades y órganos inferiores no puede basarse en él mismo.

Además, en la realidad el tema se ha interpretado en sentido diverso de lo que una primera lectura de la Ley del Gobierno puede dar a entender. Las páginas del BOE siguen ofreciendo continuas muestras de disposiciones generales de este rango inferior. Ejemplos de estas normas son las resoluciones de la Dirección General de la Energía fijando las tarifas del gas, de la electricidad y calendarios estacionales, las resoluciones de Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones sobre las condiciones especiales y tarifas de primas del seguro de rendimientos, las resoluciones de la Dirección General de la Agencia Tributaria sobre diversos extremos (como el embargo por medios telemáticos de dinero depositado en cuentas corrientes), las resoluciones del Departamento de Aduanas e Impuestos de Especiales de la Agencia Estatal Tributaria, las resoluciones de la Dirección General de Tráfico, las resoluciones del Comisionado para el Mercado del Tabaco, y un largo etc. que podría aducirse. Se dirá que estas resoluciones no encierran auténticas normas jurídicas, lo que en algunos casos puede resultar admisible. Sin embargo, lo cierto es que se publican todas ellas en la sección de disposiciones generales del BOE, y como tal son reconocidas y aplicadas.

Lo más correcto es que estas normas de autoridades y órganos inferiores se apoyen en una habilitación de otra de rango superior (ley, decreto, orden ministerial). Pero, incluso hay que presumir que si unos aspectos no son normados por un reglamento de superior rango es porque se ha estimado que no eran merecedores de ello, lo cual, bajo el principio de desconcentración administrativa, lejos de suscitar dudas de legitimidad abona su corrección³². Por supuesto que nos referimos a una presunción *iuris tantum*, pues si una disposición de rango adecuado demandase que una materia fuese regulada por reglamento distinto al ahora considerado, es indudable que este último sería improcedente. En todo caso, lo importante, desde la perspectiva de sus destinatarios, no es quién en concreto dicta un reglamento, sino que su contenido resulte ajustado a Derecho y no lesivo para los derechos e intereses de los particulares.

Finalmente, en defensa de la posibilidad de estos reglamentos inferiores, puede aducirse la realidad de las llamadas Administraciones independientes, que tienen reconocidos poderes reglamentarios, y ello a pesar de que su

³² En contra, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ consideran que estas disposiciones de autoridades inferiores sólo son admisibles en cuestiones organizativas o en virtud de habilitaciones legales concretas. Véase *Derecho administrativo, ob. cit.*, p. 173. En el mismo sentido GONZÁLEZ PÉREZ en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, ob. cit.*, p. 1191.

subordinación al Gobierno se desvanece y que el control parlamentario sobre las mismas se reduce en extremo, aumentándose así el riesgo de desviación de poder o ejercicio incorrecto de esta potestad. Tal es el caso del Consejo General del Poder Judicial (artículo 110 de la Ley 6/1985, de 1 de julio), del Banco de España³³, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores³⁴, de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones³⁵, etc. El propio Tribunal Constitucional ha venido a dar por buena esta situación, y así la Sentencia 133/1997, de 16 de julio, proclama que *«nada hay que oponer, desde la perspectiva del artículo 97 de la Constitución, al hecho de que el legislador estatal haya dotado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de una serie de potestades, incluida la reglamentaria, para que pueda cumplir adecuadamente sus funciones»*. Si esto rige para estas disposiciones, con mayor motivo debe hacerlo con otras en las que el principio jerárquico se vuelve mucho más exigente. En otras palabras, las objeciones teóricas que pudiesen hacer valer frente a los reglamentos de autoridades y órganos inferiores serían de igual o más peso en el caso de estas Administraciones independientes.

³³ El artículo 3 la Ley 13/1994 dispone lo siguiente: *« 1. El Banco de España podrá dictar las normas precisas para el ejercicio de las competencias a que se refieren la sección 1.ª y el artículo 15 del capítulo II de esta Ley, que se denominarán «Circulares monetarias». Asimismo, para el adecuado ejercicio del resto de sus competencias, podrá dictar las disposiciones precisas para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto. Tales disposiciones se denominarán «Circulares». 2. Unas y otras disposiciones serán publicadas en el «Boletín Oficial del Estado», y entrarán en vigor conforme a lo previsto en el apartado primero del artículo 2 del Código Civil. Se elaborarán, previos los informes técnicos y jurídicos que preceptivamente deberán emitir los servicios competentes del Banco y aquellos otros informes y asesoramientos que éste estime conveniente solicitar. No les será de aplicación lo dispuesto en el capítulo I del Título VI de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, si bien en el caso de las «Circulares» deberán ser oídos los sectores interesados. Las disposiciones dictadas por el Banco de España serán susceptibles de impugnación directa ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional»*.

³⁴ El artículo 15 de la Ley 24/1988 dispone lo siguiente: *«La Comisión Nacional del Mercado de Valores, para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuye la presente Ley, podrá dictar las disposiciones que exija el desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos aprobados por el Gobierno o en las Órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello. Las disposiciones dictadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a que se refiere el párrafo anterior se elaborarán por ésta, previos los informes técnicos y jurídicos oportunos de los servicios competentes de la misma. Tales disposiciones recibirán la denominación de Circulares, serán aprobadas por el Consejo de la Comisión, no surtirán efectos hasta tanto sean publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 2.º del Código Civil»*.

³⁵ El artículo 1 de la Ley 12/1997 atribuye a dicha comisión lo siguiente: *«f) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización de los operadores de los servicios, y en general a todas aquellas actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia. A estos efectos, la Comisión podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector que serán vinculantes una vez publicadas en el «Boletín Oficial del Estado». ... Cuatro. El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobará el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión, en el que se regulará la actuación de los órganos de ésta, el procedimiento a seguir para la adopción de acuerdos y la organización del personal»*.

3.10. *Consecuencia de la jerarquía reglamentaria*

El corolario de aparecer los distintos reglamentos ordenados jerárquicamente es que ninguno de ellos *«podrá vulnerar preceptos de otro de jerarquía superior»*, según reza la parte final del artículo 23.3. Se recoge con ello una condición propia del principio de legalidad, como es que los órganos inferiores sigan los mandatos de los órganos superiores, pues esta ordenación es precisamente algo que de modo directo o indirecto dimana de lo querido por el legislador. La presente disposición coincide con la que ya establecía el artículo 23.1 de la LRJAE de 1957 (*«ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra superior»*).

De este modo, los reglamentos aprobados por orden ministerial deberán ser conformes con los aprobados por decreto, y los de autoridades y órganos inferiores con unos y otros. Y, por supuesto, todos ellos con lo ordenado en las leyes. Los de las Administraciones independientes se ordenan directamente a las leyes, por lo que en principio éste será su único parámetro de legalidad. Sin embargo, no puede descartarse que la ley exija una concordancia de tales reglamentaciones con las procedentes del poder ejecutivo regular.

Precisamente, por implicar valores sustantivos, la vulneración de esta exigencia se salda en nuestro Derecho con la sanción más grave que pueda existir: la nulidad de pleno Derecho del reglamento infractor. El artículo 62.2 de la Ley 30/1992 prescribe que *«también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior,...»*, siguiendo lo que ya establecía el artículo 28 de la citada LRJAE de 1957 y el 2.1 del Código civil (*«Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior»*). La nulidad no se extiende necesariamente a todo el reglamento, sino a aquellas de sus disposiciones que cometan la infracción. Puede existir así una nulidad total o parcial, según que el vicio se presente en todo o parte del reglamento.

La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998) ha suprimido las limitaciones que para la impugnación directa de los reglamentos contenía la anterior de 1956. De este modo se completan las garantías judiciales frente a las disposiciones generales ilegales: junto al recurso indirecto cabe ahora el directo por cualquier sujeto que posea un derecho o interés legítimo (véanse los artículos 19, 25 y 26)³⁶.

Pero además de esta nulidad de pleno derecho, que comporta una declaración judicial de pérdida de efectos con efectos *ex tunc*, cabe que los tribunales los inapliquen en el caso concreto sometido a su consideración, cuando observen que los mismos incurren en cualquier infracción del principio de jerarquía normativa, tal y como establece el artículo 6 de la LOPJ.

³⁶ Sobre el tema nos remitimos a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, ob. cit., pp. 193-210.

3.11. *La inderogabilidad singular de los reglamentos*

El apartado 4 del artículo estudiado dispone que «*Son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo haya aprobado*». Se recoge así el principio de inderogabilidad de los reglamentos, ya reconocido antes entre nosotros, como lo prueba el artículo 30 de la anterior LRJAE de 1957.

Es una consecuencia del hecho de que los mismos órganos administrativos que aprueban reglamentos pueden dictar resoluciones singulares³⁷. Si la limitación comentada no existiese, sería extremadamente fácil que un órgano cayese en la arbitrariedad, pues cada vez que estimase inconveniente la aplicación de una disposición general a un caso concreto, podría escapar a los imperativos de la norma simplemente dictando un acto singular de signo opuesto: bastaría que la autoridad que así procediese tuviese igual o superior rango a la que dictó el reglamento que sorpresivamente se tornó inadecuado. Pero, con ello se conculcaría gravemente uno de los principios más sagrados en una democracia, como es la igualdad ante la ley, pues el citado reglamento seguiría como tal norma positiva y podría ser aplicado sin contratiempo en casos iguales o parecidos al que provocó ese acto singular³⁸.

Lo que se impone cuando un reglamento, como cualquier otra norma jurídica, devenga inapropiado, es que sea reformado o derogado para que, de esta forma, lo que se le añada o mengüe afecte a todos por igual. Lo que no se puede admitir es que resulte aplicable para unos y no para otros. Pues bien, para prevenir este resultado se establece una prohibición como la comentada. Mientras una norma jurídica esté reconocida como tal, y cualquiera que sea su rango jerárquico, no podrá ser exceptuada por ninguna autoridad administrativa y todos la soportarán por igual en lo que tenga de positivo o negativo. De ahí también la sanción de nulidad de las resoluciones que no respeten esta limitación.

El apartado transcrito no precisa de qué tipo de nulidad se trata, si de pleno derecho o de anulabilidad, para aplicar la dicotomía reconocida en los artículos 62 y 63, respectivamente, de la Ley 30/1992. Pero, hay razones para afirmar que es de pleno derecho: la primera es la de afectar a un principio sustancial del orden constitucional, como es el de igualdad, en virtud de lo que prevé

³⁷ Véase al respecto el comentario al artículo 25.

³⁸ A juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, la explicación de la inderogabilidad de los reglamentos en el principio de igualdad es insuficiente, y, en su lugar, consideran que su verdadero fundamento reside en la construcción técnica del principio de legalidad, que impediría que la Administración pudiese ir contra sus propios reglamentos. Véase *Curso de Derecho administrativo, ob. cit.*, p. 183 y ss. Aunque esto no deja de ser cierto, creemos nosotros que en último extremo lo que trata de prevenir el principio no es la integridad del principio de legalidad, como cuestión formal, sino por las consecuencias directas que conlleva para el de igualdad. No puede aducirse que el reglamento puede prever dispensas, pues si las mismas son arbitrarias, si carecen de apoyo objetivo, resultarán también ilegales por conducir al mismo injusto.

el artículo 62.1.a (lesionar derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y la igualdad lo es); la segunda es en aplicación del apartado 1.e del mismo artículo, pues tal derogación singular de un reglamento supone que «*se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido*», visto que, como se señaló antes, lo que se imponía era una modificación o derogación como tales del reglamento en cuestión, lo que sin duda requería seguir el procedimiento del artículo 24 de la Ley del Gobierno y su publicación en el BOE. No habiéndolo hecho, el resultado es una vulneración sustancial del procedimiento.

ARTÍCULO 24. DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS

1. La elaboración de los reglamentos se ajustará al siguiente procedimiento:

- a) **La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.**
- b) **A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.**
- c) **Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado.**

Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan.

- d) **No será necesario el trámite previsto en la letra anterior, si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado b).**
- e) **El trámite de audiencia a los ciudadanos, en sus diversas formas, reguladas en la letra c), no se aplicará a las disposiciones**

* Artículo comentado por Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ.

que regulan los órganos, cargos y autoridades de la presente Ley, así como a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella.

- f) **Junto a la memoria o informe sucintos que inician el procedimiento de elaboración del reglamento se conservarán en el expediente todos los estudios y consultas evacuados y demás actuaciones practicadas.**
- 2. En todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos.**
 - 3. Será necesario informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.**
 - 4. La entrada en vigor de los reglamentos aprobados por el Gobierno requiere su íntegra publicación en el «Boletín Oficial del Estado».**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Jurisprudencia. 3. Comentario. 3.1. Fases del procedimiento de elaboración de los reglamentos. 3.2. Iniciación del procedimiento. 3.3. Técnica redactora de los proyectos de reglamentos. 3.4. Trámites ulteriores. Informes, dictámenes y aprobaciones previas. 3.5. Audiencia de ciudadanos e información pública. 3.6. Otras salvaguardias a favor de la potestad reglamentaria. 3.7. Notificación de la apertura de la audiencia o información pública. 3.8. La conservación del expediente. 3.9. Otros informes obligatorios. 3.10. La tabla de vigencias y derogaciones. 3.11. Los vicios de procedimiento. Especial referencia a la omisión de informes. 3.12. La publicación de los reglamentos.

1 Concordancias

Constitución española.

Artículo 105. La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.

Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local.

Artículo 49. La aprobación de las ordenanzas locales se ajustará al siguiente procedimiento: a) Aprobación inicial por el Pleno. b) Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias. c) Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo y aprobación definitiva por el Pleno.

Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

Artículo 55. En la esfera de su competencia, las Entidades locales podrán aprobar Ordenanzas y Reglamentos, y los Alcaldes dictar Bando. En ningún caso contendrán preceptos opuestos a las leyes.

Artículo 56. La aprobación de las Ordenanzas locales se ajustará al procedimiento establecido en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril. Para la modificación de las Ordenanzas y Reglamentos deberán observarse los mismos trámites que para su aprobación.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 37. Derecho de acceso a Archivos y Registros. 1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud... 4. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada. 5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes: a) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho administrativo. b) Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado. c) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando. d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial. e) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria».

2. Jurisprudencia

STC 61/1985, de 8 de mayo:

«La audiencia de los ciudadanos directamente o a través de organizaciones y asociaciones [art. 105.a) de la Constitución] no constituye ni a aquéllos ni a éstas en interesados en el sentido de partes procedimentales necesarias. Se trata de un caso de participación funcional en la elaboración de disposiciones de carácter general, directamente o mediante organizaciones de representación de intereses, a las que aun participando en el procedimiento —que no es el caso de este recurso—, no se les asigna el carácter de parte procedimental (o interesado), con lo que esto entraña a los efectos de su llamada al ulterior proceso contencioso-administrativo».

3. Comentario

3.1. *Fases del procedimiento de elaboración de los reglamentos*

Según señalamos en el comentario del artículo 22, la elaboración de toda norma suele descomponerse en varias fases, que engarzadas constituyen un procedimiento. Como tal, este procedimiento busca que el producto resultante, en nuestro caso el reglamento administrativo, cumpla lo que se espera de él: la justa ordenación de una determinada materia.

Dijimos también que todas estas fases pueden agruparse en tres básicas, conocidas como la inicial, la central o constitutiva y la final o de eficacia. Bien que de un modo más condensado y menos preciso que en el caso de las leyes, también son discernibles estos tres momentos en el procedimiento para la aprobación de disposiciones generales de rango infralegal. El artículo 24 menciona la iniciación (apartado 1.a), regula la fase central (apartados 1, letras b-f, 2 y 3) y alude a su publicación o fase final (apartado 4). De todos modos, el escalonamiento de estos tres momentos resulta influido por el rango de la disposición administrativa, en el sentido de que será máximo cuando se trate de las aprobadas por el Consejo de Ministros, ya que requieren una propuesta de alguno de sus componentes, y más tenue cuando se trate de disposiciones procedentes del presidente del Gobierno o de un ministro, pues aquí la separación entre la primera y segunda fase no será tan espaciada.

3.2. *Iniciación del procedimiento*

Varias determinaciones contiene el apartado 1.a del artículo 24 sobre la fase inicial del procedimiento reglamentario. Una de ellas es que la iniciación «se llevará a cabo por el centro directivo competente», lo que puesto en relación

con la sección 3.^a del capítulo I del título II de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que se refiere a los «*órganos directivos de los ministerios*», podría suponer que todos los comprendidos en esa sección (subsecretarios, secretarios generales, secretarios generales técnicos, directores generales y subdirectores generales) ostentarían la iniciativa reglamentaria. En modo alguno puede descartarse que cualquiera de estos órganos asuma esa función. Sin embargo, vistas las atribuciones específicas reservadas a cada uno de ellos, puede decirse que lo normal es que se haga por el subsecretario, habida cuenta de lo que dice el artículo 16.1.g, y, sobre todo, los secretarios generales técnicos, a los que se atribuyen funciones de «*producción normativa*» por artículo 17.1, y los directores generales, a los que se otorga por el artículo 18.1.a «*proponer los proyectos de su Dirección General para alcanzar los objetivos establecidos por el Ministro*», entre los cuales sin duda se cuentan los normativos. Habrá de tenerse en cuenta también los decretos de organización interna de los Ministerios, dictados al amparo del artículo 10 de esta última ley.

Esta conclusión coincide con lo que ha sido la práctica habitual y con lo que reclama el sentido común. Pues siendo las direcciones generales los órganos directivos especializados sectorialmente, parecen los más idóneos para asumir la regulación del sector correspondiente. Igual que la Subsecretaría y la Secretaría General Técnica¹ parecen más apropiadas para el tratamiento de las cuestiones internas o que no tengan asignado responsable directo. Tampoco puede desecharse que la iniciativa se asuma conjuntamente por dos órganos.

En todo caso, los conflictos de atribuciones que puedan suscitarse dentro de un mismo departamento ministerial sobre qué órgano deba asumir la iniciativa reglamentaria, tienen fácil y rápida solución: la decisión del superior jerárquico común, tal como prevé la Disposición adicional decimocuarta de la Ley 6/1997, de 14 de abril. Solución que, a mayor abundamiento, resulta facilitada por la ordenación jerárquica que establece el artículo 11.2 de la misma ley: «*los órganos directivos dependen de alguno de los anteriores (Ministros y Secretarios de Estado) y se ordenan jerárquicamente entre sí de la siguiente forma: Subsecretario, Director General y Subdirector general*»². De producirse el conflicto entre unidades de Ministerios distintos tendrá que ser el presidente del Gobierno, al amparo del artículo 2, apartado 2.1, de la Ley 50/1997, el que lo dirima.

No se contempla ninguna forma de instar o poner en marcha el procedimiento como la «*moción, providencia o propuesta de quien tenga la iniciativa*»

¹ GONZÁLEZ PÉREZ también admitía esta posibilidad con relación a la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Véase *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 1991, p. 1200.

² En el mismo sentido el artículo 15.1. h) atribuye al Subsecretario «*ejercer las facultades de dirección, impulso y supervisión de la Secretaría General Técnica y los restantes órganos directivos que dependan de él*» y el artículo 17.1 señala que «*los secretarios generales técnicos, bajo la inmediata dependencia del Subsecretario, ...*»

a que aludía el artículo 129.2 de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Seguramente porque visto que, como señala SANTAMARÍA PASTOR, esa determinación era sistemáticamente incumplida, y el trámite se despachaba por puras instrucciones verbales del ministro³, se ha estimado que su mención no obedecía a una necesidad real, omitiéndose toda regulación al respecto.

La iniciativa se materializa en «*la elaboración del correspondiente proyecto*», elaboración que puede estar a cargo directo de la unidad correspondiente o encargarse a algún experto o grupo de expertos, punto en el que debe tenerse en cuenta la regulación sobre contratos de consultoría, asistencia y servicios (artículo 196 y siguientes de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, según Real Decreto legislativo 2/2000). De este modo, el primer paso formal es la redacción y presentación de un texto articulado.

La presentación de un proyecto de texto articulado de reglamento tiene que acompañarse de dos documentos, a saber: «*un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél*» y «*una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar*». El primero viene a hacer las veces de la memoria que para los anteproyectos de ley contempla el artículo 22.2. Probablemente con él se pretende evitar la multiplicación indiscriminada de disposiciones jurídicas —uno de los males más preocupantes en los ordenamientos jurídicos contemporáneos— mediante la carga de la demostración de su necesidad. De ahí que el promotor tenga que justificar expresamente su «*necesidad y oportunidad*». Este requisito obedece a la misma finalidad de los llamados *checklisten* o listas de condiciones que el iniciador ha de contestar en determinados países para demostrar la viabilidad y oportunidad de la norma proyectada⁴. En España tiene como antecedente la exigencia del artículo 129 de Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 sobre «*los estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad*» de los proyectos de disposiciones generales y de leyes. Sin embargo, en la práctica estas previsiones eran incumplidas sistemáticamente⁵.

Por otro lado, la misma finalidad preventiva posee la exigencia de una «*memoria económica*», pues la misma deberá mostrar que existen dotaciones presupuestarias para hacer frente al incremento de gasto que, en su caso, pueda determinar el reglamento y permitir al órgano competente evaluar si interesa su

³ Véase de este autor *Fundamentos de Derecho administrativo*, Editorial Centro Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 807 y ss.

⁴ Véase al respecto MONTORO, *Adecuación al ordenamiento y factibilidad. Presupuestos de calidad de las normas*, CEC, Madrid, 1989; MARTÍN CASALS y VIVER PY-SUNYER, «¿Quién redacta las leyes?: los modelos de redacción concentrada y redacción difusa de los proyectos de ley» en *Revista de las Cortes Generales* n.º 2171990, p. 24 y ss. (Este trabajo también se incluye en la obra que se cita a continuación); SALVADOR CODERCH, «Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa» en *III jornadas de Derecho parlamentario, La función legislativa de los Parlamentos y la técnica de legislar*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2000, p. 77 y ss. SAINZ MORENO, «Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural» en AA VV, *La técnica legislativa a debate*, coordinación de Corona, Pau y Tudela, Asociación española de letrados de Parlamentos, Tecnos, Madrid, 1994.

⁵ Así lo afirma SANTAMARÍA PASTOR en *Fundamentos de Derecho administrativo*, *ob. cit.*, p. 807.

aprobación⁶. En realidad este segundo documento era perfectamente prescindible, en el sentido de que lo sensato del requisito podría haberse satisfecho requiriendo que el informe económico fuese una parte del exigido con carácter general. De este modo, se habría facilitado el acceso a toda la información, al constar en un único documento, y se habría simplificado el expediente, pues, como veremos, no son pocos precisamente los escritos que puede generar uno de estos procedimientos. Cuando los reglamentos no provoquen aumento de coste, la memoria tendrá que reducirse a la expresión de esta circunstancia, aunque lo deseable es que se motive debidamente.

En concordancia con lo anterior, no puede olvidarse lo impuesto por el artículo 30.3 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981: «*Todo anteproyecto de ley o proyecto de disposición administrativa, cuya aplicación pueda suponer un incremento de gastos o disminución de ingresos públicos, en el ejercicio del año corriente o cualquier otro posterior, deberá incluir entre los antecedentes y estudios previos una memoria económica en la que se pongan de manifiesto debidamente evaluados cuantos datos resulten precisos para conocer las posibles repercusiones presupuestarias de su ejecución*».

En conexión con lo que se establece en el apartado comentado, el 1.f califica la memoria y el informe como «*sucintos*», lo que ha de significar que basta con que contengan una referencias y consideraciones básicas, sin que se pretenda un tratamiento exhaustivo de la materia correspondiente⁷.

3.3. Técnica redactora de los proyectos de reglamentos

La redacción de los proyectos de reglamentos habrá de acomodarse a las exigencias de la técnica legislativa, o normas no jurídicas cuya única finalidad es que estas últimas se adecuen a las exigencias de claridad, comprensión, concisión y coherencia en último extremo ligadas a la seguridad jurídica⁸.

En España contamos con las *Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley*, aprobadas por el Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991⁹. Estas prescripciones o recomendaciones técnicas se confinan, como

⁶ Entre los antecedentes de este segundo documento debe citarse el artículo 3.2 de la Ley de 1958, que exigía un estudio económico cuando se creasen nuevos órganos administrativos.

⁷ PAREJO ALFONSO sostiene que el informe y la memoria económica están destinados a no pasar de la condición de requisito formal. Véase «La regulación del gobierno y la administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia» en *Documentación Administrativa* n.º 246-247, año 1997, p. 43 y ss.

⁸ Sobre este punto nos remitimos al epígrafe 3.11 del comentario del artículo 22 y a la bibliografía recogida en nota anterior 4.

⁹ Un comentario en SANTAOLALLA, «Nota acerca de las directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley» en *Revista de las Cortes Generales* n.º 26/1992, p. 156 y ss. También al respecto ABAJO QUINTANA, «Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley: antecedentes y finalidad» en *La técnica legislativa a debate*, coordinación de Corona, Pau y Tudela, Asociación española de letrados de parlamentos, *ob. cit.*, p. 132 y ss. y la bibliografía citada en nota 4.

indica su propio denominación, a los anteproyectos de ley, por lo que en principio no sería de observancia en el caso de los reglamentos. Sin embargo, por su condición meramente técnica, no condicionante de los mandatos jurídicos, no debiera existir reparo en extenderlas en la parte que tienen aprovechable a los proyectos reglamentarios, pues ello no hará más que contribuir a mejorar su aplicabilidad. Por supuesto que se deja al margen de esta consideración a las directrices asociadas estrictamente a la forma legislativa. Pero todas las demás, seguramente mayoritarias, no suscitan rechazo en su traslado a las normas reglamentarias (e incluso a otras, como las constitucionales, disposiciones con fuerza de ley y hasta las convencionales internacionales). Es más, debe tenerse en cuenta que el Real Decreto 1281/2000, de 30 de junio, de estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia, atribuye a la Dirección del Secretariado del Gobierno «*velar por el cumplimiento ... de las directrices de técnica legislativa*», lo que dado su tenor general bien puede aplicarse a todas las normas que deban aprobarse por el Consejo de Ministros¹⁰.

Serían deseables, no obstante, unas nuevas directrices que, al tiempo de corregir los defectos de las anteriores, pudiesen cumplirse en todo tipo de normativas o, al menos, en el mayor número de las que dependen de los órganos ejecutivos del Estado.

3.4. *Trámites ulteriores. Informes, dictámenes y aprobaciones previas*

Los apartados subsiguientes del artículo 24 imponen una serie de trámites pero sin que su secuencia conste claramente. Así, el apartado 1.b prevé que se recaben «*los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos*», punto en el que cabe que lo mismo se haga antes o después de la elevación del proyecto de disposición general al órgano competente para su aprobación. Consecuentemente, podría darse una doble consideración por este último, a imagen y semejanza de lo que ocurre con los proyectos de ley por el Consejo de Ministros a tenor del artículo 22: la primera antes de la evacuación de todas esas consultas, y en modo a obtener una aprobación de principio del proyecto reglamentario, y la segunda después y con vistas a su aprobación definitiva. Es una cuestión interna, no prohibida y, por lo mismo y por la necesidad de ser flexible en este campo, hasta recomendable.

Por contraposición a los informes que se dan en el marco de la participación ciudadana a que se refiere el apartado 1.c, los ahora comentados provienen básicamente de entidades u órganos públicos.

Entre estos últimos hay que diferenciar entre los que lo son con carácter preceptivo —ya aludidos— y otros que lo son con carácter facultativo. A estos

¹⁰ Así lo defiende también ABAJO QUINTANA, «Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley: antecedentes y finalidad», *ob. cit.*, p. 155 y ss.

segundos se refiere el mismo apartado 1.b al mencionar «*cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto*»¹¹.

Entre los informes preceptivos procedentes de órganos públicos, y dejando para después los del Consejo de Estado y la Secretaría General Técnica, previstos en otros apartados del artículo 22, puede citarse el correspondiente al Consejo General del Poder Judicial. Abarca un campo amplísimo según se establece en el artículo 108 de la Ley Orgánica 6/1985:

«1. El Consejo General del Poder Judicial deberá informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales en relación con las siguientes materias: a) Determinación y modificación de demarcaciones judiciales en los términos del artículo 35 de esta Ley. b) Fijación y modificación de la plantilla orgánica de Jueces, Magistrados, Secretarios y personal que preste servicios en la Administración de Justicia. c) Estatuto orgánico de Jueces y Magistrados. d) Estatuto orgánico de los Secretarios y del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia. e) Normas procesales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales. f) Régimen penitenciario. g) Aquellas otras que le atribuyan las leyes. 2. El Consejo General del Poder Judicial emitirá el informe en el plazo de treinta días. Cuando en la orden de remisión se haga constar la urgencia del informe, el plazo será de quince días».

Otros informes obligatorios, imposibles de resumir aquí, son los que deben emitir los Consejos Generales de Colegios profesionales, a tenor de la Ley 74/1978; el Consejo de Administración de RTVE sobre «*los proyectos de disposiciones que se proponga dictar el Gobierno en materia de publicidad*» (artículo 8.1.i de la Ley 4/1980, de 10 de enero); el de las asociaciones de consumidores y usuarios¹² previsto en el artículo 22 de la Ley 26/1984, de 19 de julio; los del Consejo Escolar del Estado al amparo del artículo 32.1 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, y el del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, en virtud de la Ley 3/1993. En fin, y otros muchos que podrían citarse.

Los informes facultativos se sitúan en una relación inversamente proporcional con los preceptivos (a más de unos, menos de otros y viceversa). Por tanto, y como los segundos son relativamente numerosos, especialmente con los

¹¹ La influencia del artículo 129.1 de la anterior Ley de 1958 parece muy clara. Éste se refería a «*los estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de aquéllos (proyectos de ley y de disposiciones generales)*».

¹² No obstante, el carácter privado de estas asociaciones de consumidores y usuarios haría que su procedencia derivase más del apartado 1.c del artículo 22 que del ahora comentado. Véase al respecto el epígrafe siguiente de este comentario.

reglamentos de cierta repercusión social o económica, quiere decirse que en la misma medida decrecen los primeros¹³. Ninguna tacha puede ponerse desde este punto de vista a nuestra legislación administrativa, si acaso el excesivo número de los preceptivos, visto que su emisión puede ser perjudicial cuando medien circunstancias de urgencia u otras como la necesidad de reserva de las futuras medidas. Llama la atención que la obligatoriedad de estos informes sea inevitable y, lo que es su consecuencia, que la reforma de un reglamento se torne más lenta y difícil que la emisión de un decreto ley. Pues así como la audiencia a los ciudadanos puede ser dispensada cuando se presenten «*graves razones de interés público*», según el apartado 1.c, nada de esto acontece con los informes y consultas obligatorios.

Otra cuestión es la de las consecuencias en Derecho para el reglamento dictado incumpliendo este requisito. Pero ello será examinado más tarde.

3.5. Audiencia de ciudadanos e información pública

Así como los informes y consultas estudiados anteriormente proceden de las Administraciones públicas y de otros órganos estatales, los que se regulan en el apartado 1.c obedecen a la participación de la sociedad en el proceso reglamentario. Con ello se da cumplido desarrollo al artículo 105.a de la Constitución, que establece:

«La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten».

No es muy clara la justificación de esta previsión. Pero en aras de no prolongar en exceso este comentario, puede aventurarse una explicación articulada en dos consideraciones¹⁴. Por un lado, se buscaría democratizar el procedimiento reglamentario, pues no interviniendo los representantes de los ciudadanos en la aprobación de las normas administrativas, la Ley fundamental querría que al menos fuesen oídos los segundos, bien directamente, bien a través de determinadas organizaciones. Por otro, se pretendería lograr la regulación más adecuada y con más posibilidades de ser aceptada socialmente, pues la medida en cuestión aumentaría el caudal de información de la Administración sobre la realidad a disciplinar y rompería el aislamiento burocrático, tan perjudicial para los intereses públicos.

¹³ Ejemplo de un informe facultativo es el previsto en el artículo 6, apartado 2.b, de la Ley 30/1984, a favor del Consejo Superior de la Función Pública.

¹⁴ Sobre este aspecto véase GARCÍA DE ENTERRÍA, «Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa» en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, p. 437 y ss.

Pero lo que parece cierto es que esta participación no puede equipararse con la que se produce en el procedimiento administrativo ordinario, pues aquí se trata de proteger el interés o derecho de un administrado o de unos administrados concretos frente a una decisión que incide directamente en su patrimonio jurídico (la expropiación de un bien, la imposición de una sanción, la exclusión de un concurso, la denegación de una licencia, etc.), ni mucho menos equipararse con un proceso en el que la dualidad de partes y el principio de contradicción exigen esta audiencia, como ha reconocido el propio Tribunal Supremo¹⁵.

En todo caso, si bien el teórico propósito de la Constitución puede ser comprendido y aceptado¹⁶, no puede decirse lo mismo con la norma de desarrollo que se analiza. Obsérvese que la primera sólo habla de un trámite —«*la audiencia de los ciudadanos*»— mientras que el apartado 1.c parece contener dos: por un lado, esta misma «*audiencia*», y, por otro, la «*información pública*».

No se comprende esta doble previsión, pues si la audiencia puede hacerse «*directamente*» o por medio de «*organizaciones y asociaciones que les agrupen o representen*», no se adivina qué participación diferente puede ofrecer la «*información pública*». A falta de mayor precisión, hay que deducir del inciso inicial que el primer trámite se contempla para los proyectos «*que afecten a los derechos e intereses legítimos*», mientras que el segundo —*a contrario sensu*— daría participación a cualquier individuo, aunque no fuese portador de un derecho o interés legítimo, sino simplemente de un interés general o difuso. Pero esta conclusión no es muy satisfactoria pues, por una parte, es difícil precisar cuándo y en qué medida un reglamento afecta a tales derechos e intereses legítimos (así, el reglamento hipotecario, ¿afecta a todos los titulares registrales? y el de circulación, ¿lo hace con todos los propietarios de vehículos?), y, por otra, cabe presumir, al menos como situación más corriente, que toda participación viene propiciada por esa repercusión sobre un posible derecho o interés legítimo¹⁷. Esto es, normalmente los ciudadanos harán uso de esta posibilidad no en abstracto y cuando se plantee cualquier iniciativa, sino cuando la misma pueda perjudicar a sus intereses. Y desde el punto de vista de la Administración, parece que la opinión que importará conocer será, no la de cualquier individuo, por alejado que se encuentre, sino la de los afectados por la disposición proyectada. Finalmente, si la aplicación de esta norma respecto a los interesados ya conlle-

¹⁵ Véase en este sentido Sentencias de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 10 de junio y 19 de octubre de 1981. Ambas afirman que el principio de contradicción no rige en la elaboración de disposiciones generales.

¹⁶ De todas formas, como indica SAINZ MORENO, ninguna Constitución de nuestro entorno contiene una norma semejante. Véase «Audiencia del ciudadano» en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, I, p. 648. Lo mismo sostienen PARADA VÁZQUEZ Y BACIGALUPO en «Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso a los archivos y registros administrativos», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirección de O. ALZAGA, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998, VIII, p. 527.

¹⁷ JIMÉNEZ-BLANCO se refiere también a la indeterminación de intereses. Véase «Funciones constitucionales y actos del gobierno» en *Documentación Administrativa* n.º 246-247, año 1997, p. 227.

va ímprobables dificultades, puede imaginarse fácilmente lo que supondría una audiencia tan indiscriminada como la abierta a todos los ciudadanos.

Por si fuese poco, los dos trámites del apartado 1.c no aparecen como excluyentes sino, por el contrario, acumulativos: tras mencionar la audiencia se dice que «*asimismo*» la disposición será sometida a información pública¹⁸. De otra parte, nada claro es el supuesto legitimador del segundo trámite: «*cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje*» es una cláusula en blanco a favor de la Administración, por lo que la celebración de la información queda subordinada al arbitrio de la misma.

Es posible que la doble previsión provenga de un traslado precipitado de lo que disponía el artículo 130 de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo. Pues, junto a la información pública (apartado 5), allí se contemplaba (apartado 4) la audiencia de la «*Organización Sindical y otras Entidades que ostentasen legalmente la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo*». De este modo, la exigencia de una «*audiencia*» diferenciada de la «*información pública*» se insertaba en la existencia de un sistema corporativo público, de democracia orgánica, que nada tiene que ver con el vigente constitucional¹⁹. Acaso estos trámites, especialmente el segundo, eran el sucedáneo participativo de un régimen autoritario que intentaba enmascarar sus carencias democráticas. Todo lo cual impide, al revés de lo que se ha hecho, la repetición mimética de estas exigencias procedimentales²⁰.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta lo que ya denunció GONZÁLEZ PÉREZ: que el trámite de audiencia es propio de los procedimientos administrativos conducentes a la adopción de una resolución o acto singular, mientras que la información pública no tiene sentido en estos últimos y sí, en cambio, en los de elaboración de las disposiciones generales²¹.

Por todo ello, creemos que hubiese sido más simple y claro (a la par que más conforme con el artículo 105.a de la Constitución) regular un único trámite de participación ciudadana, siendo lo de menos su denominación, y en lo posible restringido a los titulares de un derecho o interés legítimo, aunque también debe reconocerse que no se hubiese derivado ningún perjuicio serio, al menos en relación con la situación presente, de establecerlo sin esa restricción. En la práctica, como se ha dicho, cualquiera que sea el grado de apertura, se utilizaría casi

¹⁸ Lo mismo entiende GARRIDO FALLA para las dos previsiones del artículo 105.a de la Constitución, y eso que la conjunción allí es usada es la «o». Véase estudio de este artículo en *Comentarios a la Constitución*, dirección del mismo autor, Civitas, Madrid, 1985, p. 1452.

¹⁹ Véase en este sentido REBOLLO PUIG, «La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales» en *Revista de Administración Pública* n.º 115/ 1988, p. 139.

²⁰ Como, por ejemplo, ocurre con la sentencia de la Sala tercera de 12 de enero de 1990, que consideraba que la Constitución suponía dar mayor vigor a las exigencias al respecto de la LPA.

²¹ Véase de este autor *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, ob. cit., p. 1205 y s. En parecido sentido véase SAINZ MORENO ob. cit., p. 648.

exclusivamente por personas con un interés más o menos definido²². Téngase en cuenta, en todo caso, que el trámite es prescindible, según lo que después se comenta.

De otra parte, no puede olvidarse que el reglamento está siempre subordinado a la ley, que su autor —el Gobierno o sus miembros— goza de una legitimidad democrática bien que indirecta, y que, finalmente, el resultado normativo estará siempre sujeto al control de los tribunales. Consiguientemente, el trámite de audiencia o información no debiera concebirse como algo absolutamente indispensable para la regularidad democrática y jurídica del reglamento. En el mismo sentido, y con relación a la falta de exigencia de siquiera un interés directo, no deja de ser sorprendente que el artículo 19.1.a de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, requiera un derecho o interés legítimo para la impugnación de una disposición general.

De todas formas, como la letra de este precepto podía dar lugar a una interpretación imposible de cumplir, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha encargado de rebajar el rigor del mismo. La Sentencia de la Sala especial de revisión, de 21 de noviembre de 1990, diferencia entre dos tipos de entidades y asociaciones: por un lado, las que califica de relevancia constitucional, por estar directamente relacionadas con algún derecho o bien protegido constitucionalmente, y, por otro, las restantes asociaciones creadas al amparo de la libertad asociativa. Sólo las primeras serían merecedoras de la audiencia obligatoria; las segundas recibirían este trato únicamente cuando lo pidan expresamente²³.

²² En el mismo sentido se pronuncia LAVILLA ALSINA. Véase *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Madrid, 1981, p. 351.

²³ En concreto se afirma: «Ahora bien, estas organizaciones intermedias, con un talante representativo, pueden encuadrarse en dos grupos nítidamente diseñados. Uno de ellos, compuesto por los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales, cuya función consiste en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de unos y otros, como establece el artículo 7.º de la Constitución, que más adelante configura los Colegios profesionales con una finalidad semejante respecto de éstos en el artículo 36. En el segundo grupo han de ser clasificadas las demás asociaciones que se creen bajo el cobijo de la libertad asociativa, reconocida también constitucionalmente (art. 22)... Las características esbozadas tienen su reflejo en el aspecto que ahora nos ocupa. Efectivamente, la predeterminación de sindicatos, asociaciones empresariales y Colegios Profesionales, dentro de una tradición ya más que centenaria, cuya existencia es anterior a la propia Constitución y con una competencia definida en sus normas reguladoras, provoca que las Administraciones Públicas las conozcan de antemano y hayan de contar con ellas... En cambio, las asociaciones de origen íntegramente voluntario, por la misma indeterminación de la existencia y misión de cada una de ellas, no permiten un tratamiento idéntico a la hora de ser llamadas para su audiencia en el procedimiento... Las Administraciones Públicas no están obligadas a una investigación previa cada vez que proyecten una norma legal o reglamentaria, sin que tampoco pueda ser suplida por la información pública cuya función es muy distinta... El Ministerio de Justicia ignoraba que se hubiera creado una asociación, la única hasta entonces... En definitiva, todo ello hizo que no fuera posible en la realidad el cumplimiento del trámite de audiencia, como prevé para empezar el párrafo cuarto del artículo 130 de Ley de Procedimiento Administrativo y, por tanto, su falta en este caso concreto no vicia esta manifestación de la potestad reglamentaria».

Esta jurisprudencia es loable desde el punto de vista práctico, pues de otro modo la Administración se podría encontrar bloqueada. Pero desde el teórico, es objetable. Pues si la audiencia se refiere a entes públicos, como son los colegios profesionales, ningún sentido adquieren los apartados 1.c y 1.e que expresamen-

Respecto al trámite de audiencia, el apartado en cuestión añade algunas precisiones. Además de su obligatoriedad (inicial, luego desmentida) producto del tono imperativo empleado («*se les dará audiencia*»), se regula su duración que será la de «*un plazo razonable*» pero con un mínimo de «*quince días hábiles*». En definitiva, lo único seguro es esto último, pues lo que haya de entenderse por plazo razonable quedará dependiente de la benevolencia del autor de la norma. Igualmente discrecional es la decisión sobre la forma en que haya de organizarse esta audiencia: directamente para todos los titulares de un derecho o interés legítimo, o indirectamente por medio de «*las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición*», como dice con fórmula reiterativa este apartado²⁴. Decimos discrecional por que lo único que se exige al órgano que acuerde la apertura del trámite es que sea «*debidamente motivada en el expediente*», lo cual no ha de significar un obstáculo difícil de salvar. Pero esta discrecionalidad no resulta criticable, habida cuenta de las consecuencias tan entorpecedoras que pueden derivarse de una participación tan amplia como la de la primera modalidad.

En todo caso, el temor a la avalancha de escritos de individuos o asociaciones y a la consiguiente obstrucción del procedimiento reglamentario²⁵ ha llevado a la introducción de dos cortafuegos, que en definitiva vienen a rebajar en extremo la obligatoriedad inicial de esta participación ciudadana. Por un lado, está la posibilidad de acortar el plazo concedido para la audiencia e información «*hasta el mínimo de siete días hábiles*», lo cual, de apurarse, sin duda no dará muchas facilidades para los interesados en el procedimiento. No son precisamente exigentes los requisitos para este acortamiento: la expresión «*cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen*» es tan elástica, que a la postre no significa otra cosa que la oportunidad estimada por el Gobierno o el ministro competente. Por otro lado, se prevé incluso prescindir de esta participación «*cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan*». Las razones han de ser graves y explicitadas. Pero, una vez más, lo fácil (la explicitación) se comprende bien, lo difícil (las razones graves) en modo alguno. Por tanto, no es mucho lo que a la hora de la verdad viene a imponerse en comparación con el acortamiento del plazo de audiencia. La voluntad de la Administración se yergue también aquí como elemento deci-

te se califican como de audiencia a los ciudadanos. Además, los entes u órganos públicos ya pueden ser consultados al amparo del apartado 1.b., lo que haría superflua su consideración bajo estos dos apartados. Finalmente, la interpretación cobra un sesgo corporativista de no fácil conciliación con la democracia de igualdad y libertad individuales implantada.

²⁴ Como ejemplo de la confusión reinante en torno a esta participación ciudadana, puede alegarse que el artículo 70 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, de las Telecomunicaciones, cita al Consejo Asesor de Telecomunicaciones como un organismo cuya consulta se realiza a los efectos del artículo 24.1.c de la Ley del Gobierno, siendo así que este Consejo sólo en una modesta parte integra a lo que podríamos llamar representantes de sectores sociales o económicos, pues la mayoría lo es de las distintas administraciones públicas.

²⁵ SANTAMARÍA PASTOR afirma que, bajo el imperio de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo, este temor determinó un incumplimiento sistemático de esta exigencia. Véase *Fundamentos de Derecho administrativo, ob. cit.*, p. 811.

sivo, y sin que ello sea por sí mismo censurable²⁶. Bien es verdad que cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo ha intentado contener los efectos de determinaciones tan generosas con la Administración, colocándolas bajo la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, de tal modo que esta apreciación no se convierta en algo ilimitado: Sentencias de la Sala de revisión de 29 de mayo de 1988, de 25 de septiembre de 1989 y de 21 de noviembre de 1990. Pero lo cierto es que el apoderamiento de la Administración existe y en términos muy abiertos, por lo que, si no inmune total, al menos se refuerza enormemente a aquélla, y en la misma medida se debilita la posición de los interesados en la audiencia²⁷.

3.6. *Otras salvaguardias a favor de la potestad reglamentaria*

Por si fuera poco lo anterior, los apartados 1.d y 1.e aportan nuevos escapes de lo que en principio se presenta como una carga inevitable del poder ejecutivo. Pues el primero de éstos permite prescindir del «*trámite previsto en la letra anterior si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado b*)». Aunque no es muy seguro cuál de los dos trámites (audiencia o información pública) del apartado b) es el referido, puede asumirse que es la audiencia y, más en concreto, la que se desarrolla por medio de organizaciones y asociaciones, pues son éstas precisamente las citadas en el apartado que nos ocupa. De este modo, cabe —y es otra alternativa que se abre a la Administración actuante— que se dé audiencia a estas organizaciones en la fase de elaboración del proyecto de reglamento, como si se tratase de un órgano o institución pública al amparo del apartado 1.b., pues éste, como se expuso en el epígrafe 3.4, admite que el parecer o consulta se produzca antes de la conclusión del proyecto de reglamento. En definitiva, la audiencia a estas organizaciones y asociaciones puede anticiparse a un momento previo a lo previsto con carácter normal, que es una vez que exista un proyecto formalmente elaborado: la audiencia podrá darse a la vista de un simple borrador o anteproyecto, sin que puedan descartarse otras modalidades, como la emisión de propuestas, aspiraciones, etc., no conectadas a un texto determinado. Recuérdese que este apartado 1.b admite que la participación se sustancie en formas diversas, tales como informes, dictámenes, aprobaciones previas, estudios y consultas.

²⁶ LAVILLA ALSINA, tras estudiar la invocación de la «buena causa» como excepción a la participación en el sistema norteamericano de elaboración de los reglamentos, concluye con relación a España que «es imprescindible el reconocimiento de excepciones al principio general de participación previa». Véase *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, ob. cit., p. 187 y ss. y p. 349.

²⁷ SAINZ MORENO afirmaba («Audiencia del ciudadano» en *Enciclopedia... ob. cit.*, p. 651), en relación a la anterior LPA, que se necesitaba una regulación más precisa para superar esta incertidumbre. Como se ve, esta mayor precisión no se ha producido en la Ley del Gobierno, lo que hace barruntar que la misma no se adecua a las características y exigencias del procedimiento normativo.

El apartado 1.d permite extender el ámbito del 1.b —pensado lógicamente para entes y órganos públicos— a las asociaciones y organizaciones privadas.

A su vez, el apartado 1.e permite que «*el trámite de audiencia de los ciudadanos en sus diversas formas*» no se aplique cuando se trate de disposiciones organizativas o internas de la Administración estatal o dependientes. Se comprende perfectamente esta exclusión, pues precisamente el alcance doméstico de estas disposiciones hace presumir que no lesionarán intereses de terceros. Sin embargo, son tan abiertas las salvedades implantadas con carácter general que apenas se necesitaba mencionar un supuesto tan concreto como éste.

3.7. *Notificación de la apertura de la audiencia o información pública*

Lógicamente, la apertura de uno de los trámites que estamos considerando (audiencia e información pública) demanda que se les haga saber a las personas u organizaciones beneficiarias de esta medida. La falta de claridad ya advertida sobre estos trámites dificulta también aquí determinar cómo ha de producirse la comunicación de la iniciación de esta medida a sus beneficiarios, presuntos o reales.

No obstante lo anterior, y aplicando por analogía lo previsto para el procedimiento ordinario en la Ley 20/1992, puede sostenerse lo siguiente. Primero, cuando se trate de información pública o de audiencia directa de ciudadanos, el anuncio del trámite deberá publicarse en el Boletín Oficial del Estado, al amparo de lo previsto en el artículo 86 de dicha ley. Segundo, cuando se trate de audiencia a las asociaciones y organizaciones que agrupen o representen a los interesados, deberá notificárseles directamente según lo dispuesto en el artículo 58. Queda a salvo el caso de que la Administración ignore la identidad o domicilio de estos grupos, supuesto en el cual debería observarse lo previsto en el apartado 4 del artículo 59, en el sentido de publicar el anuncio en el tablón de anuncios o en el Boletín Oficial del Estado. En el supuesto de optarse por lo primero, el tablón de anuncios debería ser el del ministerio o ministerios envueltos en la redacción del correspondiente reglamento.

3.8. *La conservación del expediente*

Recogiendo lo que ya disponía el artículo 129.2 de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo, el apartado 1.f obliga a conservar todos los documentos que genera el expediente reglamentario. Pues, aunque menciona algunos concretos, como la memoria y el informe iniciales, los estudios y consultas evacuados, el inciso final («*y demás actuaciones practicadas*») tiene un alcance omnicompreensivo, que conlleva que la conservación se extienda a todos los trámites y actos realizados.

El precepto, aunque con un emplazamiento sistemático inapropiado, no deja de ser consecuente con todos los trámites que se imponen en la elaboración de las disposiciones generales. Pues la forma de verificar la infracción de alguno de ellos pasa por constatar lo que sobra o falta en el expediente, siendo para ello indispensable el mantenimiento íntegro de las actuaciones.

Aunque en grado inferior, esta norma puede servir también para satisfacer los estudios e investigaciones históricas y administrativos.

3.9. *Otros informes obligatorios*

Por si fuesen escasos los informes contemplados en apartados anteriores, los apartados 2 y 3 de este artículo 24 prevén tres más. El primero es el de la Secretaría General Técnica, cuya obligatoriedad se describe en términos contundentes («*en todo caso*» dice el apartado 2) y coincidentes con lo que emplea el artículo 22.2 respecto a los proyectos de ley. La posterior alusión al Consejo de Estado y la definición de aquella unidad como centro de producción normativa y asistencia jurídica (artículo 17.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril) hacen presumir que el informe comentado tenga una dimensión predominantemente formal, enderezado a que la disposición general se conforme al resto del ordenamiento jurídico, en especial desde la vertiente del departamento ministerial actuante. También puede ser la ocasión para velar por las cuestiones de técnica legislativa a las que antes nos hemos referido.

El segundo de estos informes, el del Consejo de Estado, que procede no con carácter general sino «*en los casos legalmente previstos*». A este respecto, debe tenerse en cuenta el artículo 21 de la Ley Orgánica 3/1980:

«El Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en los siguientes asuntos: 1. Proyectos de Decretos legislativos... 6. Anteproyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado».

Y, sobre todo, el artículo 22 de la misma ley que sienta lo siguiente:

«La Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos: ... 2. Disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales. 3. Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones».

De este modo, la importantísima vigilancia que desarrolla este Consejo para que las disposiciones generales administrativas se adecuen a los diversos límites legales, se limita a los llamados reglamentos ejecutivos, los que desarrollan

una ley o tratado previo, y no a los llamados independientes, que dicta el ejecutivo en ciertos casos que no media una ley previa. Pues, ciertamente, los relativos a la organización y funcionamiento del propio Consejo, citados aparte en el artículo 21, son un caso entre los primeros, en cuanto prolongación de la Ley Orgánica 3/1980. En todo caso, lo que compete básicamente a este órgano consultivo es la vigilancia de los aspectos jurídicos, entendidos éstos en términos generales, pues según el artículo 2.1 de la repetida ley orgánica, está obligado en el ejercicio de su función a velar «*por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico*», si bien también se cita «*los aspectos de oportunidad y conveniencia*»²⁸.

Finalmente, un tercer informe obligatorio de la propia Administración es del Ministerio de Administraciones Públicas, para el caso de que «*la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*». Aunque lo normal y deseable es que esta incidencia competencial venga de la mano de normas con rango de ley, no puede desecharse que también lo sea de los reglamentos administrativos. La importancia jurídica y política de esta materia, y la necesidad de mantener una actuación coherente y sistemática en todos los sectores de la Administración explican la intervención del departamento ministerial competente en las relaciones poderes centrales — poderes autonómicos.

Lo que acaso esté de más en una ley que sólo cuenta con referencias genéricas es la mención específica de un concreto ministerio. Si a lo anterior se añade que el inconveniente de estas referencias tan específicas es que queden desfasadas con ocasión de cualquier reforma departamental, operables por simple decreto del Presidente del Gobierno (artículo 2.2.j), se convendrá que hubiese sido preferible referir el informe preceptivo al ministerio competente en las relaciones entre los órganos centrales y los autonómicos. Nada se habría perdido y sí ganado con esta expresión más flexible.

Estos tres informes deberán evacuarse dentro del abierto marco temporal que traza el apartado anterior 1.b, pues en definitiva no son más que concreciones de los informes que genéricamente allí se prevén.

3.10. *La tabla de vigencias y derogaciones*

El artículo 130.3 de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 contenía la obligación de incorporar al proyecto normativo una tabla de

²⁸ EMBID IRUJO cita el dictamen del Consejo de Estado como el trámite más importante del procedimiento de elaboración de los reglamentos. Sin embargo, y por las razones ya expresadas y las que se consignarán después, no podemos asumir su defensa de que este trámite se extienda a los reglamentos administrativos independientes. Véase «Potestad reglamentaria» en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 29/1991, p. 114.

vigencias y normas derogadas²⁹. Nada de esto aparece en la Ley del Gobierno, lo cual es de lamentar por cuanto una cláusula derogatoria —que es lo que en definitiva se exigía— es un poderoso elemento contributivo de la seguridad jurídica: los destinatarios sabrán a ciencia cierta cuáles son las disposiciones jurídicas que mueren con el nacimiento de la nueva, evitando dudas sobre sus derechos y obligaciones. Además, tal exigencia obliga al promotor de la norma a rastrear el Derecho vigente en el ámbito afectado por la norma proyectada, y con ello se estimula el conocimiento de las cuestiones implicadas en la nueva norma y consiguientemente su más depurada elaboración.

Probablemente, la ausencia de una carga semejante se ha debido al sistemático olvido de este mandato legal y la consiguiente consideración de que era mejor no incluirla que hacerlo para condenarla nuevamente al olvido³⁰. Aunque este argumento no es desdeñable, creemos que, ya que no como norma obligatoria, el espíritu de este precepto debía asumirse como norma técnica, aplicable tanto a los proyectos de reglamentos como de leyes y disposiciones con rango de ley. Lo que se requiere en definitiva no es añadir una fase procedimental³¹, sino que todos los textos normativos incorporen una disposición derogatoria en la que se mencionen cuantas disposiciones, por contrarias a la norma en ciernes o por así quererlo el legislador, deban desaparecer del ordenamiento jurídico. No por olvidada se debe dejar de advertir que esta disposición puede ser más útil que algunos de los informes y consultas impuestos.

3.11. *Los vicios de procedimiento. Especial referencia a la omisión de informes*

Aspecto importante es el de las consecuencias de la posible infracción de los requisitos procedimentales antes vistos (o de otros eventualmente dispuestos por leyes distintas), esto es, de las normas que rigen la elaboración de los reglamentos, entre los cuales destaca la omisión de los informes preceptivos. Y decimos que destaca porque tales informes trascienden el plano doméstico de la Administración para incidir en la esfera de intereses de otros sujetos, como es el caso de la audiencia e información públicas previstas en el apartado 1.c., siendo por tanto una de las infracciones que más atención puede merecer. Como veremos más adelante, este tema ha suscitado profundas discrepancias entre los autores y aun en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

²⁹ En concreto este artículo decía así: «No podrá formularse ninguna propuesta de nueva disposición sin acompañar al proyecto la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia, y sin que en la nueva disposición se consignen expresamente las anteriores que han de quedar total o parcialmente derogadas».

³⁰ Véase SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, ob. cit., p. 807.

³¹ En realidad, de haberse mantenido esta obligación debía haber figurado no en el artículo comentado —regulador de las fases del procedimiento de elaboración— sino en el artículo 23, pues lo que se pretende es condicionar el contenido de los reglamentos, o, mejor, en un artículo que pudiese aplicarse a los proyectos de ley y de reglamento.

En principio, la vulneración de un requisito sobre el procedimiento tendría que acarrear la nulidad del reglamento resultante. Pues el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ignora la distinción entre vicios de fondo y forma y dispone la misma sanción con carácter general:

«También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior; las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales».

Obsérvese que se sanciona nada menos que con la nulidad de pleno derecho a las disposiciones administrativas que vulneren cualquier ley o disposición de rango superior, por lo que esta sanción podría trasladarse sin más a las omisiones de los requisitos sobre el procedimiento exigidos en la Ley del Gobierno o en cualquier otra.

Pero esta primera impresión debe rechazarse por excesivamente literal, por ignorante del espíritu de la norma transcrita. Pues sería absurdo aceptar que la misma ha querido consecuencia tan grave —la desaparición retroactiva de la norma infractora— por lo que a la postre es un vicio menor. Si se repara en lo que el apartado 1 del citado artículo requiere para la nulidad del mismo porte de los actos administrativos (lesionar derechos fundamentales, proceder de órganos manifiestamente incompetentes, constituir una infracción penal, etc.), se comprueba enseguida que tal consecuencia está aparejada a infracciones eminentemente graves. Pero ¿hay esta gravedad en la omisión de los trámites del artículo 24 de la Ley del Gobierno?, ¿hay algo que explique sanción tan rigurosa por la omisión de un informe o audiencia?

Ya en los comentarios al artículo 22 nos inclinamos por una respuesta negativa con relación a las infracciones cometidas en la fase gubernamental de elaboración de los proyectos de ley, al menos como regla general. Tratándose de un caso análogo el ahora examinado, pues leyes y reglamentos comparten a la postre ser fuentes normativas, la respuesta no puede ser diferente.

Para comprender esta afirmación hay que partir del principio de proporcionalidad y de una distinción en el fondo muy sencilla: por un lado, el reglamento como fuente del Derecho, y, por otro, las normas contenidas en el reglamento, o, dicho con otras palabras, del reglamento como fuente y como norma jurídica. El primero es el documento portador de las segundas, la declaración de voluntad que hace nacer las normas consiguientes. Pero lo que se integra en el ordenamiento jurídico, y lo que consiguientemente genera derechos y obligaciones son las normas jurídicas, no el cuerpo que las traslada e inserta en el diario oficial. Por eso, lo que debe atender preferentemente el jurista es que esas normas sean conformes con la legalidad, esto es, respetuosas con los mandatos

constitucionales y legales, pues sólo de esta forma se garantiza un principio básico, como es que el ejecutivo no usurpe las funciones del poder legislativo, y sólo de esta forma se protegen los intereses y derechos de terceros reconocidos por esas normas superiores.

Mas, esta consecuencia (lesión de derechos e intereses de terceros) es mucho más difícil de imaginar tratándose del reglamento como fuente, vehículo o cuerpo jurídico. Pues si las normas reglamentarias que constituyen su contenido son conformes a la legalidad, el ámbito de intereses de terceros habrá quedado indemne. Y si, por añadidura, la norma reglamentaria es justa y oportuna, si despliega efectos benéficos para sus destinatarios y, en general, para la comunidad jurídica, no se ve el daño que puedan irrogar los posibles defectos de su continente. Admitir que en estos casos el reglamento se salde con su nulidad, especialmente si es de pleno derecho, es absolutamente desproporcionado y hasta injusto, pues supone privar a la sociedad y a los destinatarios más directos de sus positivos efectos, simplemente por algún defecto en el procedimiento de elaboración de ese continente, que como tal es inocuo e irrelevante para todos ellos, al menos mientras no se demuestre lo contrario. Equivale, en definitiva, a sancionar a las normas reglamentarias cuando lo sancionable sería, en el mejor de los casos, el cuerpo o fuente reglamentario.

Por todo ello, creemos que el espíritu de ese artículo 62.2 de la Ley 30/1992 se relaciona con los vicios de fondo, y no con los de procedimiento. Son las cuestiones sustantivas y no las adjetivas las que puede merecer y justificar tan serio reproche como es la nulidad de pleno derecho del reglamento infractor.

Esta conclusión vale para uno de los vicios procedimentales más característicos, como es la omisión de informes preceptivos y, en especial, la audiencia e información pública, y ello aun reconociendo que este olvido implica imposibilitar la participación de otros sujetos y, más en concreto, de los ciudadanos. Pues por muy valiosa que sea esta participación desde el punto de vista democrático y por muy útil que sea para asegurar el buen fin de la futura norma reglamentaria, su práctica no es un elemento esencial ni puede equipararse a la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de formación de actos administrativos³². El principio *nemine damnatur sine audiatur* tiene todo su sentido en todos los procesos y procedimientos (entre ellos los judiciales) en que se enfrentan dos partes sobre un objeto litigioso. Pues el acto o

³² La participación ciudadana no es un valor absoluto en el tema que nos ocupa. No puede echarse en saco roto las siguientes palabras de MERKL: «la organización administrativa autocrática ofrece las mayores garantías de que se imponga la voluntad del grupo popular más amplio, mientras que la organización administrativa democrática favorece la voluntad del grupo más reducido». Tomo la cita de GARCÍA DE ENTERRÍA en «Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa», *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí, ob. cit.*, p. 438.

decisión resultante supone una aplicación de normas previas, aplicación que incide en el patrimonio jurídico de uno o varios individuos, lo que determina la necesidad de oír al afectado para cuidar que esta aplicación se haga imparcialmente, en modo a respetar la legalidad y los consiguientes derechos e intereses del mismo. Nada que ver con lo que supone la elaboración de un reglamento, que no es ni un bien mostrenco sobre el que una persona o sector pueda usucapir su titularidad, ni una declaración dirigida contra alguien en concreto.

El reglamento, como cualquier otra norma, se integra en el ordenamiento jurídico, sus afectados son todos los miembros de la sociedad, aunque repercute más sobre unos que otros, y no tiene otro titular que el propio Estado³³. Nadie puede irrogarse un derecho particular sobre el mismo, como para exigir con el mismo fundamento que en un proceso que se le dé audiencia previa. En definitiva, como señaló el Tribunal Constitucional en su Sentencia 61/1985, de 8 de mayo, «*la audiencia de los ciudadanos no les constituye en interesados en el sentido de partes procedimentales necesarias*»³⁴.

El particular tiene interés legítimo en el producto resultante, las normas jurídicas en sentido estricto, y si éstas lesionan sus derechos o intereses será contra ellas contra las que tendrá que dirigirse. El procedimiento de elaboración tiene desde su perspectiva una importancia muy relativa: un reglamento bien tramitado puede conculcar sus derechos e intereses, y un reglamento con vicios de procedimiento puede ser perfectamente respetuoso con los mismos y aun favorecerlos. Consecuentemente, la participación, por importante que sea, no puede presentarse como un elemento esencial para la validez del reglamento, al menos hablando en términos generales.

Como decíamos, esta cuestión ha suscitado profundas discrepancias entre los autores y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Entre las sentencias del Tribunal Supremo encontramos unas de riguroso signo formalista, que sancionan con nulidad la omisión de exigencia procedimentales, y otras de signo opuesto, que consideran que tal infracción no pasa de ser una irregularidad no invalidante³⁵. Entre las primeras puede citarse, a

³³ En sentido parecido escriben PARADA VÁZQUEZ Y BACIGALUPO que la audiencia responde, más que a la necesidad de respetar el principio *nemine damnatur sine audiatur*, a postulados de eficacia y eficiencia. Véase «Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso a los archivos y registros administrativos», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, *ob. cit.*, p. 528.

³⁴ Ya antes citamos las Sentencias de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 10 de junio y 19 de octubre de 1981, pronunciándose en el mismo sentido.

³⁵ REBOLLO PUIG afirma que las sentencias que mantienen la invalidez por la infracción del trámite considerado serían minoritarias. Véase «La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales», *ob. cit.*, pp. 116 y 138. En cambio, TRAYTER JIMÉNEZ considera y defiende lo opuesto en *¿Son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia?*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 9 y s. Esta obra contiene abundantes referencias de sentencias de uno y otro signo.

título de ejemplo, la de 4 de julio de 1987³⁶, la de 17 de mayo de 1988, centrada en la omisión del dictamen del Consejo de Estado³⁷, la de 12 de enero de 1990³⁸ y la ya citada de 21 de noviembre de 1990³⁹.

En cambio, otras sentencias llegan a conclusiones radicalmente opuestas. Tal es lo que ocurre con la de 29 de octubre de 1987, relativa a la omisión del

³⁶ En cuanto rechaza que las previsiones del artículo 130 de la antigua LPA admitan margen de discrecionalidad a favor de la Administración.

³⁷ Que razona en la forma siguiente: «Este Tribunal Supremo hace tiempo que viene subrayando que el vicio de forma es determinante de anulación del acto administrativo impugnado —en este caso, acto ficticio, pues la Administración no ha resuelto expresamente— cuando no haya elementos suficientes en el expediente para entrar a conocer del fondo del asunto. Y ocurre que, siendo preceptivo el informe del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual —art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril,— en este caso no ha sido solicitado, no figurando, por tanto en el expediente. La trascendencia dogmática de la cuestión planteada en este recurso, que afecta a una relación especial de sujeción de perfiles particularmente delicados como es la relación jurídico penitenciaria, de una coloración peculiar a la omisión del expresado dictamen, por lo que esta Sala entiende que no dispone de elementos suficientes para emitir un juicio en derecho, constituyendo, por tanto, en este caso sometido aquí a nuestra jurisdicción, el citado vicio de forma de tal gravedad que se hace necesario reponer las actuaciones al momento en que aquella omisión se produjo, a fin de que por la Administración, con la máxima diligencia, y como contenido de la ejecución de esta sentencia, solicite del Consejo de Estado el preceptivo informe y dicte, también con la máxima celeridad, la resolución expresa que corresponda».

³⁸ Que incluso afirma que la obligación de dar participación se deriva directamente del artículo 105.a de la Constitución, por lo que parece dar a entender que existiría aunque la legislación ordinaria callase al respecto.

³⁹ Que entre otras cosas dice: «esa audiencia corporativa es una más en la constelación de normas que a lo largo y a lo ancho del texto constitucional van diseñando la imagen de una Administración pública auténticamente democrática y, en consecuencia, el denominador común de los tres supuestos contemplados en el tan repetido artículo 105 consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática. Efectivamente, la intervención de los individuos o de los grupos en la formación de la voluntad administrativa para el ejercicio de la potestad reglamentaria no es sino una manifestación concreta del derecho que los españoles tienen a participar en los asuntos públicos, directa o indirectamente (art. 23), como lo son también las modalidades de tal principio con reflejo en la justicia (art. 125). Se configura así una Administración dialogante y la transformación de sus interlocutores en ciudadanos, antes súbditos o «administrados», con una contemplación objetiva, desapasionada y contrapuesta de los problemas...En tal contexto ha de situarse el procedimiento especial para la elaboración de las disposiciones de carácter general que regulaba ya la Ley del ramo, según hemos tenido ocasión de exponer más arriba. El párrafo cuarto de su artículo 130 exigía que se diera la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe a las entidades que por Ley ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición en proyecto, siempre que fuere posible y la índole de ésta lo aconsejare, salvo cuando se opusieren a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto. Las dos cautelas que condicionan esta audiencia y la excepción que justificaría su omisión, aparecen configuradas como conceptos jurídicos indeterminados y no permiten margen alguno de discrecionalidad, a nuestro entender... La potestad reglamentaria de la Administración pública, cuyo fundamento directo se encuentra en la Constitución, ha de ejercitarse, pues, dentro de un cauce formal que es, precisamente, aquel procedimiento especial, al cual alude el propio Texto Constitucional [art. 105.a)], aun cuando su regulación date de veinte años atrás. En el esquema sencillo y flexible que ofrecen los arts. 129 al 132 de la Ley *ad hoc*, existen una serie de trámites, preceptivos todos a nuestro entender, como exigencias mínimas de una actividad reflexiva, que no impiden otros estudios o asesoramientos cuya necesidad venga predicada por las normas peculiares de cada concreto sector. Entre ellos se encuentra el informe de la Secretaría General Técnica y, por supuesto, la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley».

informe del Consejo de Estado⁴⁰, la de 20 de septiembre de 1988⁴¹, sobre la omisión del informe de la Secretaría General Técnica y la de 24 de octubre del mismo año, donde se reconoce la discrecionalidad de la Administración. El incumplimiento del plazo legal para la emisión del reglamento ha sido considerado irrelevante por la sentencia de la Sala tercera de 14 de octubre de 1996.

Pero, entre toda esta jurisprudencia de alcance contradictorio, nos permitimos destacar la de 26 de octubre de 1999, tanto por su cercanía en el tiempo, que puede significar la tendencia más autorizada en estos momentos,

⁴⁰ En lo que importa proclama: «Asimismo es destacable que la Sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1987 en un tema análogo al que resolvió la sentencia impugnada en este proceso reactualiza la doctrina del Tribunal Supremo sobre el alcance de los defectos formales de los Reglamentos en vía procesal de impugnación indirecta de la siguiente forma: a) el Reglamento ejecutivo se perfecciona jurídicamente aunque el informe del Consejo de Estado se haya omitido;... c) la emisión del informe del Consejo de Estado —en supuestos de recursos indirectos— no impide que la jurisdicción contenciosa ejecute *a posteriori* un control de legalidad de la norma reglamentaria ya perfeccionada. Y si esta jurisdicción no aprecia contradicción entre el desarrollo hecho por el Reglamento y el ordenamiento en vigor al órgano judicial actuante no tiene por qué dejar de aplicar el Reglamento, ya que no se acredita —ni siquiera se alega— discordancia alguna entre su contenido normativo y el ordenamiento jurídico de rango superior».

⁴¹ En un fundamento no exento de curiosidad se dice: «Por lo que hace al informe de la Secretaría General Técnica y sin perjuicio de reiterar lo que se acaba de recordar sobre la prudencia con que hay que actuar a la hora de acceder a una petición de anulación por haber sido aquél omitido, dado que lo prevalente es la necesidad de otorgar una justicia efectiva declarando o negando el derecho que se dice lesionado, esto es resolviendo la cuestión de fondo —artículo 24 de la Constitución, esta Sala, intentando aclarar cada vez más el fundamento jurídico de su posición antiformalista, considera oportuno decir que cuando en el artículo 129 se dice que el procedimiento de elaboración de disposiciones generales tiene por finalidad garantizar la legalidad, acierto y oportunidad de aquéllas, no está atribuyendo a los órganos consultivos cuya presencia se prevé en el procedimiento el carácter de órganos controladores de esa legalidad o de esa oportunidad. Porque la actividad de control es una función directiva de examen y valoración del desarrollo y resultado de otra actividad —que puede ser de la misma o de distinta naturaleza— y que se realiza tomando como base determinados puntos de referencia o criterios previamente fijados. Pero precisamente porque es una función de dirección tiene que ser realizada —para que estemos ante un verdadero y propio control— por quien se halle supraordenado en la organización, lo que implica necesariamente que el órgano fiscalizador no puede depender del fiscalizado. Y como quiera que el Secretario General Técnico depende del Ministro correspondiente —esto no parece que pueda discutirse— su actividad de informe carece de la nota de independencia que es propia de un órgano de control. Su posición, por tanto, a estos efectos, recuerda más a aquella que tuvieron en la antigua Roma los *harúspices*, modestos auxiliares especializados que acompañaban al magistrado formando parte de su séquito, junto a los escribas y a los *licttores*, y que se encargaban de realizar, a petición de su superior, los auspicios. Y es que, en realidad, estos auspicios llevados a cabo por ese personal subordinado venían a sustituir a los augurios que, a diferencia de los auspicios, constituían un efectivo control, control que primero se efectuaba por el colegio augural (en tiempo de los reyes etruscos) y que, luego con la República, quedó reservado al Senado, el cual había de otorgar la autorización (*auctoritas patrum*) que era necesaria para aquellos actos del magistrado que excedían de los poderes propios de éste. Pues bien, en la Administración pública ocurre que aunque el Ministro y el Secretario General Técnico aparezcan como órganos administrativos diferenciados, de hecho existe una efectiva confusión entre el poder de aquél y el saber que éste —en cuanto órgano de estudio y asistencia que es: artículo 19 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado ha de explicar mediante el consejo. Pero entonces el que da el consejo precisamente porque no es independiente, actúa como *harúspice* como servidor, no como augur, no como órgano de control. Y, siendo esto así, carece de sentido atribuir, como regla general, trascendencia destructora de la norma a la omisión de un informe que puede ser ciertamente útil pero que cuando el superior lo decida se convertirá —salvo que el subordinado prefiera asumir el riesgo del cese o de la necesaria dimisión— en mera transcripción de un mandato emanado del vértice».

como por lo sensato de sus razonamientos. Así, tras negar consecuencia invalidante a la omisión de tramites como el informe del Consejo de Estado⁴², proclama:

«Frente a este criterio jurisprudencial, es reiterada la jurisprudencia de esta Sala en la que se pone de manifiesto que el incumplimiento de los artículos 129 y siguientes de la LPA no supone vicio determinante de nulidad, pues tan sólo se incurre en una irregularidad no invalidante ... hay que ser conscientes de que el procedimiento es importante como garantía tanto en los administrados como en la Administración, pero no deja de ser un instrumento y no un fin en sí mismo, lo que justifica que los vicios de procedimiento no sean tomados en consideración cuando no se produce indefensión o cuando el resultado conseguido, a pesar de tales vicios, sea correcto y debido, por cuanto que estamos ante una consideración meramente instrumental de unos vicios que además no han concurrido en la cuestión examinada, y ello determina que resulte desestimable el primero de los motivos».

Nos permitimos insistir en la referencia al carácter instrumental del procedimiento y que los posibles vicios producidos quedan eclipsados por lo que parece más importante: la corrección del producto final, esto es, la conformidad a derecho de las normas contenidas en el reglamento.

Por su parte, entre los autores, mientras que unos como GONZÁLEZ PÉREZ⁴³, SANTAMARÍA PASTOR⁴⁴ y otros⁴⁵ se inclinan por la nulidad de los reglamentos que infrinjan los requisitos de procedimiento y, en concreto, las audiencias e

⁴² Así dice: « La nulidad derivada del procedimiento de aplicación de las disposiciones de carácter general debe ser aplicada, como señaló la jurisprudencia de esta Sala (así, en sentencia de 28 de marzo de 1977) con criterios de prudencia y moderación, lo que hace entrar en juego el criterio de la proporcionalidad entre la infracción cometida, la influencia de la misma en el acto o la disposición respectiva y las consecuencias derivadas de la nulidad, puesto que el procedimiento formalizado en los artículos 129 y siguientes, no es exigible de forma rigurosa más que cuando se trata de auténticos Reglamentos, como significó la sentencia de 20 de septiembre de 1988. ...En consecuencia, tampoco era necesario el dictamen del Consejo de Estado, pues además de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en STC n.º 204/1992 de 26 de noviembre) esta Sala (en SSTs de 21 de enero, 7 de mayo y 13 de junio de 1992, 11 y 20 de mayo de 1993, 14 de septiembre y 25 de octubre de 1994 y 27 de noviembre de 1995) ha reconocido el carácter no preceptivo del dictamen en el supuesto de Reglamentos de las Comunidades Autónomas que son de carácter organizativo, los Reglamentos que son ejecutivos de Leyes regionales dictadas por los Parlamentos regionales...».

⁴³ Véase *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, ob. cit., p. 1177 y ss., pero reconoce que la jurisprudencia del Tribunal Supremos es variable. A juicio de este autor (p. 1208), si la información es exigida por una ley expresamente se convierte en requisito esencial.

⁴⁴ Véase *Fundamentos de Derecho administrativo*, ob. cit., p. 797 y ss., si bien este autor reconoce como alternativa que no se pongan los trámites que se presuman que no se van a cumplir, lo cual como postura de principio es indiscutible.

⁴⁵ Así, DE LA CRUZ que incluso llega a calificar a lo previsto en el artículo 105.a de la Constitución como un auténtico derecho fundamental, en «Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria» en *Revista de Administración Pública* n.º 116/ 1988, p. 86 y ss.; REBOLLO PUIG, «La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales» en *Revista de Administración Pública* n.º 115/ 1988, EMBID IRUJO en «Potestad reglamentaria» en *Revista Vasca de Administración Pública*, ob. cit., p. 111 y ss.

informes previstos, otros como SÁNCHEZ MORÓN⁴⁶, DIOS VIEITEZ y POMED niegan esta consecuencia, al menos respecto a supuestos análogos⁴⁷.

A nuestro juicio, los vicios de procedimiento sólo debían tener relevancia, en el sentido de provocar la anulación del reglamento consiguiente, cuando se demuestre que de los mismos se ha derivado un daño real y apreciable en el patrimonio jurídico de los que reclaman la observancia de los requisitos correspondientes, y no en los demás casos, probablemente mayoritarios.

Ciertamente, esta posición tiene en su contra su desajuste con el tono imperativo usado por la ley, y hasta con la previsión del artículo 105.a de la Constitución. El artículo 24 de la Ley del Gobierno, y las demás normas legales que imponen requisitos de tramitación, quedarían en normas disponibles por la Administración, en mandatos sin sanción, lo cual casi les privaría de su condición de preceptos legales. Pero esto tal vez sea la consecuencia de un precipitado y extremista afán participativo y regulador, cuyas limitaciones y contrapartidas afloran de inmediato. ¡Cuánto mejor habría sido asumir esta actitud como una norma de conducta voluntaria, que llevase al poder ejecutivo a dar audiencia a los interesados por propia motivación, y no por mandato legal! Sin duda, lo deseable es que la Administración abra las mayores consultas posibles, en la inteligencia de que ello concitará un más profundo respeto y observancia de la futura norma. Pero, si estos trámites resultan facultativos para la Administración, podrán obviarse cuando la misma estime su improcedencia (razones de urgencia, conveniencia de no desvelar ciertas medidas antes de tiempo, deseo de eludir presiones de grupos poderosos, irrelevancia de las normas proyectadas, etc.).

En todo caso, si, por negligencia o u otras razones, se omitiesen estos requisitos, lo que habría que atender es si esta omisión genera una lesión real a los derechos e intereses de alguien. Sólo en el caso de probarse que la falta de audiencia se tradujo por sí misma en un perjuicio efectivo de un tercero, podría admitirse a nuestro juicio sanción de tanto alcance como la anulación del reglamento. Si no es así, si no se demuestra una relación de causa a efecto entre la preterición del trámite y la lesión de un bien jurídico, deben descartarse los efectos anulatorios, pues es muy posible que entonces se sacrificase al interés puramente formal de unos pocos el interés general de la sociedad.

El afán legalista y protector —consistente en saldar el olvido de un informe o audiencia con la nulidad de la disposición de que se trate— conduce a un resultado desproporcionado y arbitrario, al expulsar del ordenamiento jurídico

⁴⁶ Este autor presentaba la participación regulada en el artículo 130.4 de la anterior LPA como una facultad de la Administración. Véase *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Madrid, 1980, p. 183.

⁴⁷ Véase DIOS VIEITEZ, «Dictamen del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos. ¿control de legalidad o coparticipación reglamentaria?» en *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 60/ 1988, p. 640 y ss. Por su parte, POMED niega la consecuencia invalidante al menos respecto a supuesto análogo en *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989, p 217.

normas que en sí mismas pueden ser perfectamente acordes con la Constitución y protectoras de los derechos individuales e intereses sociales. Si éste es el caso, sería palmario que el trámite era prescindible, y por lo mismo que sanción tan onerosa no se corresponde con la entidad del vicio, especialmente en un sistema inspirado también en criterios de justicia material (artículos 9.2 y 53.3 de la Constitución).

De lo anterior se desprende nuestro apoyo a la jurisprudencia que ha tratado de atemperar los rigores de la letra de la ley con las demandas de la justicia y el buen gobierno. También es un recordatorio de la necesidad de no prever como imperativo más que aquello que realmente se lo merezca. Debe huirse de estos maximalismos que conducen bien al incumplimiento de las normas que los disponen, con el consiguiente desdoro de la ley, bien a su aplicación pero con unos costes muy elevados en términos de justicia y de buen funcionamiento administrativo.

Seguramente, la perífrasis y retorcida redacción del artículo comentado no es más que un medio de satisfacer esta necesidad, transformando lo que primero se anuncia en tono enfático en, a la postre, una facultad discrecional de la Administración.

3.12. *La publicación de los reglamentos*

El cuarto y último apartado de este artículo se limita a disponer: «*La entrada en vigor de los reglamentos aprobados por el Gobierno requiere su íntegra publicación en el «Boletín Oficial del Estado»*». Se trata de una cláusula tan esencial como irrelevante. Decimos lo primero por algo tan conocido como que la existencia de una norma positiva requiere su publicación oficial, medio único para que sea conocida por sus destinatarios. Lo segundo porque la publicidad de las normas está sobradamente garantizada en nuestro ordenamiento jurídico sin que se precisen reiteraciones. Recuérdese la mención de la publicidad normativa en el artículo 9.3 de la Constitución, el artículo 2.1 del Código civil («*las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», si en ellas no se dispone otra cosa*») y el artículo 52.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre («*para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el diario oficial que corresponda*»). No se alegue que el artículo transcrito del Código civil está pensado para las leyes parlamentarias, por lo que se necesitaría una norma equivalente para los reglamentos, pues de siempre se ha interpretado dicho artículo como poseedor de un sentido genérico, aplicable a las leyes todas en cuanto normas escritas y, por tanto, a los reglamentos administrativos.

Calla en cambio la Ley del Gobierno sobre lo único que podría tener sentido: precisar el plazo que se dispone al efecto una vez aprobado el reglamento por el órgano competente. En este punto debe tenerse en cuenta que según el

punto 4.2.2 de las «Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno», aprobadas por el Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996⁴⁸:

«Todas las disposiciones aprobadas por el Consejo de Ministros deben ser objeto de publicación en el plazo más breve posible. Cuando el Consejo de Ministros apruebe sin modificaciones una disposición, el Secretariado del Gobierno iniciará inmediatamente los trámites para su refrendo, firma y publicación. Cumplimentados los oportunos trámites, el Secretariado del Gobierno enviará al Boletín Oficial del Estado un ejemplar para su publicación».

⁴⁸ Fuente: publicación del Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1996. De todas formas debe tenerse en cuenta que, como expusimos en el epígrafe 3.10 del comentario del artículo 22, estas instrucciones carecen de valor normativo, y representan un mandato de los órganos superiores dirigido a sus inferiores, sin relevancia externa.

**ARTÍCULO 25. DE LA FORMA DE LAS DISPOSICIONES
Y RESOLUCIONES DEL GOBIERNO,
DE SUS MIEMBROS Y DE LAS COMISIONES
DELEGADAS**

Las decisiones de los órganos regulados en esta Ley revisten las formas siguientes: a) Reales Decretos Legislativos y Reales Decretos-leyes, las decisiones que aprueban, respectivamente, las normas previstas en los artículos 82 y 86 de la Constitución. b) Reales Decretos del Presidente del Gobierno, las disposiciones y actos cuya adopción venga atribuida al Presidente. c) Reales Decretos acordados en Consejo de Ministros, las decisiones que aprueben normas reglamentarias de la competencia de éste y las resoluciones que deban adoptar dicha forma jurídica. d) Acuerdos del Consejo de Ministros, las decisiones de dicho órgano colegiado que no deban adoptar la forma de Real Decreto. e) Acuerdos adoptados en Comisiones Delegadas del Gobierno, las disposiciones y resoluciones de tales órganos colegiados. Tales acuerdos revestirán la forma de Orden del Ministro competente o del Ministro de la Presidencia, cuando la competencia corresponda a distintos Ministros. f) Órdenes Ministeriales, las disposiciones y resoluciones de los Ministros. Cuando la disposición o resolución afecte a varios Departamentos revestirá la forma de Orden del Ministro de la Presidencia, dictada a propuesta de los Ministros interesados.

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario. 2.1. Precisiones terminológicas. 2.2. Materia regulada en el presente artículo. 2.3. La forma de la legislación delegada y de urgencia. 2.4. La forma de las decisiones del Presidente del Gobierno. 2.5. La forma de las decisiones del Consejo de Ministros. 2.6. La forma de las decisiones de las Comisiones Delegadas del Gobierno. 2.7. La forma de las decisiones de los Ministros.

1. Antecedentes

Constitución española.

Artículo 62. Corresponde al Rey: a) Sancionar y promulgar las leyes. f) Expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros, conferir los empleos civiles y militares y conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes.

Artículo 82. 1. Las Cortes Generales podrán, delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias

* Artículo comentado por Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ.

determinadas no incluidas en el artículo anterior. 2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo. 3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno. 4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. 5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos. 6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control.

Artículo 86. 1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-Leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general. 2. Los Decretos-Leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. 3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

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

2. Comentario

2.1. *Precisiones terminológicas*

Ya advertimos en el comentario del artículo 23 que la Ley del Gobierno ha realizado un esfuerzo de normalización de la terminología diversa que tanto la

legislación como la práctica empleaban para referirse a unas mismas realidades, tal que llamar disposición general lo que por otro lado se define como reglamento, o la de calificar de acto y resolución a la misma cosa.

Sin embargo, a pesar del avance, se siguen produciendo denominaciones no siempre congruentes. Así, el presente artículo hace reaparecer la palabra «*disposición/es*» para referirse a lo que en el artículo 23 se califica de «*reglamentos*» (o al menos esto es lo que debe presumirse de una lectura conjunta de ambos) y, por otro lado, utiliza de modo indistinto las denominaciones de «*resolución*» y de «*acto*» para mencionar todo aquello que carece de naturaleza normativa. Es una lástima que la Ley de 1997 no se haya aprovechado para unificar la terminología empleada, lo que no pocas veces alimenta despistes e incertidumbres.

Es más, ha surgido como tercer término el de «*decisión/es*», término que parece tener un sentido genérico, como se desprende del proemio de este artículo 25 («*Las decisiones de los órganos regulados en esta Ley revisten las formas siguientes*») puesto en relación con su título («*De la forma de las disposiciones y resoluciones del Gobierno ...*»). Decisión viene a ser todo tipo de acuerdo del órgano de que se trate, sea normativo o singular, mientras que disposición es sinónimo de reglamento, de norma positiva, y, por su parte, resolución equivale a acto administrativo, a medida singular. Sin embargo, el panorama se complica en virtud de otras determinaciones que se estudian más abajo.

2.2. *Materia regulada en el presente artículo*

Así como los artículos anteriores se centran en los aspectos sustantivos de los reglamentos (artículo 23) y procedimentales (artículo 24), el ahora analizado se limita a regular la forma de todas las decisiones de los órganos incluidos en el ámbito de esta ley. Esto es, se disciplina la cobertura con que deben presentarse todos esos actos y reglamentos de los que venimos hablando.

Cobertura o forma que, en contra de lo que puede parecer a primera vista, es un elemento de importancia, en la medida que expresa el rango de la decisión de que se trate y, consecuentemente, condiciona buena parte de su régimen jurídico. La forma es reveladora del órgano del que procede la decisión, pues a cada órgano corresponde una forma distinta, lo cual, a su vez, determina la jerarquía del acto o reglamento. Normalmente, la fuente de la que emana una de estas decisiones es lo que explica su alcance jurídico, más que su contenido en sí. Lo cual no quita, ciertamente, para que un determinado contenido requiera de una determinada forma, como es el caso de las materias reservadas a la ley. Precisamente por ello, el elemento formal permite controlar la competencia del órgano productor del acto o reglamento de que se trate.

En nuestro Derecho, como en tantos otros, hay una disociación entre cobertura y contenido jurídicos, en el sentido de que una misma forma puede alber-

gar contenidos diversos. Seguramente ello es consecuencia de lo ya expuesto en el artículo 23, en el sentido de que la división de funciones entre los tres poderes del Estado nunca se realiza en plenitud, pues la necesidad de que los mismos se controlen recíprocamente y de evitar el colapso del Estado lleva a atribuir a cada uno de ellos decisiones o intervenciones en el campo de los restantes, intervenciones que no se podrían haber dado de aplicar ese principio en estado puro. En definitiva, cada uno de los tres brazos del Estado asume competencias que en teoría deberían corresponder a otro.

Y esto explica que el poder legislativo asuma o decida sobre actos singulares, sobre simples resoluciones, que en principio deberían corresponder a la Administración. Por eso existen las llamadas leyes formales, leyes que son tal por proceder del poder legislativo, pero que no son portadoras de verdaderas normas jurídicas, sino de meras autorizaciones o mandatos concretos, esto es, de lo que podríamos calificar de actos o resoluciones administrativas. Pero no se revisten de la forma de ley por capricho o protocolo, sino para que ese acto o resolución no pueda confundirse con los que proceden del poder ejecutivo, para que tenga la fuerza de obligar del órgano del que realmente proceden, en definitiva, para que tengan fuerza de ley. Si se reservó esa decisión al poder legislativo es porque, lógicamente, se quiso que la misma gozase de la mayor importancia jurídica: no se comprendería establecer ese régimen, si luego ese acto o resolución tuviesen que equipararse a los que proceden del Gobierno.

Lo mismo ocurre con el poder ejecutivo. Dado que sus órganos pueden dictar resoluciones, actos singulares, pero también normas jurídicas, resulta que el contenido de sus decisiones puede ser muy diverso. Y, a pesar de ello, se presentan en ambos casos bajo el mismo ropaje jurídico, precisamente para expresar cuál es su fuente. Al corresponderse cada forma con un órgano concreto, se deja constancia de esta circunstancia con las consecuencias ya advertidas. Por ejemplo, el Real decreto puede servir tanto para aprobar un reglamento como un acto administrativo. Y lo mismo puede decirse de la orden ministerial. No obstante, como vamos a ver, la regulación que al efecto introduce la Ley del Gobierno, aunque inspirada en estos postulados, no los desarrolla con la coherencia que sería deseable.

2.3. *La forma de la legislación delegada y de urgencia*

El primer caso regulado es el de la forma de la legislación delegada y de urgencia. Curiosamente, es la única previsión que sobre estos fenómenos contiene la Ley del Gobierno (al margen de alguna referencia incidental, como la del apartado 1.c del artículo 5). La verdad es que, al margen de la virtud recordatoria, poco aporta la letra a del artículo 25, cuando dice que adoptarán la forma de *Reales Decretos Legislativos y Reales Decretos-leyes, las decisiones que aprueban, respectivamente, las normas previstas en los artículos 82 y 86*

de la Constitución, pues esto es puro reconocimiento de lo que ya disponen estos artículos. Es más, la expresión decretos legislativos procede del artículo 85, más que del 82. Por otro lado, y siguiendo una perniciosa moda, se utiliza la grafía de mayúsculas cuando la propia Constitución y la ortografía imponen la minúscula¹.

En realidad, lo único que hace el apartado comentado es anteponer el término «*Real*» a las denominaciones que derivan de la propia Ley fundamental, recogiendo la práctica posconstitucional, a su vez deudora de la anterior a la Segunda República. Se trata, a través de la anteposición de este adjetivo, de rendir tributo a la tradición, sin que esto tenga una connotación negativa o signifique su inconstitucionalidad. Pero fundamento lógico o funcional la verdad es que no lo tiene. Pues aunque es cierto que la Constitución contempla expresamente que el Rey expida los decretos acordados en el Consejo de Ministros (artículo 62.f), y que los decretos-leyes y los legislativos pueden pasar por una variante de los primeros, esto, por sí mismo, es insuficiente: también las leyes las sanciona el Rey (artículo 91) y no por eso aparecen como «*Reales leyes*». En realidad, la expresión es un vestigio de la concepción decimonónica del Rey como titular del poder ejecutivo, concepción que también se refleja en otros artículos constitucionales al igual que en otras constituciones de monarquías europeas.

Decíamos que los decretos-leyes y decretos legislativos pueden pasar por una variante de los decretos, que es lo que explicaría que, referidos éstos como «*reales*», el mismo tratamiento pueda extenderse a aquéllos. En efecto, los primeros son disposiciones del Gobierno que, por concurrir las circunstancias especiales previstas en la Constitución, adquieren los efectos propios de las leyes. Son decretos especiales, con fuerza de ley, pero decretos al cabo, y por eso no pocas notas de estos últimos les son trasladables, como el formalismo que se comenta. (Otras notas comunes son el control por los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa en caso de exceso en el ejercicio de una delegación legislativa o de decretos-leyes no convalidados por el Congreso).

No obstante, debe reconocerse que existe algún hecho que puede empañar esta realidad. Los decretos-leyes aparecieron desde el primer momento como categoría separada, esto es, con numeración propia, distinta de la de los decretos en sentido estricto. En cambio, los decretos legislativos mantuvieron hasta fecha bien avanzada la misma numeración de los decretos, pero ya con el 1/1992, de 26 de junio, se publicaron en el BOE como categoría normativa diferenciada.

¹ Según FERNÁNDEZ-CARNICERO, la exaltación de las mayúsculas lleva a la referencia mayestática del poder. Véase «El lenguaje legislativo español en el presente siglo» en *La función legislativa de los Parlamentos y la técnica de legislar, III jornadas de Derecho parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2000, p. 146.

2.4. *La forma de las decisiones del Presidente del Gobierno*

Una de las novedades y, acaso dificultad, deparada por la Ley del Gobierno es la configuración de una nueva categoría formal para referirse a los actos y disposiciones del Presidente del Gobierno. El apartado b del artículo 25 dispone que revisten forma de «*Reales Decretos del Presidente del Gobierno, las disposiciones y actos cuya adopción venga atribuida al Presidente*».

La práctica posconstitucional, heredada de la anterior LRJAE de 1957, admitía un solo decreto o real decreto, como cobertura de los actos y disposiciones del Consejo de Ministros. Este nomenclátor pudo devenir insuficiente, si se tiene en cuenta que la Ley fundamental contempla actos exclusivos del Presidente del Gobierno, como la convocatoria de referéndum (artículo 92.2), el nombramiento y separación de los ministros (artículo 100) y la disolución de las Cámaras parlamentarias (artículo 115.1). En este sentido se comprende la creación de una nueva categoría formal. Sin embargo, siendo pocos estos actos presidenciales, es dudoso si compensa la complicación del sistema de formas, máxime cuando el nombre elegido coincide, tal vez por la dificultad de encontrar otro, con el de otra de las categorías reconocidas (los reales decretos del Consejo de Ministros). A nuestro juicio, se ha caído en un ritualismo innecesario: nada habría pasado por continuar con la práctica anterior, de una categoría única, en la inteligencia de que ello no excluía que los actos constitucionales mencionados tuviesen un régimen atípico. La impresión se corrobora si se tiene en cuenta que los Reales Decretos sobre disposiciones generales del Presidente del Gobierno se contraen a un caso único, los previstos en el artículo 2.2.j, cuya oportunidad es dudosa².

Además, la conciliación entre los artículos 25. b y 2.2.j se torna difícil. Pues, en contraste con el tono general empleado por el primero («*las disposiciones y actos cuya adopción venga atribuida al Presidente*»), el segundo sólo menciona la forma de real decreto en un caso: la creación, modificación y supresión de los departamentos ministeriales, Secretarías de Estado y estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno. En la práctica se ha impuesto un régimen diferenciado para los actos presidenciales del artículo 2.2. Así, dejando al margen el caso de los actos orales, no susceptibles de revestir una forma determinada (como dirigir la política, impartir instrucciones a los ministros, etc.), hay unos que se presentan con forma de Real decreto y otros sin ella. Ejemplo de los primeros sería el nombramiento y separación de los ministros y la propuesta de celebración del referéndum³. Entre los que se presentan sin forma conocida, puede citarse la cuestión de confianza, la convocatoria de las reuniones del

² Véase nuestro estudio del artículo 100 de la Ley fundamental en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirección de F. GARRIDO, Civitas, tercera edición, Madrid, 2001.

³ Concretamente la forma de Real Decreto es exigida por el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum. Pero, sorprendentemente, el apartado 2 del mismo artículo otorga la competencia para acordar el referéndum al Gobierno.

Consejo de Ministros y la interposición del recurso de inconstitucionalidad. A nuestro entender, los dos últimos, por su dimensión externa, debían adoptarse como decretos y publicarse en el BOE.

En la más bien escasa aplicación de este artículo, habida hasta ahora, resulta que los reales decretos presidenciales se han publicado siguiendo la misma numeración de los precedentes del Consejo de Ministros y, por tanto, como formando parte de la misma serie. Tal es lo que ha ocurrido con los números 557/2000, 558/2000 y 209/2001, todos ellos portadores de normas orgánicas o con los numerosos de nombramiento y cese de ministros. No nos parece mal esta solución, que viene a paliar el excesivo formalismo del apartado comentado: crear una nueva numeración, especialmente para las más bien magras disposiciones presidenciales, habría supuesto una complicación añadida en un ordenamiento de por sí frondoso.

2.5. *La forma de las decisiones del Consejo de Ministros*

Respecto a las decisiones (actos y reglamentos) del Consejo de Ministros dos apartados son relevantes. Por un lado, el c) dispone que la forma será de «*Reales Decretos acordados en Consejo de Ministros, (para) las decisiones que aprueben normas reglamentarias de la competencia de éste y las resoluciones que deban adoptar dicha forma jurídica*». Por otro, el d) que previene la de «*Acuerdos del Consejo de Ministros, (para) las decisiones de dicho órgano colegiado que no deban adoptar la forma de Real Decreto*». Si el primer apartado coincide con lo antes señalado (una misma forma puede albergar un acto o un reglamento), el segundo, en cambio, produce verdadera perplejidad, pues ni se comprenden cuáles son los supuestos justificadores del mismo, ni se aclara cuándo habrá que usar la forma de «acuerdo» y cuándo la de Real Decreto⁴. Se echa en falta la determinación de los casos en que proceda la forma de «acuerdo». Obsérvese, además, que esta segunda forma se contempla para decisiones, término genérico que engloba a reglamentos y resoluciones, por lo que en teoría podría existir un acuerdo por el que se aprueba una disposición general o un acto singular. Justamente lo mismo que los reales decretos, cuya doble faz ha quedado demostrada por una larga experiencia. Seguramente, todos estos aspectos están relacionados: la retorcida redacción del apartado d) obedece a la imposibilidad de encontrar un criterio seguro de diferenciación de los decretos y los acuerdos. En cualquier caso el resultado no es precisamente encomiable: decir sin más que adoptarán la forma de acuerdo las decisiones que no deban adoptar la de decreto y que decreto lo serán los

⁴ La misma reacción de irritada sorpresa se advierte en PAREJO ALFONSO, «La regulación del gobierno y la administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia» en *Documentación Administrativa* n.º 246-247, 1996, p. 45 y en MARTÍN REBOLLO, *Leyes administrativas*, Aranzadi, p. 710.

que deban presentarse así, parece una expresión de una película de los hermanos Marx.

No creemos que la aparición de la segunda forma se deba a un deseo de escapar al control contencioso administrativo, pues el artículo 26 es precisamente terminante en someter todos los actos y omisiones al control político y al de los tribunales. Por eso, puestos a imaginar una explicación, pensamos que puede encontrarse en una deficiente comprensión del significado de la forma de decreto. Esto es, da la sensación que se ha considerado que el decreto es impropio de algunas de las decisiones reservadas al Consejo de Ministros en el artículo 5.1 de la ley. Tal sería el caso de aprobar los proyectos de ley y su remisión al Congreso, acordar la negociación y firma de tratados internacionales, remisión de estos últimos a las Cortes Generales, etc. Si nuestra explicación se correspondiese con los motivos reales, entendemos que al menos deberían haberse reseñado en el artículo 25.d estos casos, evitando fórmula como la ya criticada. Esto es, podría haberse redactado este último en la forma siguiente: *«adoptarán la forma de Acuerdo las decisiones previstas en los apartados a, b, d y j del artículo 5»*. Al menos las cosas estarían más claras.

De todas formas, lo significativo es que se haya estimado que esas decisiones son impropias de aparecer con forma de real decreto. Pero, si se repasan nuestros antecedentes constitucionales del siglo XIX y primer tercio del XX, se puede ver que la forma de decreto era empleada para estos actos y otros similares, como el mandato de publicación de una ley en la Gaceta. Y es que decreto se entendía, no como una categoría especial y formalizada, sino en su sentido más amplio y genérico, como sinónimo de mandato, de orden. Prueba de ello es que durante las Cortes de Cádiz y durante el trienio liberal, las Cortes aprobaban decretos y órdenes⁵, pero por supuesto sin el sentido que se les dio después y les damos hoy día a estas formas. El término decreto se usaba como equivalente de decisión, acuerdo o mandato, y por eso no era privativo de un poder del Estado.

A la vista de estos antecedentes, creemos que ningún reparo serio se habría dado si la forma de decreto se emplease para muchas de las decisiones del artículo 5 de la Ley del Gobierno, o al menos para aquellas que se deseara formalizar mínimamente. Pues ni siquiera hay algo en nuestro Derecho que obligue a publicar en el BOE los decretos (u otros actos como las órdenes ministeriales). Decir por ejemplo que el Gobierno ha adoptado un real decreto disponiendo el envío a las Cortes de un tratado o de un proyecto de ley nada perjudicaría y si acaso beneficiaría, pues evitaría una cláusula tan insegura como la del artículo 25. De hecho, ese desdoblamiento es práctica habitual entre nosotros, y así se ven decretos por los que se aprueban reglamentos adjuntos,

⁵ Véase la *Colección de decretos y órdenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias*, cuatro volúmenes. Hay edición facsímil de Cortes Generales, Madrid, 1987, en dos volúmenes.

leyes por las que se autorizan tratados⁶, leyes por las que se aprueban convenios con confesiones religiosas⁷, etc. Por otro lado, puestos a juzgar por la importancia de los actos de que se habla, se convendrá que muchos de ellos la tienen superior a otros que habitualmente aparecen bajo la veste del decreto, cual es el caso de los indultos individuales. El hecho de que aquéllos sean contemplados en la propia Ley del Gobierno, a diferencia de estos últimos, es una prueba de lo que se afirma.

En todo caso, si, para no alterar la práctica observada en los últimos decenios, se quería evitar la presentación como decretos de ciertas decisiones y acuerdos del artículo 5, mejor hubiese sido continuar como durante ese tiempo, evitando toda calificación formal de los mismos. La solución escogida complica y siembra incertidumbre.

Dentro de este panorama hay al menos una cosa que parece cierta: los reglamentos no podrán aprobarse por simple acuerdo, a pesar de que la letra del artículo 25.d lo admitiría, sino por decreto, pues el artículo 23.3.1.º es terminante en este sentido.

2.6. *La forma de las decisiones de las Comisiones Delegadas del Gobierno*

El apartado e) regula la forma de las decisiones de las Comisiones Delegadas del Gobierno. Recordemos lo que establece: «*Acuerdos adoptados en Comisiones Delegadas del Gobierno, las disposiciones y resoluciones de tales órganos colegiados. Tales acuerdos revestirán la forma de Orden del Ministro competente o del Ministro de la Presidencia, cuando la competencia corresponda a distintos Ministros*».

Se trata de una disposición claramente inspirada en la que contenía el artículo 25.2 de la LRJAE de 1957⁸, pero con una redacción todavía más desafortunada. Pues viene a establecer dos formas para las decisiones de estas comisiones delegadas: por un lado, la de «*Acuerdos*» y, por otro, la de «*Orden*» del Ministro competente o del Ministro de la Presidencia, con lo cual se produce una confusión parecida a la que veíamos en el caso anterior. No obstante, del contexto puede deducirse que lo que prima es la segunda oración, y que lo que realmente ha querido establecerse es forma de «*orden ministerial*» para los

⁶ Como la Ley Orgánica 6/2000, de autorización de la ratificación del estatuto de la Corte Penal Internacional.

⁷ Véase las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992.

⁸ Este artículo decía así: «*Cuando la disposición o resolución administrativa dimanase de una Comisión Delegada del Gobierno o afecte a varios departamentos, revestirá la forma de Orden del Ministro competente o de la Presidencia del Gobierno, dictada a propuesta de los Ministros interesados, constanding, además, en el primer caso, en el libro de actas correspondiente*». Aunque con una redacción desmañada, lo cierto es que sólo se contemplaba una forma para las decisiones provenientes de estos órganos.

acuerdos y decisiones de estas comisiones delegadas, como de hecho confirma la práctica⁹. En ese caso la redacción habría ganado en claridad, sin perder en contenido, si hubiese dicho lo siguiente: «las disposiciones y resoluciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno revestirán la forma de Orden del Ministro competente, o del Ministro de la Presidencia cuando la competencia corresponda a distintos Ministros».

La verdad es que la cuestión general de las formas podía haberse simplificado en extremo de no haberse dado el apartado d). Pues entonces la forma «*acuerdo*» podía haberse reservado como típica de las comisiones delegadas del Gobierno. Cada forma sería entonces reveladora de la fuente respectiva: «*decreto*» sería sinónimo de Consejo de Ministros, «*acuerdo*» de las comisiones delegadas y «*orden*» de los ministros. Pero al admitir que puedan existir «*acuerdos*» del Consejo de Ministros esta equiparación deviene imposible. Por lo mismo, la expresión «*orden ministerial*» ya no es expresiva de la procedencia de un concreto departamento ministerial, pues puede servir para dar cobertura a las decisiones de las comisiones delegadas.

Lo anterior llama también la atención desde otro punto de vista. Pues no deja de ser sorprendente que las decisiones de un órgano colegiado del Gobierno, que puede condicionar la actividad de varios departamentos (véase sus competencias en el artículo 6.4), tengan que acabar presentándose con la forma de un órgano de inferior jerarquía, como son ministros singulares. Pero esto es una consecuencia más de la imitación irreflexiva de la LRJAE.

De otra parte, el apartado en cuestión incurre en una contradicción manifiesta con los artículos 6.4, 20.3 y 23. En efecto, dicho apartado se refiere a «*las disposiciones y resoluciones*», utilizando un término (disposición) claramente significativo de reglamento, lo que se confirma por la expresión de un segundo (resoluciones) propio de los actos singulares. En cambio, el artículo 6.4 omite toda referencia a la aprobación de reglamentos por estas comisiones delegadas, lo que puede estimarse como un reconocimiento de incompetencia. Y el 23.3 no cita entre los reglamentos posibles a los de estos órganos colegiados. Ni siquiera cabe que los aprueben por delegación del Consejo de Ministros, pues el 20.3 lo veda claramente. Sin perjuicio de remitirnos al estudio de estos artículos, nos parece anómalo que unos órganos que se presentan como delegados del Gobierno no puedan recibir por delegación el ejercicio de esta potestad, máxime si se tiene en cuenta que la misma la ostentan directamente órganos de inferior jerarquía como son los ministros. En la práctica, no obstante, estas comisiones delegadas aprueban reglamentos, bien que al publi-

⁹ Véase, por ejemplo, la Orden de 29 de diciembre de 2000, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por la que se establecen los precios de la primera oferta de acceso al bucle de abonado, a la red pública telefónica fija de Telefónica de España, sociedad anónima unipersonal.

carse a través de un orden ministerial aparezcan formalmente como disposiciones del ministro correspondiente¹⁰.

La debida armonía entre todos estos artículos demandaba en definitiva omitir la palabra «*disposiciones*» en el apartado comentado.

2.7. *La forma de las decisiones de los Ministros*

Finalmente, debe comentarse el apartado f) que, como se recordará, prescribe que adoptarán la forma de «*Órdenes Ministeriales, las disposiciones y resoluciones de los Ministros. Cuando la disposición o resolución afecte a varios Departamentos revestirá la forma de Orden del Ministro de la Presidencia, dictada a propuesta de los Ministros interesados*».

A diferencia de los apartados anteriores, nada puede objetarse a esta regulación, también tributaria de la LRJAE¹¹. En ella se refleja la comentada polivalencia de las formas administrativas, en cuanto la «*orden*» puede conllevar tanto actos singulares (citados en el apartado como resoluciones) como reglamentos (citados como disposiciones) de un mismo órgano, en el caso, los ministros. Surge así la conocida «*orden ministerial*».

Por lo demás este apartado es coherente con la previsión de que estas unidades puedan dictar actos concretos y, en especial, reglamentos administrativos, como muestran los artículos 4.1 y 23.3.2.º

Una particularidad, parecida a la que se produce en el supuesto anterior, es que estas órdenes ministeriales se dicten por el Ministro de la Presidencia cuando «*la disposición o resolución afecte a varios Departamentos*». El supuesto es perfectamente previsible, aunque también lo es la avocación de la decisión por el Consejo de Ministros o, incluso, por una Comisión delegada. Pues precisamente lo que explica la existencia de estos órganos colegiados es la existencia de temas de interés supraministerial. Si se repasan los artículos 5 y 6.4.c de la ley, se comprueba enseguida que esta salida tiene perfecto encaje en los mismos, lo cual tiene tantas más posibilidades de acontecer cuando el tema conjunto sea un reglamento.

¹⁰ Véase, por ejemplo, la Orden de 31 de marzo de 1995 del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente, que modifica las cuantías máximas de los préstamos cualificados, como porcentaje de los módulos ponderados, para las acogidas al Real Decreto 1932/1991, de 20-12-1991, promovidas en los municipios de Madrid y Barcelona. O la Orden de 20 de enero de 1995 del Ministerio de Industria y Energía, que establece programas de incentivación de la gestión de la demanda de energía eléctrica y determina su inclusión en el sistema de retribución de las empresas gestoras del servicio.

¹¹ El artículo 25.1 establecía: «Las disposiciones y resoluciones de los Ministros adoptarán la forma de Órdenes e irán firmadas por el titular del Departamento».

ARTÍCULO 26. DEL CONTROL DE LOS ACTOS DEL GOBIERNO

- 1. El Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación.**
- 2. Todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales.**
- 3. Los actos del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora.**
- 4. La actuación del Gobierno es impugnable ante el Tribunal Constitucional en los términos de la Ley Orgánica reguladora del mismo.**

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Jurisprudencia. 2.1. Tribunal Constitucional. 2.2. Tribunal Supremo. 3. Comentario. 3.1. Introducción: sentido del control de los actos del Gobierno. 3.2. El control político parlamentario. 3.3. El control jurídico de la acción del Gobierno. 3.4. La desaparición de los actos políticos como categoría exenta del control jurisdiccional. Examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997. 3.5. Otros aspectos del control jurisdiccional. 3.6. El control por el Tribunal Constitucional.

1. Concordancias

Constitución española.

Artículo 9. 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Artículo 66. 2. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.

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

Artículo 103. 1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de efica-

* Artículo comentado por Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ.

cia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Artículo 106. 1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Artículo 161. 1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

«Artículo 5. 1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. 2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.

Artículo 6. Los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.

Artículo 8. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Artículo 9.4. Los (tribunales) del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Artículo 1.1. Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Dere-

cho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.

Artículo 2. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos.

Artículo 9. Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo conocerán de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos que tengan por objeto:

a) En primera o única instancia en las materias de personal cuando se trate de actos dictados por Ministros y Secretarios de Estado, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, o a las materias recogidas en el artículo 11.1.a) sobre personal militar.

b) En única o primera instancia contra los actos de los órganos centrales de la Administración General del Estado en los supuestos previstos en el apartado 2.b) del artículo 8.

c) En primera o única instancia de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra las disposiciones generales y contra los actos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra i) del apartado 1 del artículo 10.

Artículo 11. 1. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia:

a) De los recursos que se deduzcan en relación con las disposiciones generales y los actos de los Ministros y de los Secretarios de Estado en general y en materia de personal cuando se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera. Asimismo conocerá de los recursos contra los actos de cualesquiera órganos centrales del Ministerio de Defensa referidos a ascensos, orden y antigüedad en el escalafonamiento y destinos.

b) De los recursos contra los actos de los Ministros y Secretarios de Estado cuando rectifiquen en vía de recurso o en procedimiento de fiscalización o de tutela los dictados por órganos o entes distintos con competencia en todo el territorio nacional.

c) De los recursos en relación con los convenios entre Administraciones públicas no atribuidos a los Tribunales Superiores de Justicia.

d) De los actos de naturaleza económico-administrativa dictados por el Ministro de Economía y Hacienda y por el Tribunal Económico-Administrativo Central, con excepción de lo dispuesto en el artículo 10.1.e).

Artículo 12. 1. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conocerá en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con:

a) Los actos y disposiciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno.

Artículo 25. 1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley.

Artículo 26. 1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.

2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior.

Artículo 27. 1. Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-Administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes.

2. Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.

3. Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma.

2. Jurisprudencia

2.1. *Tribunal Constitucional*

Sentencia 45/1990, de 15-3.

«no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el artículo 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado artículo 97 de la Constitución. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes».

Sentencia 196/1990, de 29-11.

«El Tribunal Supremo ha entendido, por tanto, que el acto sometido a su control —contestación del Gobierno Vasco a una solicitud de información parlamentaria— no es un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho administrativo, sino que es un acto de relación institucional del Gobierno Vasco con la Cámara legislativa vasca, sustraído al control del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Esta conclusión se alcanza después de analizar el marco parlamentario en que dicho acto se produce y de comprobar que la relación entre el recurrente y el Gobierno Vasco no constituye una relación entre ciudadano y Administración. Así centrada la cuestión, la decisión adoptada por el Tribunal Supremo es razonable y conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente. No hay duda, en efecto, de que la relación en cuyo seno se produjo el acto impugnado escapa de las que son objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 9.5 LOPJ y 1.1 LJCA)... Se trata, pues, de un acto producido en el seno de las relaciones políticas entre Ejecutivo y Legislativo, cuya finalidad primordial es el ejercicio del control, entendido en sentido amplio, del primero por el segundo. Este Tribunal ha señalado recientemente que

«no toda actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el artículo 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución» (STC 45/1990, fundamento jurídico 2.º). Quiere decirse con ello que en tales casos el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse como «administrativa» cuyo control corresponda *ex arts.* 106.1 de la Constitución y 8 LOPJ a los Tribunales de Justicia... 6. La conclusión alcanzada, que conduce a la denegación del amparo que se nos pide, no significa, sin embargo, que actividades como la que acabamos de examinar, que se sitúan fuera del control contencioso-administrativo por ser ajenas al ámbito de aplicación del Derecho administrativo, estén exentas de sujeción al Derecho y de todo control jurisdiccional. Tales actos producidos en el seno de las citadas relaciones entre Gobierno y Parlamento agotan por lo general sus efectos en el campo estrictamente parlamentario, dando lugar, en su caso, al funcionamiento de instrumentos de control político. Se trata, pues, de actuaciones que tienen su marco de desenvolvimiento institucional en el terreno parlamentario. A los miembros de los órganos legislativos, y a estas instituciones en su conjunto, corresponde la tarea de dar vida a esas relaciones entre ejecutivo y legislativo, agotando para ello los instrumentos que el ordenamiento parlamentario les ofrece al establecer el régimen jurídico de esas relaciones... Ahora bien, ello no excluye que, excepcionalmente, en el desarrollo de esas relaciones institucionales se pueda ver comprometido el ejercicio de los derechos fundamentales que a los representantes elegidos democráticamente les reconoce el artículo 23 de la Constitución (STC 181/1989, fundamento jurídico 4.º) y se puedan efectivamente lesionar esos derechos, bien por el Ejecutivo, bien por los propios órganos de las Cámaras a través de los cuales se articulan las peticiones de información de los parlamentarios y otras actividades similares o cercanas ... A este Tribunal no le corresponde el control de cualesquiera alteraciones o irregularidades que se produzcan, dentro del ámbito parlamentario, en las relaciones políticas o institucionales entre Legislativo y Ejecutivo, pero sí le compete ciertamente el conocimiento y, en su caso, la reparación de las lesiones de derechos fundamentales que excepcionalmente tengan lugar en dicho campo».

Sentencia 220/1991, de 25-11.

«El caso presente es uno de esos supuestos excepcionales en el que la interposición directa del amparo no determina su inadmisibilidad, pues la violación de derechos fundamentales se imputa a un acto —negativa del Gobierno vasco a facilitar la información solicitada por

parlamentarios vascos— ante el cual la Ley no concede medio de impugnación ante los Jueces en cuanto que, por su naturaleza política, está excluido del control de la jurisdicción contencioso-administrativa o de cualquier otra de orden distinto, siendo por lo tanto improcedente el imponer a los recurrentes de amparo que acudan a los órganos judiciales en demanda de una revisión para la cual carecen éstos de jurisdicción, y que se manifiesta por lo tanto, innecesaria por inútil.... Los actos a través de los cuales se articulan las peticiones de información y preguntas de los parlamentarios a los miembros del Gobierno y, en general, todos aquellos que se produzcan en el ámbito de las relaciones entre Gobierno y Parlamento, incluidos los autonómicos, agotan normalmente sus efectos en el campo estrictamente parlamentario, dando lugar, en su caso, al funcionamiento de los instrumentos de control político, que excluye, generalmente, tanto la fiscalización judicial como la de este Tribunal Constitucional, al que no le corresponde el control de cualquier clase de alteraciones o irregularidades que se produzcan en las relaciones políticas o institucionales entre Legislativo y Ejecutivo».

Sentencia 97/1993, de 22-3.

«Este Tribunal ha afirmado que la discrecionalidad técnica como ámbito exento de control judicial no es contraria el artículo 24.1 CE, es decir, como dijimos en la STC 39/1983, fundamento jurídico 4.º, que sin ignorar los esfuerzos para que el control judicial de la actividad administrativa sea lo más amplio y efectivo posible, no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límite determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por el órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales».

Sentencia 353/1993, de 29-11.

«En esta doctrina el Tribunal Constitucional, haciendo suya una consolidada doctrina jurisprudencial aplicada por los Tribunales ordinarios, ha tenido ocasión de manifestar que, aunque los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones o concursos, en modo alguno pueden sustituir a éstos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica,... la existencia de un ámbito de discrecionalidad administrativa técnica en determinados supuestos, entre los que se encuentra la calificación de exámenes y pruebas en las oposiciones y concursos, no supone la desaparición del derecho a la tutela judicial efectiva».

Sentencia 34/1995, de 6-2.

«Que esto es así se desprende de una jurisprudencia reiterada de este Tribunal, que se ha ocupado de mantener que si bien la Constitución no ha definido cuáles han de ser «los instrumentos procesales que hagan posible ese control jurisdiccional», sí ha afirmado, en cambio, la necesidad de que dichos mecanismos «han de articularse de tal modo que aseguren, sin inmunidades de poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas» (STC 238/1992 AATC 34/1984 y 731/1985)... En este marco general, la doctrina de este Tribunal ha tenido ocasión, sin embargo, de introducir matices. Entre ellos se encuentra, por lo que ahora nos interesa, la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado «discrecionalidad técnica» de los órganos de la Administración, en cuanto promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo».

2.2. *Tribunal Supremo*

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 4-4-1997.

«5. Ciertamente, la actual redacción de los artículos 24, 103, 106 y 117.3 de la Constitución, parece entrar en conflicto con el contenido de los artículos 4, 7, 11 y 13 de la citada Ley de Secretos Oficiales, que atribuyen al Consejo de Ministros la potestad de clasificar o desclasificar como secretos los asuntos o materias que el Juez reclama, o imponer restricciones a su conocimiento o desplazamiento fuera de los centros oficiales de custodia,... Pero es igualmente cierto que las propias exigencias de eficacia de la acción administrativa, aludidas en el artículo 103.1 de la Constitución o la necesidad de preservar la existencia misma del Estado, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de Derecho, pueden justificar que se impongan límites a la publicidad de la acción estatal y más concretamente, y por lo que hace al caso a resolver, que se encomiende al Gobierno, a quien compete, la dirección de la defensa del Estado —art. 97 de la Constitución—, una competencia primaria, en los términos que fije el legislador —art. 105, b) de la Constitución—, para decidir sobre la imposición de restricción a la publicidad de la acción estatal frente a cualquier autoridad, con mayor razón cuando en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, se prevé la posibilidad de que el ejercicio de ciertos derechos pueda ser sometido a restricciones que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional —arts. 10.2 y 11.2—, por lo que debe reconocerse validez, desde la perspectiva constitucional a la Ley de Secretos Oficiales de 1968, al

menos en los aspectos en los que atribuye competencia al Consejo de Ministros, para clasificar o desclasificar como secretos determinados asuntos o actuaciones estables, a través del procedimiento que en esa Ley se establece, pero sin que lo expuesto quiera decir que esos actos del Consejo de Ministros sobre clasificación o desclasificación, no puedan a su vez, ser sometidos al enjuiciamiento de este Alto Tribunal —Sala de lo Contencioso-Administrativo— a la que conforme al artículo 58.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial compete la fiscalización jurisdiccional de los actos de esa Autoridad, con el fin de controlar su conformidad a Derecho ... 7. Queda así configurado como tema central del proceso el de determinar los límites de la potestad jurisdiccional que nos asiste para revisar la decisión del Consejo de Ministros de no desclasificar los documentos declarados secretos mediante el acuerdo de 1986... En este sentido, aceptado por el artículo 105, b) de la Constitución el principio de que por vía legal se regule el secreto de determinados documentos, «en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado», la importancia de la excepción, en cuanto parece contraria a los comunes principios de convivencia democrática, excluyendo «ab initio» del normal control por los otros poderes e instituciones del Estado a los documentos relativos a determinadas materias reservadas, cuyo pleno conocimiento se les sustrae por imperativo legal, nos lleva a considerar que la naturaleza de las resoluciones sobre su desclasificación es la propia de la potestad de dirección política que atribuye al Gobierno el artículo 97 de la Constitución.... La justificación de la atribución de esta potestad al ámbito de la actuación política del Gobierno se encuentra en que una excepción de la trascendencia de la que hemos descrito solamente puede moverse en las zonas más altas y sensibles, atinentes a la permanencia del orden constitucional, entendido éste como un todo regulador y definidor de las sustanciales formas políticas y jurídicas de convivencia ciudadana en el ámbito nacional español, frente a quienes por medios violentos pretendan atentar contra su subsistencia, mediante ataques a su seguridad interior o exterior. ... Estos contenidos legales y la afirmación antes hecha de sustancial referencia de la seguridad y defensa del Estado a la noción de permanencia del orden constitucional, permiten que de ellos rezume una primera e importante conclusión: la documentación cuya desclasificación se solicita forma parte de la que merece ser calificada legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad y defensa del Estado y, por eso, acreedora a su calidad de secreta, puesto que se integra en el conjunto de estudios, medidas, informaciones, decisiones o acciones dirigidas a que el Estado haga frente a una actividad terrorista, cuya finalidad es alterar el orden constitucional, utilizando como uno de sus medios la violencia contra la vida e integridad física de las personas e ignorando el sistema específico de reforma regulado en el Título X de la propia Constitución... la jurisprudencia ha admitido pacíficamente la existen-

cia de actuaciones políticas del Gobierno no sometidas a control jurisdiccional. Cabe citar a título de ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 junio y de 2 octubre 1987, ambas destacables tanto por sí mismas como porque sobre las tesis en ellas mantenidas ha elaborado el Tribunal Constitucional su doctrina general acerca de este particular, que ha permanecido prácticamente inalterable desde la Sentencia de 15 marzo 1990 hasta la de 26 noviembre 1992... La clara posición jurisprudencial que hemos descrito sobre la admisión de una actividad política del Gobierno se oscurece y origina los auténticos problemas cuando es preciso aplicarla a cada caso concreto, porque entonces entran en juego principios y normas constitucionales de ineludible acatamiento, que presionan a favor de su restricción y cuyo sistemático acoplamiento obligará con frecuencia a acudir a la sensibilidad jurídica casuística propia del ejercicio de la función judicial para alcanzar un pronunciamiento individualizado que dé solución satisfactoria al concreto conflicto al que sea preciso dar una respuesta en Derecho. ... Entre estos principios y normas nos encontramos, en primer lugar, con que la Constitución ha aportado un trascendente elemento innovador con respecto al régimen jurídico existente con anterioridad, cual es el precepto contenido en el artículo 24.1, en el que se consagra el derecho fundamental de todas las personas a obtener una tutela judicial efectiva,... Otro mandato constitucional que no podemos dejar de tener presente es el del artículo noveno de la Norma Suprema, cuando nos dice que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y que la Constitución garantiza el principio de legalidad. La unión de estos preceptos con el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 nos lleva a apreciar la dificultad de principio de negar la tutela judicial, cuando alguna persona legitimada la solicite, alegando una actuación ilegal del Poder Ejecutivo... Reconocido, sin embargo, que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar, esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión». ... Es esta idea de «conceptos judicialmente asequibles», la que nos lleva a afirmar que si claramente establecíamos la vinculación entre los documentos, su clasificación como secretos y la seguridad del Estado, no hay razón para que no consideremos que nos sea también asequible

determinar negativamente la concurrencia de elementos que o bien eliminan totalmente la afección a dicha seguridad o bien la aminoren en términos que —ponderando los intereses jurídicos en juego— nos permitan dar prevalencia, en su caso, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva invocado por los recurrentes para pedir la desclasificación. 10 ... es patente la trascendencia que la no desclasificación de la nota interior que nos ocupa, tenía para la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución que los recurrentes reclaman, ya que objetivamente, los hechos relatados, recogidos en la exposición razonada del Juez de Instrucción demuestran que la incorporación del mencionado documento había sido determinante para el alzamiento del sobreseimiento provisional que pesaba sobre la causa criminal, y su posterior normal seguimiento. ... 11. En consideración a lo expuesto, estimamos que el acuerdo impugnado al otorgar en su fundamento primero, preponderancia a la Seguridad del Estado, no realizó adecuadamente el juicio de ponderación, pues debió dar prevalencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución ... Debiendo además destacarse que, en este caso, la Seguridad Estatal es un valor constitucional que también puede verse negativamente afectado por la no aportación a la investigación judicial del documento en cuestión,... pues la seguridad que la Ley de Secretos Oficiales trata de preservar es la del Estado, y no la de sus autoridades o funcionarios, que personalmente puedan resultar relacionados con una causa penal».

3. Doctrina

3.1. *Introducción: sentido del control de los actos del Gobierno*

Las funciones de los órganos del Estado de Derecho son esencialmente limitadas. El principio de legalidad busca precisamente que cada poder no pueda actuar más que dentro del marco que le trazan las leyes y en conformidad con sus disposiciones. Ésta es una premisa tan conocida que no merece comentarse.

Pero esta limitación debe ser efectiva, real, la limitación debe vivirse en la práctica, pues en caso contrario el principio de legalidad quedaría en papel mojado y cada poder podría invadir la esfera de los restantes e, incluso, el ámbito de libertad de los individuos. De ahí la necesidad de garantías que doten de efectividad a este principio.

La garantía más característica es el control del poder, o conjunto de medidas para obligar a los órganos estatales a moverse dentro de su esfera de competencia, y no más allá. El control se despliega por procedimientos y mecanismos diversos, pero a la postre caracterizados por perseguir cualquier acto o decisión que infrinja la legalidad, pudiendo llegar a conseguir su nulidad y hasta

el restablecimiento de la situación originaria o, caso de no ser posible, su equivalente económico.

El control es de este modo un concepto íntimamente unido al de limitación del poder o, si se quiere, al principio de legalidad. Ambos son anverso y reverso de una misma realidad: sin limitación de funciones de los distintos órganos el control se hace superfluo, y sin control no hay limitación efectiva del poder.

Si lo anterior es un postulado aplicable a todos los poderes públicos, con mucho más énfasis se presenta en el caso del poder ejecutivo, y, en concreto, de su cabeza rectora, el Gobierno. Pues, siendo éstos los depositarios de la capacidad coactiva del Estado, sus extralimitaciones son tanto más temibles que las que puedan originarse en sus otros brazos. La supremacía de las leyes del Parlamento y la obligatoriedad de las sentencias de los jueces son nada sin el apoyo de la coerción en manos de los gobernantes. Si a lo anterior se añade el enorme cúmulo de atribuciones que el Estado del bienestar ha delegado en el poder ejecutivo, se comprende fácilmente la importancia de que dicho poder esté sometido a un estricto control, para evitar que ese caudal de atribuciones se desborde hasta lo arbitrario y aun despótico. Pues, a la postre, el principio de gobierno de las leyes, y no de los hombres, demanda que todas esas funciones atribuidas al ejecutivo estén previstas y reguladas por la ley. Y, esto, a su vez, reclama que lo ordenado en la ley cuente con garantías de su cumplimiento.

El artículo 26 de la Ley del Gobierno se refiere precisamente al control de los actos del Gobierno, como destaca su propio título. Pero, antes de determinar los procedimientos al efecto, recuerda un principio tan elemental como el comentado en los párrafos anteriores. Su apartado 1 establece que *«el Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación»*. Apenas hay novedad en esta afirmación, que incluso parece un calco del artículo 9.1 de la Ley fundamental (*«Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»*). También coincide en esencia con lo proclamado en el artículo 97 (*«Ejerce —el Gobierno— la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes»*).

Sí que hay un matiz diferencial, y es el inciso final *«en toda su actuación»*. Aparentemente, este inciso poco aporta, hasta el punto de que se aproxima a lo puramente redundante: si se hubiese omitido, la frase hubiese mantenido su propio significado. Sin embargo, el añadido se explica en conexión con el apartado 3 y el probable deseo de abolir el artículo 2.b de la entonces vigente Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, que admitía como actos exentos del control jurisdiccional *«los políticos del Gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad exterior y mando y organización militar»*. Asimismo, el aparentemente ino-cuo inciso anuncia lo que después consagraría el artículo 2.a de la Ley 29/1998, de 13 de julio (recogido en el apartado 1), al suprimir esta categoría de actos. Sobre tan importante punto volveremos posteriormente.

El control de legalidad de la actuación gubernamental compete al poder judicial, pues es ésta su función: según el artículo 117.3 de la Constitución «*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, determinados en las leyes ...*». Esta atribución es general y exclusiva y, por ello, mal podía escapar a la misma la actuación del Gobierno. Su asignación a los tribunales no es por casualidad, sino resultado directo de los principios y la lógica del Estado de Derecho. Pues, como escribió HAMILTON hace más de dos siglos¹, la independencia y permanencia de los jueces es lo que les capacita para ello y explica esta atribución. Este tipo de control es regulado en el apartado 3 del artículo 26, que será comentado más tarde.

Pero, el Gobierno, al ejecutar las leyes, no es un puro autómatas que se limite a trasladar a la realidad lo escrito en la ley. Pues, no pudiendo ésta disciplinar todos los aspectos de esa realidad, el Gobierno acaba alzándose con un margen significativo de espacio no regulado, que es tanto como decir con un margen de discrecionalidad. La ley no puede prever los innúmeros aspectos que comporta su aplicación, lo que determina una cierta libertad del encargado de su ejecución. Y como las leyes le asignan una serie amplísima de metas, que cubren las más variadas actividades sociales, desde la educación hasta el medio ambiente, desde la seguridad hasta las relaciones internacionales, el resultado final es que este margen de discrecionalidad, esta esfera de libertad se multiplica en la misma proporción que las leyes pendientes de ejecución, comportando un fortalecimiento acusadísimo de este órgano. Este fortalecimiento del Gobierno le llega a situar en una posición de primacía sobre los otros poderes, la cual poco se corresponde con la modestia de lo que aparentemente se presenta como un poder simplemente ejecutivo. Al final el Gobierno gobierna, ejerce la función de gobierno² en su sentido más riguroso, eso sí estrictamente limitado por las leyes y controlado para que las mismas sean efectivamente respetadas.

Pero, siendo el sistema constitucional un sistema de pesos y contrapesos, un sistema en el que, como teorizó MONTESQUIEU, para evitar caer en el absolutismo, el poder debe detener al poder, esa enorme masa de poder no regulado que el Gobierno ostenta no podía permanecer libre de toda fiscalización. Si así fuera, el terreno estaría abonado para el abuso generalizado y con ello para la aparición del despotismo. Al ser el Gobierno un órgano reducido, que actúa sin publicidad y que dispone del uso de la fuerza, pronto se darían arbitrariedades, ante las que poco podrían hacer los tribunales, pues se producirían en un plano no legislado.

Por eso, es imprescindible un control político de la dimensión no reglada de la actuación gubernamental. Un control basado, no en consideraciones de lega-

¹ Véase *El federalista*, n.º 78.

² Sobre este aspecto puede verse DE OTTO «La posición constitucional del gobierno» en *Documentación Administrativa* n.º 188, 1980, p. 170 y ss.

lidad, para lo que ya están los jueces, sino en consideraciones de oportunidad. Y esto no puede corresponder a otro poder que no sea el parlamentario, el legislativo, pues precisamente su condición eminentemente política (elegido por los ciudadanos entre programas y partidos políticos distintos) le hace surgir como el más idóneo, o mejor, como el único posible. Si a lo anterior se añade que en los sistemas parlamentarios, como el español, el Gobierno es fiduciario de las asambleas representativas, en el sentido de que sólo existe en la medida que el Parlamento le haya dado y mantenido su confianza, se comprende la necesidad de que este brazo del Estado asuma el control político de la actuación gubernamental. Al mismo se refiere el artículo 66.2 de la Constitución («*Las Cortes Generales ... controlan la acción del Gobierno*») y el apartado 2 del artículo comentado, que pasamos precisamente a estudiar.

3.2. *El control político parlamentario*

El apartado 2 del artículo 26 establece que «*todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales*». Está en perfecta correspondencia con el artículo 66.2 de la carta magna, aunque dotado de un mayor énfasis, acaso innecesario. Pues se subraya el control con el adjetivo «*todos*» y se menciona, por si alguna duda quedase, que se extiende a los actos y a las omisiones.

Este apartado se comprende sin especial dificultad. No obstante, puede ser útil hacer alguna precisión.

La primera es que el Gobierno es objeto de control, pero no en su consideración aislada de órgano colegiado superior, sino como cabeza rectora de todo el poder ejecutivo. A través de este órgano, el control se extiende a todo el aparato administrativo. De hecho, el artículo 109 de la Constitución apodera a las Cámaras y a sus comisiones para requerir información y ayuda «*de cualesquiera autoridades del Estado*», lo que en sí mismo habilita para dirigirse directamente a estas otras a los efectos consignados. No obstante, como hemos defendido en otro lugar³, lo que se corresponde con un sistema parlamentario y con exigencias funcionales, es que toda esa información y ayuda procedente de órganos ejecutivos distintos del Gobierno se canalicen a través de este último, el cual debe ser el interlocutor natural de las Cortes Generales.

Cuestión más ardua es la de qué debe entenderse por control de las Cortes Generales, tema que ha sido objeto de abundante consideración doctrinal⁴.

³ Véase SANTAOLALLA, estudio del artículo 109 en *Comentarios a la Constitución*, dirección de GARRIDO FALLA, Civitas, 3.ª edición, Madrid, 2001.

⁴ Véase al respecto: ARAGÓN, «El control parlamentario como control político», *Revista de Derecho Político* n.º 23, 1986; ARAGÓN, «Información parlamentaria y función de control» en AAVV, *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, CEC, Madrid, 1994; RUBIO LLORENTE, *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1993; MONTERO y GARCÍA MORILLO, *El control parlamentario*, Tecnos, Madrid,

Hemos defendido en ocasiones anteriores que el control, considerado jurídicamente, demanda un concepto definido y formal, que para diferenciarse propiamente de otras funciones parlamentarias debe superar la apelación a todo lo que no sea aprobación de leyes y, en concreto, a la mera fiscalización y crítica políticas. Sólo hay control en sentido estricto cuando, además de esa vigilancia o crítica sobre los actos gubernamentales, las Cámaras disponen de una potestad sancionadora, correctiva, de aprobar o rechazar algo atinente al sujeto vigilado, como es el caso de la moción de censura, la convalidación de los decretos-leyes, la autorización para ratificar tratados internacionales, etc. Esto no excluye, naturalmente, que a través de otros procedimientos parlamentarios de fiscalización (principalmente preguntas, interpelaciones, comparencias, encuestas e investigaciones) se pueda someter al Gobierno a una estrecha vigilancia, que a la postre conduzca a un Gobierno limitado, controlado. Lo que ocurre es que en este último caso estamos utilizando un concepto político del control, no uno puramente jurídico. Este control, tan ampliamente entendido, se produce prácticamente a través de todas las actividades parlamentarias, pues toda ellas se producen cara a la opinión pública y conllevan la expresión de críticas y presión sobre el ejecutivo. De este modo, siendo un rasgo general, no puede servir para definir una concreta función parlamentaria.

Como quiera que sea, no es éste el sentido asumido por el apartado comentado. La yuxtaposición del adjetivo «político» al sustantivo «control» indica que se ha optado por el sentido más amplio y usual de este término. El tono general confirma que no se ha pensado en una categoría concreta, sino que se habla de control en sentido genérico. Control viene así a ser sinónimo de vigilancia y fiscalización, y puede incluir todos los procedimientos parlamentarios, entre los cuales los antes citados con sanción, visto que todos ellos pueden servir a estos cometidos. En definitiva, sin ánimo de ser exhaustivos, pueden presentarse los siguientes:

- a) Actos de control con forma legislativa, como son las autorizaciones por ley de suplementos de crédito y créditos extraordinarios, o para enajenar bienes inmuebles o para emitir deuda pública.

1984; GARCÍA MORILLO, *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985; SANTAOLALLA, «La función de control y la ciencia del Derecho constitucional», *Revista de las Cortes Generales* n.º 12, 1987; LÓPEZ GUERRA, «El control parlamentario como instrumento de las minorías», *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario* n.º 8, 1996; GARCÍA FERNÁNDEZ, «La función de control del Parlamento sobre el gobierno. Notas sobre su configuración jurídica» *Revista de las Cortes Generales* n.º 31, 1994; EMBID IRUJO, «El control parlamentario del gobierno y el principio de la mayoría parlamentaria. Algunas reflexiones» *Revista de las Cortes Generales* n.º 25, 1992; LÓPEZ AGUILAR, *Minoría y oposición en el parlamentarismo. Una aproximación comparativa*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991; SÁNCHEZ NAVARRO, *La oposición parlamentaria*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997; SÁNCHEZ NAVARRO, *Las minorías en la estructura parlamentaria*, CEC, Madrid, 1995; GARCÍA ROCA, «El control del gobierno desde la perspectiva individual del parlamentario (y la luz del artículo 23.2 de la Constitución)», *Revista Vasca de Administración Pública* n.º 42, 1995; PRESNO, *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, Barcelona, 2000; FERNÁNDEZ SARASOLA, «El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento español», *Revista española de Derecho constitucional* n.º 60, 2000.

- b) Actos de control en sentido estricto sin forma legislativa, como la investidura del presidente del Gobierno, las mociones de censura y cuestiones de confianza, la convalidación de decretos-leyes y, en su caso, la verificación de la regularidad de los decretos legislativos, la autorización de la declaración y prórroga de los estados de alarma y excepción, la autorización de las medidas contempladas en el artículo 155 de la Constitución.
- c) Actos de control en sentido impropio, como las preguntas, interpelaciones, proposiciones no de ley, examen de comunicaciones del Gobierno y comparecencias de ministros y autoridades.

3.3. *El control jurídico de la acción del Gobierno*

En segundo lugar debemos referirnos al control jurídico de los actos del Gobierno, esto es, al que mira al respeto de la ley en la actuación de este órgano, y desprecia cualquier consideración política o de oportunidad. En consonancia con lo antes comentado, el apartado 3 dispone que «*los actos del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora*»⁵.

Además de las diferencias propias del distinto control, el apartado examinado ofrece otras diferencias con el 2. Una de ellas es que en este último se habla de actos y omisiones, mientras que en el apartado 3 sólo se mencionan los actos, lo que a primera vista supondría excluir de la fiscalización judicial a las omisiones. Sin embargo, esta interpretación puramente literal no puede acogerse, pues si se pone en conexión esta apartado con el 1 enseguida resalta el carácter omnicompreensivo de este control. Debe tenerse también en cuenta el reconocimiento, apoyado en una larga tradición, de la relevancia jurídica del silencio o inactividad administrativa, por los artículos 43 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Por eso, la expresión «*actos*» debe entenderse abarcando tanto los positivos, o actos en sentido estricto, y los negativos u omisiones.

Por otro lado, el apartado cobra una mayor extensión de la que se deduce del apartado 2. Pues ahora se someten al control jurisdiccional no sólo los actos del Gobierno, sino también los de los órganos y autoridades regulados en esta ley. Aunque a primera vista puede ser chocante esta determinación en una ley referida al Gobierno, la misma aparece como una consecuencia del hecho de que la

⁵ JIMÉNEZ BLANCO critica esta regulación por omitir lo referente al Tribunal de Cuentas, Consejo de Estado, Comisión Europea y Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Véase «Funciones constitucionales y actos del gobierno» en *Documentación Administrativa* n.º 246/247, p. 229. Tal vez la omisión se haya debido a que los dos primeros organismos no encajan ni con un control jurisdiccional ni con uno político. En todo caso, la cita de los otros dos nos parece imprecisa, pues se trata de una materia que por corresponder al Derecho comunitario es dudoso que pueda regularse por el Derecho interno.

ley también regula otros órganos, como secretarios de Estado y directores de gabinete del Presidente, vicepresidentes, ministros y secretarios de Estado. Tal detalle no supone ninguna innovación material, pues el control de los actos de todos estos órganos resultaba obligado a la luz del artículo 106.1 de la Constitución y está suficientemente recogido en el artículo 8 de la LOPJ y en el 9 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa⁶.

Otra mácula de escasa monta es la falta de concordancia con lo previsto en el título VIII de la Ley 30/1992, pues en su literalidad el apartado 3 del artículo 26 parece dar a entender que la única impugnación posible de los actos de los órganos citados es ante la jurisdicción contencioso administrativa, siendo así que el referido título de la LRJAP admite también el ejercicio de acciones en vía civil o laboral. La explicación tal vez resida en que se haya considerado que esta mención era innecesaria en una ley que contempla a estos órganos en su calidad estrictamente pública. Afortunadamente, el artículo 3 de la nueva Ley 29/1998, de la JCA, evita toda duda al disponer que no corresponde al orden jurisdiccional administrativo *«las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública»*.

Pero, el punto realmente crucial e innovador es el que supone omitir cualquier excepción en la impugnabilidad de los actos gubernativos. Pues, al no incluirla, debe entenderse derogada la cláusula de exoneración del control jurisdiccional de los llamados *«actos políticos»*, citados en el artículo 2 de la repetida ley de 1956 (*«como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad exterior y mando y organización militar»*). Esta mención ha desaparecido en la Ley del Gobierno y, más claramente, en la Ley 29/1998, de la Jurisdicción contencioso-administrativa, la cual no sólo la omite sino que además define (artículo 9) el ámbito de esta jurisdicción utilizando criterios terminantes, entre ellos el siguiente: *«La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos»*. Este último inciso es claramente revelador del cambio sufrido.

3.4. *La desaparición de los actos políticos como categoría exenta del control jurisdiccional. Examen de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997*

Esta nueva regulación, omisiva de toda excepción expresa del control jurisdiccional, no fue ajena a la sacudida jurídica y política que provocó la Senten-

⁶ Véase el texto de todos ellos en el apartado 2.

cia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997⁷, caso de los «papeles del CESID», en el cual un juzgado reclamaba para su instrucción penal unos documentos concernientes a la lucha antiterrorista, declarados secretos por el Gobierno al amparo de la Ley de Secretos Oficiales⁸.

Como la materia no puede ser más importante, y como la nueva regulación arranca de esta famosa sentencia, no estará de más que nos detengamos brevemente en su análisis⁹. Se trata, a nuestro juicio, de un pronunciamiento dictado con ánimo de satisfacer a todos, en un clima altamente enrarecido, pues fue caballo de batalla de la contienda partidista y tema de una polémica periodística no pocas veces irresponsable, si se tiene en cuenta que el caso aparecía cuando el Estado y la sociedad eran objeto de un cruento asedio terrorista. Mal marco, ciertamente, para sentar precedente.

En lo que ahora importa, esta sentencia¹⁰ se caracteriza por su signo ambivalente, que no sería de preocupar si no se estuviese tratando de un tema que afecta a la vida de los ciudadanos y del propio sistema democrático. Sus afirmaciones se ven seguidas súbitamente de negaciones: se parte de *la necesidad de preservar la existencia misma del Estado, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de Derecho, (lo que) puede justificar que se impongan límites a la publicidad de la acción estatal*, reconociéndose la aplicabilidad del Convenio de Roma de 1950, que admite que los derechos fundamentales puedan ser restringidos por razones de seguridad nacional, y la vigencia de la Ley de Secretos Oficiales, pero, se añade, *sin que lo expuesto quiera decir que esos actos del Consejo de Ministros sobre clasificación o desclasificación, no puedan a su vez, ser sometidos al enjuiciamiento de este Alto Tribunal*. Luego, tras haber afirmado nada menos que la potestad clasificatoria de documentos se mueve *en las zonas más altas y sensibles, atinentes a la permanencia del orden constitucional*, se concluye en que *la documentación cuya desclasificación se solicita forma parte de la que merece ser calificada legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad y defensa del Estado*. Pero avance tan decidido se ve compensado por la inmediata apelación al Derecho constitucional del artículo 24.1 de la Constitución, que *nos lleva a apreciar la dificultad de principio de negar la tutela judicial, cuando alguna persona legítimada la solicite*. Contrastados los dos elementos en juego (el orden constitucional y el derecho individual a la tutela judicial) el Tribunal Supremo se decan-

⁷ Así lo afirma, bien que en referencia a la Ley 29/1998, DÍAZ LEMA en «La Constitución y el Derecho administrativo», en *Administraciones públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, INAP, Madrid, 1998, p. 222.

⁸ En realidad fueron tres las sentencias dictadas, todas ellas con el mismo planteamiento y fundamentos jurídicos.

⁹ Para un examen más pormenorizado, pero con conclusiones no muy distintas a las aquí defendidas, puede verse GARRIDO CUENCA, «El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del Cesid: las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997», *Revista de Administración Pública* n.º 143, 1997, p. 229 y s.

¹⁰ Un extracto amplio de la misma aparece en el apartado 2.2.

ta por dar prioridad al segundo: *no hay razón para que... (no demos) prevalencia, en su caso, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. ... (pues) es patente la trascendencia que la no desclasificación de la nota interior que nos ocupa, tenía para la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución que los recurrentes reclaman... En consideración a lo expuesto, estimamos que el acuerdo impugnado al otorgar preponderancia a la Seguridad del Estado, no realizó adecuadamente el juicio de ponderación, pues debió dar prevalencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ...*

Por ser muchos los aspectos tratados en dicha sentencia y por no ser éste el lugar adecuado para realizar un examen profundo de la misma, nos limitaremos a exponer unas consideraciones elementales. Yendo de lo más general a lo particular, podemos decir que la sentencia se desembaraza pronto de la premisa de la que parece partir: la necesidad de preservar el Estado para la conservación del orden constitucional. Si esto es así, se debió reconocer que esta idea implica la posibilidad de que se sacrifiquen derechos concretos, que el sistema democrático en su conjunto prima sobre determinados derechos de los ciudadanos (como lo prueban las excepciones que se regulan en los artículos 105.b y 116 de la Constitución). Pues la derrota del Estado constitucional frente a los peligros que eventualmente pueden acecharle, significará más pronto o más tarde la paralela derrota de los derechos y libertades de los individuos.

Aunque el orden constitucional tiene por eje la libertad humana, no hay que olvidar que precisamente, en aras de ese principio, la libertad del mayor número se impone sobre la libertad de los menos (en el caso un porcentaje despreciable). El gran fallo de la sentencia es situar en el mismo plano, como valores constitucionales, el derecho fundamental del individuo y la pervivencia del Estado de Derecho. Ya solamente con eso se favorece el deslizamiento hacia uno de los dos elementos en juego. Ciertamente, el juzgador debe tratar de salvar todos los valores constitucionales, compatibilizándolos hasta donde sea posible, y reduciendo su sacrificio al mínimo posible. Mas lo que ahora queremos decir es que puede haber situaciones en que se enfrenten valores de distinta entidad o de difícil conciliación, situaciones que lógicamente reclaman la observancia preferente de los valores que sean superiores.

Si descendemos a las particularidades del caso y aplicamos las reflexiones anteriores, resulta que la clasificación de una materia como secreta o reservada siempre puede resultar lesiva para los derechos o intereses de algunos ciudadanos. Es posible, incluso, que esta circunstancia sea la que conduce a esa declaración. Pero en un Estado democrático hay que presumir que restricción tan grave no es gratuita, sino por exigencias de interés común. De hecho, el artículo 105.b de la Constitución reconoce como valor y límite de ciertos derechos «*la seguridad y defensa del Estado*». De modo, que habrá de optarse entre mantener la posibilidad de secretos oficiales y la más absoluta intangibilidad de las libertades individuales. Pensar que puede simultanearse el régimen de clasifi-

cación de documentos con la vigencia irrestricta de las libertades individuales parece más un pío deseo que otra cosa.

Ciertamente, y por las consecuencias advertidas, tal régimen puede conducir, no ya a preterición de derechos individuales, sino hasta el abuso en su ejercicio. Pero el Estado de Derecho no ha encontrado más remedio que el que deriva de la legitimidad de un gobierno democrático y del conjunto de controles institucionales, entre los cuales los políticos ya tratados. Habrá de presumirse que un Gobierno salido directa o indirectamente de las urnas será sensible con los derechos y libertades constitucionales, y que no impondrá otros sacrificios que los estrictamente necesarios derivados del bien común. Si no se comporta así, habrá de convenirse que el pueblo se equivocó en su elección. Pero, las nuevas elecciones depararán una ocasión para que éste otorgue su confianza a un nuevo grupo de gobernantes más respetuoso con estos temas.

La vigilancia de la opinión pública, el control del Parlamento y de otras instituciones pueden también coadyuvar en el uso templado de las potestades gubernamentales. Pues ¿cuál es la alternativa, especialmente en un país cuyo régimen de libertades hace precisamente agua por los sangrientos ataques terroristas?, ¿qué otra salida cabe para conseguir el triunfo sobre los que buscan la destrucción del Estado constitucional?, ¿acaso su desarme completo?

Llegamos así al espinoso tema del control judicial de los actos políticos¹¹. Por tal nos referimos a los que adopta el Gobierno como órgano de dirección estatal, y que precisamente por ello responden a una visión puramente política. No debe olvidarse que el Gobierno resulta elegido, directa o indirectamente, en las urnas, en un proceso competitivo entre distintas opciones programáticas y partidistas. El Gobierno conduce el Estado con arreglo a unos postulados legítimos, pero subjetivos, parciales, mudables. Refleja unas preferencias sociales, producto del pluralismo político, reconocido como valor constitucional por el artículo 1.1 de la Constitución. Esto determina que estas decisiones gubernamentales no puedan enjuiciarse en su contenido más que desde una vertiente política, y esto hace, a su vez, que los tribunales resulten totalmente inadecuados para ello.

Un falso pudor ha llevado a desconocer en la legislación la realidad de los actos políticos, tal vez por el mal recuerdo que dejó el franquismo (y eso que diversas sentencias del Tribunal Constitucional recogidas en el apartado 2.2, admitían con naturalidad esta categoría). Pero el mal no está en que existan actos políticos (¿cómo podría no haberlos en una democracia?) sino en el contenido que se les asigne. No es lo mismo calificar de acto político un secuestro

¹¹ Sobre esta categoría de actos puede verse APARICIO, «¿Hacia una nueva figura de actos políticos del Gobierno?» en la obra colectiva *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, 1985, p. 185 y ss., y PORRAS NADALES, «Actos políticos y función del Gobierno», en *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario* n.º 3, 1991.

de un medio informativo que la decisión de presentar un determinado proyecto de ley en las Cámaras, por poner un ejemplo.

Es imprescindible que existan actos políticos (con este nombre o con otro, que eso es lo que menos importa), pues lo contrario equivaldría a agostar la democracia. Y en la medida que los haya, su control, indiscutible, deberá corresponder a las instancias políticas, no a unos órganos nacidos para medir los actos con la vara de la legalidad. Claro está, que siempre hay unos elementos reglados que serán susceptibles de control por estos últimos, como permite el artículo 2.º de la nueva LJCA. Tal es el caso de la competencia para dictar el acto, del procedimiento seguido, etc. Pero, cuando se habla del posible control de los actos políticos, no se refiere a cuestiones tan elementales, que hay que darlas por cumplidas: es difícil imaginar que un alcalde pueda ordenar la negociación de un tratado internacional, o que un jefe de negociado del Ministerio de Agricultura pueda presentar una moción de censura en el Congreso. Lo que se discute es si un tribunal puede controlar el mérito de estas decisiones cuando se hayan adoptado por el órgano competente y siguiendo el procedimiento establecido¹². La respuesta no puede ser más que decididamente negativa, tanto para salvar la política¹³, reservándola a las instituciones conectadas con la voluntad de los ciudadanos, como para preservar la imparcialidad e independencia de los tribunales, que de otro modo, en contacto con cuestiones intrínsecamente políticas, podrían acabar como remedo de aquellas instituciones y abandonando su función primigenia.

Los actos políticos son ciertamente pequeños en número, pero no en importancia. Van desde los de relaciones con las Cortes Generales, regulados en el título V de la Constitución (contestación a preguntas, interpelaciones, mociones de censura y cuestiones de confianza, disolución del Parlamento, etc.), hasta otros previstos en otros sectores del ordenamiento (directrices de política interior, nombramiento de altos cargos, elaboración de proyectos de ley, negociación y denuncia de tratados internacionales, reconocimiento de un país, etc.).

Entre estos últimos actos debe situarse la clasificación como secreto de un documento, potestad que la Ley de Secretos Oficiales atribuye al Gobierno, y que la sentencia del Tribunal Supremo reconoce como constitucional. Pues, al margen de los elementos formales, reglados y controlables, el juicio de fondo —decidir qué documentos deben ser clasificados— obedece a puras consideraciones de oportunidad, políticas por tanto. Esta decisión es insusceptible de

¹² Esto es lo que se ignora en el dictamen del Consejo de Estado 1125/97, de 29 de mayo de 1997, emitido en relación al proyecto de ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Tras afirmar que «los actos políticos resultan inadmisibles en un Estado de Derecho», se defiende el control jurisdiccional en la medida que exista una norma reguladora. Pero, finalmente, se acaba afirmando que «en cada caso habrá de esclarecerse la aptitud jurisdiccional para la captación de los conceptos legales que puedan servir de medio de control ... y que esta aptitud dependerá en gran medida de que las técnicas ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia hagan judicialmente asequibles dichos conceptos». Proclamación tautológica y rebuscada, pero que muestra una cierta prevención a mantener en todos sus términos la afirmación inicial.

¹³ Véase CRICK, *En defensa de la política*, Tusquets, Barcelona, 2001.

revisión desde una perspectiva judicial: el juez tendría que sopesar si el material correspondiente afecta suficientemente a la seguridad del Estado, y esto no es un ejercicio de aplicación de la ley al caso concreto, sino una estimación política. Si así lo hiciese, el juez se subrogaría en la misma función del Gobierno y con ello mostraría que también es el mismo su parámetro de actuación. Además, desde el momento que pueda el juez revisar la corrección de la decisión gubernativa, aparecerían no pocas ocasiones para que el documento trascendiese a terceros, y con ello su condición de secreto o reservado quedaría seriamente amenazada. Si después se confirmase la corrección del acto gubernamental, el daño a la seguridad del Estado, tan asociada al régimen constitucional, sería tal vez irreparable.

Es verdad que la sentencia comentada no pretende esta revisión. Pero realiza una contraposición inadecuada entre dos valores constitucionales sobre cuya primacía decide. Podría haberse discutido la constitucionalidad de la Ley de Secretos Oficiales, en cuanto contraria a derechos fundamentales, como el de la tutela judicial, lo cual y dada su condición preconstitucional, podría haber llevado al Tribunal Supremo a declararla directamente como derogada. En ese caso habría sido coherente declarar un acto gubernamental adoptado a su amparo como inconstitucional y contrario a un derecho fundamental. Pero, lejos de hacer esto, la sentencia reconoce la constitucionalidad de la ley. Pues bien, a partir de ese momento, sobraba toda ponderación con otros valores constitucionales y, en concreto, con los derechos fundamentales. La clasificación como secretos de ciertos documentos es por sí misma excepcional del Derecho ordinario y, con ello, puede dejar desamparadas ciertas situaciones que en circunstancias normales serían inadmisibles. Actúa a la manera de la legislación antiterrorista (artículo 55.2 de la Constitución) con relación a los derechos reconocidos en los artículos 17.2 y 18.2 y 3 de la carta magna.

Las materias clasificadas constituyen una parcela exorbitante, digna de ser interpretada y aplicada con circunspección máxima. Pero en la medida que resulten admisibles no hay más remedio que aceptar sus consecuencias naturales: su capacidad de enervar algunos derechos e intereses legítimos. Invocar, como hace el Tribunal Supremo, un derecho fundamental para postergar ese Derecho especial, es tanto como decretar su inutilidad. Como ha escrito SAINZ MORENO en un caso parecido, «los controles sobre fondos reservados o son falsos controles (sólo para guardar las apariencias) o anulan la naturaleza de los mismos. O se tiene confianza en la persona a cuya disposición se ponen o no se tiene. Y si no se tiene sólo cabe no crearlos»¹⁴. Por eso abogamos por introducir un giro en y, en la medida de lo posible, en la legislación, en el sentido que se recoge en el artículo 1.1 de la Ley 29/1998, esto es, que el control juris-

¹⁴ Véase «Consideraciones sobre algunos límites del derecho de información de las Cámaras» en *Instrumentos de información de las cámaras parlamentarias*, CEC, Madrid, 1994, p. 87.

dicional se refiere a «*la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo*» y no a la actuación política, a los actos políticos del Gobierno, con o sin este nombre¹⁵.

3.5. *Otros aspectos del control jurisdiccional*

Dejando al margen esa actividad de contenido político, cuyo único control es respecto a los elementos reglados, en general de signo formal, el control jurisdiccional es pleno en el resto. Tanto las resoluciones como los reglamentos administrativos son revisables por la Jurisdicción contencioso administrativa siguiendo lo que marca la Ley 29/1998, de 13 de julio. Mas aquí el control deviene irrestricto, pues alcanza, no sólo a los elementos formales sino, muy especialmente, al contenido de unas y otros, en el sentido de que se puede fiscalizar si ese contenido se adecua a las disposiciones legales.

Incluso este control corresponde a dicha Jurisdicción cuando se impugne un reglamento por vulneración de la Constitución. Pues, en definitiva, lo que se produce entonces no es más que un juicio de legalidad sobre aquél, legalidad que proviene del hecho de ser la Constitución también ley, la Ley fundamental¹⁶. No están equiparados a estos efectos el control de constitucionalidad de las leyes y el de los reglamentos, pues si para las primeras existe el cauce especial del Tribunal Constitucional no es por el parámetro aplicable (la Constitución), sino por el objeto enjuiciado: la ley, que no puede ser controlada por los tribunales (fuera de lo que supone la cuestión de inconstitucionalidad) por estar éstos subordinados a la misma. Esta distinción competencial es consecuencia de la distinta legitimidad democrática del Parlamento y del poder judicial. En cambio, la intervención jurisdiccional se comprende tanto respecto a los reglamentos como a las resoluciones administrativas, pues unos y otras proceden de un poder sometido a la ley. Y el fin de ese control es mantener ésta incólume.

Todos los tribunales pueden o, mejor, deben dejar de aplicar un reglamento¹⁷ cuando estimen que es contrario «*a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa*» (artículo 6 de la LOPJ). Pero, en este caso, y tras

¹⁵ GARRIDO FALLA critica también que se ignore que los actos políticos, como son muchos de los previstos en la Constitución, deben quedar excluidos de la jurisdicción contencioso administrativa. Véase «El gobierno y su presidente» en *La Constitución española de 1978, 20 años de democracia*, Congreso de los Diputados y CEPC, Madrid, 1998, p. 387 y ss. Por lo demás, coincidimos con este autor en que la expresión Administraciones públicas que aparece en el citado artículo de la LJCA debe entenderse como comprensiva del Gobierno, pues también es Administración.

¹⁶ Sobre este aspecto puede verse SANTAOLALLA, «Esencia y valor de la Constitución», *Revista de las Cortes Generales* n.º 16 (1989) y bibliografía allí citada.

¹⁷ Sobre el tema y para lo que sigue, puede verse GONZÁLEZ PÉREZ, «El control jurisdiccional de la ilegalidad de los reglamentos en la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* n.º 29, 1999, p. 171 y ss.

haber dictado sentencia firme, deben plantear la cuestión de ilegalidad ante el tribunal competente para conocer del recurso directo contra dicho reglamento, según disponen los artículos 27.1 y 123 a 126 de la LJCA de 1998 (véase su texto en apartado 2). Este último y, en todo caso, el Tribunal Supremo cuando conozca de algún recurso, pueden declarar directamente la nulidad de la disposición de que se trate (artículo 27, apartados 2 y 3). Cuando uno de estos tribunales dispone la nulidad del reglamento en cuestión, el mismo actúa como legislador negativo o, si se prefiere, como reglamentador negativo, pues dice, no lo que es un reglamento, sino lo que no lo es. Por eso estas sentencias se publican —con todo fundamento— en la sección de disposiciones generales del BOE¹⁸. A través de esta vía, los tribunales influyen por tanto, y con gran trascendencia, sobre el sistema de fuentes. Realizan —*servata distantia*— la misma función de legislador negativo que el Tribunal Constitucional respecto a las leyes¹⁹.

En el ámbito de la Jurisdicción contencioso administrativa encontramos una segunda excepción con la llamada discrecionalidad técnica. Se trata de los aspectos no prefijados en la ley y cuya apreciación depende de consideraciones extrañas a lo jurídico, como la calificación de exámenes y pruebas selectivas. En estos casos, no disponiendo los jueces de parámetros seguros de medición y, desde luego, de los conocimientos adecuados, se concluye con su exención del control judicial. Numerosas sentencias, tanto del Tribunal Constitucional (véase apartado 2.1) como del Supremo, reconocen esta circunstancia. Por supuesto, persiste el control de los elementos reglados, como la atribución de la potestad correspondiente, la competencia del órgano autor del acto, la concurrencia del supuesto de hecho para ejercitar la primera, etc.

Entre los actos incluidos en el control jurisdiccional ocupan un lugar preeminente los lesivos de los derechos fundamentales. La Ley 29/1998, de la JCA, ha derogado el procedimiento especial que disponía la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, sustituyéndole por un nuevo contenido en sus artículos 114 a 122. Este procedimiento se caracteriza por la reducción de plazos de tramitación, el carácter preferente de los recursos y la innecesidad de agotar la vía administrativa previa. A diferencia del procedimiento anterior, el recurso no comporta la suspensión del acto recurrido. Una vez agotada la vía contencioso administrativa, puede acudir al procedimiento extraordinario del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

¹⁸ Véase, a título de ejemplo, la Sentencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2001, por la que se corrige el exceso en la delegación legislativa del Real Decreto legislativo 1/1996 respecto a la Ley 27/1995, publicada entre las disposiciones generales del BOE de 21 de mayo de 2001. O las Sentencias de la misma sala de 10 de marzo, 16 de marzo y 2 de abril del 2001, anulando diversas disposiciones reglamentarias, publicadas en el BOE de la misma fecha.

¹⁹ Para la explicación detenida de esta materia, nos remitimos a nuestro trabajo «Naturaleza del control de constitucionalidad de las leyes», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 35 (1995).

3.6. *El control por el Tribunal Constitucional*

Como queriendo recapitular todos los controles posibles sobre la actuación del Gobierno, el apartado 4 del artículo examinado concluye diciendo que «*la actuación del Gobierno es impugnable ante el Tribunal Constitucional en los términos de la Ley Orgánica reguladora del mismo*». No se produce innovación alguna, sino un simple recordatorio de lo que ya estaba establecido en otros lugares (título IX de la Constitución y Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional). De hecho, se efectúa una remisión a esta última.

Con este mismo ánimo recapitulador, podemos decir que los controles del Tribunal Constitucional se extienden a las siguientes decisiones gubernamentales:

- a) Disposiciones con fuerza de ley, como son los decretos-leyes y los decretos legislativos. En el caso de los decretos-leyes, el control se centra básicamente en el contenido, esto es, en la congruencia de sus disposiciones con los mandatos constitucionales²⁰. También, y según varias sentencias del Tribunal Constitucional (como 29/1982, 6/1983, 29/1986 y 182/1997), este control se puede extender a la concurrencia del supuesto de hecho de tales disposiciones, la «*extraordinaria y urgente necesidad*» que menciona el artículo 86 de la Constitución. Pero, en realidad este segundo aspecto se ha admitido como algo más teórico que efectivo, restringido a los casos en que hubiese un manifiesto abuso por el Gobierno al recurrir a esta vía, pues el Tribunal ha proclamado que esta apreciación depende de un juicio en buena parte político, en el que el ejecutivo dispone de un margen apreciable de discrecionalidad seguido del correspondiente control político del Congreso de los Diputados. El control judicial se centra en el respeto de los límites materiales del artículo 86.1 de la Constitución (no «*afectar a las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general*»). Punto crucial es qué haya de entenderse por «*afectar*», cuestión en la que parece imponerse una posición prudente: lo prohibido sería, no toda intervención, siquiera secundaria, sino la regulación de los elementos configuradores de estas materias²¹.
- b) Los decretos legislativos. Los decretos legislativos, previstos en los artículos 82-85 de la Constitución para emanar textos legislativos

²⁰ En el caso de que estas disposiciones hayan sido convalidadas por el Congreso de los Diputados, en realidad la impugnación debía recaer sobre la decisión (legislativa) de este último, pues esa convalidación es la que permite que el decreto ley mantenga su fuerza de ley. Sin embargo, el artículo 27.2.b de la Ley Orgánica 2/1979 ha propiciado su consideración como objeto autónomo de impugnación.

²¹ Véase al respecto las Sentencias del Tribunal Constitucional 111/1983, 95/1988, 127/1994 y 182/1997.

articulados o refundidos, pueden impugnarse ante el Tribunal Constitucional cuando contradigan disposiciones constitucionales, según se desprende del artículo 27.2.b de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional. Caso distinto es que estos decretos legislativos resulten irrespetuosos con la ley de delegación o autorización aprobada por las Cortes Generales. En este último caso es competente la Jurisdicción contencioso-administrativa, según dispone el artículo 1.1 de la Ley 29/1998, reguladora de esta última («*Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con ...los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación*»). El citado artículo 27.2.b es conforme con esta previsión pues añade que «*la competencia de este Tribunal (Constitucional) se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número 6 del artículo 82 de la Constitución*», el cual, a su vez, alude a la competencia propia (de control) de los tribunales. La razón de este desdoblamiento es que en el segundo supuesto la norma infringida sería no la Ley suprema sino una ley ordinaria. Por eso, y porque los decretos legislativos que se excedan en el ejercicio de la delegación no adquieren rango de ley, intervienen los órganos encargados de velar por el cumplimiento del principio de legalidad²². El Tribunal Constitucional ha confirmado lo anterior, pero con la salvedad importante de que se ha reconocido simultáneamente competente para controlar que la legislación delegada no traspasa los límites de la delegación²³. Por tanto, a la vista de esta jurisprudencia, el mismo vicio de exceso del decreto legislativo podría controlarse por dos tribunales muy distintos, lo que no es, ciertamente, muy razonable.

- c) Recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicas, previsto frente a actos y omisiones del Gobierno o de sus autoridades o agentes en los artículos 53.2 y 161.1.b de la Constitución y 43 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979. Como recurso extraordinario que es, sólo puede ejercerse una vez agotada la vía judicial ordinaria.
- d) Conflictos positivos o negativos de competencia que, frente al Gobierno, insten las Comunidades Autónomas, siguiendo lo dispuesto en los artículos 161.1.c de la Constitución y 60 y siguientes de la LOTC. En este caso lo que se impugnaría sería un acto, un reglamento o una omisión supuestamente lesivos de la distribución de competencias dispuesta por el llamado bloque de la constitucionalidad.

²² Para un examen más detenido de esta cuestión nos remitimos a nuestro trabajo «Tribunal Constitucional y control de legalidad de los decretos legislativos» en *Revista de Administración Pública*, n.º 132 (septiembre-diciembre 1993).

²³ Véase Sentencias de 19 de julio de 1982 y 47/1984. Por su parte, el Tribunal Supremo ha reconocido y aplicado su competencia al efecto en las Sentencias de 2 de julio de 1980, sobre el Código penal, 19 de febrero de 1985, sobre el impuesto sobre el lujo, 3 de noviembre de 1993, sobre cinematografía, y 25 de junio de 1997, sobre la Ley del suelo.

- e) Conflictos de atribuciones que se susciten por el Congreso de los Diputados, Senado y Consejo General del Poder Judicial, al amparo de lo previsto en los artículos 73-75 de la LOTC, y
- f) Con carácter accesorio, puede citarse la verificación de los nombramientos de magistrados del propio Tribunal Constitucional, si se tiene en cuenta que este nombramiento aparece efectuado por Real Decreto, y a la vista de los artículos 2.1.g y 10.f de la LOTC.

Finalmente, debe destacarse que, a pesar del ánimo agotador de este artículo, hay controles que no son mencionados. Tal es el caso del que puede proceder del Tribunal Europeo de Derechos Humanos e, incluso, de otros de naturaleza internacional. Acaso la explicación de esta omisión resida en la voluntad de la ley de limitarse a los controles del Derecho interno.

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA

Quienes hubieran sido Presidentes del Gobierno tienen derecho a utilizar dicho título y gozarán de todos aquellos derechos, honores y precedencias que legal o reglamentariamente se determinen.

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario.

1. Concordancias

Real Decreto 405/1992, de 24 de abril, por el que se aprueba el estatuto de los ex presidentes del Gobierno.

Artículo 1. Los Presidentes del Gobierno gozarán, a partir del momento de su cese, de la consideración, atención y apoyo debidos a quienes han desempeñado este cargo.

Artículo 2. Los Ex Presidentes del Gobierno gozarán del tratamiento de «Presidente» y ocuparán el lugar protocolario que oficialmente les corresponda conforme al Ordenamiento General de Precedencias en el Estado. En sus desplazamientos fuera del territorio nacional podrán gozar del apoyo de los servicios de la representación diplomática española.

Artículo 3. Los Ex Presidentes del Gobierno podrán disponer de los medios y prerrogativas que a continuación se expresa: 1. Se adscribirán a su servicio dos puestos de trabajo, uno de nivel 30 y otro de nivel 18, que serán cubiertos, a su propuesta, mediante el sistema de libre designación. Dichos puestos de trabajo se incluirán en la relación de puestos de trabajo correspondientes a la Presidencia del Gobierno prevista en la del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno. El personal que ocupe dichos puestos tendrá la consideración de «personal eventual de gabinete» y, si fuesen funcionarios, pasarán a la situación de servicios especiales. 2. Una dotación para gastos de oficina, atenciones de carácter social y, en su caso, alquileres de inmuebles, en la cuantía que se consigne en los Presupuestos Generales del Estado. 3. Se pondrá a su disposición un automóvil de representación con conductores de la Administración del Estado. 4. Gozarán de los servicios de seguridad que las autoridades del Ministerio del Interior estimen necesarios. 5. Disfrutarán de libre pase en las Compañías de transportes terrestres, marítimos y aéreos regulares del Estado.

Artículo 4. 1. Quienes hayan desempeñado el cargo de Presidente del Gobierno, al cesar en su cargo, tendrán derecho a la pensión indemnizatoria prevista en el artículo 10, número 5, norma primera, de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981. 2. Los Ex Presidentes del Gobierno causarán en su favor y en el de sus familiares los derechos pasivos previstos en la legislación sobre clases pasivas del Estado.

Disposición transitoria. El presente Real Decreto será de aplicación a quienes a su entrada en vigor tengan la condición de Ex Presidentes del Gobierno, así como a quienes adquieran esta condición en lo sucesivo, surtiendo en todo caso efectos desde la respectiva fecha de cese del interesado como Presidente del Gobierno.

Disposición derogatoria. Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo previsto en el presente Real Decreto y, específicamente, el Real Decreto 2102/1983, de 4 de agosto), por el que se establece el Estatuto de los Ex Presidentes del Gobierno.

Disposición final. El Ministerio de Economía y Hacienda efectuará las modificaciones presupuestarias que sean necesarias para la ejecución del presente Real Decreto, que entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

2. Comentario

La presente disposición viene a consagrar el uso de dar el tratamiento de «presidente» del Gobierno a los que lo hayan sido en el pasado. A nuestro juicio, lo que como uso podía comprenderse enteramente, deja de serlo cuando se oficializa a través de la ley. Pues una cosa es ese tratamiento como cortesía y respeto voluntarios, y otra cosa su imposición obligada, como hace el precepto comentado. No sólo se priva al tratamiento del valor de su espontaneidad, sino que al oficializarlo se llega un resultado sorprendente, como es que el país puede tener simultáneamente varios presidentes del Gobierno, y varias personas pueden reclamar legítimamente ser reconocidos como tales. Aunque la confusión entre ellos es imposible, en el sentido de que siempre se sabrá cuál es el auténtico presidente y cuál o cuáles los simplemente honoríficos, la verdad es que como detalle formal deja bastante que desear. Prueba de ello es que, hasta donde sabemos, este tratamiento es desconocido en nuestra historia y en los países de nuestro entorno.

La condición oficial de presidente del Gobierno, con todas las cargas y honores inherentes, debiera reservarse para el que lo es desde el punto de vista constitucional, y no más. Afortunadamente, el Derecho conoce muchas otras vías para testimoniar la dignidad que se adquiere al desempeñar tan alta res-

ponsabilidad: desde el tratamiento vitalicio de excelencia, perfectamente compatible con el que pueda corresponder a otros sujetos, hasta los honores y condecoraciones. Lo cual además se reconoce así por la disposición analizada, en la medida que se remite a lo que legal o reglamentariamente se determine.

Precisamente, con esta remisión, la Ley del Gobierno ha venido a dar cobertura legal al Real Decreto 405/1992, de 24 de abril, que regula el estatuto de los ex presidentes del Gobierno¹. En realidad, se debía haber procedido a la inversa, esto es, primero aprobar una disposición legal como la comentada y, luego, el reglamento correspondiente.

Si pasamos ahora a comentar brevemente esta última norma, puede reconocerse que algunas de las medidas que se contemplan para los ex presidentes del Gobierno pueden ser justa compensación por los no pocos sacrificios personales que conlleva una responsabilidad como la tratada. Un tratamiento adecuado es también un medio de mantener la dignidad de este cargo, evitando que antiguos titulares puedan verse en una situación de menesterosidad o, incluso, de mero desconocimiento. Tal es, por ejemplo, la previsión de utilización de los servicios diplomáticos del Estado en sus desplazamientos o del servicio de seguridad oficial.

Otras medidas, en cambio, tienen un aire de privilegio de escasa justificación, sobre todo si se tiene en cuenta que las mismas parecen concebidas con carácter vitalicio. Así, el disponer de dos funcionarios a su servicio, de libre designación y de niveles 30 y 18, respectivamente. La existencia de funcionarios sólo se explica, a nuestro juicio, cuando se trate de ejercer funciones públicas, circunstancia que no tiene por qué darse en el caso de los ex presidentes. ¿Se mantendrá además esta concesión cuando el ex presidente se dedique a actividades privadas, legítimas por lo demás? La misma impresión produce el derecho a una dotación para gastos de oficina. Todas estas medidas pueden comprenderse en la medida que el ex presidente desarrolle alguna tarea al servicio del Estado en cuanto tal, no en caso contrario y especialmente si el interesado ejerce otra actividad pública o privada remunerada.

Nos parece que todo hubiese sido más sencillo y transparente si, en vez de tantas previsiones de signo material, se hubiese incluido una sola en forma de pensión o indemnización, cuya cuantía podría haber variado para el antes y el después de la edad de jubilación (o, en su caso, en función del ejercicio de otras actividades remuneradas). La cuantía debía ser calculada con la suficiente holgura como para ser consecuentes con su fundamento y, desde luego, publicada claramente y sin falsos rubores en los presupuestos generales del Estado.

¹ Su contenido aparece reproducido en el apartado 1.

En lo tocante al tratamiento económico de los ex presidentes, quisiéramos terminar con una cita de MONTAIGNE, el cual, tras reconocer como «costumbre buena y beneficiosa la de poder reconocer la valía de los hombres únicos y excelentes», abogaba por un reconocimiento del mismo signo, honorífico más que material, pues la virtud «aspira a una recompensa más gloriosa que útil»: «con riquezas —añadía— se paga el servicio de un criado, la diligencia del mensajero, la danza, las cabriolas, el hablar y los más viles encargos que puedan recibirse»².

² Véase *Ensayos*, II, Cátedra, Madrid, 1998, p. 66 y ss.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA

El Consejo de Estado, supremo órgano consultivo del Gobierno, se ajustará en su organización, funcionamiento y régimen interior, a lo dispuesto en su Ley Orgánica y en su Reglamento, en garantía de la autonomía que le corresponde.

SUMARIO: 1. Concordancias. 2. Comentario.

1. Concordancias

Constitución española.

Artículo 107. El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia.

Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

Reglamento orgánico del Consejo de Estado, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, reformado por los posteriores 1405/1990 y 990/1998.

2. Comentario

La presente disposición no figuraba en el proyecto de ley del Gobierno, y fue introducida durante su tramitación en el Senado.

La adición no puede resultar más superflua e, incluso, inconveniente. Para empezar, desborda con mucho el ámbito material de la ley, que, según se deduce de la Exposición de Motivos, se ciñe al supremo órgano de la dirección de política interior y exterior del Reino de España.

Por otro lado, no dispone nada que no estuviese ya establecido: la definición del Consejo de Estado como supremo órgano consultivo figura ya en el artículo 107 de la Constitución. Lo mismo puede decirse respecto a la remisión a una ley orgánica para la regulación de su organización y funcionamiento. La apelación a «*la autonomía que le corresponde*» no se corresponde con una determinación constitucional en este sentido y está sujeta, en todo caso, a lo que disponga la citada ley orgánica, la única reconocida al efecto. Por su parte, la mención del reglamento no ha hecho más que reiterar lo que ya establecía la Disposición final tercera de la mencionada Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA

1. **Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley y, en concreto:**
 - a) **Los artículos que conforme a la disposición derogatoria 2.a) de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado continuaban vigentes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, texto refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957**
 - b) **Los artículos que conforme a la disposición derogatoria 2.b) de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado continuaban vigentes de la Ley 10/1983, de 16 de agosto, de Organización de la Administración Central del Estado.**
 - c) **Los artículos 48 a 53 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, de 17 de julio de 1948.**
 - d) **Los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958.**
 - e) **Se suprimen las menciones a los Directores de los Gabinetes de los Secretarios de Estado contenidas en el artículo 1.g) de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado.**

1. Comentario

Poco puede decirse de la disposición derogatoria que se transcribe. Por su claridad, apenas merece más comentario que el reconocimiento por su utilidad: al precisar las disposiciones que quedan derogadas, se evita toda incertidumbre sobre el alcance de la ley comentada respecto al Derecho previo. Lo cual contrasta con muchas leyes que se limitan a incluir una cláusula del tipo «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a la presente ley», en sí misma superflua e inútil.

Curiosamente, la presente disposición contrasta con el silencio que el artículo 24 guarda sobre la inclusión de una tabla de vigencias y derogaciones en los nuevos reglamentos, lo cual ya ha sido comentado en el epígrafe 3.10 de dicho artículo.

Únicamente está de sobra el apartado e), pues el mismo no consiste en la derogación de una norma previa, sino una enmienda o modificación. En consecuencia, habría merecido un artículo o disposición separado, apropiado a su distinta finalidad.

ISBN 84-7088-721-1



9 788470 887215

P.V.P.
19,00 euros
(IVA incluido)



MINISTERIO
DE ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS

INAP