

Javier García Fernández

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE ALICANTE

# EL TÍTULO IV DE LA CONSTITUCIÓN: EL GOBIERNO Y LA ADMINISTRACIÓN

## SUMARIO

1. LA POSICIÓN SISTEMÁTICA DEL TÍTULO.
2. EL GOBIERNO: PREVISIONES CONSTITUCIONALES.
3. LA PRÁCTICA DE LA ACCIÓN DEL GOBIERNO.
4. CONCLUSIONES.

## 1 LA POSICIÓN SISTEMÁTICA DEL TÍTULO IV

Como se ve en el libro de Harvey C. Mansfield, Jr., sobre la formación del Poder Ejecutivo moderno<sup>1</sup>, si hay un órgano o poder del Estado que tiene continuidad histórica desde las formaciones políticas preestatales hasta nuestros días es el Gobierno si bien ha estado vinculado a la Jefatura del Estado hasta épocas muy recientes cuando el régimen parlamentario (Repúblicas o Monarquías) desplazó la dirección política del Estado hacia el Gobierno en detrimento del Poder Ejecutivo dual. Sin embargo, como es sabido, en todo el constitucionalismo moderno es difícil encontrar el debido reflejo de esta preeminencia del Gobierno en los textos constitucionales<sup>2</sup>.

La Constitución española de 1978 no es una excepción a esa regla pues el órgano constitucional llamado Gobierno está regulado en un Título, el IV, que tiene el significativo *nomen iuris* de «Del Gobierno y de la Administración», de modo que en el mismo vemos agrupados seis artículos dedicados al Gobierno y otros cinco preceptos que tratan de la Administración como aparato, de una rama específica de ésta (las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) y del supremo órgano consultivo del Gobierno que es el Consejo de Estado. Lógicamente, no toda la regulación constitucional del Gobierno está en el Capítulo IV pues en los restantes Títulos encontramos otras muchas referencias: relaciones con el Rey (Título II), alcance de su potestad legislativa (Título

<sup>1</sup> Harvey C. MANSFIELD, Jr.: *Taming the Prince. The Ambivalence of Modern Executive Power*, The Free Press, Nueva York, 1989.

<sup>2</sup> Javier GARCÍA FERNÁNDEZ: *El Gobierno en acción. Elementos para una configuración jurídica de la acción gubernamental*, Boletín Oficial del Estado - Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 15-120.

III), relaciones con las Cortes (Título V), potestades económicas y hacendísticas (Título VII), relaciones con las Comunidades Autónomas (Título VIII), relaciones con el Tribunal Constitucional (Título IX), e intervención en la reforma constitucional (Título X). En definitiva, el estatuto constitucional del Gobierno no sólo no se agota en el Título IV sino que, además, éste sólo recoge los elementos estáticos del órgano y en modo alguno su marco relacional. En este artículo nos limitaremos a describir los rasgos jurídicos y políticos que emanan del Título IV dejando para otros trabajos todo lo referente a su relación con las Cortes Generales y demás órganos constitucionales.

Antes de entrar en el contenido de este Título IV conviene recordar que el mismo está situado sistemáticamente entre el Título dedicado a las Cortes Generales y el que regula las relaciones Gobierno/Cortes. Quiere ello decir que la posición ulterior del Gobierno respecto a las Cortes Generales ya está indicando algo obvio pero que la Constitución expresa a través de su ordenación sistemática: que en orden a la legitimidad democrática el Gobierno está subordinado al Parlamento. Es una obviedad pues en el sistema parlamentario el Gobierno existe porque disfruta de la confianza parlamentaria pero en el caso español la Constitución se ha encargado de destacarlo sistemáticamente.

Antes de avanzar conviene recordar también otra cuestión. Como en toda dictadura, el Gobierno del régimen de Franco (organizado jurídicamente a través de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Texto refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957), era el órgano de imputación de toda la acción política del Estado lo que se acrecentaba, además, a causa de la identificación orgánica Gobierno/Administración pues ambos formaban un ente único a cuya cabeza estaba el Gobierno. Los supuestos doctrinales de la democracia han cambiado radicalmente pero esa preeminencia del Gobierno no ha variado ya que las exigencias del Estado social, como ha visto López Guerra, determinan que el Gobierno sea un órgano de acción y de dirección de la política<sup>3</sup> si bien, precisamente porque el Gobierno posee legitimación democrática, han de separarse Gobierno y Administración pues en el Estado democrático y social la Administración no puede responder a los criterios de actuación político-partidistas a los que está obligado a acomodarse el Gobierno.

<sup>3</sup> Luis LÓPEZ GUERRA: «La posición del Gobierno en la Constitución española», en Enrique ÁLVAREZ CONDE (coord.): *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, págs. 354-356.

## 2 PREVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL GOBIERNO

Dejando de lado las previsiones constitucionales sobre la Administración, sobre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y sobre el Consejo de Estado, el Título IV de la Constitución ha regulado el Gobierno conforme a los siguientes criterios:

- las funciones (artículo 97);
- la composición del órgano, las funciones de su Presidente y el estatuto político y personal de sus miembros (artículo 98);
- el procedimiento de formación (artículos 99 y 100);
- el procedimiento de cese (artículo 101);
- el procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad penal de sus miembros (artículo 102).

Llama la atención, como veíamos más arriba, que el estatuto interno básico del Gobierno se sustancie en seis artículos pues la Constitución de 1931, que expresaba un modelo organizativo del Gobierno algo más atrasado que el vigente, dedicaba a este órgano ocho artículos. Aun así lo importante es el contenido y, desde este punto de vista, es cierto que la Constitución ha sabido concentrar en unos pocos preceptos un modelo de Gobierno bien trabado y bien definido como órgano de dirección de la política nacional. En efecto, llevar a la Constitución con cierto pormenor las funciones del órgano es un avance, una garantía de su posición como ente directivo de la política y como órgano constitucional con un radio de acción predeterminado y una guía sobre la que estructurar el contenido del programa de gobierno y, por ende, la relación fiduciaria con el Congreso. Y es que la relevancia de este Título IV radica, por ello, en varios contenidos que contribuyen a configurar un modelo de Gobierno plenamente adaptado al sistema parlamentario asegurando al tiempo la plena vigencia del principio democrático<sup>4</sup> y la no menos plena eficacia del órgano encargado de la

<sup>4</sup> Ya en los años treinta del siglo pasado Boris MIRKINE-GUETZEVITCH [*Modernas tendencias del Derecho constitucional* (trad. S. Álvarez-Gendín), Ed. Reus, Madrid, 1934, pág. 212] señaló que es la supremacía política del Ejecutivo lo que da verdadero sentido al parlamentarismo.

gobernación del país, país (no debe olvidarse) integrado en la Unión Europea y dotado de una amplísima descentralización.

Los contenidos constitucionales que contribuyen a configurar ese modelo de Gobierno<sup>5</sup> son los siguientes:

- a) *la regulación de un órgano plenamente autónomo de las Cortes Generales.* Este punto puede parecer excesivamente sutil o abstracto pero es importante para entender la posición jurídica del Gobierno en el conjunto de los órganos constitucionales del Estado. El primer modelo de sistema parlamentario, que trataba de romper radicalmente el dualismo de legitimidades (Corona, Parlamento) de las Monarquías constitucionales, desplazó al Parlamento no sólo la legitimidad que emanaba del principio democrático sino también la potestad de decidir sobre el alcance y la estructura de los restantes órganos constitucionales aun cuando ya estuvieran descritos en la Constitución. Ejemplos de esta tendencia eran, por ejemplo, la atribución al Parlamento de la determinación por Ley de la estructura ministerial<sup>6</sup>, la nula capacidad de reacción del Gobierno frente a la Ley inconstitucional, la escasa regulación constitucional del Gobierno que ponía al órgano a merced de cualquier normación legislativa o, en fin, el bajísimo nivel normativo de las normas que disciplinaban la organización gubernamental. En el constitucionalismo posterior a 1945 y, sobre todo, posterior a la década de los setenta del siglo pasado, el órgano Gobierno se fortaleció en las Constituciones de modo que su estatuto quedó mucho más ahormado aun cuando siguiera siendo necesario el complemento legislativo para su ordenación plena.

Y para alcanzar esa cierta autonomía de órgano constitucional sin excesiva sumisión a la Ley era necesario que la Constitución regulara, con cierta suficiencia, las funciones o, al menos, las potestades del Gobierno. Eso es lo que ha hecho el artículo 97 de la Constitución con una descripción rigurosa y conceptualmente rica de tales potestades que permite conocer el «radio de acción exterior» del órgano, como decía Nawiasky<sup>7</sup>, es decir, el campo concreto de la acción del Gobierno y el límite que no pueden fran-

<sup>5</sup> Sobre ese modelo de Gobierno sigue siendo muy interesante, a pesar de ser anterior a la Ley del Gobierno, la tesis doctoral de José LÓPEZ CALVO: *Organización y funcionamiento del Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1996. Igualmente válido, Juan Luis PÉREZ FRANCESCH: *El Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1993.

<sup>6</sup> En Francia, por ejemplo, a partir de la Ley de 20 de junio de 1920 (véanse Joseph-BARTHÉLEMY y Paul DUEZ: *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, París, 1933, nueva ed., págs. 672-675).

<sup>7</sup> Hans NAWIASKY: *Teoría general del Derecho* (trad. J. Zafra Valverde), Ed. Nacional, Méjico, D. F., 1980, 2ª ed., págs. 257-258.

quear los restantes órganos constitucionales. Ahí radica la importancia de este precepto que perfecciona la regulación que contenía la Constitución de 1931 sobre el campo competencial del Gobierno estableciendo así, con precisión, el ámbito de actuación del Gobierno<sup>8</sup>. Pocas Constituciones extranjeras lo han hecho y quizá la más completa, aunque con una técnica algo diferente, sea la de Portugal que en sus artículos 200 a 203 regula con detalle las funciones del Gobierno y de su órgano colegiado, el Consejo de Ministros.

A diferencia de la Constitución portuguesa, que ha elegido la técnica enunciativa y casuística de funciones concretas, la española ha optado por señalar el contenido general de la acción del Gobierno a través de un conjunto de funciones<sup>9</sup> o líneas de acción de las que emanan funciones concretas con diverso alcance jurídico<sup>10</sup>. El resultado es que el Gobierno queda configurado como un órgano legitimado para actuar hacia la sociedad nacional e internacional y que esa actuación está legitimada constitucionalmente más allá de las determinaciones que fije la Ley contra la cual, si resultara limitativa, podría reaccionar el propio Gobierno a través del recurso de inconstitucionalidad.

La fijación constitucional de este radio de acción es tanto más necesaria cuanto que el Estado que la Constitución de 1978 ha venido a ordenar es un Estado descentralizado que tenía además vocación de integrarse en lo que entonces se denominaba Comunidad Económica Europea. Al prever la Constitución la existencia de Comunidades Autónomas dotadas de poder político (artículos 148 y 152), el margen de acción del Gobierno había de resultar más limitado y otro tanto se podía decir en el momento en que España se integrara en la Comunidad Económica Europea. Todo ello abona la necesidad y el acierto de que *ex Constitutione* se definieran las potestades del Gobierno no sólo *versus* los restantes órganos constitucionales sino también *versus* las instituciones autonómicas y (en el futuro) comunitarias.

A su vez, esta superposición de instituciones autonómicas y comunitarias que inciden,

<sup>8</sup> Para ser rigurosos con los antecedentes, habríamos de decir que el Proyecto de Constitución de 1873 contenía una detallada regulación de las competencias del Poder Ejecutivo.

<sup>9</sup> Javier PÉREZ ROYO: *Curso de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1997, 4ª ed. (hay eds. posteriores), págs. 589-599. También Luis LÓPEZ GUERRA: «Regulación constitucional del Gobierno y las funciones gubernamentales», en la obra col. *La división de poderes: el Gobierno*, Institut de Ciències Polítiques i Socials – Universitat de Lleida, Barcelona, 2000, págs. 9-29.

<sup>10</sup> Javier GARCÍA FERNÁNDEZ: *El Gobierno en acción...* cit., págs. 189-193.

limitan y delimitan la posición del Gobierno del Estado suscita un problema adicional que aquí sólo podemos citar de pasada que no es otro que el replanteamiento de la posición política del Gobierno que ha de concentrarse en los campos de acción del artículo 97 renunciando a multitud de actuaciones políticas y administrativas sobre las que sólo puede ejercitar, a lo sumo, una función coordinadora o inspectora<sup>11</sup>.

El resultado, para no extendernos más en este primer punto, es que la Constitución, separándose del constitucionalismo histórico y de los ejemplos que encontramos en Derecho comparado, ha configurado con rigor y con precisión conceptual un radio de acción del Gobierno, radio que está constitucionalmente protegido frente a la Ley aun cuando la Ley está habilitada para desarrollar y concretar las competencias que derivan de esa conjunto de potestades. Más abajo veremos qué respuesta ha dado la Ley a estas determinaciones constitucionales.

- b) *la composición del órgano*. En el constitucionalismo histórico y comparado encontramos diversos enfoques acerca de la regulación constitucional de la composición del Gobierno. En las Constituciones españolas vemos dos modelos que son el de la fijación *ex Constitutione* de los Departamentos ministeriales sin otras alusiones a la estructura en la que estos se insertan (artículo 222 de la Constitución de 1812) y el más generalizado que guarda silencio sobre esta materia (Constituciones de 1837, de 1845, de 1869, de 1876 y de 1931). En cambio, en Derecho comparado encontramos muchos ejemplos de una regulación relativamente minuciosa de la composición pues es frecuente prever la existencia de Vicepresidentes, del Consejo de Ministros como órgano colegiado y hasta de Ministros sin cartera y de Secretarios de Estado. Más raro, pero con ejemplos significativos y en cierto modo anacrónicos, es limitar constitucionalmente el número de Departamentos ministeriales como ocurre en Bélgica o remitirse a la Ley como vemos en la Constitución finlandesa.

Con estos ejemplos, la Constitución estaba en condiciones de formular un modelo organizativo moderno. No ha realizado un esfuerzo de innovación pero lo cierto es que el resultado ha sido relativamente claro y nada anacrónico aunque podría haber sido más osado. El artículo 98.1, en efecto, ha resuelto correctamente el tema señalando

<sup>11</sup> Sobre el alcance material de las funciones del Gobierno en el modelo constitucional español, véase el brillante trabajo de Luciano PAREJO: «¿Existe una reserva constitucional de "ejecución"? Apuntes para la individualización de la función ejecutiva en el orden de las funciones estatales», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 1, mayo-agosto 1997, págs. 13-42.

que el Gobierno se compone de miembros de varias categorías, los de Derecho necesario (el Presidente y los Ministros), otra categoría potestativa (los Vicepresidentes) y otras categorías posibles si así lo establece la Ley. Es una fórmula correcta en cuanto que no limita el número de miembros ni contempla una obligada regulación legislativa pero también ha sido poco osada porque en consonancia con el modelo organizativo de canciller que asume la Constitución hubiera resultado más correcto y más operativo atribuir al Presidente la facultad de organizar el Gobierno, como finalmente ha resultado en la legislación ordinaria. Al no contemplarlo en la Constitución, esta decisión ha quedado remitida a la Ley lo que resulta discutible pues ha dado lugar en el pasado a alguna solución desafortunada. En todo caso, la fórmula del artículo 98.1 deja cierta libertad de organización al Gobierno o a su Presidente. En cuanto al contenido material del precepto, responde a la estructura tradicional del Gobierno en España (Presidente, Vicepresidente<sup>12</sup> y Ministros) y deja abierta la posibilidad de crear mediante Ley otras figuras organizativas.

Ha quedado peor recogida, en cambio, la regulación del Consejo de Ministros. De entrada llama la atención que, en el Título correspondiente al Gobierno, no se haga ninguna referencia al Consejo de Ministros. Este órgano colegiado se cita varias veces en la Constitución [artículos 62.f) y g), 88, 112, 115.1, y 116.2 y 3] pero nunca en el Título dedicado al Gobierno lo cual no tiene importancia práctica pues las decisiones que la Constitución atribuye al Gobierno sólo podrían ser adoptadas por los miembros de éste que están citados en el artículo 98.1 que comentamos y en una reunión colegiada aunque sería posible atribuir otro tipo de decisiones no previstas en la Constitución a otra forma organizativa del Gobierno. Todo ello no quiere decir que, por razones pedagógicas y hasta estéticas, no debería haber una alusión al Consejo de Ministro como órgano colegiado superior del Gobierno tal como vemos en el artículo 17 de la Constitución danesa o en el artículo 45 de la Constitución holandesa que en este punto son muy acertadas<sup>13</sup>.

12 En la Monarquía constitucional la Vicepresidencia del Consejo de Ministros aparece el 3 de octubre de 1840 y corresponde a Joaquín María Ferrer quien cesa el 10 de mayo de 1841. Durante la Dictadura de Primo de Rivera reaparece la figura hasta 1930. En la Segunda República sólo ocupó este cargo Diego Martínez Barrio entre el 22 de diciembre de 1933 y el 3 de marzo de 1934. En la zona rebelde se nombra Vicepresidente en 1938 hasta 1939. Ya en la dictadura de Franco el primer Vicepresidente fue Agustín Muñoz Grandes, nombrado el 10 de julio de 1961 y desde entonces ha existido este cargo (datos tomados de la excelente obra de José Ramón URQUIJO GOITIA *Gobiernos y Ministros españoles (1808-2000)*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2001, págs. 346-347.

13 Sobre el artículo 98, véase Manuel ALBA NAVARRO: «Artículo 98. Composición y estatuto del Gobierno», en Oscar ALZAGA (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales – Eds. de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, t. VIII, págs. 209-244.

- c) *las funciones y la posición política del Presidente del Gobierno*. Por una parte, el artículo 98.2 de la Constitución recoge con precisión las funciones del Presidente del Gobierno (dirigir la acción del Gobierno y coordinar las funciones de los demás miembros del Gobierno) pero, por otro lado, cuando los artículos 99 y 100 señalan el procedimiento para su elección y la forma de nombrar y cesar a los restantes miembros del Gobierno están configurando (con el complemento de otros preceptos constitucionales que veremos a continuación) un modelo determinado de Presidencia<sup>14</sup>. Veamos cada uno de estos puntos.

En el constitucionalismo histórico español no es frecuente encontrar la descripción funcional del Presidente del Gobierno por la sencilla razón de que la figura del Presidente del Consejo, en concordancia con el modelo de la Monarquía constitucional, no aparece, al menos con precisión, hasta la Constitución de 1931<sup>15</sup> que estableció que «El Presidente del Consejo de Ministros dirige y representa la política general del Gobierno» (artículo 87)<sup>16</sup>. Aunque en el nivel de la legislación ordinaria la figura estaba definida<sup>17</sup>, fue necesario que se implantara el constitucionalismo democrático de los años veinte del siglo pasado para que la figura del Presidente del Gobierno adquiriera autonomía constitucional y funcional. Después de la Constitución republicana la de 1978 ha venido a reafirmar el carácter directivo y coordinador de esta figura en términos similares a la Ley Fundamental de Bonn y las Constituciones francesa e italiana.

Lo cierto es que hemos recuperado un precepto que define correctamente el perfil funcional del Presidente definiéndole como «director del órgano director» de la política nacional. Pero para que esta noción resultara operativa, la Constitución tenía que asegurar la posición preeminente del Presidente *versus* el resto del Gobierno, esto es, la Constitución tenía que insertar en su articulado el denominado «principio de canci-

14 Véase Joan Lluís PÉREZ FRANCESCH: «El liderazgo político y la preeminencia institucional del Presidente del Gobierno en el marco de la competencia gubernamental de dirección de la política», en la obra col. *La división de poderes: el Gobierno*, págs. 61-78.

15 El Estatuto Real se refirió muy tempranamente al Presidente del Consejo de Ministros en sus artículos 37 y 40 pero estos preceptos no definían esta figura ni podían hacerlo dada la finalidad del mismo y el Proyecto de Constitución federal de 1873 también se refirió al Presidente del Consejo en su artículo 71 pero ninguno de los dos textos aportaban elementos suficientes para entender la naturaleza jurídica de esta figura y de sus atribuciones.

16 Véase Eduardo ESPÍN TEMPLADO: «La Presidencia del Consejo y el Consejo de Ministros en la II República», en Javier GARCÍA FERNÁNDEZ (ed.): *1812-1992. El arte de gobernar. Historia del Consejo de Ministros y de la Presidencia del Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 135-152.

17 Véase Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: «La Presidencia del Consejo de Ministros en la Restauración» en Javier GARCÍA FERNÁNDEZ (ed.): *1812-1992. El arte de gobernar. Historia del Consejo de Ministros y de la Presidencia del Gobierno* cit., págs. 101-133.

ller»<sup>18</sup>. Y la inserción de tal principio se ha realizado en parte en el mismo Título IV y en parte en el Título V: en el Título IV encontramos un precepto, el artículo 99, que regula la investidura del Presidente con una dimensión personal, no colegiada, pues el Congreso de los Diputados otorga su confianza al Presidente y no al Gobierno cuya composición no tiene que conocer al votar la investidura, lo que acentúa notablemente el nivel de presidencialismo. Y en coherencia con ese presidencialismo, el siguiente artículo, el 100 prevé que los restantes miembros del Gobierno serán nombrados y separados por el Rey a propuesta del Presidente. Además, como complemento de estos dos preceptos capitales, el artículo 112 atribuye al Presidente la decisión de plantear al Congreso la cuestión de confianza, el artículo 113 regula la moción de censura al Presidente y no al Gobierno, el artículo 115 otorga al Presidente la facultad de disolver las Cámaras<sup>19</sup> y, por último, el artículo 162.1.a) atribuye al Presidente (y no al Gobierno) la legitimación activa para interponer el recurso de inconstitucionalidad. El hecho de que el Presidente esté obligado a llevar a deliberación del Consejo de Ministros tanto la decisión de plantear la cuestión de confianza como la disolución de las Cortes no aminora el principio de canciller pues el resultado de esa deliberación no vincula al Presidente.

- d) *el estatuto político y personal de los miembros del Gobierno*. El artículo 98 de la Constitución no regula sólo el estatuto político del Presidente sino que también trata del estatuto político y personal de los restantes miembros del Gobierno. El estatuto personal de todos los miembros del Gobierno (incluido el Presidente) se descompone en dos elementos, uno de carácter privado y profesional y otro de naturaleza pública y política. El estatuto personal de carácter privado y profesional es el usual en toda Administración moderna, es decir, incompatibilidad absoluta para actividades privadas de carácter profesional y mercantil y no merece más comentarios. Mayor interés posee el estatuto personal de naturaleza pública y política pues acota el ejercicio de otras funciones políticas del Presidente y de los Ministros y que si bien se aproxima a los criterios de cualquier sistema parlamentario también posee peculiaridades pues las democracias europeas occidentales ofrecen soluciones muy heterogéneas en cuanto a las compatibilidades con otros cargos públicos representativos. La Constitución española

<sup>18</sup> Sobre el principio de canciller, véase Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de Derecho administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, págs. 1016-1017.

<sup>19</sup> Además, el artículo 114 señala los efectos de la denegación de la confianza y adopción de la moción de censura que no pueden ser otros que la dimisión del Presidente.

ha optado por un modelo coherente con el modelo parlamentario y permite el ejercicio simultáneo del mandato parlamentario de una de ambas Cámaras pero en cambio prohíbe no sólo el ejercicio del mandato representativo en las Asambleas Legislativas autonómicas sino también el mandato representativo local, de tanta tradición en otros países como Francia. La solución es, a mi entender, acertada tanto por fidelidad al régimen parlamentario como por asegurar la eficiencia de la gestión ministerial que se vería distorsionada por causa de una duplicación de funciones representativas. Hay que señalar, en fin, que este doble estatuto personal (público y privado) sólo es regulado por la Constitución en sus elementos básicos y que para su desarrollo se establece una remisión a la Ley.

En cuanto al estatuto político de los miembros del Gobierno, el elemento más relevante es el principio departamental que se expresa en el artículo 98.2 *in fine* que señala la competencia y la responsabilidad directa de cada miembro del Gobierno y que es compatible con el principio colegial que vemos, ya en el Título siguiente, en el artículo 108 y que contempla la gestión política solidaria de todo el Gobierno. En ambos casos, esta formulación está subordinada al principio de canciller.

- e) *el procedimiento de formación y cese del Gobierno*. Los artículos 99 a 101 que regulan el procedimiento de formación y cese del Gobierno están probablemente entre los preceptos mejor elaborados de la Constitución tanto en sentido técnico-jurídico como en sentido político<sup>20</sup>. En sentido político, como veíamos en la anterior letra c), toda la arquitectura institucional del Gobierno gira en torno al principio de canciller pero, una vez organizado este principio, la técnica jurídica empleada para hacer efectivo el establecimiento de la relación fiduciaria se funda en el otorgamiento previo de ésta por medio de la votación de investidura en tanto que el procedimiento paralelo de retirada de la misma se basa en la moción de censura constructiva. Ambas técnicas de investidura y de censura constructiva están dirigidas a garantizar la estabilidad del Gobierno y no son usuales en el Derecho constitucional europeo occidental ni menos aún en el constitucionalismo histórico español que, por lo general, se han quedado en una fase histórica más primitiva de otorgamiento posterior de la confianza cuando

<sup>20</sup> Para el nombramiento del Presidente, véase Miguel REVENGA: *La formación del Gobierno en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988 y también el comentario de Antonio BAR CENDÓN: «Artículo 99. Nombramiento del Presidente del Gobierno», ambos en Oscar ALZAGA (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978* cit., t. VIII, págs. 245-306. Para el cese del Presidente, Miguel SATRÚSTEGUI: «El cese del Gobierno y el Gobierno cesante», en Oscar ALZAGA (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978* cit., t. VIII, págs. 345-367.

no de formación del Gobierno sin formalizar el establecimiento de la relación fiduciaria.

Ha de tenerse en cuenta que de todos los países europeos occidentales, sólo Alemania y Suecia regulan el otorgamiento previo de la confianza parlamentaria y que sólo en otros tres (Grecia, Italia y Portugal) el Gobierno recién formado acude al Parlamento a solicitarla. El actual es un procedimiento mucho más transparente que contrasta con el que se practicaba en la Segunda República<sup>21</sup> y que para los supuestos de ausencia de mayoría absoluta trasfiere la responsabilidad de formar Gobierno al Rey. Vista la experiencia de otros regímenes (Tercera y Cuarta República francesas, Segunda República española), es una fórmula institucionalmente segura porque delimita bien la posición política de cada órgano constitucional y evita crisis innecesarias motivadas por el otorgamiento de apoyos políticos brumosos. Y en consonancia con ese modelo racionalizado, la capacidad del Congreso para retirar su confianza al Presidente está igualmente racionalizada pues la moción de censura constructiva impide crisis fáciles al obligar a crear mayorías estables y, *a fortiori*, evita que una crisis de Gobierno desemboque necesariamente en una disolución anticipada del Parlamento como predicaba, por ejemplo, Redslob a principios de los años veinte<sup>22</sup>. Además, en fin, como ha señalado López Guerra, el apoyo parlamentario expreso en la investidura refuerza la legitimidad democrática del Gobierno que no sólo nace del Parlamento sino que accede al poder a través de un procedimiento electoral transparente que permite al ciudadano saber a qué partido vota para formar Gobierno<sup>23</sup>.

Es, además, una buena fórmula jurídica porque «libera» el procedimiento de elección del Presidente del Gobierno de la decisión únicamente parlamentaria ya sea mediante alguna Ley reguladora del Gobierno ya sea (lo que sería más preocupante) mediante los Reglamentos parlamentarios. El procedimiento básico de formación y cese de un órgano constitucional ha de estar recogido en la propia Constitución sin remisiones sustanciales a la Ley o al Reglamento parlamentario que desequilibrarían el dominio de ese procedimiento a favor del Parlamento. Y la intervención formalizada del Jefe del Estado contribuye también a «liberar» al Gobierno de la regulación únicamente

21 Joaquín TOMÁS VILLARROYA: «La formación de Gobierno durante la Segunda República», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 204, noviembre-diciembre 1975, págs. 49-94.

22 Robert REDSLOB: *Le régime parlementaire*, Marcel Girard, París, 1924, págs. 200-201.

23 Luis LÓPEZ GUERRA: «La posición del Gobierno en la Constitución española» cit., págs. 354-356.

parlamentaria pues, más allá del margen de propuesta del Rey que varía conforme a los resultados electorales, la participación del titular de otro órgano constitucional extrae el procedimiento de formación del Gobierno del ámbito doméstico parlamentario para configurarlo como una cuestión que implica a varios órganos constitucionales lo que, a su vez, visualiza con más intensidad el protagonismo del cuerpo electoral.

Por último, es un acierto que la Constitución haya contemplado el funcionamiento del Gobierno cesante aunque, como veremos más abajo, la fortuna o el fracaso de esta figura está muy vinculado a su desarrollo legislativo posterior.

- f) *el procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad penal de sus miembros*<sup>24</sup>. Si en el punto anterior veíamos el procedimiento de formación y cese del Gobierno como una cierta desparlamentarización del proceso político más importante del sistema político (después del proceso electoral) en beneficio de una regulación fijada *ex Constitutione*, en esta materia recogida en el artículo 102 encontramos una auténtica garantía constitucional pues no otra cosa es una previsión procesal destinada a aforar a los miembros del Gobierno y a fijar un procedimiento especial de acusación para delitos de relevancia política como son los de traición y los delitos contra la seguridad del Estado. En el caso del aforamiento, siguiendo la tradición procesal española, corresponde el enjuiciamiento a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, lo que está en concordancia con similar aforamiento para los Diputados y Senados (artículo 71.3), lo cual, si bien denota una valoración y una consideración de la especificidad de la función que ejercen<sup>25</sup>, no deja de constituir una pérdida de garantías al menos mientras no se cree una doble instancia en el seno del propio Tribunal Supremo. Mayor garantía constituye el monopolio de la acusación y la autorización para proseguir ésta que se atribuye a los Diputados pues hay suficientes ejemplos en la política comparada (el más reciente, el intento de *impeachment* contra el Presidente Clinton) de proseguir la lucha partidista por vías judiciales. Quizá la Constitución ha sido incluso restrictiva ya que, como se ha visto en el caso de Estados Unidos, la limitación de dicho procedimiento a los solos delitos contra la seguridad del Estado y de traición reduce cualquier otra acusación a un mero problema de aforamiento.

24 Sobre este procedimiento, véase Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO: «Artículo 102. Criterios para la exigencia de responsabilidad criminal al Presidente y demás miembros del Gobierno», en Oscar ALZAGA (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978* cit., t. VIII, págs. 369-379. También, por todos, Rosario GARCÍA MAHAMUT: *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2000.

25 Auto del Tribunal Constitucional 353/1988, de 16 de marzo (Sala 2ª, Sección 4ª, J. C., t. 20, págs. 1639-1643).

### 3 LA PRÁCTICA DE LA ACCIÓN DEL GOBIERNO <sup>26</sup>

Vistas las previsiones constitucionales, conviene a continuación examinar como ha sido la práctica de la acción del Gobierno en los veinticinco años de vigencia de la Constitución, práctica que es inescindible de la normativa dictada en desarrollo de las previsiones constitucionales. En este apartado seguiremos la misma sistemática del apartado anterior que compendia en pocos puntos todos los contenidos del Título IV.

- a) *la regulación del órgano constitucional Gobierno (las fuentes no constitucionales del Gobierno)*<sup>27</sup>. Cuando entró en vigor la Constitución, el Gobierno estaba regulado fundamentalmente por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. Ésta era la principal fuente reguladora del Gobierno y en sentido formal cumplía, por ende, el implícito mandato de reserva de ley que emanaba de la Constitución y que se complementaba con el Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio, por el que se reestructuran determinados órganos de la Administración Central del Estado, que era una norma de más importancia de lo que aparentaba pues vino a crear, nada menos, las Secretarías de Estado. Además, el funcionamiento del Gobierno siguió regulado en parte por la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

Más allá de los contenidos preconstitucionales de la Ley de 1957, la importancia de su vigencia constitucional consistió en servir de Ley matriz para una multitud de Decretos sobre organización, Presidencia, órganos de apoyo y aspectos secundarios del estatuto de los miembros del Gobierno, Decretos que, por lo general, traían causa de las autorizaciones que la misma otorgaba al Gobierno. Cuando la Constitución llevaba varios años de vigencia, la regulación prevista en la Ley de 1957 se complementó con la Ley 10/1983, de 16 de agosto, de Organización de la Administración Central del Estado, que tocaba exclusivamente aspectos organizativos y que respondía a la misma

<sup>26</sup> No nos detenemos en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Gobierno porque, salvo excepciones, suele ser pobre y anticuada. Se pueden destacar las siguientes: STC 26/1981, de 17 de julio (Sala 2ª, Ponente: L. Díez-Picazo, J.C., t. 2, págs. 141-165) sobre el alcance de las potestades del Gobierno; STC 99/1987, de 11 de junio (Pleno, Ponente: C. de la Vega Benayas, J.C., t. 18, págs. 390-430) sobre los contenidos materiales de la acción del Gobierno; STC 45/1990, de 15 de marzo (Sala 1ª, Ponente: J. Leguina, J.C., t. 26, págs. 496-509) sobre la función de dirección; y STC 133/1990, de 19 de julio (Pleno, Ponente: L. López Guerra, J.C., t. 27, págs. 558-588) sobre los contenidos materiales de la acción del Gobierno.

<sup>27</sup> Hay una buena introducción a esta regulación en Luis LÓPEZ GUERRA: «El Gobierno y su regulación: enfoques positivos y negativos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, enero - abril 2004, págs. 43-71.

filosofía de la Ley de 1957. Toda esta normativa se inspiraba, empero, en principios un tanto anacrónicos por lo que a principios de la década de los noventa el Gobierno del Presidente González se planteó preparar una Ley del Gobierno que respondiera a criterios más modernos e innovadores: entre 1992 y 1995 se prepararon varios borradores, el último de los cuales se publicó se remitió a las Cortes Generales<sup>28</sup> y aunque no pudo tramitarse por la disolución del Parlamento, de ahí nació la Ley 50/1997, de 25 de noviembre, del Gobierno<sup>29</sup>.

La Ley 50/1997, de 25 de noviembre, del Gobierno, se convirtió así en la norma reguladora de todo este órgano constitucional no sólo porque ofrece el grueso del régimen jurídico de aquél sino porque vuelve a ser, como en su momento lo fue Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, la norma matriz de donde emanan otras normas reglamentarias complementarias. Ciertamente que la función de norma matriz de un órgano constitucional no es desempeñada exclusivamente por la Ley 50/1997, de 25 de noviembre, del Gobierno, ya que con ésta concurren, con alcance más limitado, la Ley 6/1997, de 19 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado<sup>30</sup>, así como la legislación sobre incompatibilidades de los miembros del Gobierno, pero es indudable que el modelo orgánico y funcional del Gobierno, producto de los principios constitucionales, ha sido desarrollado por esta Ley.

En consecuencia, se puede decir que las fuentes del Gobierno en el ordenamiento español han sido, desde 1978, fundamentalmente legislativas. Durante casi veinte años esas fuentes se ordenaban a partir de una Ley preconstitucional con el complemento de una Ley posterior y a partir de 1997 por medio de una Ley plenamente acorde con la Constitución. Es cierto que no han faltado voces que han reivindicado el principio tradicional de libertad gubernamental (por emplear una expresión de Barthélemy y Duez<sup>31</sup>) pero este principio (que conduciría a una normación exclusivamente regla-

28 Véase el texto y comentarios en Luciano PAREJO: *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el proyecto de Ley reguladora del Gobierno*, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.

29 La obra más completa sobre esta Ley es la de Claro J. FERNÁNDEZ CARNICERO (coord.): *Comentarios a la Ley del Gobierno*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002. También el núm. 246-247, septiembre 1996 – abril 1997, de *Documentación Administrativa*, dedicado a «El Gobierno y la Administración».

30 Para esta Ley véase el vol. 2 del núm. especial monográfico de *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, junio de 2004 así como el citado núm. 246-247, septiembre 1996 – abril 1997, de *Documentación Administrativa*, dedicado a «El Gobierno y la Administración». También la obra col. *Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Unidades didácticas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997, 2 vols.

31 Joseph-BARTHÉLEMY y Paul DUEZ: *Op. cit.*, pág. 671.

mentaria y aun para-reglamentaria), aun cuando sería dogmáticamente correcto para asegurar la plena autonomía del órgano constitucional, plantea dos problemas: i) el Gobierno tiene una relevantísima dimensión externa, hacia otros órganos constitucionales, y es muy difícil que su acción sólo pueda fundarse en normas reglamentarias y para-reglamentarias pues la necesidad de la Ley surge casi de inmediato para ciertas materias (romper la reserva de ley que regía para la organización ministerial, regular la dirección de la Administración, fijar el alcance del Gobierno cesante, etc.); ii) en términos políticos, la formación exclusivamente infralegal sometería al Gobierno a una presión muy fuerte y le lanzaría a una dinámica de constante reorganización que le restaría capacidad de dirección política<sup>32</sup>.

- b) *la composición del Gobierno*. A mediados de los años ochenta del siglo pasado se comprobó que la estructura del Gobierno es una materia suficientemente flexible y sometida a necesidades políticas y funcionales tan perentorios que no podía mantenerse bajo una inamovible reserva de ley. Tampoco eran totalmente satisfactorias las fórmulas anteriores de la legislación de urgencia (como ocurrió con el Real Decreto-Ley 22/1982, de 7 de diciembre<sup>33</sup>, que modificó la estructura ministerial) o de la autorización a favor del Consejo de Ministros regulada por el Real Decreto-Ley 18/1976, de 8 de octubre que dio lugar a reestructuraciones ministeriales en 1979, 1980 y 1981. Como ninguna de las tres fórmulas (Ley, Decreto-Ley y Decreto del Consejo de Ministros por autorización de norma con rango legal) resultaba satisfactoria, se optó por una deslegalización a favor del Presidente del Gobierno que se aprobó por una vía atípica pero no inconstitucional (Leyes de Presupuestos Generales del Estado desde 1986 hasta 1993, siempre con vigencia anual) para pasar a una Ley de vigencia indeterminada (Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social) y acabar en la Ley 50/1997, de 25 de noviembre, del Gobierno, que ha cerrado el tema con una fórmula acorde al principio de canceller. A partir de esta Ley, los Reales Decretos del Presidente del Gobierno sobre la estructura del Gobierno y sobre los servicios de apoyo de Presidencia no son una rareza normativa sino unas normas plenamente definidas en la legislación.

<sup>32</sup> Sobre las fuentes normativas reguladoras del Gobierno, véase Javier GARCÍA FERNÁNDEZ: «El funcionamiento y la acción del Gobierno en el Título III de la Ley del Gobierno», *Documentación Administrativa*, núm. 246-247, septiembre 1996 – abril 1997, págs. 123-144.

<sup>33</sup> Este Real Decreto-Ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad y la STC 60/1986, de 20 de mayo (Pleno, Ponente: J. Leguina, *J. C.*, núm. 15, págs. 70-96) lo declaró conforme al orden constitucional.

Antes de acabar este punto conviene referirse a una cuestión que no es propiamente constitucional pero que afecta a la estructura del Gobierno. Me refiero a los Secretarios de Estado que surgen, como se dijo, con el Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio, por el que se reestructuran determinados órganos de la Administración Central del Estado, y adquieren su perfil definitivo con el artículo 14 de la LOFAGE<sup>34</sup> y con el artículo 7 de la Ley del Gobierno<sup>35</sup>. Aunque lo permitía el artículo 98.1 de la Constitución, la Ley del Gobierno no los configura como miembros del Gobierno sino como órganos superiores de la Administración del Estado con la curiosa peculiaridad de que pueden formar parte de las Comisiones Delegadas del Gobierno (Real Decreto 1194/2004, de 14 de mayo, por el que se determina la composición de las Comisiones Delegadas del Gobierno). Lo cierto es que se trata de una figura plenamente política, más allá de su definición administrativa, que se han consolidado en la estructura gubernamental aun cuando en Ministerios poco complejos entran dudas sobre su funcionalidad y actúan como Viceministros encargados de cuestiones políticas generales.

- c) *las funciones y la posición política del Presidente del Gobierno.* Como hemos visto más arriba, la Constitución contiene básicamente un modelo de Presidente fundado en el principio de canciller aunque modulado por algunos rasgos de los principios departamental y colegial. ¿En qué medida se ha mantenido ese equilibrio en la legislación de desarrollo y en la práctica política? La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 se dictó en desarrollo de un régimen de poder personal y durante los primeros dieciséis años de vigencia fue el instrumento jurídico que utilizó el dictador para el ejercicio del poder<sup>36</sup>, lo que quiere decir que era adaptable al modelo de canciller a pesar de que contenía una excesivamente reglamentista y casuista distribución de atribuciones entre Consejo de Ministros, Presidente y Ministros. Sin embargo la determinación de la estructura ministerial estaba sustraída al Presidente en beneficio de las Cortes, lo que evidentemente no tenía ninguna trascendencia en un régimen autoritario pero sí en la Monarquía parlamentaria porque conllevaba una atribución al Parlamento en detrimento del eventual poder de decisión del Gobierno o de su Presidente.

34 Para el comentario de este artículo, véase Fabio PASCUA MATEO: «Los Secretarios de Estado», *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. especial monográfico, junio de 2004, vol. 2, págs. 181-195.

35 Para este precepto, véase Tomás GONZÁLEZ CUETO: «Artículo 7. De los Secretarios de Estado», en Claro J. FERNÁNDEZ CARNICERO: *Op. cit.*, págs. 120-130.

36 Hasta que se promulgó la Ley 14/1973, de 8 de junio, de desvinculación de la Presidencia del Gobierno y la Jefatura del Estado.

La Ley 10/1983, de 16 de agosto, de Organización de la Administración Central del Estado, no moduló estos principios pero la práctica demostró que había materias en donde era necesario reforzar el principio de canciller. El punto más relevante fue en la atribución al Presidente de todo el ámbito de decisión sobre la estructura del Gobierno, atribución que siguió las peculiares vías de las Leyes anuales de Presupuestos, Ley de acompañamiento y, por fin, Ley del Gobierno. Pero la legislación introdujo muy escasas modulaciones (en más y en menos) al principio de canciller que se desprende de la Constitución pues sólo se puede citar, en sentido debilitador, la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas modalidades de referéndum, que desplazó la propuesta de convocatoria de referéndum consultivo desde el Presidente (artículo 92.2 de la Constitución) hasta el Consejo de Ministros o, en sentido material más que formal, el reforzamiento de los órganos de apoyo a la Presidencia que se observa a partir del Real Decreto 3773/1982, de 22 de diciembre, sobre el Gabinete y la Secretaría General de la Presidencia.

Por su parte, la Ley 50/1997, de 25 de noviembre, del Gobierno, no aporta grandes modulaciones al principio de canciller salvo en el muy relevante caso del dominio de la estructura del Gobierno, dominio que se prolonga en la atribución al Presidente de la determinación de la estructura orgánica de la Presidencia [artículo 2.2.j)].

Pero si la normativa de desarrollo de la Constitución fue parca en determinaciones que modularan en cualquier sentido los principios constitucionales, la práctica de los órganos constitucionales produjo esa modulación aunque en varios sentidos alternativos.

Por un lado, el principio de canciller se ha visto reforzado por la práctica anterior a la Constitución y a la democracia de no votar en el Consejo de Ministros, práctica no prevista tampoco en la Ley 50/1997, de 25 de noviembre, del Gobierno. Esta práctica es posiblemente el instrumento más formidable de refuerzo del poder del Presidente pues concentra en su persona todas las decisiones más relevantes de la vida política y administrativa. Es más, dado el limitado número de asuntos que se debaten realmente en el Consejo de Ministros (el denominado «Índice Rojo»), esta práctica tendría relevancia política pero no administrativa si la misma regla de no votación no se aplicara también a la Comisión General de Secretarios de Estado y de Subsecretarios<sup>37</sup> en don-

<sup>37</sup> La entonces denominada Comisión de Subsecretarios fue creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 1 de octubre de 1976 y fue legalizada con esa denominación por la Ley 10/1983, de 16 de agosto, de Organización de la Administración Central del Estado.

de el Presidente de la misma decide, tras el correspondiente debate, los asuntos que se informan favorablemente (Índice Verde), que pasan al Consejo (Índice Rojo) o que se quedan sobre la mesa o incluso se retiran. Dado que el Presidente de la Comisión General de Secretarios de Estado y de Subsecretarios actúa con instrucciones del Presidente, la práctica de no votar en el seno de este órgano refuerza también el principio de canciller.

Por el contrario, el principio de canciller se ve atenuado por la práctica consistente en que el Consejo de Ministros debata la propuesta al Presidente del Gobierno de interponer recursos de inconstitucionalidad o de desistir de los mismos. Evidentemente, esta propuesta al Presidente constituye una ficción que oculta que esta función constitucional ha sido desplazada hasta el Consejo de Ministros. Acentúa esta nueva configuración colegial el hecho de que estas propuestas de interposición o desestimiento se debaten previamente en la Comisión General de Secretarios de Estado y de Subsecretarios.

Con todo, más allá de las escasas previsiones legales, la experiencia política de veinticinco años de vigencia constitucional muestra que la posición política del Presidente está determinada por ciertas variables políticas que, si bien se refuerzan en el presidencialismo que emana de la Constitución, poseen autonomía propia. La Presidencia constitucional de Adolfo Suárez y el breve período presidencial de Leopoldo Calvo-Sotelo, en clara contraposición a los mandatos de los Presidentes González y Aznar<sup>38</sup>, vienen a señalar que el teórico principio de canciller inserto en la Constitución decae ante una dinámica política en la que el Presidente no cuenta con la plena dirección de su partido. La oposición interior en el seno del partido del Gobierno no aflora, salvo casos excepcionales, en el orden del día del Consejo pero condiciona y lastra las facultades de dirección política del Presidente, le resta apoyos en su Grupo Parlamentario y hasta le impide ejercitar la función de coordinación de la acción del Gobierno. Éste es un dato fáctico que ayuda a entender la eficacia de las normas constitucionales

El Real Decreto 1519/1986, de 25 de julio, de reestructuración de Departamentos ministeriales, atribuyó su presidencia al Vicepresidente del Gobierno hasta que la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, la define como órgano de colaboración y apoyo del Gobierno ya con la denominación de Comisión General de Secretarios de Estado y de Subsecretarios. Los sucesivos Reales Decretos de creación de Vicepresidencias del Gobierno de 1996, 2000 y 2004 siempre han atribuido la presidencia de este órgano al Vicepresidente primero o Vicepresidente «político».

38 Falta aún una monografía comparada de las cuatro Presidencias del Gobierno anteriores a la actual. Y también faltan estudios singulares sobre cada uno de los Presidentes. En cambio se publicó recientemente un interesante trabajo sobre los Gobiernos minoritarios de Josep Maria RENU VILAMALA: *La formación de gobiernos minoritarios en España 1977-1996*, Centro de Investigaciones Sociológicas – Siglo XXI Eds., Madrid, 2002.

e infraconstitucionales sobre el Gobierno si bien no pone en cuestión los principios básicos que tales normas que se fundan sin duda en el principio de canceler.

- d) *el estatuto político y personal de los miembros del Gobierno*. Como se veía más arriba, la Constitución contiene una remisión a la Ley para regular el estatuto y las incompatibilidades de los miembros del Gobierno. Hay que decir que, salvo alguna excepción que veremos más abajo, éste ha sido un tema pacífico doctrinal y políticamente.

A partir de las previsiones del artículo 98 de la Constitución, la Ley 50/1997, de 25 de noviembre, del Gobierno, ha venido a fijar el estatuto político de los miembros del Gobierno, estatuto recogido en su artículo 2 para el Presidente, en su artículo 3 para los Vicepresidentes y en su artículo 4 para los Ministros. Este estatuto, expresado en atribuciones específicas, era doblemente necesario no sólo porque dicho artículo 98 precisaba ser desarrollado para entender normativamente qué es un Ministro o un Vicepresidente y para completar qué es un Presidente sino también porque había que ofrecer un contenido alternativo a las muy casuísticas previsiones de los artículos 13 y 14 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. No es frecuente verlo señalado pero se debe destacar la importancia de los artículos 2 a 4 de la Ley del Gobierno para tener una idea cabal de la naturaleza jurídica y política de los miembros del Gobierno. Ciertamente que estos tres preceptos no son un modelo de imaginación y de frescura (especialmente el relativo al Presidente) pero ello no impide valorar positivamente unos artículos que señalan con cierta seguridad cual es el régimen jurídico a que están sometidos los miembros del Gobierno. Y para completar ese régimen jurídico, los artículos 12 y 13 de la Ley 6/1997, de 19 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, han aportado una dimensión complementaria, la de carácter administrativo, al estatuto funcional de los Ministros.

Para acabar este punto, en fin, no sería entendible hablar de normas que regulan el estatuto político de los miembros del Gobierno si nos refiriéramos a otros dos tipos de normas. Por un lado, el artículo 10 de la Ley del Gobierno regula con pulcritud los Gabinetes pero este precepto necesita el complemento de normas reglamentarias, a las que se remite, y que consisten en el Real Decreto 3775/1982, de 22 de diciembre, reformado por Real Decreto 68/1994, de 21 de enero<sup>39</sup>. Este Real Decreto, por ende,

<sup>39</sup> Sobre los Gabinetes ministeriales, comentando la Ley del Gobierno, Tomás GONZÁLEZ CUETO: «Artículo 10. De los Gabinetes», en Claro J. FERNÁNDEZ CARNICERO: *Op. cit.*, págs. 143-150.

es una norma de desarrollo de las previsiones legales sobre el estatuto político de los miembros del Gobierno y como tal debe recogerse aquí. Por otra parte, debemos citar los Reglamentos de ambas Cámaras que desarrollan las previsiones de los artículos 109 a 111 de la Constitución acerca de la presencia de los miembros del Gobierno en las Cortes por lo que constituyen la normativa que disciplina el estatuto parlamentario de tales miembros<sup>40</sup>.

¿Qué aportan todas estas normas al estatuto político de los miembros del Gobierno contemplado en la Constitución? Aportan, fundamentalmente, seguridad conceptual porque, sin separarse de las previsiones constitucionales, proporcionan un marco conceptual completo para entender el ámbito de acción política y jurídica de todos los miembros del Gobierno.

Y si del estatuto político de los miembros del Gobierno pasamos a su estatuto personal (que incluye las incompatibilidades), aquí hay que señalar, ante todo, que las Leyes que lo regulan satisfacen la remisión que contiene el artículo 98.4 de la Constitución. La propia Ley 50/1997, de 25 de noviembre, del Gobierno, dedica un Capítulo (el I del Título II, artículos 11 a 14) al estatuto de los miembros del Gobierno y si bien estos preceptos resultan demasiado repetitivos de la Constitución, sin apenas innovar, al menos sirven para fijar un marco indicativo de los contenidos de la expresión «estatuto»: requisitos de acceso, procedimiento de nombramiento y cese, suplencia e incompatibilidades. Estos preceptos básicos se complementan con la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos<sup>41</sup>, cuyo contenido incide más en las actividades privadas que en las de carácter político pues las incompatibilidades con cargos políticos se regulan en la propia Constitución.

Pero el estatuto de los miembros del Gobierno no se agota en estas normas. Los derechos pasivos de éstos están regulados en varias Leyes de Presupuestos<sup>42</sup> y la fórmula

40 Especialmente los Títulos IX («De las interpelaciones y preguntas») y XI («Del examen y debate de comunicaciones, programas o planes del Gobierno y otros informes») del Reglamento del Congreso, y los Títulos VI («De las preguntas e interpelaciones») y VIII («De las comunicaciones e informes del Gobierno y otros órganos estatales») del Reglamento del Senado.

41 Desarrollada por el Real Decreto 1410/1995, de 4 de agosto, por el que se regulan los registros de actividades y de bienes y derechos patrimoniales de los altos cargos.

42 Artículo 10.5 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981; Disposición Adicional Quinta, Cuatro de la Ley 21/1986, de 39 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987; Artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991; Disposición Adicional Vigésimo Segunda de la Ley 39/1992, de 29

de toma de posesión del cargo está prevista en el Real Decreto 707/1979, de 5 de abril, por el que se establece la fórmula de juramento en cargos y funciones públicas. Y en el ámbito procesal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, fue reformada por la Ley Orgánica 12/1991, de 10 de julio, para adecuarla a la Constitución de lo que ha resultado que su artículo 412.2.1° exime de declarar en persona como testigos ante el Juez al Presidente y a los restantes miembros del Gobierno.

Finalmente el estatuto de los ex-Presidentes, con contenidos distintos del que gozan los restantes miembros del Gobierno, apareció por primera vez en la democracia en un Real Decreto de 1983, el 2120/1983, de 4 de agosto, que fue sustituido por el Real Decreto 405/1992, de 24 de abril, y que coexiste en la actualidad con la Disposición Adicional Primera de la Ley 50/1997, de 25 de noviembre, del Gobierno.

Este estatuto político y personal, diversificado en tantas normas, cumple el mandato constitucional si bien con un punto de inseguridad jurídica a causa de su dispersión y sin haber logrado todavía configurar un estatuto completo para los ex-Presidentes que, a diferencia de muchas Comunidades Autónomas, disponen vitaliciamente de medios materiales pero no de pensión<sup>43</sup>. En cualquier caso, son materias que pocas veces se afrontan con sistematicidad y que se deben valorar en conjunto a partir de lo que diseñó la Constitución. En tal sentido, el resultado es aceptable.

- e) *los procedimientos de formación y cese del Gobierno*. Como hemos visto más arriba, esta materia está plenamente constitucionalizada si bien esta regulación constitucional tiene su complemento en el Reglamento del Congreso de los Diputados cuyo Título VIII (artículos 170 a 174) regula los procedimientos de investidura, de la cuestión de confianza y de la moción de censura. El desarrollo reglamentario y la práctica tienen algunos matices interesantes que conviene precisar.

Si empezamos por la investidura hay que recordar un hecho significativo que proba-

de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993; así como el artículo 5.1 de la Ley de Clases Pasivas del Estado aprobada por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

<sup>43</sup> En el momento de terminar la redacción de este artículo, el Consejo de Ministros acaba de aprobar un proyecto de ley orgánica de reforma de la Ley que regula el Consejo de Estado para otorgar a los ex-Presidentes la condición de Consejeros natos y, a la vez, permanentes. Esta idea, que intentó realizarse sin éxito durante la segunda legislatura del Presidente Aznar, no es un error pero quizá hubiera sido más adecuado disociar la pensión y el ejercicio de las funciones de Consejero de Estado.

blemente condicionó su regulación posterior. Me refiero a la investidura del Presidente Suárez en abril de 1979 que, por expresa exigencia suya, se desarrolló sin debate, lo que ocasionó un cierto enrarecimiento en las relaciones del Presidente con la oposición. Este debate, desarrollado bajo el régimen previsto en el Reglamento provisional de 13 de octubre de 1977, ha servido de advertencia a la regulación posterior de modo que el Reglamento de 24 de febrero de 1982 contempla el debate si así lo desean los Grupos Parlamentarios<sup>44</sup>. No hay que olvidar, no obstante, que el debate corresponde al modelo presidencialista que dimana de la Constitución y que la confianza se otorga al Presidente y no al Gobierno. Eso explica que de las nueve votaciones de investidura celebradas desde 1978 sólo en una ocasión, en diciembre de 1982, el Congreso haya votado conociendo cual iba a ser la composición del Gobierno que iba a formar el candidato si obtenía la investidura<sup>45</sup>.

Por último, hemos de hacer varias acotaciones respecto a la práctica de la parte regia del procedimiento que es la previa consulta a los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria. Hay que hacer notar, en primer lugar, el discreto pero relevante papel del Congreso de los Diputados que es el que proporciona al Rey la relación de representantes y de Grupos: en una materia carente de otra regulación, la parlamentarización de este procedimiento evita situaciones problemáticas máxime cuando se trata de un acto de difícil refrendo. En segundo lugar, se debe señalar la interpretación correcta que han realizado tanto el Rey como el Congreso pues la expresión «Grupos políticos con representación parlamentaria» se presta a confusión, *a fortiori* cuando la Constitución no emplea en ningún precepto la expresión «Grupo parlamentario». La práctica ha traducido dichas palabras en partido, coalición o agrupación de electores que ha concurrido sólo a las elecciones aun cuando sus Diputados tengan que estar integrados en el Grupo Parlamentario Mixto. Es una interpretación correcta e integradora que tuvo su reflejo más espectacular en 1989 cuando el Rey recibió en consulta al representante de los Diputados de Herri Batasuna.

La cuestión de confianza y la moción de censura han sido reguladas correctamente manteniendo, dentro del pequeño margen que permite la Constitución, un equilibrio

<sup>44</sup> Miguel REVENGA: *Op. cit.*, pags. 182-228.

<sup>45</sup> Durante el debate de la primera investidura del Presidente González, en diciembre de 1982, el portavoz del Grupo Parlamentario de Convergència i Unió, Roca i Junyent, pidió al candidato que informara sobre la composición del Gobierno y así lo hizo Felipe González.

adecuado entre las dos partes del debate. La práctica de ambas ha sido escasa, especialmente la moción de censura que sólo se presentó dos veces en la primera y en la tercera legislatura. Y esa práctica señala que la moción de censura es un instrumento de muy difícil eficacia pues la modalidad constructiva que ha recogido la Constitución la convierte en un instrumento propio de situaciones muy extremas de crisis bien porque se escinda el partido de la mayoría bien porque se escinda una mayoría multipartidista. Por ello, tanto la moción de censura como la cuestión de confianza, vienen a perseguir, fundamentalmente, efectos extraparlamentarios, esto es, reforzar al Gobierno o a la oposición ante la opinión pública pues en ningún caso estaba en peligro la pérdida de la relación fiduciaria.

En conclusión, dada la estricta regulación constitucional de los procedimientos de formación y cese del Gobierno, las normas que los han desarrollado tenían muy escaso margen para innovar. Además, dada la dificultad de sacar adelante una moción de censura constructiva, ésta se ha convertido en un instrumento de proyección extraparlamentaria que utilizan, según los casos, Gobierno u oposición como plataforma de legitimación y apoyo ante la opinión pública. Al final, si utilizamos la conocida clasificación de Rescigno, vendría a resultar que, en contra de sus originarios fines de hacer efectiva la responsabilidad política institucional, ambos instrumentos son, en España, un medio para hacer efectiva la responsabilidad política difusa ante la opinión pública<sup>46</sup>.

No se puede hablar del procedimiento de cese del Gobierno sin aludir a la regulación del Gobierno cesante que ha dado la Ley del Gobierno en su artículo 21<sup>47</sup>. Pero esta regulación no se puede considerar acertada empezando por la terminología pues el artículo 21 de la Ley del Gobierno utiliza una expresión que no está en la Constitución que en su artículo 101.2 habla de Gobierno cesante. La regulación se basa en conceptos indeterminados y demasiado abiertos cuyos riesgos se han atisbado durante la actuación del Gobierno cesante del Presidente Aznar que ha resuelto numerosísimos concursos para la provisión de puestos de trabajo y parece que intentó proponer al Rey del nombramiento de Magistrados del Tribunal Constitucional. Un Presidente del

<sup>46</sup> Giuseppe Ugo RESCIGNO: *La responsabilità politica*, Giuffrè, Milán, 1967, págs. 113-130.

<sup>47</sup> Véase Claro J. FERNÁNDEZ CARNICERO: «Artículo 21. Del Gobierno en funciones», en IDEM: *Op. cit.*, págs. 241-243. También Enrique ÁLVAREZ CONDE: «El Gobierno en funciones», *Documentación Administrativa*, núm. 246-247, septiembre 1996 – abril 1997, págs. 191-218. Recientemente se ha publicado la muy sólida tesis de Fernando REVIRIEGO PICÓN *El Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español*, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003.

Gobierno cesante carece de confianza parlamentaria y no puede realizar ningún acto que presuponga esa confianza como es la propuesta de Magistrados del Tribunal Constitucional o decisiones similares. Además, en fin, la Ley no ha previsto la actuación del Gobierno que no es aun cesante pero que ya carece de confianza parlamentaria porque el Congreso está disuelto. Ese Gobierno, aun cuando no sea cesante en términos constitucionales, debe evitar adoptar acuerdos de pleno contenido político como, por ejemplo, nombrar dos altos cargos en el Ministerio de Asuntos Exteriores y siete Embajadores, como ha ocurrido con el Gobierno del Presidente Aznar. Si aplicamos al pie de la letra el artículo 21 de la Ley del Gobierno, el Gobierno que carece de confianza parlamentaria por disolución de la Cámara que la otorga no tiene vedada ninguna actuación, lo que no deja de producir perplejidad. Parece necesario, con ello, acotar más la acción del Gobierno que, por cualquier razón, carece de la confianza parlamentaria<sup>48</sup>.

- f) *los procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno*. Hemos visto que el artículo 102 de la Constitución establece un régimen especial para hacer efectiva la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno que se funda exclusivamente en tres reglas, a saber, el aforamiento en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el muy especial supuesto de delitos de traición y contra la seguridad del Estado cuya acusación y autorización corresponde al Congreso de los Diputados y la prohibición de aplicar la prerrogativa real de gracia a los miembros del Gobierno.

Para hacer efectivo el aforamiento, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha precisado en su artículo 57 que la Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene atribuida la instrucción y el enjuiciamiento de las causas contra miembros del Gobierno en cuyo caso se designará un instructor miembro de la sala que no formará para de la misma para enjuiciar tales causas.

- g) *el funcionamiento del Gobierno*<sup>49</sup>. No es exagerado decir que la creación, el 1 de oc-

<sup>48</sup> Critica esta regulación pero por los motivos contrarios al presente artículo, es decir, por reglamentista, Manuel ARAGÓN: «Composición, organización y estatuto de los miembros del Gobierno», *Documentación Administrativa*, núm. 246-247, septiembre 1996 – abril 1997, págs. 99-108.

<sup>49</sup> Para más precisiones, véase Javier GARCÍA FERNÁNDEZ: «El funcionamiento del Gobierno en la Constitución» y Miguel MARAÑÓN BARRIO: «El funcionamiento del Gobierno», ambos en Enrique ÁLVAREZ CONDE (coord.): *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978* cit., págs. 387-397 y 399-412. Y anteriormente, Javier GARCÍA FERNÁNDEZ: «El funcionamiento y la acción del Gobierno en el Título III de la Ley del Gobierno» cit.

tubre de 1976, de la entonces denominada Comisión de Subsecretarios supuso un cambio y una modernización de los procedimientos que determinaron que a la hora de aprobarse la Constitución existiera ya antecedentes interesantes sobre el funcionamiento del Gobierno. Al final, la legalización de esta Comisión a través de la Ley 10/1983, de 16 de agosto la Comisión General de Secretarios de Estado y de Subsecretarios, de Organización de la Administración Central del Estado, primero, y de la Ley 50/1997, de 25 de noviembre, del Gobierno, más 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, han determinado que, sin separarse de la Constitución, el funcionamiento del Gobierno en España se caracterice por una mezcla de los principios de canciller, colegial y departamental:

- \* principio de canciller: pues el Presidente elabora el orden del día del Consejo de Ministros (aunque en la práctica delega en el Vicepresidente del Gobierno que preside) y, sobre todo, decide sin votación sobre cada asunto del Consejo;
- \* principio colegial: el debate en el Consejo de Ministros y en Ley 50/1997, de 25 de noviembre, del Gobierno, más la posibilidad, plenamente ejercitada, de que todos los Ministerios formulen observaciones a los asuntos que van a la Comisión y al Consejo da eficacia a este principio;
- \* principio departamental: se expresa en el procedimiento de formar el orden del día de la Comisión General donde los Ministerios tienen libertad de formular propuestas aunque la decisión corresponde al titular de la Presidencia de la Comisión.

El resultado de esta combinación es un procedimiento equilibrado que permite cumplir el mandato constitucional de la vigencia del principio de canciller pero coexistiendo con la presencia, igualmente constitucionalizada, del Consejo de Ministros y de los Ministros.

## 4 CONCLUSIONES

No es fácil cerrar con unas pocas líneas una conclusión rigurosa sobre el Gobierno conforme al Título IV de la Constitución. Pero se trata de una materia que recomienda no cerrar el trabajo sin aportar algunas ideas que podríamos concretar de la siguiente manera.

PRIMERA. Como ocurre en muchas Constituciones europeas, la española renunció a aportar una regulación cerrada y completa sobre el Gobierno limitándose a señalar los elementos más básicos sin entrar en mayor concreción. La renuncia a una regulación más detallada llegó a tal extremo que en el Título IV ni siquiera se cita al Consejo de Ministros.

SEGUNDA. No obstante esa austeridad normativa, la Constitución se ha cuidado mucho de fijar los elementos básicos del órgano Gobierno, principios que se reconducen a dos, a saber, principio de canciller en grado elevado pero con cierta modulación a través de los principios departamental y colegial, y, en segundo lugar, área de competencias definidas y extensas que tiene jurídicamente garantizada *versus* otros órganos constitucionales como las Cortes Generales y la Corona.

TERCERA. De lo anterior se desprende que la característica jurídica más relevante que se puede predicar del órgano Gobierno es la delimitación de un radio de acción que está constitucionalmente definido y protegido por lo que la Ley sólo puede desempeñar un papel complementario en la determinación de las funciones gubernamentales.

CUARTO. Igualmente relevante es la diferenciación entre el Gobierno y su Presidente que trae causa del intenso predominio del principio de canciller: la relación fiduciaria se establece entre el Congreso de los Diputados y el Presidente y la decisión sobre el nombramiento y cese de los miembros del Gobierno corresponde también solamente al Presidente.

QUINTO. En términos jurídicos es igualmente relevante la indeterminación constitucional sobre la estructura del Gobierno. En este punto la Constitución guarda silencio y ha permitido pasar, bajo su vigencia, desde un régimen de atribución legal sobre la

cantidad y las competencias de los Departamentos ministeriales (Ley la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957; Decreto-Ley 22/1982, de 7 de diciembre, de Medidas de Reforma Administrativa; y Ley 10/1983, de 16 de agosto, de Organización de la Administración Central del Estado) hasta otro de atribución al Consejo de Ministros por habilitación legal (Real Decreto-Ley 18/1976, de 8 de octubre), para acabar en el de atribución de toda la decisión al Presidente del Gobierno bajo su exclusiva responsabilidad (Leyes de Presupuestos Generales del Estado desde 1986 hasta 1993; Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social; y Ley 50/1997, de 25 de noviembre, del Gobierno).

SEXTO. La Constitución ha delimitado con gran claridad la existencia y la posición de la Administración respecto del Gobierno. Tanto la redacción del artículo 97 («El Gobierno dirige ... la Administración civil y militar...») como la descripción de la actividad y de los fines de la Administración que contiene el artículo 103.1 vienen a disociar un órgano de gobierno de un ente al servicio de la sociedad en su conjunto.

SÉPTIMO. Desde el punto de vista funcional, no obstante, la descripción de funciones no puede hacer olvidar que el Gobierno es un órgano que comparte las funciones de gobierno y administrativas con los entes similares de las Comunidades Autónomas y de la Unión Europea. Ya no estamos ante un órgano de competencias ejecutivas universales sino ante un ente de atribuciones políticas más limitadas que el órgano regulado en períodos históricos anteriores máxime cuando los restantes órganos constitucionales (Cortes Generales, Consejo General del Poder Judicial y, en menos medida, Tribunal Constitucional y la Casa Real como órgano de apoyo a la Corona) desempeñan funciones administrativas.

OCTAVO. En términos políticos, por último, la posición preeminente del Presidente del Gobierno ha estado modulada por su mayor o menor poder de decisión en el partido de la mayoría.

CORTS.ADP