

El Cese del Gobierno y El Gobierno en Funciones en el Ordenamiento Constitucional Español

Enrique Guillén López

PREMIO BLAS INFANTE DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

EL CESE DEL GOBIERNO Y EL GOBIERNO EN FUNCIONES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Trabajo galardonado con una mención especial en la V edición de la convocatoria de los Premios Blas Infante de Estudio e Investigación, modalidad B, sobre *“La Administración Pública, su organización, métodos y técnicas de la función pública, su perspectiva histórica y de futuro y su proyección europea”*.

EL CESE DEL GOBIERNO Y EL GOBIERNO
EN FUNCIONES EN EL ORDENAMIENTO
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Enrique Guillén López

Instituto Andaluz de Administración Pública
2002 - Sevilla

Título: EL CESE DEL GOBIERNO Y EL GOBIERNO EN FUNCIONES EN EL ORDENAMIENTO
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Autor: Enrique Guillén López

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Edita: INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I.S.B.N.: 84-8333-185-3

Depósito Legal: SE-2170-2002

Maquetación e Impresión: A. G. Novograf, S. A. (Sevilla)

*Para mis padres y hermano
A Marino*

“Es conocido como la vida de ciertos individuos sirvió para realizar los primeros resúmenes temporales de grupos mayores de hombres. Los *reyes*, que lo eran por determinados lapsos de tiempo, encuadraban este tiempo para *todos*. Su muerte, debida a la disminución de su pleno vigor o acaecida más tarde, correspondiendo a la duración natural de su vida, señalaba siempre un período de tiempo. Ellos *eran* el tiempo, entre uno y otro el tiempo se detenía y se buscaba que tales períodos intermedios –interregnos– durarán lo menos posible”

Elias Canetti
Masa y poder

AGRADECIMIENTOS

El trabajo que el lector tiene ante sí no hubiese sido posible sino es por el concurso de una serie de voluntades. En primer lugar, la de quienes confiaron en mí hasta el punto de dirigirme la tesis doctoral que fue su origen: los doctores Francisco Balaguer Callejón y Gregorio Cámara Villar. Estuvieron al inicio de la andadura, la más difícil, y siguen como referentes fundamentales en el proyecto de vida académica a que el autor aspira. En segundo lugar, la presente monografía se enriqueció por las observaciones de enorme tino que realizaron los miembros del tribunal que juzgó la tesis doctoral: los doctores J. A. Montilla Martos, A. Rodríguez, J. Cano Bueso, J. Jiménez Campo y P. Häberle. Quiero dejar patente, en tercer lugar, la extraordinaria deuda contraída, con el Profesor Peter Häberle desde hace, además, bastante tiempo. A través de largas conversaciones fue animando al autor a proseguir en la búsqueda de un horizonte universitario admirable, el que él ha conseguido después de décadas de extraordinaria dedicación. Su trabajo, su disponibilidad para el intercambio, su altruismo, lo hacen un exponente excelso de la Universidad más universal. Se comprenderá, pues, cuanto me enorgullezco por su prólogo, tan amablemente traducido por mi compañero y amigo M. Azpitarte Sánchez. En cuarto término, la presente monografía se ha gestado en el contexto del grupo de investigación formado por profesores y becarios del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada. A todos sus miembros les debo discusiones y sugerencias, es decir, sentirme parte de una comunidad intelectual fructífera. La larga cadena de agradecimientos debe terminar con la mención al Congreso de los Diputados, que me concedió una beca para realizar el trabajo, y al Instituto Andaluz de Administración Pública, por su reconocimiento y la publicación de esta investigación.

PRÓLOGO

1. Las tesis doctorales y otros trabajos monográficos constituyen un género jurídico insustituible, sobre todo en el ámbito del derecho comparado y del naciente "derecho constitucional europeo". Abordan en profundidad los fundamentos de un tema, por lo que se diferencian de muchos artículos de revistas, la mayoría de raudo olvido; realizan un tratamiento completo de los materiales disponibles y atienden a " toda" la bibliografía y jurisprudencia correspondiente, en fin, son el alimento del que se nutre la ciencia jurídica como "búsqueda permanente de la justicia y la verdad". El Estado constitucional -en su actual grado de desarrollo- perdería toda su vitalidad sin la pluralidad de géneros jurídicos: desde los comentarios hasta los libro-homenaje, pasando por los análisis jurisprudenciales y las contribuciones en revistas. Pero la sociedad abierta de los intérpretes necesita especialmente, tanto a nivel nacional como europeo, las monografías, ya que éstas resultan de un pensamiento y trabajo de "largo aliento". En España, que con gran orgullo puede celebrar en el 2003 el veinticinco aniversario de su Constitución, la cultura jurídica nacional está necesitada de jóvenes investigadores que asuman la obra constitucional de 1978 con una comprensión apasionada. La "cultura constitucional", un concepto propuesto por primera vez en Alemania en 1982, se forma en virtud del amplio espectro de géneros, en el que las monografías, sin duda, no ocupan el último lugar.
2. El prólogo como género es una rareza en Alemania, pero, sin embargo, pertenece desde hace mucho a la cultura constitucional, jurídica y científica española. Con ellos, el veterano profesor le da al " novicio" su primer empujón en el camino científico. Basten dos ejemplos: el prólogo de *F. Balaguer Callejón* al libro de *M. Azpitarte Sánchez* "El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado", 2002, así como el prólogo de *M. Jiménez de Parga y Cabrera*, presidente del Tribunal Constitucional, al libro de *J.F. Merino Merchán* "El equivalente jurisdiccional en el Derecho público español", 2002. Incluso el que escribe estas líneas, ha tenido en varias ocasiones el honor de dar ese "empujón" a monografías españolas (por ejemplo, el prólogo al libro de *J.M. Porras Ramírez* "El conflicto de defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional", 2001; o el libro de *J.A. Montilla Martos* "Minoría política y Tribunal Constitucional", 2002). Estos dos últimos autores, así como *M. Azpitarte Sánchez*, pertenecen a la nueva escuela granadina de derecho constitucional, dirigida por *F. Balaguer y G. Cámara*, que ha tendido múltiples puentes, entre otros países, con Alemania (especialmente Bayreuth y Regensburg), lo que muestra poderosamente, la intensidad con la que España y su comunidad científica constitucional se han reincorporado en Europa -algo de lo que Alemania puede aprender-. Si se añade la relación de España con Latinoamérica, brota un triángulo, que ha de ser muy fructífero para las futuras generaciones, en el ámbito español, europeo e iberoamericano. Especialmente, en Granada, destaca la participación de *D. Valades* (México) y *D.G. Belaunde y C. Landa* (ambos de Lima).

3. En este contexto ha crecido el joven profesor español que ahora presentamos, *Enrique Guillén López*. Participa desde 1997 en los múltiples coloquios internacionales organizados en Granada y además ha ampliado su formación con una estancia de un año en París -tras su tesis doctoral, en el curso 2001/2002-, esto es, se ha "cultivado", y parcialmente, si me permiten el juego de palabras, se ha "naturalizado". Esta monografía es una parte, profundizada, de su tesis doctoral (Granada, 1999). Trabaja su tema con un detallado conocimiento de la bibliografía sobre parlamentarismo (tanto española, como italiana, francesa y alemana) y, en mi opinión, ha logrado una excelente monografía que da respuesta a elevados retos. Explica la trascendencia material del artículo 101 CE con una dogmática clara y modelica, en conexión con las funciones del gobierno: el gobierno en funciones se transforma en mera "administración" en cuanto que la "representación" se ha disuelto. Asimismo, expone la intensidad del control parlamentario y jurídico del gobierno en funciones. Otra muestra de cómo el autor domina "la artesanía jurídica" es su reciente trabajo "Continuité et Discontinuité Parlementaire: La Députation Permanente Espagnole" (JöR 50 (2002); que a la vez, junto al trabajo de *J.M. Porras Ramírez* en JöR 50 (2002), ejemplifican los dividendos que para el derecho comparado puede ofrecer el tema "del gobierno en el orden constitucional español". Alemania, a diferencia de España, no tiene una ley sobre el gobierno; sólo existen grandes juristas que han trabajado este tema (sobre todo, *U. Scheuner* y *E. Friesenhahn*). En concreto, el asunto tratado por *E. Guillén López* aparece parcamente en la Ley Fundamental en los artículos 39, y 62 al 69; casi todo se deja a la praxis gubernamental. Sin duda, el ordenamiento español da un paso adelante en la ordenación del problema y las funciones del gobierno (véase art. 97 y sigs.). Una vez más, se comprueba cómo los nuevos Estados constitucionales están más avanzados textualmente (el paradigma textual). La "España europea" ha superado en esta cuestión a la "Alemania europea".

En conclusión: la sustanciosa monografía de *E. Guillén López* debería recibir una merecida atención más allá de la comunidad jurídica española y, también, influir a medio plazo la práctica jurídica. Su monografía es una obra afortunada de los "juristas europeos" de Granada y contribuye a la idea de un parlamentarismo europeo.

Bayreuth/St. Gallen, noviembre de 2002

PETER HÄBERLE

(Traducido del alemán por M. AZPITARTE SÁNCHEZ)

1. INTRODUCCIÓN	17
1.1. El cese del Gobierno y la teoría principalista	20
1.2. Posición constitucional ordinaria del Gobierno en nuestra Constitución	25
1.3. Marco doctrinal del Gobierno en funciones.....	30
2. EL TIEMPO DEL GOBIERNO EN FUNCIONES.....	33
3. CAUSAS DEL CESE. IMPLICACIONES.....	35
3.1. La celebración de elecciones generales	35
3.2. La pérdida de confianza parlamentaria.....	36
3.3. La dimisión	37
3.4. El fallecimiento	41
3.5. Otras causas	43
3.6. Conclusiones	47
4. EL GOBIERNO CESANTE Y LA REPRESENTATIVIDAD	49
5. POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL GOBIERNO EN FUNCIONES	53
6. EL STATUS DEL GOBIERNO EN FUNCIONES. ESPECIAL ATENCIÓN A LA POSIBLE APLICABILIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 102 CE	55
7. ÁMBITO FUNCIONAL DEL GOBIERNO EN FUNCIONES.....	61
7.1. Introducción	61
7.2. Los límites en los textos constitucionales	61
7.3. Los límites en las leyes autonómicas.....	63
7.4. Los límites en la Ley 50/1997	73
7.4.1. Una ley inequívocamente limitativa	73
7.4.2. ¿Limitación explícita o parlamentarización?	73

7.4.3. Limitación y presupuestos constitucionales.....	75
7.4.4. La juridicidad de los límites. Especial consideración de las convenciones constitucionales.....	75
7.5. Los límites genéricos. Atención a su naturaleza principal	77
7.5.1. “El normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo”	78
7.5.2. El “despacho ordinario de los asuntos públicos”	79
7.5.2.1. Amministrazione ordinaria, affaires courantes, y despacho ordinario	79
7.5.2.2. Ámbito material del despacho ordinario	82
• Criterios de delimitación	83
• Proyección del despacho ordinario sobre las funciones gubernamentales ex artículo 97 CE. Aspectos problemáticos	87
7.5.3. La urgencia/interés general.....	107
7.5.3.1. Concepto constitucional de urgencia y de interés general.....	107
7.5.3.2. La urgencia/interés general en la Ley de Gobierno	108
7.5.3.3. Valoración del presupuesto habilitante	109
7.5.3.4. La necesidad de acreditación	110
7.5.3.5. Las medidas admisibles	110
7.5.3.6. Especial consideración del Decreto-Ley.....	111
7.6. Los límites específicos	114
7.6.1. Los límites del Presidente.....	114
7.6.2. Los límites del Gobierno	115
7.7. La suspensión de las delegaciones legislativas	116
8. EL CONTROL DE LOS LÍMITES DEL GOBIERNO EN FUNCIONES	119
8.1. El control parlamentario.....	119
8.2. El control jurídico.....	122
9. REPERCUSIONES DEL CESE DEL GOBIERNO SOBRE EL PARLAMENTO	125
10. CONCLUSIONES	127
BIBLIOGRAFÍA	129

La Constitución establece en el artículo 101 un conjunto de causas que dan lugar al cese del Gobierno y señala, en su número 2, que continuará en funciones. Nuestro texto reconoce, de esta forma, la permanencia del órgano y asimismo la permanencia, cuando menos, de parte de sus funciones.

Desde el punto de vista histórico, la permanencia de la función de gobierno se ha venido asegurando a partir de la continuidad del órgano en la que descansaba. Mientras recayó en el Monarca se afirmó con carácter absoluto ya que: "Soberano es el que es, como si la muerte no fuera. E incluso es el que no muere, pues sólo muere para renacer"². Efectivamente, la figura del fénix o la expresión "El Rey ha muerto, viva el Rey", son algunas de las célebres respuestas de las que la teoría política de su tiempo se sirvió para garantizar la inmortalidad de la institución monárquica, ese hilo conductor del que, en definitiva, dependía la existencia del mismo Estado. La continuidad de las funciones de gobierno estaba a salvo de cualquier imponderable a través de la sucesión inmediata³ que lograba así evitar que se precisara cumplir una atribución gubernamental y no hubiese ningún titular que la detentara⁴ (lo que, a su vez, abría una lucha encarnizada por el poder⁵). Dado que la legitimidad monárquica no sufría inflexiones, tampoco las había en el ámbito funcional que le era propio.

La situación cambia radicalmente cuando la racionalización de las monarquías llevada a cabo por el principio democrático vincula la función de Gobierno a unos órganos que encuentran su legitimación directa (en los sistemas presidencialistas) o indirecta (en los parlamentarios) en el pueblo. Tales modelos se basan en la búsqueda periódica de representatividad de los órganos del Estado. Cada cierto tiempo, o en función de otras variables definidas constitucionalmente, los Gobiernos de los Estados democráticos se van a someter (o van a verse obligados a someterse) a las Cámaras o a la opinión pública para comprobar si cuentan con la relación de relativa homogeneidad (confianza) que les capacita para seguir con las funciones que el ordenamiento les confiere. La apertura de este periodo exige un alto en el desarrollo de sus funciones. Se produce,

¹ Cfr. las extraordinarias páginas que a la cuestión dedica E.H.KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*, 1957 (Trad. esp. *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, Alianza, Madrid, 1985)

² Cfr. G. BATAILLE, *Ce que j'entends par souveraineté*, 1976 (Trad. esp., *Lo que entiendo por soberanía*, Paidós, Barcelona, 1996, pág. 86). O por decirlo en la más clásica fórmula de Baldus: "Imperator in persona mori potest, sea ipsa dignitas officium Imperatoris est immortale".

³ Cfr. J.M. PORRAS RAMÍREZ, *Principio democrático y función regia en la Constitución Normativa*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 171-175.

⁴ Éste es sólo uno de los efectos atribuidos a la sucesión hereditaria. Otros tuvieron una significación mucho mayor en el proceso de racionalización de la monarquía. En concreto, PORRAS RAMÍREZ ha mostrado que la sucesión inmediata tuvo una doble virtualidad: de una parte supuso colocar al Monarca bajo una regla de carácter objetivo, mientras que, en segundo término, permitió que pudiera mantenerse al margen de las concretas circunstancias políticas. Cfr. *Principio democrático...*, op. cit., págs. 171-172.

⁵ En general podría decirse que la cuestión de la sucesión es un de los problemas constantes a los que la teoría política ha tenido que enfrentarse. B. RUSSELL recuerda, por ejemplo, como "en el Oriente, un nuevo gobernante comenzaba generalmente dando muerte a sus hermanos; pero si alguno de ellos escapaba, reclamaba inmediatamente el trono con la única probabilidad de evitar la ejecución". Cfr. Power. *A New Social Analysis*, 1939 (Trad. Esp. *El poder en los hombres y en los pueblos*, Losada, Buenos Aires, 1968, pág. 140).

así, en los Gobiernos democráticos una importante solución de continuidad que toma la forma jurídica de "cese". El Gobierno democrático, precisamente porque lo es, cesa⁶.

Pero las normas que disciplinan el cese no pueden dejar de considerar dos aspectos de la mayor importancia. En primer lugar, han de hacerse cargo de que los Gobiernos contemporáneos tienen una responsabilidad perenne en una serie de tareas que la Constitución les atribuye⁷. Es obligado referirse aquí a la fundamental posición que depara al Gobierno y a la Administración el nuevo modelo de Estado social que la Constitución garantiza desde el artículo 1.1. En efecto, la gestión de los servicios públicos, ya sea directa o indirecta, no admite vacancias⁸. A la permanencia conducen también las observaciones acerca del nuevo ámbito supranacional en el marco del cual nuestro Estado, y sus órganos, desarrollan su actividad. En concreto, la pertenencia a la Unión Europea exige una participación constante en la toma de decisiones comunitarias, así como una responsabilidad en la ejecución de las políticas que de ellas se deriven⁹. Más adelante trataremos algunas fórmulas para lograr que la paralización tendencial que siempre debe suponer el cese no sea excesivamente disfuncional para el correcto desenvolvimiento de una organización en la que participan tantos Estados con sus procesos electorales correspondientes.

En segundo término, se debe reparar en que el cese es una consecuencia prevista en el ordenamiento para regular la sucesión, siempre compleja, de los órganos representativos¹⁰. Desde

⁶ Señalemos someramente, siguiendo las sugerencias del Dr. Sánchez Barrilao, compañero del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, que este principio se lleva a su extremo en el constitucionalismo iberoamericano, en el que muchas de sus Normas Fundamentales incorporan expresamente (y en ocasiones prohibiendo la reforma del artículo concreto que lo señala) el principio de no reelección. Sin embargo, es necesario reparar en la justificación alegada por los defensores de esta opción (esto es, la falta de madurez política del Pueblo y el aprovechamiento de esta circunstancia por el Presidente de turno para eternizarse) no permite su traslación automática a otros contextos como el nuestro. Sobre esta cuestión, cfr. I. BURGOA, *Derecho Constitucional Mexicano*, (Octava Edición), Porrúa, México, 1991, págs. 765-770.

² "La necesidad de evitar vacíos de poder, y de garantizar en todo momento la continuidad del funcionamiento de la Administración y otros órganos del Estado, explican y justifican que la Constitución, en su artículo 101.2, disponga que, pese a haberse producido el cese del Gobierno, éste continúe en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno. Se establece así la figura del Gobierno en funciones, derivada directamente de un mandato constitucional, y aplicable automáticamente en caso de cese, sin necesidad de investidura o autorización alguna". L. LÓPEZ GUERRA, Voz "Gobierno en funciones", en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, T. II, Civitas, Madrid, 1995, pág. 3264.

⁸ Habría quien replicaría que tal aseveración no se corresponde con una realidad en la que la misma idea de servicio público tradicional está en crisis. Pero entendemos, a su vez, que la dejación del servicio público es una de las manifestaciones de la crisis del Estado, de la crisis en que la idea del mercado ha sumido al interés general. Las ideas que se mantienen en el texto obedecen al rechazo explícito de lo que supone este último postulado. Sobre la crisis del Estado cfr. P. DE VEGA GARCÍA, *Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual*, REP, nº 100, 1998.

⁹ Considérese en especial, que las directivas son, como se sabe, unas normas que conllevan un plazo para su trasposición en el derecho nacional. Tras las elecciones de 3 de marzo de 1996 el Ministro de la Presidencia informó de que el Consejo de Ministros no tenía previsto aprobar ninguna decisión trascendente. Salvaba de ésta categoría el desarrollo de directivas europeas, calificadas como decisiones de trámite. Cfr. "El País", 9 de marzo de 1996.

¹⁰ "El Gobierno en funciones aparece vinculado al cumplimiento del principio y deber de lealtad constitucional, pues su existencia responde a la necesidad de conseguir un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno, tras una situación de cese del Gobierno hasta entonces en el poder. Como el Gobierno es un órgano colegiado que en su funcionamiento trata de compaginar los principios de estabilidad, permanencia y responsabilidad, la Constitución prevé la existencia de un Gobierno en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno". E. ALVAREZ CONDE: El Gobierno en funciones, DA, nº 246-247 (septiembre 1996-abril 1997), pág. 195. Son bastante interesantes las observaciones de T. GONZÁLEZ CUETO, Secretario General Técnico del Ministerio de Administraciones Públicas que redactó el Proyecto de Ley del Gobierno, acerca del contenido basilar y jurídico del concepto de lealtad constitucional: "El (entonces) Proyecto opta por establecer criterios generales y limitaciones concretas que presiden la actuación del Gobierno en funciones, con base en el concepto de "lealtad constitucional" acuñado por nuestro Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias -principalmente relativas a las relaciones del Estado con las Comunidades Autónomas-, en las que sin hacer aplicación de preceptos constitucionales expresos, se atiende al adecuado desenvolvimiento del espíritu y finalidad de la Constitución para el mejor logro de los intereses generales. En consecuencia, este principio de "lealtad constitucional" opera no solo en un plano político sino también estrictamente jurídico.

este punto de vista, el cese debe implicar un alto en el ejercicio de algunas de sus funciones (ya que los órganos en nuestro Estado sólo se definen en función de éstas) y, en todo caso, de aquéllas que no puedan ser sometidas a control o que pudieran comprometer el desarrollo del programa del Gobierno entrante. No es posible, por tanto, (so pena de dar un sentido puramente nominal al concepto de cese) acoger la idea de que el cese del Gobierno se traduce únicamente en que los Decretos serán firmados por el Presidente en funciones. La correcta comprensión del cese encuentra un engarce conceptual en la tradición del constitucionalismo. La acepción más generalizada de éste movimiento¹¹ lo identifica con el control del poder, y, como veremos de inmediato, es especialmente oportuno evitar la vesania de quienes lo ejercen cuando ven comprometida su posición en el futuro¹². Podría decirse que si difícil es que el ciudadano controle eficazmente a los representantes, tanto más lo es cuando, por haber ya cesado, no es posible exigirles responsabilidad política. El control del órgano cesado, los límites del Gobierno en funciones son un punto álgido en la dirección apuntada por el constitucionalismo.

Desde esta doble y paradójica opción, continuidad-cese, y desde la necesidad de satisfacer los rasgos definitorios de ambos conceptos (de mantenerlos como complementarios en la medida de lo posible) debe comenzar a interpretarse lo que nuestro artículo 101 CE implica cuando dice que el Gobierno que cesa continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo.

El objetivo primordial de las páginas que siguen es la determinación de las implicaciones funcionales del cese del Gobierno. Más concretamente, interesará de forma muy especial precisar el alcance del cese del Gobierno en los mecanismos funcionales del sistema parlamentario, esto es, en la representatividad de los órganos, en la confianza parlamentaria, en la distribución de tareas entre los distintos poderes y, por último, en el control de su actividad. La órbita de nuestro análisis adquiere así una dimensión más general que la del estrecho comentario de la continuidad del

La regla general antes apuntada se concreta en el Proyecto en la obligación de facilitar el adecuado traspaso de poderes al nuevo Gobierno, limitándose la gestión del interino al despacho ordinario de los asuntos públicos*. T. GONZÁLEZ CUETO.: El Proyecto de Ley del Gobierno, DA, nº 246-247 (septiembre 1996-abril 1997), pág. 83.

¹¹ Cfr., por ejemplo, las consideraciones de ARAGÓN: "No es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado social y democrático de Derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles. De ahí que estos se hayan ampliado y enriquecido en la teoría y en la práctica constitucional de nuestro tiempo, como garantías de una compleja división y limitación del poder, o si se quiere, de un complicado sistema pluralista al que la Constitución, preservando y regulando su equilibrio, es capaz de dotar de unidad". M. ARAGÓN REYES, El control como elemento inseparable del concepto de Constitución, REDC, nº 19, 1987, pág. 36. Véanse también en el mismo sentido: F. RUBIO LLORENTE, El control parlamentario, Revista Parlamentaria de Habla Hispana, nº 1, 1985, pág. 86; Señalemos por último un expresivo canto a la libertad y al control del poder que B. RUSSELL menciona en *El poder en los hombres y en los pueblos*, op. cit., pág. 207.: "Al pasar junto al monte Thai, Confucio avanzó hasta una mujer que lloraba amargamente junto a una tumba. El maestro se apresuró y llegó rápidamente hasta ella; entonces envió a Tze-lu para que la interrogase. «Tus lamentos -le dijo. Son de quien ha sufrido un dolor tras otro». Ella replicó: «Así es. Una vez el padre de mi marido fue muerto aquí por un tigre. Mi marido fue también muerto y ahora ha muerto mi hijo del mismo modo». El Maestro dijo: «Por qué no dejas este lugar?». La respuesta fue: «Aquí no hay un gobierno opresor». El Maestro dijo entonces: «Recordad esto, hijos míos: el gobierno opresor es más terrible que los tigres»".

¹² Bien es verdad que aquí hay que distinguir necesariamente entre la situación en los estados que cuentan con una democracia estable, basados en la alternancia natural del poder, y los que no reúnen estas características. En los primeros, como señala B. RUSSELL (op. cit., pág. 146), para explicar porque los Parlamentos no siguieron la estela del infausto Parlamento Largo, el abandono del poder no tiene consecuencias irreparables. En los sistemas no democráticos o con graves problemas de estabilidad el que deja el cargo tiene la tentación de "blindar" su posición, comprometiendo así la actuación de los que le sucedan. Se puede considerar como último episodio significativo de esta tendencia el modo en que se condujo el Presidente en funciones de Rusia, Vladimir Putin, cuya primera medida al alcanzar el poder fue dictar una norma eximiendo totalmente de responsabilidad a Boris Yeltsin, el Presidente anterior que lo había designado primer ministro (y con ello Presidente en funciones en caso de dimisión del Presidente), y a su entorno. Cfr. "El País" de 2 de enero de 2000, que titulaba su información: "Yeltsin logra un retiro con inmunidad".

Gobierno desde los paradigmas característicos de la doctrina del órgano¹³; muy al contrario, tras él late la idea de que el cese del Gobierno es un mecanismo inesquivable del régimen parlamentario (y de todo régimen democrático) que sirve a la más completa¹⁴ salvaguardia de sus principios para lograr la renovación de los órganos implicados¹⁵.

De lo anterior se deduce que hay dos órdenes de consideraciones que necesitan ser atendidas de inmediato. En primer lugar, es preciso señalar que nos encontramos ante un núcleo de problemas sólo abordable desde la perspectiva principalista. En segundo término, y en conexión con lo anterior, no podemos referirnos a la continuidad/cese del Gobierno sin atender a la posición constitucional que ocupa este órgano en el equilibrio entre poderes.

1.1. El cese del Gobierno y la teoría principalista

En el caso que nos ocupa encontramos dos razones para optar por la teoría principalista como principal marco explicativo.

1. El derecho contemporáneo, especialmente el constitucional, discurre, obligadamente además, por esta senda¹⁶. Efectivamente, cada vez es más palmario¹⁷ que no es posible resolver la conflictividad del mundo contemporáneo, que no es posible lograr la unidad política de que hablaba HESSE como objetivo inexcusable de la norma constitucional¹⁸, sin

¹³ A estos nos referiremos someramente en breve.

¹⁴ En este sentido, cabe afirmar que las respuestas que el ordenamiento ofrece para racionalizar el cese del Gobierno y el fin del mandato de los parlamentarios no son tan diferentes como de una primera aproximación podría deducirse. Ambas pretenden, sobre todo, ralentizar las funciones ordinarias del Parlamento y del Gobierno como muestra del mayor respeto a los procesos cruciales que vendrán a continuación: la celebración de un proceso electoral o la formación de un nuevo Gobierno.

¹⁵ Señala SATRÚSTEGUI: "El artículo 101 intenta sistematizar las causas del cese del Gobierno y regular la situación de ese órgano constitucional durante el período de tránsito que media entre el cese de un Gobierno y la formación de otro nuevo. Refleja, por lo tanto, el propósito de ordenar normativamente algunas pautas de funcionamiento de la forma de gobierno parlamentaria, en la línea de lo que en el constitucionalismo europeo del siglo XX se denomina como parlamentarismo "racionalizado"". Cfr. "Comentarios al artículo 101", en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, op. cit., pág. 347. La trascendencia del estudio de los problemas que presentan los Gobiernos carentes de confianza es enorme ya que los principios comprometidos son la esencia misma del propio sistema de Gobierno. DOUENCE señala, por ejemplo, que el Consejo de Estado Libanés al tener que definir la extensión de las atribuciones del Gobierno dimisionario hubo de exponer una interpretación omnicompreensiva del régimen político libanés. Cfr. J.C DOUENCE, Liban. *L'expédition des affaires courantes par un gouvernement démissionnaire*, *Revue du Droit Public*, 1970, pág. 1117.

¹⁶ "Los principios no pueden seguir siendo concebidos en el Estado Constitucional como elementos de una función supletoria, integradora o correctiva, de manera que sólo hay que apelar a ellos cuando el resto de las normas no cumplen la función que el ordenamiento les atribuye. En el Estado Constitucional su función no es ocasional, sino permanente y absolutamente central, puesto que los principios aseguran la conexión entre el ser y el deber ser, cuya escisión radical es el fundamento primero del positivismo. El intérprete, cuya tarea es la de mediar entre norma y realidad ha de contemplar los hechos a la luz de los principios para determinar su sentido y establecer su valoración". F. RUBIO LLORENTE, "Recensión a Il Diritto Mite de G. ZAGREBELSKY", *REDC*, nº 40, 1994, pág. 431.

¹⁷ Señala ARAGÓN REYES: "Que el derecho, hoy, es principalista no ofrece dudas y es cuestión aceptada por la mejor doctrina europea continental y anglosajona". *Derecho y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 73. De entre los autores que participan de esta corriente es ya un lugar común destacar a DWORKIN (en el derecho anglosajón) y a ALEXY y ZAGREBELSKY (en el continental).

¹⁸ Es preciso resaltar que en la tesis de este autor "formación de unidad política no significa la producción de un armónico estado de coincidencia general y en cualquier caso no la eliminación de las diferencias sociales, políticas o de tipo institucional y organizativo a través de la nivelación total. Dicha unidad no resulta imaginable sin la presencia y relevancia de conflictos en la humana convivencia. Los conflictos preservan de la rigidez, del estancamiento en formas superadas; son -si bien no únicamente- la fuerza motriz sin la cual el cambio histórico no se produciría". La amplitud del contenido normativo de los principios los hacen, a nuestro juicio, especialmente adecuados para conciliar las exigencias ontológicamente conflictuales del par unidad-conflicto. Cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Selección, traducción e introducción de P. CRUZ VILLALÓN, *Escritos de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1992, pág. 9).

la concurrencia constante de la fórmula jurídica más densa, más preñada de implicaciones¹⁹, y por ello menos apegada a la contingencia concreta: el principio²⁰.

2. Si todos los estudios de Derecho Constitucional deben partir de este dato, la obligación es indeclinable cuando se trata de estudiar el sentido de expresiones tan opacas como “el gobierno continuará en funciones”²¹. Aquí es más que flagrante que sin partir del entramado de principios de nuestro Estado constitucional, y en concreto, de los que animan el sistema de órganos, desentrañar el sentido de esta fórmula resultaría un esfuerzo más que considerable y sin ninguna garantía de éxito. En realidad, en este caso estaríamos obligados a suplir con los principios lo que la regla nos esconde²². Porque hay que considerar que el artículo 101 no es en sí un principio (como el principio democrático o la dignidad humana), no tiene el carácter fundante que es propio de estas normas²³, sino más bien una regla fallida por incompleta (de la que seguramente cabe inferir varios principios necesitados de armonización mutua). Ante tal situación, el modelo principialista nos conduce a los principios que sitúan al Gobierno para poder colmar el artículo 101.

¹⁹ ZAGREBELSKY muestra que la posición refractaria a los principios “encierra la intrínseca contradicción de asignar a las normas de mayor densidad de contenido -los principios- una función puramente accesoria de la que desempeñan las normas cuya densidad es menor -las reglas. Esto deriva del persistente prejuicio de pensar que, en realidad, las verdaderas normas son las reglas, mientras que los principios son un plus, algo que sólo es necesario como “válvula de seguridad” del ordenamiento”. *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 117. Compartiendo el enfoque de éste autor sobre la parcialidad del enfoque positivista, estimamos que obedece a algo más que un prejuicio arbitrario. La razón esencial de la preferencia por las reglas deriva precisamente de la alerta positivista ante la mayor densidad de contenido de los principios. Es decir, no es que no hayan reparado en tal cuestión, sino que, para el positivismo, mayor densidad significa mayor conexión con la moral y, en consecuencia, algo a depurar del derecho.

²⁰ Acoger la perspectiva principialista de la forma en que lo hacemos no implica plegarse ante todas las implicaciones que se han querido desprender de ella. En especial, la afirmación del principialismo que mantenemos niega la identificación derecho-regla, pero ante esta negación debemos extremar las precauciones y decir: 1) que en modo alguno significa desconocer el valor fundamental que la regla ha de seguir prestando en el derecho; 2) que, si poco cuestionamos la regla, más aun nos guardaremos de sostener el “destronamiento” de la ley; 3) que es precisamente la perspectiva principialista la que nos llevará a afirmar la centralidad del Parlamento, frente a la nueva centralidad del juez que postulan algunos autores (Valgan, como ejemplo, las palabras de J. DERRIDA: “Para ser justa, la decisión de un juez por ejemplo, no debe sólo seguir una regla de derecho o una ley general, sino que debe asumirla, aprobarla, confirmar su valor, por un acto de interpretación reinstaurador, como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara él mismo en cada caso”. Cfr. *Fuerza de ley. El “fundamento místico de la autoridad”*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 52.) En el curso de este trabajo trataremos de demostrar un uso plausible de la teoría principialista que no tenga como consecuencia necesaria la centralidad del juez. Si lo consigue, habremos conseguido librar al principialismo de algunos de los recelos que RUBIO LLORENTE apunta atinadamente en la recensión a la obra de ZAGREBELSKY antes citada.

²¹ Este es uno de los casos en los que hasta la posición más contraria a los principios, residenciable históricamente en el positivismo decimonónico, no se resistiría a su uso supletorio de la regla fallida que propicia una laguna. En efecto: cabe cuestionar la posición central de los principios; cabe negar que por los principios pasen todos los hilos del derecho constitucional de nuestros días, pero lo que en ningún caso puede soslayarse es la posición supletoria o correctiva que siempre han desempeñado en el positivismo jurídico. Desde este punto de vista, en el tema que nos ocupa, la perspectiva principialista deja de ser una vocación doctrinal para constituir la obligación más inexcusable de cualquier intérprete. Así la necesidad se nos hace evidente cuando colocamos como centro de la perspectiva los problemas que pretendemos resolver, cuando buscamos desprender consecuencias de la expresión “el gobierno continuará en funciones”. ¿No es este precepto -un ejemplo más por otra parte de la llamada textura abierta de la norma constitucional- irreducible a categoría dogmática cierta sino es desde un análisis que parta de los principios para construir un sistema?

²² Podemos hablar aquí de una incompleción puntual del ordenamiento constitucional que puede ser colmada por acción de los principios. En tal operación se traduciría la revisión (que no superación) del dogma liberal de la plenitud. En las acertadas palabras de BALAGUER CALLEJÓN, “La proliferación de huecos normativos en el ordenamiento exigía una revisión del dogma de la compleción (...) En todo caso, se produce un cambio de orientación en el sentido de que la compleción no se considera ya un presupuesto o un punto de partida previo al proceso de interpretación y aplicación del Derecho y, por tanto, desde una perspectiva estática, sino como el resultado tendencial de un proceso y, por tanto, desde una perspectiva dinámica. El ordenamiento, en consecuencia, no es ya completo, sino completable”. *Fuentes del derecho I. Principios del Ordenamiento Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 163.

²³ L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, 1985, pág. 71.

Por el contrario, tal perspectiva nos aleja de una teoría que ha tratado de explicar la continuidad de los órganos desde el significado que a éstos se le ha dado desde hace más de un siglo en Alemania e Italia. En efecto, no son pocos los trabajos que han procedido a estudiar los poderes de los órganos constitucionales, o de relevancia constitucional, en los momentos en que se suceden, colocando el mismo concepto de órgano como clave de bóveda. Ciertamente esto fue en gran parte debido al éxito que acompañó a la teoría de S. ROMANO y a las importantes implicaciones temporales que contenía. En concreto, y como es sabido, el autor italiano definió al órgano constitucional como aquel que era absolutamente necesario para identificar al Estado²⁴. Los órganos constitucionales debían, entonces, ser permanentes como trasunto perfecto de la misma continuidad estatal. Ya hemos anunciado que la enorme fuerza atractiva que ha tenido la teoría orgánica durante décadas, especialmente en Italia, ha provocado que muchos de los estudios que se han ocupado de la proyección temporal del Parlamento o del Gobierno hayan partido más o menos directamente de ella. Este es el caso, por ejemplo, de A. A. ROMANO²⁵ que concibe la prorogatio como una derivación necesaria del principio de continuidad de los órganos constitucionales, la piedra angular de su construcción. Este principio descansaría a su vez en una presunta relación entre la continuidad de los órganos constitucionales y la continuidad del Estado. La proyección normativa del principio de continuidad lograría evitar así una total interrupción de la actividad de los órganos constitucionales que comprometiera la propia existencia jurídica del Estado²⁶.

Esta teoría, sin embargo, no describe adecuadamente la realidad actual ya que, asumiendo, como premisa general, que la inactividad de los órganos repercute en el Estado²⁷, nos encontramos con que las consecuencias del decaimiento funcional son sustancialmente distintas en función del órgano afectado. No se pueden considerar del mismo orden, por ejemplo, los efectos que se deriven del cese del Gobierno y de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. En definitiva, nos sumamos aquí a quienes vienen denunciando desde antiguo que la categoría de órgano constitucional fue funcional en el marco de la teoría de la personalidad jurídica del Estado, bajo la cual nació, pero que hoy es claramente insuficiente y equívoca. Así, señala PIZZORUSSO que es imposible identificar un status realmente común a todos los órganos constitucionales, lo que traba la solución de los problemas concretos que presentan²⁸ ¿Cómo vamos a desprender, desde la

²⁴ S. ROMANO, "Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato", en *Scritti minori*, Giuffrè, Milán, 1950.

²⁵ A. A. ROMANO, *La prorogatio negli organi costituzionali*, Giuffrè, Milán, 1967, pág. 12.

²⁶ A. A. ROMANO, op. cit. pág. 76. En el mismo sentido: "Gli istituti della continuità e, primo fra tutti, la prorogatio sono da considerare come posti da principi generali dell'ordinamento che fa della continuità del funzionamento dei suoi organi una condizione della sua esistenza", op. cit., pág. 78.

²⁷ Lo que dista de ser del todo exacto. La crítica más evidente que se puede hacer a esta afirmación es que no toda interrupción de la actividad de un órgano repercute del mismo modo en la continuidad estatal. No es lo mismo que se interrumpa una función normativa o que lo haga una de control. En otro sentido asumir esta tesis, sin necesidad, como intentamos demostrar significaría tratar en esta sede la tesis kelseniana, radicalmente opuesta a la que presentamos, porque identifica la Estado no con sus órganos sino con el ordenamiento jurídico. El planteamiento de esta alternativa no tiene lugar en ningún caso en este momento del discurso.

²⁸ Por esta razón PIZZORUSSO entiende que "l'utilità dell'individuazione di criteri distintivi degli organi costituzionali o supremi o sovrani sembra reperibile più sul piano dell'illustrazione del sistema di governo a fini didattici o scientifici che non sul piano della sua applicazione a fini normativi (anche se quest'ultima non pare tutavia da escludere in modo assoluto)". A. PIZZORUSSO, "Organizzazione dei pubblici poteri", *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXI, Milán, Giuffrè, 1981, pág. 155. Lejos de ser tan complaciente, SANTAMARIA es la viva imagen de quien se acerca a esta teoría con pretensiones de encontrar alguna utilidad. Es difícil explicar con mayor elocuencia su desazón: "Con todo, el mayor escollo que esta teoría ofrece en la actualidad radica en la enorme abstracción y disparidad de los estudios que sobre ella se han alumbrado en el último medio siglo: resulta desalentador comprobar cómo la doctrina no ha llegado a alcanzar siquiera una mínima base de acuerdo terminológico. Los tratamientos que del tema se encuentran en monografías y obras generales guardan entre sí muy escasos puntos de contacto: ante la escasez de datos de Derecho positivo, las exposiciones derivan con peligrosa a lúdicos divertimentos sobre abstracciones; a una mera ars combinatoria de conceptos del peor género post-pandectístico, hecha a la medida de los caprichos del autor más que para servir a las necesidades de la interpretación jurídica. La teoría del órgano se convierte así en un terreno movedizo e inestable, mareante para quien no posee un conocimiento profundo de la bibliografía, y en el que la energía intelectual que ha de consumirse para el simple trabajo de deshacer equívocos conceptuales alcanza niveles de escandaloso despilfarro". J. A. SANTAMARIA PASTOR, *La teoría del órgano en Derecho Administrativo*, REDA, nº 40-4, pág. 44.

noción abstracta de órgano, una caracterización válida de la autonomía normativa interna del Parlamento o del Tribunal Constitucional, por poner un ejemplo? ¿Es que del hecho de que el TC y el Parlamento participen de la categoría órganos constitucionales podemos barruntar algo acerca de la posición que ocupen en el sistema de fuentes las normas que dicten en el ejercicio de su autonomía interna²⁹? Otro caso claro que, a mayor abundamiento, nos cerciora de la disfuncionalidad en la que hace incurrir el análisis orgánico es el del llamado conflicto entre órganos constitucionales. Con gran acierto GÓMEZ MONTORO, despeja el problema metodológico, al que le abocaba la denominación del proceso constitucional al que consagra su estudio, señalando que

“Es dudoso, sin embargo, que la categoría (la de órgano constitucional) pueda servir como base sólida de construcciones normativas, y por ello configurar un proceso constitucional como conflicto entre órganos constitucionales supone dejar abierto el interrogante sobre los órganos legitimados. En este sentido, quizás sea preferible acudir a fórmulas como la alemana, donde lo relevante para que intervenga el BverfG no es que se trate de un conflicto entre órganos constitucionales, sino que se discutan competencias -de órganos constitucionales o no- atribuidas por la norma fundamental, y por ello de conflictos con relevancia constitucional”³⁰.

En suma, después de ver que la teoría del órgano no parece necesaria para la comprensión individualizada de los problemas que presentan poderes que se encuentran en posiciones constitucionales claramente diferenciadas, no cabe ni buscar ni, desde luego, extraer consecuencias

²⁹ En el mismo sentido L. M. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ: “Sólo de un modo sumamente limitado puede predicarse de todos los órganos hasta aquí citados -se refiere a la enumeración que se desprende del rastreo cuidadoso por el ordenamiento jurídico y que incluye órganos tan variopintos como el Gobierno, el Congreso de los Diputados, el Senado, el CGPJ, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo de Estado, el Fiscal General del Estado y por último la Corona (a la que por cierto no se refiere el ordenamiento en ningún momento)- un régimen jurídico unitario. En cuanto a su desarrollo normativo, si bien es cierto que probablemente todos ellos quedan vedados al decreto-ley como «instituciones básicas del Estado» en el sentido del artículo 86.1 CE (STC 60/1986, de 20 de mayo), no lo es que sobre todos ellos -incluidos aquellos que, sin duda, son más relevantes- pese una reserva de ley orgánica. Por lo que hace al contenido de ese régimen jurídico unitario, es usual afirmar que los órganos constitucionales gozan de un cierto grado de autonomía, tanto normativa como financiera y de personal a su servicio; pero, aparte de que ello dependa de lo que en cada caso disponga el Derecho positivo, existen notables diferencias cualitativas y cuantitativas de autonomía de un órgano a otro. Así, por ejemplo, mientras la autonomía normativa de las Cámaras está constitucionalmente garantizada (art. 72.1 CE) y sus reglamentos únicamente pueden ser enjuiciados por el TC (art. 27 LOTC), la de otros órganos sólo está prevista a nivel legal y los correspondientes reglamentos pueden ser controlados en vía contencioso-administrativa (art. 58 LOPJ)”. El juicio de este autor, notablemente crítico -como lo es el de la práctica totalidad de la doctrina contemporánea- con la categoría “órgano constitucional” es notablemente más complaciente con el otro concepto que acuñó CHELI en su conocido artículo: *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale (Archivio Giuridico*, vol. CLXIX, 1965). Mantiene DIEZ-PICAZO que el concepto de órgano con relevancia constitucional, entendiendo por tales “todos que se encuentran previstos a nivel constitucional” sí es “un concepto jurídico preciso, ya que se apoya en un dato claro e incontrovertible; y, sobre todo, es un concepto útil, porque del mismo se derivan consecuencias jurídicas homogéneas e inequívocas. Tales son que el legislador no pueda suprimir dichos órganos y que, eventualmente, al regularlos deba respetar un núcleo de características organizativas y funcionales constitucionalmente previsto: esto es, sobre los órganos con relevancia constitucional pesan garantías institucionales”. De estar en lo cierto DIEZ-PICAZO bastaría con sustituir la vieja teoría del órgano constitucional por la de los órganos con relevancia constitucional. Lo que ocurre es que ni siquiera este último concepto se apoya en “el dato claro e incontrovertible” que quiere DIEZ-PICAZO. En efecto, en el artículo de CHELI que parece ser su apoyatura doctrinal principal, se contempla como órgano de relevancia constitucional en primer lugar, “quello direttamente contemplato e al meno in parte regolato da norme formalmente costituzionali” añadiendo a continuación un criterio que restringe esta cualidad solo a aquellos “che, espressamente contemplati dalla costituzione formale, siano anche situati in posizione di supremazia, al vertice del sistema”. Dándose la circunstancia de que ambos criterios concurren también en los órganos constitucionales tal y como los había venido caracterizando CHELI en su desarrollo, la nueva categoría propuesta vendrá definida por el resultado de sustraer de aquellos órganos que incurran en los dos criterios mencionados, los constitucionales, lo que hace a la nueva doctrina tan inestable como al anterior. CHELI, op. cit. págs. 111-112. Por otra parte aunque la noción fuese tan diáfana como se pretende, ¿tan precisa nos es para saber que ciertos órganos son beneficiarios de una protección frente al legislador en virtud de una garantía institucional? La tesis de DIEZ-PICAZO en *Órgano constitucional*, *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Madrid, 1995, págs. 4695-4697.

³⁰ A. GÓMEZ MONTORO: *El conflicto entre órganos constitucionales del Estado*, CEC, Madrid, 1992, págs. 323-324.

ciertas de un argumento como éste, y menos aun cuando en el derecho positivo no hay indicios de una configuración global (del tipo “conflicto entre órganos constitucionales”) de la proyección temporal de los órganos. Entre entender la continuidad del Parlamento y del Gobierno a partir del principio democrático, y entenderla a partir de la teoría del órgano no hay una mera complementariedad sino todo un abismo.

Por ello no se puede aludir a los problemas a los que en Italia se da solución con el instituto de la *prorogatio* como si fuesen problemas en principio comunes a todos los órganos constitucionales. Por decirlo claramente: en mi opinión, no hay apoyatura jurídica-constitucional alguna para deducir nada parecido a un principio denominado principio de continuidad de los órganos constitucionales, y tampoco parece acertado hablar como hace MARRAMA, en otra monografía de la misma época, de “un principio general de continuidad de los órganos públicos como un aspecto de un principio general de continuidad de la actividad pública necesaria”³¹. Es clarificador ver los problemas de continuidad desde el órgano que los presenta, comprobando que son ontológicamente diferentes si el órgano es representativo o no, si se refieren al Gobierno, al Parlamento o al TC, etc³². Estos datos -y no otros supuestamente consustanciales a la propia noción abstracta de órgano- son los que originan las alteraciones de competencia, como señala con acierto ELIA en *Sulla “ordinaria amministrazione” degli organi costituzionali*³³.

Alguna doctrina italiana parece finalmente haber abandonado en tiempos recientes este análisis estático³⁴. Por ejemplo, en el estudio que a la *prorogatio* de las Cámaras dedica

³¹ R. MARRAMA, *Titolari degli organi pubblici e principio di continuità. (Sul problema della c.d. «prorogatio» dei poteri)*, Morano, Napolés, 1969, pág. 13. Esta no es, desde luego, una opinión aislada sino un perfecto exponente de la doctrina que veía en la *prorogatio* “un instituto che serve ad assicurare, in qualche modo, la continuità dell’esercizio delle pubbliche funzioni”; es decir, la manifestación de un principio al que en su recepción jurisprudencial se atribuía carácter general “nei confronti degli organi amministrativi dello Stato o degli enti pubblici, territoriali o istituzionali, e che ancora in epoca post-costituzionale si riaffermava, tale carattere con riguardo tout court all’intero ordinamento o al diritto pubblico”. Esta definición de la *prorogatio*, elaborada por TOSATO, en D’ORAZIO, *Considerazioni critiche sulla prorogatio nell’organizzazione costituzionale italiana*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n° 3, 1980, pág. 819.

³² En esta singularidad insiste también GARCIA HERRERA: “En distinta medida, los órganos constitucionales aportan su contribución a la estabilidad general del ordenamiento jurídico. No sorprende, por ello, que para cada uno de ellos se establezcan las previsiones normativas correspondientes capaces de asegurar la continuidad que redundará, en última instancia, en la funcionalidad del sistema”. La continuidad del gobierno vasco, *RVAP*, n°11, enero-abril, 1985, pág. 84. (Las cursivas son mías).

³³ En *Archivio Giuridico*, 1958, págs. 89-90. Pese a que el artículo de ELIA se refiere al problema de la alteración de competencias en la que incurrían tan sólo los órganos representativos, omitiendo toda referencia al resto de los llamados órganos constitucionales, su título evoca de nuevo el equivoco que denunciamos, delatando la tiranía doctrinal que la categoría ejerció durante tanto tiempo.

³⁴ Una exposición completa -preñada de implicaciones a partir de una premisa mayor cuya fragilidad es destacada sin reparos por el autor- en D’ORAZIO: “Non v’è dubbio, comunque, che il principio (se refiere a la *prorogatio*) (...) trova in quella particolare natura (costituzionale) e nei connessi caratteri di indefettibilità e necessità dell’organo stesso e delle sue funzioni un presupposto logico-giuridico(...) Il rilievo, infatti, che il principio è espressamente riconosciuto nei confronti di alcuni organi della stessa categoria e la convinzioni dogmatica (peraltro non pacifica) che agli organi costituzionali sia da riconoscere -nonostante talune peculiari differenze conesse alla diversa composizione (rappresentativa o non) o natura delle funzioni (politica o non) -un regimen sostanzialmente, o tendenzialmente, comune ed omogeneo (che consenta, quindi, di colmare «lacune» formali con i «mezzi propri della scienza del diritto» e di non fondare, invece, su di esse l’esclusione delle garanzie) ha fatto ritenere: a) che la *prorogatio* sia e debba essere operante ed applicabile quando il fondamento del principio (...) si possa, per implicito, desumere da altre disposizioni (...); e b) che l’eventuale norma sottordinata (...) che la enuncia e la rende concretamente applicabile, lungi dall’esserne l’effettivo (...) fondamento giuridico, acquisti, invece, natura meramente dichiarativa o certificativa di un principio già operante ex se per forza propria, fondato aliunde su un principio istituzionale di continuità delle funzioni dello Stato (...) e reso, in definitiva, indefettibile dal carattere funzionale dei poteri esercitati (...)”. D’ORAZIO, op. cit. Págs. 831-832. La inclusión de esta larga cita trata de demostrar que la postura a la que nos estamos refiriendo está lejos de ser inocua. Muy al contrario, está plagada de consecuencias, lo que justifica el tratamiento extenso que como cuestión liminar le venimos dando.

PISANESCHI, no se atisba ninguna huella de esta teoría y sí, en cambio, un análisis de las posición y funciones de la Cámara en *prorogatio* a partir de la evolución constatable del régimen parlamentario en Italia³⁵.

En España detectamos ecos del argumento del órgano en el completo artículo que LAVILLA RUBIRA dedica a las Diputaciones Permanentes. Dice LAVILLA, siguiendo la canónica exposición de ROMANO, que hay

*“una precisa interconexión entre la continuidad de los órganos constitucionales y la continuidad del Estado mismo, de suerte que aquella se erige en una exigencia de los principios generales del ordenamiento de éste. Los órganos constitucionales -entre los que el Parlamento ocupa un lugar central- se caracterizan, en efecto, por su indefectibilidad, por ser, como afirma uno de sus principales artífices de su elaboración conceptual, «necesarios para individualizar al Estado en un momento histórico dado, para darle efectiva existencia, para reducirlo de una simple abstracción a un ente vital”*³⁶.

Es de rigor, no obstante, señalar que este argumento tiene muy poco peso en el desarrollo ulterior que el autor realiza. Tampoco está muy presente en el resto de las exégesis que se han realizado sobre los problemas aludidos. Y es que la menor repercusión de la teoría del órgano en España (así como la inexistencia de un figura como la *prorogatio*) han allanado bastante el camino a nuestra doctrina que ha comenzado sus estudios sin este pesado fardo, sugerente, pero baldío.

En definitiva, no existe el problema de la continuidad del Parlamento y del Gobierno como una apostilla del problema de la continuidad de los órganos constitucionales. No encontramos huellas de un principio aislado denominado indefectibilidad de los órganos constitucionales del que se puedan sacar conclusiones ciertas. Sólo cabe, si acaso, pergeñar una serie de principios como el de indefectibilidad del órgano representativo (que únicamente sería la matriz conceptual de la continuidad parlamentaria); el que traduce a hechos ciertos el cese del mandato de parlamentarios y miembros del Gobierno; y el de continuidad de la actividad de gobierno necesaria. Para ubicar fructíferamente al Gobierno en funciones deberemos, pues, de acudir a los elementos con los que indefectiblemente la Constitución marca al ejecutivo: la democracia (artículo 1.1) y el parlamentarismo (art. 1.2 y Título V).

1.2. Posición constitucional ordinaria del Gobierno en nuestra Constitución

Tras el considerable esfuerzo que la doctrina ha realizado para caracterizar al Gobierno, éste aparece como un órgano fundamental (no es preciso caracterizarlo como constitucional), como un auténtico poder activo, que ejerce sus atribuciones al amparo de la que el artículo 97 CE llama

³⁵ PISANESCHI entiende que el estudio de la prorogatio hace evidente que su evolución es correlativa a la transformación efectivamente sufrida por el modelo constitucional, cifrando esta evolución en la centralidad del Parlamento, concepto acuñado a partir de una concepción determinada del principio democrático y del régimen parlamentario. PISANESCHI, *La prorogatio delle Camere ed equilibrio tra i poteri*, Giappichelli, Turin, 1993, págs. 3-4.

³⁶ LAVILLA RUBIRA, La Diputación Permanente en el Ordenamiento español, en *Comentarios a las Leyes Políticas* (dir. por O. ALZAGA), Edersa, Madrid, 1989, págs. 623-624.

“función de dirección política”. Es incontrovertible, en efecto, la relevancia del Gobierno (ya no ejecutivo) en el Estado social que la CE diseña. Basta hacer un somero repaso de las atribuciones que la Constitución o las leyes atribuyen al Presidente o al Gobierno para que todo comentario adicional huelga.

Algún matiz más es preciso hacer cuando se considera al Ejecutivo (llamémoslo así sólo para evitar la redundancia) desde el punto de vista de la forma de gobierno parlamentaria sancionada por el artículo 1.3. Al hilo de este principio debemos acabar de perfilar la posición constitucional del Gobierno en nuestro sistema. Se trata ahora de una difícil medición de sus relaciones con el principal órgano representativo: el Parlamento. Efectivamente, en la fórmula “monarquía parlamentaria” se contiene una descripción de un proyecto, ciertamente flexible, ciertamente cooperativo, pero en el que el Congreso inviste al Presidente del Gobierno y controla su actuación a través de muy diversos medios. El órgano inmediatamente representativo es el constitucionalmente legitimado para controlar (para que el control se desarrolle en su sede) al que sólo lo es de forma mediata. La idea de equilibrio (también muy presente en todas las Constituciones desde que las fórmulas de MIRKINE hicieron fortuna y que en nuestro sistema aparece fundamentalmente, aunque no sólo, en la capacidad presidencial de disolver las Cámaras) debe contemplarse desde esta óptica y no implica, en consecuencia, una completa igualación de las posiciones constitucionales del Parlamento y del Gobierno. Antes al contrario: si realizamos un examen comparativo de estos órganos a partir de los datos ofrecidos por la norma constitucional nos resultará que el Parlamento ocupa una posición central en el sistema por su carácter representativo y porque en su procedimiento están insitos los conceptos de publicidad y discusión. Las Cortes, en nuestro modelo de democracia parlamentaria, se afirman como el lugar en el que la voluntad de los ciudadanos se hace presente (representar) a través de un modelo abierto, esto es: público y transaccional. De ahí que tengan encomendadas la función legislativa (la capacidad de elaborar las normas con mayor rango tras la Constitución) y la de control de la acción de gobierno (art. 66.2 CE). Frente a estas notas, el Gobierno se caracteriza por ser derivado, en cuanto que su Presidente es investido y eventualmente cesado por voluntad del Congreso, y por el papel marginal, cuando no inexistente, que ocupan los conceptos de publicidad y discusión³⁷. Con tales notas se concibe bien la atribución de la función ejecutiva y la congruente potestad reglamentaria tradicional. Sin embargo, el Gobierno que el artículo 97 propicia va ciertamente más allá. En concreto, es este órgano el que, según reza el citado artículo, debe dirigir “la política interior y exterior, la administración civil y militar y la defensa del Estado”. Para un importante sector doctrinal, este elemento es absolutamente definitorio para caracterizar al Gobierno en cuanto que lo convierte en el auténtico motor del funcionamiento del sistema constitucional de poderes. La atribución de la función de dirección política en favor del ejecutivo sirve, así -siempre siguiendo el hilo de la doctrina aludida- no sólo para ponderar su carácter “autónomo”³⁸ respecto del Parlamento, sino para competir con el propio concepto de centralidad de las Cámaras.

Centrado de esta forma el debate, nuestra opinión se desmarca claramente de esta última postura. Los siguientes razonamientos juegan en su contra:

³⁷ Es, a estos efectos, muy relevante, que la promesa o juramento que realizan los miembros del Gobierno al tomar posesión de su cargo ante el Rey contenga una referencia expresa a la obligación de guardar el secreto de las deliberaciones del Consejo de Ministros. Así lo establece expresamente el punto 2 del RD de 5 de abril de 1979 (publicado, por cierto, para colmar una laguna, el mismo día 6 de abril en que tomó posesión el Gobierno salido de las elecciones de marzo anterior)

³⁸ I. DE OTTO, Organización y funcionamiento del Gobierno, *DA*, 1988, p. 178.

1. En primer lugar, se puede alegar que la supuesta “función de dirección política” es escasamente definitiva de un ámbito competencial concreto³⁹, por lo que parece especialmente delicado deducir de ella un entero desplazamiento de la órbita tradicionalmente asignada a los poderes desde la fórmula “monarquía parlamentaria”. Según nuestra óptica, la atribución de la función de dirección política tiene el cometido concreto de desarmar las pretensiones de quienes identificaban democracia y parlamentarismo monista⁴⁰, pero no autoriza a convertir a las Cámaras en un elemento secundario en la fijación de las líneas generales de la acción estatal⁴¹.
2. En segundo término, el razonamiento que toma la función de dirección política en favor del Gobierno como elemento clave de descripción del parlamentarismo contemporáneo, se apoya en un dato sólo aparentemente incontrovertible. Me refiero a que el artículo 97 incluye explícitamente, ya lo hemos visto, esta “función” en el ámbito gubernamental. Ahora bien: ¿veda también el precepto constitucional cualquier participación de otros órganos representativos en el ejercicio de la misma? ¿Es, en definitiva, la función de dirección política expresiva de una auténtica reserva conferida al Gobierno, una nueva y última vuelta de tuerca en el moderno constitucionalismo? La mayoría de la doctrina considera que la función de dirección política, en cuanto impulso, carece de la especificidad y concreción que es propia de las reservas. Antes bien, se pone de manifiesto que es un ámbito en el que la intervención del Gobierno no excluye la de otros órganos, especialmente el Parlamento⁴².

³⁹ De una parte es impropio llamarla “función”. Así ha señalado SAIZ ARNAIZ: “la imposibilidad de localizar dentro de un sistema pluralista, la titularidad y el ejercicio de la dirección política en un órgano determinado, el carácter altamente heterogéneo de las actuaciones que suelen reconducirse al concepto de dirección y su condición de *prius* respecto de las funciones tradicionales (legislativa y ejecutiva), son algunos de los argumentos habitualmente utilizados para no considerar a la dirección política como una cuarta función” *El Gobierno y la dirección de la política*, *RVAP*, nº 34, 1997, pág. 190. En el mismo sentido DE OTTO, *La posición constitucional del Gobierno*, op. cit., págs. 170 y ss. Compartiendo en lo sustancial esta postura pero con algún matiz C. VIVER PI-SUNYER: “A mi juicio, la actividad de dirección así entendida no constituye una cuarta función del estado, equiparable a las tres funciones clásicas. Y ello entre otros motivos, porque los actos mediante los que se ejerce carecen de suficiente homogeneidad procedimental, formal y de eficacia jurídica. Sin embargo, en los ordenamientos que analizamos, se trata de verdaderos actos jurídicos. (...) Es más son actos que, si bien, no forman una función estatal, sí pueden constituir una actividad jurídica con entidad propia, una categoría -definida en base a criterios formales y de contenido, como de hecho se definen hoy las funciones estatales- excluyente, no situada en el mismo plano de las funciones estatales clásicas”. (Las cursivas son mías) “Algunos problemas jurídicos en torno a la actividad de dirección política de los Ejecutivos de las Comunidades Autónomas” en *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, 1985, pág. 314. Las posturas que consideran la dirección política como una cuarta función son esencialmente italianas, al hilo sobre todo de la construcción de MORTATI. Un examen detenido de ésta, como de las posturas de CRISAFFULI y el resto de la doctrina italiana que han tratado la cuestión puede verse en M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel Diritto Costituzionale*. Napoles, Jovene, 1985, especialmente, págs. 185 y ss.

⁴⁰ I. DE OTTO, *La posición constitucional del Gobierno*, op. cit., págs. 176-177.

⁴¹ Como viene a defender LÓPEZ GUERRA en la voz “Dirección política”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, op. cit., pág. 4506-4507. Una valoración crítica de esta postura puede verse en J. L. CASCAJO CASTRO que afirma: “el planteamiento no me parece que sea incorrecto, pero no carece de riesgos; entre otros, el de convertir al Gobierno en permanente solista de la partitura constitucional, con el consiguiente menoscabo para otras instituciones políticas y sociales del sistema”. J. L. CASCAJO CASTRO, *La forma parlamentaria de Gobierno en el sistema constitucional español*, *RVAP*, núm. 34, 1992, pág. 9 (nota a pie núm. 2).

⁴² Esta es la tesis que mantiene, por ejemplo, C. VIVER PI-SUNYER: “Hoy se impone la tesis de la necesidad de una dirección política unitaria compartida por el Gobierno y el Parlamento capaz de asegurar un funcionamiento coordinado, sistemático y, en suma, eficaz del Estado. Precisamente, correspondería a la actividad de dirección política esta tarea unificadora”. Cfr. C. VIVER PI-SUNYER, *Algunos problemas jurídicos en torno a la actividad de dirección política de los ejecutivos de las Comunidades Autónomas*, op. cit., pág. 318. En el mismo sentido, entre otros, I. MOLAS BATLLORI e I. PITARCH, *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 30-34, F. SANTAOLALLA LÓPEZ, *Derecho parlamentario español*, Espasa Universidad, Madrid, 1990, págs. 245-248; SAIZ ARNAIZ, *El gobierno y la dirección...*, op. cit., pág. 195. MARTÍNEZ-ELIPE ha sistematizado recientemente un buen número de actos parlamentarios encuadrables dentro de la dirección política. Cfr. L. MARTÍNEZ-ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno. Volumen I. Fiscalización parlamentaria y extraparlamentaria. Inspección parlamentaria*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 133-146. Por nuestra parte, podemos señalar como uno de los ámbitos supuestamente más “puros” de dirección política del Gobierno, la dirección de la defensa, está profundamente “entreverado” de intervenciones parlamentarias. Véanse, si no, las competencias que

No basta, en consecuencia, con que el artículo 97 atribuya la dirección política al Gobierno para constituir una auténtica reserva, ya que, de ser así, tan sólo el Parlamento tendría carácter representativo por establecerlo en exclusiva el artículo 66.1 CE.

Por todo ello, no confiamos en el concepto de dirección política como base para una construcción de la posición constitucional del Gobierno, sobre todo cuando de lo que se trata es de medirlo con las Cámaras. Antes bien, la posición del Gobierno en nuestra CE encuentra un asidero más cierto en las nociones de confianza parlamentaria (requerida en su investidura, art. 99 CE, y determinante de su cese, arts 112 y 113 CE), y mayor representatividad de las Cámaras, igualmente más públicas y dialécticas. En este sentido, la posición del Gobierno se puede deducir de la ubicación central del Parlamento. Se trata de asumir una mayor legitimidad constitucional como consecuencia de su mayor cercanía con los principios de la democracia constitucional⁴³. Esta aseveración es absolutamente compatible con la que ciñe al Parlamento a las competencias conferidas por nuestra Norma Fundamental. De otro signo son las opiniones, por ejemplo, de MENÉNDEZ REXACH, para quien:

“en un Estado constitucional, lo que hay son órganos con determinadas competencias, sin poderse arrogar ninguno superior legitimidad que otro, tal cómo erróneamente se ha pretendido, haciendo del Parlamento y de la ley la expresión de la voluntad y de la soberanía nacional”⁴⁴.

Este argumento descansa en el indiscutible papel del concepto competencia en el Estado constitucional, endosándole un efecto igualatorio de las legitimidades de los distintos poderes con la función evidente que consta al final del párrafo: evitar la soberanía parlamentaria. Pues bien, en nuestra opinión no es en absoluto necesario presentar como una contradicción insalvable el binomio competencia-legitimidad diferenciada, para desestimar el concepto, efectivamente ajeno al Derecho constitucional, de soberanía parlamentaria. La verdadera oposición se presenta, como trataremos de demostrar más adelante, entre competencia y soberanía. Es decir, podemos descartar el efecto perverso del que abomina MENÉNDEZ REXACH desde la propia

atribuye a las Cortes el artículo 6 de la LODNOM: “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 Militar. Las Cortes Generales otorgan las autorizaciones previstas en el artículo 63.3 de la Constitución. Asimismo conceden la autorización previa para los tratados o convenios internacionales de carácter militar, según lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución. Las Cortes Generales debatirán las líneas generales de la política de defensa y de los programas de armamento con las correspondientes inversiones a corto, medio y largo plazo. Los efectivos totales de las Fuerzas Armadas y sus plantillas se ajustarán a las previsiones determinadas en las leyes especiales de dotación y en la Ley de Presupuestos, sin sobrepasar los límites que en ellas se fijen”. Sobre esta cuestión, cfr.: R. BLANCO VALDÉS, *La ordenación constitucional de la Defensa*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 136-158. Considérese también que la misma CE considera la función de dirección política en alguna ocasión como una *lex generalis* que admite la salvedad impuesta por una regla especial. Éste es el caso, de nuevo, de la función de dirección política de la defensa, atribuida con carácter general al Gobierno, pero marcada, en el caso de la guerra, por la *lex specialis* del artículo 63.3 CE, que confiere a las Cortes la competencia para declararla.

⁴³ Dice la STC 66/1985 (FJ 3º): “la presunción de legitimidad de los actos o normas que emanan de los poderes legítimos es, además, tanto más enérgica cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular, y llega por eso en su grado máximo en el caso del legislador, que lo es precisamente por ser el representante de tal voluntad”.

⁴⁴ A. MENÉNDEZ REXACH, *La Jefatura del Estado en el Derecho Público español*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979, págs. 367 y ss. De la misma opinión es LÓPEZ GUERRA, “La división de poderes del Estado constitucional, antes basada en una distinta legitimación de cada uno de ellos, se ha convertido en un reparto de las competencias del Estado entre órganos fundados en una misma legitimación”. *Funciones del gobierno y dirección política*, op. cit. pág. 19. En el mismo sentido: “Al desaparecer otras formas de legitimidad distintas de la democrática, el parlamentarismo se convierte en técnica de organización concreta de poderes, dejando de ser una técnica de armonización de legitimidades distintas”. Coincidimos con LÓPEZ GUERRA en que el parlamentarismo no es una técnica de armonización de legitimidades cualitativamente distintas, aunque creemos en cambio que una de sus razones actuales es la armonización de legitimidades cuantitativamente distintas. La última tesis de LÓPEZ GUERRA en *Modelos de legitimación parlamentaria y legitimación democrática del Gobierno: su aplicación a la Constitución Española*, op. cit. pág. 90.

noción de competencia como quintaesencia de lo que hoy significa el Estado constitucional, sin vernos obligados a presentar en el curso del argumento una contradicción cuando menos discutible. En conclusión, no encontramos ninguna oposición absoluta entre la noción de competencias y una gradación, desprendida de la propia Constitución, de legitimidades⁴⁵ (si se me permite la licencia). Antes bien, de acuerdo con el panorama que hemos trazado de la posición constitucional de los órganos representativos, contamos con datos suficientes para reiterar la mayor legitimidad del Parlamento respecto del gobierno desde el principio democrático. Esta mayor legitimidad puede traducirse en un concepto matizado, no excluyente, de centralidad parlamentaria, concepto que alude a la posición central que el órgano representativo tiene que ocupar, en todo caso y en todo momento, en el equilibrio de poderes.

En definitiva: al defender la centralidad parlamentaria como elemento estructural constitutivo de la llamada “democracia parlamentaria” estamos más lejos de cualquier forma de parlamentarismo monista que de la posición que definía al gobierno por relación a la función de dirección política. Centralidad parlamentaria, en fin, y soberanía de las asambleas⁴⁶ no son expresiones que pertenezcan hoy al mismo campo semántico. La centralidad de las Cámaras no persigue, así, conjurar la idea de equilibrio, que forma parte del patrimonio del parlamentarismo de nuestros días (en cuanto que derivación directa de la cualidad democrática del ejecutivo)⁴⁷, sino simplemente poner de manifiesto que el órgano más representativo tiene que ocupar una posición cualificada, una posición estructural preferente en el equilibrio entre poderes⁴⁸.

⁴⁵ En el mismo sentido VILLACORTA MANCEBO: “En todo caso, el hecho de que los dos órganos posean hoy día un origen democrático, no significa que en la articulación de las diferencias de ambos no existan diferencias apreciables. Si bien ya no cabe hablar de dos legitimidades diferentes, es preciso no olvidar que la Administración carece de legitimidad propia o directa”. *Reserva de ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 58.

⁴⁶ Esta construcción pone el énfasis en la contemporización que ha de presidir las relaciones entre los dos principales órganos representativos del Estado, rechazando el que ha sido uno de los elementos definitorios de la acepción canónica del parlamentarismo: la soberanía parlamentaria. Es preciso ser terminantes en este punto: el parlamentarismo es un sistema de gobierno que precisó históricamente del bagaje enorme con que contaba la noción de soberanía para afirmar la hegemonía del órgano representativo, y que ha ido progresivamente desprendiéndose de este concepto por su difícil compatibilidad con la Constitución del pluralismo, la limitación y los derechos fundamentales. La centralidad parlamentaria asume en su totalidad las tesis de FRIEDRICH (*Demokratie als Herrschafts und Lebensform*. Trad. esp. *La democracia como forma política y como forma de vida*, Tecnos, Madrid, 1961, pág. 37) y KRIELE (*Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates* (1975). (Trad. esp. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 150-151), entre otros, acerca de la desaparición del soberano en el Estado constitucional. Hemos de hacernos cargo, sin embargo, de que en Italia, país de origen de este concepto, se le han atribuido veleidades soberanistas (razón básica por la que desde aquí se le ve con tanta incomodidad. Cfr. v.gr., A. GARRORRENA MORALES en su voz “Parlamentarismo” de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995), pero entendemos, con DI CIOLO, tales efectos fueron más derivaciones equivocadas que implicaciones de la misma teoría (Cfr. V. DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Giuffrè, Milán, 1987, pág. 61. En concreto, el concepto que maneja este autor acota la posición central del Parlamento, anclándolo en la dimensión limitativa de las competencias que le atribuye el texto constitucional y en la compleja red de relaciones, tendencialmente paritarias, que le unen con el Gobierno). En España, con todo, no ha sido excesivamente buena la suerte del término, aunque cierta doctrina lo ha invocado con toda claridad. Véanse, por ejemplo: G. CÁMARA VILLAR, “Mito y realidad. Sobre ciertos enemigos menores e intrasistema de la centralidad del Parlamento”, en J. CANO BUESO y A. PORRAS NADALES (coords.), *Parlamento y consolidación democrática*, Tecnos, Madrid, 1994; I. MOLAS BATLLORI e I. PITARCH, *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 34; J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1995; y J.J.SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, El régimen parlamentario y sus enemigos (Reflexiones sobre el caso español), *REP*, núm. 93, 1996, pág. 44.

⁴⁷ Señala acerca de esta cuestión SOLOZÁBAL: “la idea de equilibrio del régimen parlamentario es tan importante como la que corresponde a la centralidad en el mismo del Parlamento”. Op. cit., pág. 44.

⁴⁸ Trasladamos a esta sede los términos con que SANTAMARÍA PASTOR (siguiendo la vía propuesta por PIZZORUSSO) se refiere a la ley ya que, pese a esta circunstancia, la particular matización que para él opera la referencia a la “posición estructural preferente” respecto del tradicional “primacía de la ley” y los limitados efectos que le atribuye permiten su aplicación analógica a la forma de gobierno. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, págs. 534-535.

Es especialmente oportuno resaltar que esta aseveración no deja de estar vigente en el período en el que el Gobierno está cesado. Es posible, incluso, señalar que la centralidad parlamentaria ha de quedar especialmente resguardada en este momento, ya que es uno de los que precisan mayor intensidad de controles (todo ello considerando que el Parlamento puede estar también “disminuido” competencialmente desde la disolución hasta que después de 25 días desde las elecciones se vuelva a constituir, art. 68.6 CE).

1.3. Marco doctrinal del Gobierno en funciones

Puede afirmarse sin dudar que el problema principal del Gobierno cesante o en funciones es el de la determinación de su margen de actuación así como de sus límites. Esta cuestión no ha sido, sin embargo, muy explorada por la doctrina española, por contraste con el interés demostrado, por ejemplo, por la doctrina francesa. Entre las causas de esta falta de atención no está su simplicidad, dado que es un tema de una complejidad constitucional estimable, ni, desde luego, su imposible trascendencia⁴⁹, como lo atestiguan los importantes debates que tuvieron lugar en Francia (especialmente a partir de los llamados testamentos ministeriales de la III y IV Repúblicas⁵⁰) o en Alemania⁵¹. Hay, en cambio, dos órdenes de razones para la postergación de este tema de los estudios de derecho público de nuestro país. En primer lugar, una primera justificación deriva de los derroteros actuales del parlamentarismo en los que nuestra Constitución se inserta plenamente. Recordemos que la racionalización del parlamentarismo se debió fundamentalmente al interés

⁴⁹ Trascendencia que supera los ámbitos estatal y autonómico, que son los que van a ser tratados en esta sede. Más allá de ellos, dejemos, al menos, constancia de que es una cuestión conflictiva también en los contextos europeo y local. Por lo que se refiere al primero, han surgido algunos problemas sobre la capacidad de la Comisión dimisionaria. En concreto, el tema se planteó cuando la Comisión de Cultura del Parlamento Europeo rechazó la comparecencia voluntaria de un responsable administrativo enviado por la Comisión sobre la base de que la dimisión de ésta constituía un impedimento para continuar ejerciendo sus funciones ordinarias (entre las que está la de ser oída, si lo solicita, en todas las sesiones parlamentarias, art. 197 TCEE). Esta es la interpretación que la Comisión Parlamentaria hizo del escueto artículo 215 TCEE según el cual: “Salvo en caso de cese, previsto en el artículo 216, los miembros de la Comisión permanecerán en su cargo hasta su sustitución. (Cfr. El País, 18 de marzo de 1999, en cuya información, por cierto, se apuesta por una interpretación del artículo citado que no está en su letra). Sobre esta cuestión, vid. A. MANGAS MARTÍN en A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, (2ª Ed.), McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 63. En el ámbito local, la regulación se contiene en la LOREG cuyo artículo 194.2 establece: “Una vez finalizado su mandato, los miembros de las Corporaciones cesantes continuarán sus funciones solamente para la administración ordinaria hasta la toma de posesión de sus sucesores; en ningún caso podrán adoptar acuerdos para los que legalmente se requiera una mayoría cualificada”. El espíritu que se desprende de este precepto es claramente limitativo: la continuación de las funciones se condiciona a la administración ordinaria, principio que se pretende garantizar con la prohibición taxativa de que se adopten acuerdos para los que se requiera mayoría cualificada, esto es, un especial consenso como consecuencia de la trascendencia de la medida. Una de las disputas de las que se puede dar cuenta en el ámbito municipal es la que tuvo lugar cuando la corporación municipal en funciones de Granada acordó sacar a subasta una serie de solares de importancia económica sobre la base de un concurso que se publicó, no obstante, días antes de la celebración de las elecciones. Cfr. “Ideal”, 28 de junio de 1999. El alcance del término “administración ordinaria” de las Corporaciones en funciones ha sido recientemente estudiado por C. ALONSO HIGUERA, *Elección y constitución de Ayuntamientos*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, págs. 21-30.

⁵⁰ Cfr. F. BOUYSSOU, L'introuvable notion d'affaires courantes. L'activité des gouvernements démissionnaires sous la Quatrième République, *Révue Française de Science Politique*, vol. XX, agosto, 1970, págs. 645-680.

⁵¹ Especialmente durante la vigencia de la Constitución de Weimar. AMPHOUX pone de manifiesto cómo no eran especialmente raros (especialmente en los Länder) los Gabinetes provisionales “instalados” durante un año o dos. Cfr. *Le Chancelier Fédéral dans le régime constitutionnel de la République Fédéral d'Allemagne*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969, pág. 146 (nota a pie núm. 4). Especial valor tiene las opiniones de un contemporáneo como C. SCHMITT, en *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971, págs. 56-57.

por disminuir las crisis gubernamentales⁵². Es palmario que los nuevos mecanismos de formación del Gobierno y de exigencia de responsabilidad política nacieron aplicados a este fin y que el grado de cumplimiento es altamente satisfactorio, por lo menos por lo que atañe a la eliminación de la inestabilidad propia de la III y IV Repúblicas francesas⁵³. En este sentido puede señalarse la práctica identidad entre la racionalización del parlamentarismo y la racionalización del número de crisis gubernamentales, lo que supuso el desplazamiento automático del interés doctrinal a otros campos. La consecución del objetivo propuesto tuvo así como primera derivación explicable la despreocupación por las consecuencias funcionales de los ceses de los órganos representativos, la renuncia a racionalizar⁵⁴ la misma crisis que el sistema, como no podía ser de otro modo, concebía ahora sólo como esporádica o periódica (cuando se trata de los procesos normales de renovación de los órganos representativos). Este fenómeno es especialmente patente en Francia, donde a partir de la aprobación de la Constitución de 1958, los estudios de las relaciones entre los poderes tras su cese son episódicos y normalmente referidos a los periodos anteriores.

Hay una segunda razón desde la cual observar ese relativo abandono de esta cuestión en la iuspublicística española, una razón directamente conectada con las circunstancias políticas de nuestro país. En efecto, los problemas se pueden concitar y, de hecho se han producido⁵⁵, cuando hay una alternancia en el poder y el Gobierno entrante difiere ideológicamente del cesante. Cuando la fuerza política que vence en las elecciones es la misma que dominaba la Cámara Baja en la anterior legislatura parece evidente que las controversias van a ser mínimas. La ruptura de esta dinámica en las elecciones de marzo de 1996 ha aconsejado su tratamiento normativo en la ley 50/1997 y, como no, también su exploración doctrinal.

⁵² Este autor señalaba: "Los hombres nuevos que llegan al Poder sí piensan en el porvenir, pero miran más aún en el pasado. No pueden olvidar todos los abusos del Ejecutivo monárquico, así que desconfían del Ejecutivo democrático. En esto consiste el punto débil de las Constituciones revolucionarias y ello constituye el origen del drama político que sufren los países de la Europa moderna". (pág. XXIV). Más concretamente señala en la página 18: "los miembros de las diversas Asambleas Constituyentes, acordándose de las frecuentes caídas de los Ministerios, productoras del debilitamiento del poder, y a fin de proteger a los nuevos Estado de los embates de un parlamentarismo excesivo y contra las crisis ministeriales demasiado repetidas, se esforzaron en reglamentar el voto de confianza, y así encontramos en ciertos textos nuevos procedimientos que, sin atender a la libertad del parlamento tienden a otorgar al Gobierno garantías contra un voto prematuro o irreflexivo de confianza". B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional* (Trad. esp. de S. ALVÁREZ-GENDÍN), ed. Reus, Madrid, 1934.

⁵³ León BLUM, privilegiado observador y participante de aquellos años, señala con gracia: "La inestabilidad ministerial, entre nosotros, tiene la misma naturaleza que las discusiones domésticas; corresponde a una incompatibilidad de humor crónica y determina que todos los sentimientos se agrien en una atmósfera común de monotonía, de impotencia y de fastidio". L. BLUM, *La reforma gubernamental*. Estudio preliminar, edición y traducción de J. GARCÍA FERNÁNDEZ. Tecnos. Madrid, 1996, pág. 42.

⁵⁴ La racionalización del poder es definida por MIRKINE como "tendencia dirigida a abrazar en el redil del derecho el conjunto social de la vida, en tanto que es tentativa para reemplazar el hecho metajurídico del poder por el derecho escrito". Op. cit., pág. XXIII.

⁵⁵ Cfr. "El País", martes 12 de marzo de 1996: "El traspaso de poderes ha adquirido una dimensión inédita. La explicación desde La Moncloa es clara. La continuas alusiones de Aznar en la campaña electoral a una resistencia del Gobierno de González a ceder el poder han forzado a los socialistas a ordenar inmediatamente, tras conocerse el resultado de las urnas, el relevo en los ministerios".

2. EL TIEMPO DEL GOBIERNO EN FUNCIONES

Procede ahora tomar en consideración cual es el lapso de tiempo del que estamos hablando, esto es, cuál es el periodo en el que el Gobierno cesante va a llevar a cabo su actividad, porque de no hacerlo se perdería de vista un dato esencial para evaluar la oportunidad y plausibilidad de la teoría propuesta⁵⁶. En este sentido:

1. Cuando su cese se lleva a cabo por la celebración de las elecciones generales la delimitación no es fácil. En principio, parece que el periodo máximo no puede ir más allá de dos meses desde la primera votación de investidura, que sólo tendrá lugar cuando el Rey se encuentre en condiciones de poder presentar un candidato al Congreso, sin que ni para dicha presentación ni para la convocatoria de la sesión de investidura por el Presidente del Congreso se haya señalado un plazo perentorio. Transcurridos estos dos meses sin que la investidura se haya alcanzado se convocan nuevas elecciones y se vuelve a repetir el proceso, con lo que el Gobierno continua en situación de interinidad (art. 99 CE)⁵⁷.
2. Cuando el cese se produce por haberse aprobado una moción de censura constructiva, la investidura como presidente del candidato incluido en la misma hace que el hiato sea de horas.

Cuando el cese se produce tras la pérdida de una cuestión de confianza, el artículo 114 CE establece la remisión al procedimiento del artículo 99, con lo que los plazos son los mismos que en el caso de elecciones generales. Y otro tanto ocurre con la dimisión y el fallecimiento del Presidente.

⁵⁶ Efectivamente, concretar el tiempo en el que el Gobierno en funciones va a desarrollar su actividad es un dato importante toda vez que su actividad funcional va a estar condicionada por criterios como el de la urgencia (sólo definible a partir de la magnitud temporal), pero sin que esto signifique que las reglas básicas varíen. Debemos partir también de que considerar el tiempo en esta sede es atender al dato fáctico esencial de la cuestión (recuérdese que el artículo 3.1 Cc señala que “Las normas se interpretarán según (...) la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”), un elemento que no puede ser ajeno a un sistema que aspira a ser no “una arbitraria construcción geométrica, sino el encuadramiento consecuente del individuo en su immanente vinculación a determinados problemas permanentes de un complejo problemático igualmente determinado y real”. J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956) (Trad. esp. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, BOSCH, Barcelona, 1956). En el mismo sentido ZAGREBELSKY señala: “L’interpretazione giuridica è stretta tra due poli: la norma regolatrice e il fatto da regolare; l’interprete è il mediatore tra la prima e il secondo. Sicché l’interpretazione appare la ricerca nell’ordinamento giuridico della regola adeguata al fatto da regolare”. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale I. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Turin, 1988, pág. 69.

⁵⁷ El periodo concreto durante el cual ha desarrollado sus funciones el Gobierno cesante tras la celebración de las elecciones es el siguiente:

1. Elecciones Generales de 15 de junio de 1977: Constitución del Gobierno el 5 de julio de 1977.
2. Elecciones generales de 1 de marzo de 1979: Constitución del Gobierno el 6 de abril de 1979. (No se dicta Real Decreto de cese).
3. Elecciones Generales de 28 de octubre de 1982: Constitución del Gobierno el 3 de diciembre de 1982.
4. Elecciones Generales de 22 de Junio de 1986: Constitución del Gobierno el 25 de Julio de 1986.
5. Elecciones Generales de 29-Octubre de 1989: Constitución del Gobierno el 6 de diciembre de 1989.
6. Elecciones Generales de 6 de junio de 1993: Constitución del Gobierno el 14 de julio de 1993.
7. Elecciones Generales de 3 de marzo de 1996: Constitución del Gobierno el 5 de mayo de 1996.
8. Elecciones Generales de 12 de marzo de 2000: Constitución del Gobierno el 28 de abril de 2000.

Puede apreciarse como el periodo de interinidad del Gobierno tras la celebración de las elecciones generales ronda el mes. Se alcanzaron, sin embargo, los dos meses hasta la constitución del nuevo Gobierno tras las elecciones de 1996 como consecuencia de las dificultades que el candidato del partido más votado tuvo para alcanzar un pacto de investidura.

El artículo 101 de la CE indica las causas de cese del gobierno, causas recogidas en los mismos términos en el artículo 21 de la Ley 50/1997 del Gobierno. Se señalan sólo 4: la celebración de elecciones generales, la pérdida de confianza parlamentaria en los casos previstos por la Constitución, la dimisión y el fallecimiento del Presidente. Veamos las cuestiones fundamentales que se suscitan.

3.1. La celebración de Elecciones Generales

El momento que por excelencia significa el fin del Gobierno es aquel en el que los ciudadanos eligen nuevos representantes. Las elecciones son, en efecto, el acto fundacional de una nueva relación representativa; se crea una nueva corriente entre los ciudadanos y los representantes que el ordenamiento constitucional repercute de inmediato determinando la orfandad del Gobierno anterior, esto es, su cese. Desde luego, en la lógica del sistema parlamentario, por más matizado que esté, no cabe que el Gobierno siga desempeñando sus funciones propias cuando nada le une con la representación extraída de las elecciones⁵⁸. Así que, a la espera de poder investir un Gobierno que cuente con la confianza de la nueva asamblea, el Gobierno que esté, estará cesado.

La doctrina se ha planteado dos órdenes de problemas por lo que se refiere a este supuesto de cese. El primero es el del momento en el que se hace efectivo. El sentido exacto de la expresión constitucional y legal "tras la celebración de las elecciones" no está del todo claro⁵⁹, aunque sí parece fuera de duda que es este acto el que desencadena el cese y no la publicación del Decreto correspondiente, de contenido meramente declarativo⁶⁰. Por ello lo más adecuado desde el punto de vista jurídico es que el acto que da publicidad al cese corra parejo con éste, y no como ocurría antes de 1986⁶¹. De mayor congruencia es la práctica seguida a partir de las elecciones de ese año que consiste en expedir el Real Decreto de cese el día siguiente a la celebración de las elecciones⁶².

⁵⁸ "A partir de la fecha de las elecciones, hay una manifestación del cuerpo electoral que ha podido dar lugar a una Cámara de color político distinto al del Gobierno, por lo que no es lógico que éste continúe en plenitud de sus atribuciones, sino que, antes bien, debe considerarse cesado para continuar sólo como un Gobierno en funciones". SANTAOLALLA, Cfr. "Comentarios al artículo 101", op. cit., pág. 1411.

⁵⁹ Según SANTAOLALLA, por ejemplo, "la expresión «tras la celebración de las elecciones generales», debe entenderse referida al momento mismo de celebración de las elecciones y no a una posterior, como podría ser la proclamación oficial de los resultados o la constitución del Congreso". Op. ult. cit., pág. 1411. Frente a esta interpretación LÓPEZ GUERRA ha entendido que "la celebración de elecciones generales se perfecciona con la proclamación de los resultados". Voz "Gobierno en funciones", op. cit., pág. 3264. En el mismo sentido ya se había expresado SATRÚSTEGUI, en "Comentarios al artículo 101", op. cit., pág. 222.

⁶⁰ La doctrina se ha planteado el problema de quién debería refrendar este acto, sobre todo ante la inexistencia de regla clara que regule la cuestión. Efectivamente, mientras la CE señala en el artículo 64, que será el Presidente del Congreso el que refrende el nombramiento del Presidente del Gobierno, nada se señala acerca de la competencia para hacer lo propio con su cese. De ahí que la práctica no haya sido completamente uniforme. En efecto, el cese del Presidente Calvo Sotelo fue refrendado por el Presidente del Congreso de los Diputados (RD 3286/1982) -estimándose la teoría mantenida por RUBIO LLORENTE y PÉREZ-SERRANO JAÚREGUI, en las Notas Parlamentaria en que glosaron la dimisión del Presidente Suárez, *RFDUC*, núm. 60, 1980, pág. 170-. La tónica cambió con el RD 1193/1986, por el que se declara el primer cese de Felipe González y que aparece refrendado por él mismo, y así se mantiene hasta la actualidad. Una panorámica doctrinal de esta cuestión, y una justificación de la solución finalmente adoptada, puede verse en P. J. GONZÁLEZ TREVIJANO, *El refrendo*, CEPC, Madrid, 1998, págs. 180-185. Sobre el refrendo en general véase B. OLIVER LEON, "Inviolabilidad regia y Constitución normativa", en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a J. J. RUIZ-RICO*, Tecnos, Madrid, 1997.

⁶¹ Así lo pone de manifiesto L. AGUIAR DE LUQUE, "La posición del Gobierno cesante o en funciones en el Ordenamiento Constitucional Español", en A. GARRORENA (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 264.

⁶² Cfr., por ejemplo, el RD 439/1996, de 4 de marzo, por el que se declara el cese de Felipe González como Presidente del Gobierno, y el RD 440/1996, por el que se declara el cese de los miembros del Gobierno, ambos publicados en el BOE de 5 de marzo.

La segunda cuestión que la doctrina ha resuelto de forma unánime hace referencia a que el cese del Gobierno debe producirse cuando las elecciones afecten a la Cámara que otorga la confianza al Gobierno. En efecto, la vinculación necesaria se traba entre el fin del Gobierno y las elecciones como término final de un mandato representativo, origen a su vez de la confianza que le permitió existir. Por ello, en el caso inédito de que se produjeran sólo elecciones al Senado en nada se vería afectada la posición del Gobierno en tanto que, según el artículo 99 CE, no es ésta la Cámara que ha de investir al Presidente del Gobierno⁶³.

3.2. La pérdida de la confianza parlamentaria

El análisis de esta causa de cese del Gobierno exige determinar estrictamente cuándo se produce esta pérdida de confianza. En primer lugar, hay que señalar lo que por sabido no es menos importante; esto es, que en nuestro parlamentarismo racionalizado la confianza, una vez que se otorga, se presume hasta tanto no se retire expresamente a través de los medios previstos en el ordenamiento constitucional para este fin⁶⁴. Ello reduce los medios por los que el Gobierno puede perder la confianza a dos: la aprobación de una moción de censura y la pérdida de una cuestión de confianza. De ningún otro procedimiento parlamentario puede deducirse efecto análogo. La extraordinaria claridad de nuestro texto constitucional en este ámbito deslegitima cualquier intento alternativo de retirada de la confianza, ya sea la persistencia de un conflicto encarnizado con el Parlamento o, desde un punto de vista más concreto, el rechazo de éste al proyecto de Presupuestos Generales del Estado⁶⁵ o la aprobación en las Cámaras de una moción de reprobación individual de un ministro.

Los medios a través de los cuales el Parlamento puede expresar su desconfianza están, pues, claros, como también lo está el momento en el que dicha retirada tiene lugar. En efecto, nuestro texto constitucional establece en el artículo 113 que “El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura” y, en el artículo 114, que “si el Congreso niega su confianza al Gobierno, éste presentará su dimisión al Rey”. Es decir, la pérdida de confianza se produce sólo en aquel momento en que así lo manifiesta la Cámara que puede exigir la responsabilidad, en el instante en que se aprueba la votación correspondiente concurriendo las mayorías que el Texto Constitucional prevé⁶⁶. El énfasis en este dato pone de manifiesto el rechazo a una construcción como la que mantiene, por ejemplo, CERRI en

⁶³ Cfr. F. SANTAOLALLA LÓPEZ, “Comentarios al artículo 101”, op. cit., pág. 1412; E. ESPÍN TEMPLADO, Intervención en *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el proyecto de Ley reguladora del Gobierno*, BOE, Madrid, 1996, pág. 115; M. REVENGA SÁNCHEZ, *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, CEC, Madrid, 1988, págs. 75-76; M. SATRÚSTEGUI, “Comentarios al artículo 101”, en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, T. VIII, EDESA, Madrid, 1985, pág. 220.

⁶⁴ Se ha podido, así, hablar de un tratamiento diferenciado de la confianza y la censura, en el sentido de que la primera se presume continuada desde la investidura, mientras que la segunda necesita demostrarse expresamente.

⁶⁵ En idéntico sentido la intervención de E. ESPÍN TEMPLADO en *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el proyecto de Ley reguladora del Gobierno*, op. cit., pág. 117.

⁶⁶ Como pone de manifiesto SATRÚSTEGUI “el cese del Gobierno es un resultado directo de estos dos procedimientos” por lo que la presentación y aceptación de la dimisión subsiguientes por el Rey a que obliga el artículo 114 CE “no tiene una eficacia constitutiva, sino declarativa”. “Comentarios al artículo 101”, op. cit., pág. 221.

la doctrina italiana⁶⁷, según la cual debe considerarse un Gobierno preventivamente limitado aquel al que se le haya presentado una moción de censura (y otro tanto podríamos decir, si secundáramos esta opción, del Gobierno que planteara una cuestión de confianza), puesto que eventualmente puede que de hecho carezca ya de la confianza de la Cámara. La efectividad de estos límites estará a expensas del resultado de la moción, de modo que si no prospera carecerían de toda operatividad, en tanto que desplegarían los efectos impeditivos que le son propios en caso contrario. En nuestra opinión, esta tesis carece del más mínimo apoyo en nuestro ordenamiento; se basa en última instancia en atribuir trascendencia jurídica a un dato constitucionalmente irrelevante, la confianza de hecho, lo que podría, en un exceso que introduzco para la mejor comprensión del argumento, llevar el autor a retrotraer la pérdida de la confianza, no ya al momento de la presentación de la moción de censura, sino incluso al de la pérdida gubernamental de una votación significativa de la que ésta podía haber traído causa. La “admisión a trámite científico” de la teoría que se examina es ya poner en cuarentena los presupuestos unánimemente admitidos del parlamentarismo racionalizado en el que se inserta nuestra Constitución⁶⁸.

3.3. La dimisión

Constituye uno de los principios unánimes del derecho público, por más que algunos textos constitucionales no lo contemplen (éste es el caso de la Ley Fundamental de Bonn⁶⁹), que el cargo que no quiera seguir desempeñando las funciones que le corresponden tiene derecho a desistir de ellas presentando su dimisión⁷⁰. En nuestro caso, el Tribunal Constitucional (STC 60/1982, FJ, núm.3⁷¹), en una de las numerosas ampliaciones materiales con que ha enriquecido el contenido del artículo 23.2, ha elevado la dimisión a categoría de derecho fundamental en cuanto que del derecho de acceso al cargo público se desprende también la posibilidad de abandonarlo⁷².

⁶⁷ Señala este autor: “Anche dopo la proposizione della mozione di sfiducia il Governo continua ad essere pienamente legittimato al compimento degli atti politici; ma se in seguito la fiducia viene revocata, gli effetti di tale revoca dovrebbero retroagire fin dal momento della presentazione della relativa mozione. Da una parte infatti il rapporto fiduciario si presume fino a che non sia formalmente revocato; dall'altra se si negasse tale retroattività si andrebbe incontro a notevoli inconvenienti, e si darebbe modo ad un Governo, che di fatto ha perso l'appoggio delle Camere, di prender, per così dire sul tempo la maggioranza parlamentare, e di varare importanti riforme proprio nel momento in cui sta per essere posto in minoranza”. A. CERRI, *Sindacabilità da parte della Corte Costituzionale dei presupposti della legge e degli atti aventi forza di legge*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1965, pág. 450.

⁶⁸ En el mismo sentido ESPÍN, op. ult. cit. pág. 118, señala que: “si por vía interpretativa se entiende que la privación de confianza del Congreso al Gobierno contemplada en el artículo 114.1 CE no se limita a las expresamente configuradas como tales en el propio texto constitucional, se abre la puerta a considerar otros supuestos que, por su trascendencia política o constitucional deberían ser incluidos entre los que determinan una necesaria dimisión del Gobierno ex artículo 114.1 CE. Y dicha vía de interpretación altera todo el sistema parlamentario previsto por la Constitución y debe, por ende, ser rechazada con rotundidad”.

⁶⁹ Mantiene SATRÚSTEGUI que por hostilidad a las crisis extraparlamentarias, aunque como el mismo autor pone de manifiesto, la misma práctica de estos países demuestra lo fallido de esta tentativa. Cfr. “Comentarios al artículo 101”, op. cit., pág. 216.

⁷⁰ Por lo que se refiere al derecho alemán recuerda J. AMPHOUX, que “c'est en effet un principe admis de tout temps par le droit allemand que nul ne peut être contraint de subir contre son gré le poids d'une responsabilité politique”. Cfr. Le Chancelier Fédéral dans le Régime Constitutionnel de la République Fédéral d'Allemagne, op. cit., pág. 144. En el mismo sentido y en el contexto italiano, P. VIRGA, *La crisi e le dimissioni del Gabinetto*, Giuffrè, Milán, 1948, cit. por REVENGA, *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, op. cit., pág. 94. Como señala este autor (págs. 94-95) no hay ninguna alternativa plausible a este principio puesto que “la figura de un Gabinete malgré lui, comisionado del Parlamento y con límites positivos y negativos a su libertad de actuación a su libertad de actuación, chocaría, en efecto, con algunas de las notas distintivas esenciales de la forma de Gobierno establecida en la Constitución”.

⁷¹ “Cabe inferir del artículo 32.2 que, si todos los ciudadanos tiene el derecho a acceder a cualquier cargo público, también tienen el de dimitir de ellos, decisión que se inserta en la esfera de la libre disposición individual y que, no estando prohibida, (...) está permitida. aunque pueda admitir en cada caso las limitaciones establecidas por la legislación reguladora del cargo en cuestión”.

⁷² Cfr. M. REVENGA, *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, op. cit., pág. 94.

La dimisión del Presidente del Gobierno presenta dos problemas fundamentales:

1. La consecuencias que se derivan de ella, y
2. el modo y los efectos de hacerla constar.

En lo tocante a la primera cuestión no debe haber ninguna duda de que se ha de proceder de inmediato a la apertura del procedimiento de investidura. Ahora bien, ¿debe el Presidente dimitido seguir en sus funciones o se ha de conferir una eficacia total y absoluta la acto de renuncia y en consecuencia designar a un nuevo Presidente en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno? En el caso de que se optara por la segunda solución estaríamos tratando de un modo sustancialmente igual la dimisión y el fallecimiento como causas de cese. Así lo hacía, por ejemplo, el artículo 9 del Proyecto de Ley Orgánica del Gobierno, de la Administración del Estado y de la Función Pública⁷³ que señalaba:

“En los casos de dimisión o fallecimiento del Presidente del Gobierno, y a los efectos de asegurar la continuidad de la acción gubernamental, será sustituido en el ejercicio de sus funciones por el Vicepresidente del Gobierno, o por el primero de entre ellos, si hubiere varios, o por los sucesivos, a falta de los precedentes o, en su defecto, por el Ministerio designado a tal fin o por el que más tiempo lleve ininterrumpidamente al Gobierno o, en igualdad de condiciones”.

Este es un intento fallido y prácticamente aislado, aunque plausible; no se puede alegar su inconstitucionalidad porque se satisfacen todas las exigencias de continuidad perseguidas por el artículo 101.2. Observemos que nuestra Constitución no sigue el modelo de la Ley Fundamental de Bonn (artículo 69.3) que obliga al Canciller a continuar en sus funciones siempre que se lo requiera el Presidente de la República⁷⁴. El artículo 101 considera suficiente para la salvaguarda de los valores constitucionales la continuidad del Gobierno. Podemos estimar, además, que una vez roto el nexo fiduciario no hay dato alguno que nos permita sostener la preferencia en el orden de prelación del Presidente cesado sobre el Vicepresidente. Para expresarlo con más claridad: cuando se produce la dimisión ninguno de los integrantes del Gobierno cuenta con la confianza de la Cámara, ninguno es representativo, lo que supone una cierta indiferencia acerca de quien conduzca el traspaso de poderes, siempre que se colme completamente el vacío producido. El margen de maniobra que la Constitución deja, parece, pues, bastante amplio; permite a la legislación de desarrollo tres alternativas básicas:

1. Exigir, con carácter absoluto, que el Presidente dimitido siga desempeñando sus funciones (atribuyendo relevancia legal a la mayor confianza con la que “contó” el Presidente sobre el resto de los miembros del Gobierno) Esta es la opción que han secundado la mayoría de las

⁷¹ “Cabe inferir del artículo 32.2 que, si todos los ciudadanos tienen el derecho a acceder a cualquier cargo público, también tienen el de dimitir de ellos, decisión que se inserta en la esfera de la libre disposición individual y que, no estando prohibida, (...) está permitida. aunque pueda admitir en cada caso las limitaciones establecidas por la legislación reguladora del cargo en cuestión”.

⁷² Cfr. M. REVENGA, *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, op. cit., pág. 94.

⁷³ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 100-I, de 5 de febrero de 1980.

⁷⁴ Obligación absoluta, según AMPHOUX, de la que sin embargo cabe eximirse por motivos graves (enfermedad, peligro u otra fuerza mayor) debidamente apreciados por el Presidente. Cfr. *Le Chancelier Federal...*, op. cit., pág. 148. Igualmente observa THAULERO QUE “Al sensi dell’art. 69 il Cancelliere federale è dunque obbligato a restare in carica su richiesta del Presidente. Possono però esistere motivi che impediscono l’ulteriore svolgimento delle sue funzioni. Ad esempio, se il Cancelliere viene posto in stato di accusa per corruzione o per tradimento, ovvero non sia più in grado di svolgere le sue funzioni per motivi di salute. Si tratta di casi limite. Come si è visto Willy Brandt, pur non essendo malato né inquisito, ritenne di invitare il Presidente Heinemann ad incaricare dello svolgimento delle funzioni di Cancelliere il Vize-cancelliere Scheel”. S. F. THAULERO, *Il ruolo del Cancelliere Federale secondo la Legge Fondamentale*, Giappichelli, Turin, 1994, pág. 133.

leyes de Gobierno autonómicas, en términos además bastante taxativos. Obsérvese si no el tenor del artículo 12 de la Ley 6/1983 andaluza⁷⁵ o el del artículo 30 de la Ley Foral 23/1983 de Navarra, a raíz del cual la extinta Audiencia Territorial de Pamplona, en Sentencia de 8 de septiembre de 1983 -poco después por tanto de la aprobación de la Ley de Gobierno- consideró inaceptable el abandono de los cargos por los miembros del Gobierno en funciones⁷⁶.

2. Una segunda solución consistiría en establecer, como lo hacía el primer Proyecto de Ley del Gobierno, que el Presidente será sustituido inmediatamente por el Vicepresidente⁷⁷, modelo arrumbado; y
3. Facultar al Presidente que dimite la posibilidad de seguir desempeñando sus funciones o de ser suplido por el Vicepresidente. En mi opinión, esta tercera posibilidad es la más flexible, y por ello la que más se adecua a las diferentes circunstancias que pueden concurrir⁷⁸. En efecto, tomemos, por ejemplo, aquel caso en el que la posición del Presidente en su partido (o por otros motivos, personales, de salud, etc) es extremadamente débil. En este supuesto es hasta aconsejable permitir su retirada total e inmediata porque las limitaciones funcionales que se establecen no eliminan que, durante un periodo de tiempo eventualmente largo, deba adoptar un amplio abanico de medidas "conservadoras" y, lo que es más importante, actuaciones terminantes (en el sentido de extraordinarias), y por ello nunca sobradas de suficiente apoyo, en el caso de que así lo requiera el interés general. Con todo, esta posibilidad no se contempla de forma expresa en la ley 50/1997 aunque puede deducirse de dos datos principales. En primer lugar, la Ley de Gobierno no realiza esa descripción detallada que llevan a cabo las normas que regulan los ejecutivos autonómicos. No procede, en efecto, a señalar cuáles son las consecuencias inmediatas del cese del Gobierno en sus distintos miembros dependiendo de la causa que lo ha motivado. Su preocupación reside más bien en asegurar que quien desempeñe la labor de Presidente en funciones lleve a cabo las atribuciones que le confiere. Y lo mismo puede decirse respecto de los Ministros. Y, en segundo lugar, el artículo 13 de la Ley, se cuida de señalar quién va a suplir a los Ministros y al Presidente del Gobierno en caso de "vacante". Así podríamos entender de la interpretación conjunta del artículo 21 y 13 de la ley 50/1997 que cuando el Presidente del Gobierno dimite continúa en funciones, siempre que su dimisión no se traduzca en un abandono total, en cuyo caso se produciría la vacante a cubrir por el Vicepresidente, ya Presidente en funciones, afecto a los límites específicos previstos para éste en el artículo 21 y no en el 13.

⁷⁵ "1. El Presidente cesa por: a) Renovación del Parlamento de Andalucía, a consecuencia de unas elecciones al mismo. b) Aprobación de una moción de censura. c) Denegación de una cuestión de confianza. d) Dimisión. e) Notoria incapacidad permanente, física o mental que le inhabilite para el ejercicio del cargo. f) Fallecimiento. (...) 3. En el caso de los apartados a), b), c) y d) del número 1 de este artículo, el Presidente continuará en el ejercicio de sus funciones hasta que su sucesor haya tomado posesión del cargo. En el supuesto de los apartados e) y f), el Presidente será sustituido en la forma prevista en el artículo 13 de esta Ley, hasta tanto no sea elegido nuevo Presidente. El Presidente interino ejercerá las funciones con las limitaciones previstas en el artículo 10 de la presente Ley".

⁷⁶ De esta sentencia nos da noticia J.I. DEL BURGO TAJADURA. *Curso de Derecho Foral Público de Navarra*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 389. Lo que no parece tan evidente de lo que nos traslada este autor de la sentencia es la conexión necesaria entre esta solución y el artículo 28.2 de la LORAFNA que se limita a decir que "la Diputación cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión de la nueva Diputación".

⁷⁷ Ésta es la opción que secundaron, al hilo de la dimisión del Presidente Suárez, F. RUBIO LLORENTE y N. PÉREZ-SERRANO JAÚREGUI en las Notas parlamentarias, op. cit., pág. 168. Concretamente su razonamiento era el siguiente: "No es lógico, en nuestra opinión, que el Presidente dimitido forme parte del Gabinete en funciones. Al contrario, parece más congruente que sea el vicepresidente del Gobierno que cesa el que ejerza como presidente interino en el Gobierno en funciones. La única salvedad a esta argumentación es la que podríamos denominar como «normalidad en el juego de las instituciones», que llevaría a pensar que también el presidente dimitido sigue en funciones".

⁷⁸ Por todas estas razones estimo que esta posibilidad también encuentra igualmente aplicación en todos aquellos supuestos en los que el cese se debe a otra causa que no sea la dimisión.

Asumido sin mayor dificultad que la dimisión supone la cancelación de la relación de confianza por parte de uno de los términos “en discordia”, nuevos problemas se presentan a la hora de determinar el modo de hacerla patente porque no es, en principio, un fenómeno tan empírico como el resto de los contemplados en el artículo 101 CE y 21 de la ley de Gobierno. Así lo señala LÓPEZ GUERRA:

“En los casos de fallecimiento, celebración de las elecciones generales y pérdida de la confianza parlamentaria, el cese se hace depender de hechos evidentemente constatables, y que no exigen una formalización externa del cese, de forma que el Gobierno deberá entenderse cesante producida una determinada situación fáctica. En los casos mencionados, los supuestos causantes del cese se exteriorizan de tal forma que su apreciación es inmediata sin que quepa duda del momento en que se inicia la fase de Gobierno en funciones (...). Distinta es la situación en cuanto al supuesto de dimisión por razones otras que la pérdida de confianza parlamentaria. En efecto, la dimisión aparece como una acto de voluntad del Presidente del Gobierno que debe ser aceptada por el Rey, de acuerdo con el art. 62.d) que dispone que el Rey es quien pone fin a las funciones del Presidente del Gobierno. Ahora bien, y frente a los demás supuestos de cese, éste no resulta inmediatamente verificable, salvo que se traduzca en un acto formal (Decreto de cese del Presidente del Gobierno)”⁷⁹.

El caldo de cultivo que propició la mayoría de las aportaciones doctrinales a esta cuestión fue la dimisión del Presidente Suárez en 1981⁸⁰. Al margen de que el modo de conducirla fuese un completo despropósito jurídico⁸¹, el ejemplo manejado me permite alegar que, en mi opinión, el estudio de este mecanismo de cese ha de reconsiderarse a la luz de dos datos. El primero se refiere a que la actuación del Rey *ex* artículo 62 d) debe consistir únicamente en la aceptación de la dimisión que se le presenta⁸². Toda la capacidad de persuasión o disuasión que se ha atribuido al Presidente de la República en Italia carece de cualquier fundamento en nuestro sistema. En efecto, es necesario resaltar que en nuestro ordenamiento no tienen sentido construcciones como la del gobierno dimisionario con la que se hace referencia al lapso de tiempo entre que se presenta la dimisión y ésta es aceptada por el Jefe del Estado, porque la aceptación de éste último no puede tener valor constitutivo⁸³.

De otro lado, estimo que no se puede ser ajeno a lo que en las sociedades contemporáneas representan los medios de comunicación. Señalo esto porque, en mi opinión, hoy la dimisión es tan fáctica como la moción de censura o el fallecimiento. Resulta inimaginable en la actualidad no

⁷⁹ LÓPEZ GUERRA, Voz “Gobierno en funciones”, *op. cit.*, pág. 3264.

⁸⁰ La dimisión se produjo el 28 de enero de 1981 aunque el Real Decreto de cese (refrendado, por cierto, por el Ministro de Justicia, seguramente por el respeto a la tradición que consideraba a éste Notario Mayor del Reino) no se dictó hasta el 25 de febrero (RD 249/1981) coincidiendo con el Decreto de nombramiento de Calvo Sotelo. La valoración de este hecho por la doctrina es unánimemente crítica.

⁸¹ Un relato completo puede verse en la “Crónica Parlamentaria” que F. SANTAOLALLA LÓPEZ publica en la *REDC*, núm. 1, 1981, págs. 321 y ss.

⁸² Este es, desde luego, el parecer absolutamente mayoritario. Véase, por todos, la revisión de la doctrina que sobre este aspecto realizan SATRÚSTEGUI, “Comentarios al artículo 101”, *op. cit.*, pág. 219 y REVENGA SÁNCHEZ, *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, *op. cit.*, págs. 98 y 99.

⁸³ “Una construcción semejante puede tener sentido en aquellos sistemas en los que el Jefe del Estado tiene atribuidos poderes que lo convierten de hecho en «regidor» de la crisis de Gobierno, pero no se adecua en absoluto al sistema político español”. M. REVENGA SÁNCHEZ, “El Gobierno en funciones”, en *AAVV, Gobierno y Administración en la Constitución*, DGSJE, IEF, Madrid, 1988, p. 1511.

tener una constancia pública de un hecho de trascendencia tan capital. Así lo demuestra la comparecencia ante las cámaras de televisión del Presidente Suárez en la única ocasión en que, tras la aprobación de nuestra Constitución, se ha producido el cese por esta causa. La pregunta que ahora se plantea es la de si esta comparecencia puede considerarse requisito suficiente para considerar cesado al Gobierno o de si es necesaria la publicación del correspondiente decreto de cese. Desde luego lo más correcto sería otorgar trascendencia oficial al cese a través de la inmediata publicación del decreto en el Boletín Oficial del Estado. Ahora bien, tampoco parece muy congruente que sea ésta la contingencia que condicione de forma definitiva el despliegue de las consecuencias propias del cese, porque en caso de retraso nos encontraríamos con “el caso de un Gobierno de facto dimitido y, por tanto, cesado, pero que formalmente se mantenía como Gobierno en plenitud de atribuciones”⁸⁴. Por ello, hemos de mantener con LÓPEZ GUERRA que

“si la formalización del cese no se produce en forma explícita, ello no supone que el Gobierno dimisionario no sea también un Gobierno cesante y en funciones; pues la dimisión del Presidente, aun no formalizada explícitamente, tiene efectos jurídicos relevantes, como la apertura del procedimiento de investidura del nuevo Presidente de Gobierno de acuerdo con las previsiones del artículo 99 CE”⁸⁵.

En consecuencia, (al margen de que la Ley de Gobierno hubiese actuado con mayor fineza si hubiese establecido un mecanismo formal de comunicación de la dimisión) cuando se pueda considerar, sin albergar duda alguna, que el Presidente ha dimitido, bien porque ha hecho pública su decisión directamente ante los medios de comunicación, bien ante el Parlamento⁸⁶, el Gobierno se debe considerar cesado.

3.4. El fallecimiento

Tanto la Constitución como la ley de Gobierno han recogido como causa del cese del Gobierno el fallecimiento de su Presidente⁸⁷. En efecto, la desaparición física del depositario de la confianza parlamentaria hace concurrir necesariamente a la Cámara para restablecer la relación invistiendo un nuevo candidato. Este supuesto presenta un perfil jurídico diferenciado de los anteriores ya que es preciso establecer quién va a ser el Presidente que supla al fallecido y que pilote el Gobierno en funciones hasta la toma de posesión del sucesor. Que es necesario que haya un Presidente en funciones se desprende de forma terminante del propio artículo 21 de la ley de Gobierno que no parece contemplar otra eventualidad -demostrando que hasta en este

⁸⁴ F. SANTAOLALLA, Crónica parlamentaria, op. cit., pág. 322.

⁸⁵ Voz “Gobierno en funciones”, op. cit., págs. 3264-3265.

⁸⁶ Esta es la opción que acertadamente han previsto algunas leyes de Gobierno como mecanismo de evitar cualquier incertidumbre. Véase, por ejemplo, la Ley 2/1997, de 28 de abril, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Diputación General de Cantabria cuyo artículo 13 e) establece que el presidente cesa por “dimisión comunicada formalmente al Presidente de la Asamblea Regional”, o la reciente Ley 4/2001, de 14 de marzo del Gobierno de las Islas Baleares, que en su artículo 6 d) estipula que el Presidente cesa por la dimisión “comunicada por escrito al Presidente del Parlamento”. La Ley 50/1997 ha perdido la oportunidad de hacer de esta práctica algo más que una convención aconsejable, como pone de manifiesto REVENGA, La formación del Gobierno en la Constitución, op. cit., pág. 102.

⁸⁷ Tal y como señala CAAMAÑO DOMÍNGUEZ respecto del fallecimiento del parlamentario, ha de asimilarse a la muerte del Presidente la declaración judicial de fallecimiento de acuerdo con las normas civiles y procesales. F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *El mandato parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991, pág. 258.

caso se muestra firme nuestro *Kanzlerprinzip*. Ahora bien, ¿a quién señala en este caso el ordenamiento como Presidente en funciones del Gobierno cesado? La respuesta de la normativa anterior a la ley 50/1997 era muy clara. El artículo 3 de la ley 10/1983, sobre Organización de la Administración Central del Estado preveía que en el caso de fallecimiento del Presidente sería el Vicepresidente el que asumiría la dirección del Gobierno en funciones. La derogación de esta norma por la ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado (LOFAGE) y por la ley 50/1997 obliga a encontrar la solución en esta última, aunque los términos en los que se expresa no sean muy precisos. En realidad, en la vigente ley de Gobierno la única base para desprender una solución la podemos encontrar veladamente⁸⁸ en el artículo 13 referido a la suplencia⁸⁹:

“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”⁹⁰.

En definitiva, conforme a la práctica tradicional debemos entender que cuando el Presidente del Gobierno fallece es suplido por el Vicepresidente⁹¹ que actuará como Presidente del Gobierno en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno con las limitaciones que a su actuación señala el artículo 21 de la ley 50/1997⁹². En todo caso, hemos de resaltar, pues, que en este supuesto la suplencia aparece solamente como un mecanismo de designación mientras que los condicionantes funcionales son los propios del Presidente en funciones, abstracción hecha de la razón que haya determinado el cese. La separación tajante de las esferas de la suplencia y del Gobierno en funciones

⁸⁸ Contrariamente a lo contemplado en los Proyectos de Ley de Gobierno anteriores que trataban esta cuestión de forma explícita. Por lo que se refiere al proyecto de 1981 ya hemos podido ver como se asimilaba el fallecimiento a la dimisión y se establecía la sustitución del Presidente por el Vicepresidente (artículo 9). En cuanto al Proyecto de Ley reguladora del Gobierno de 1995, su artículo 23 referido a la suplencia del Presidente del Gobierno tenía el siguiente contenido: “1. El Vicepresidente del Gobierno, el primero de entre ellos si hubiera varios, el inmediatamente siguiente de los sucesivos a falta del precedente y, en su defecto, el Ministro titular de la cartera más antigua conforme al uso constitucional de precedencia, suplen en sus funciones al Presidente del Gobierno en caso de fallecimiento o de incapacidad total y permanente”.

⁸⁹ La bibliografía sobre la suplencia del Presidente y de los Ministros en nuestro país es bastante exigua. En general, como mecanismo de traslación competencial se la delimita en alguna monografía general de Derecho Administrativo como es el caso de la de J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, CEURA, Madrid, 1988, pág. 927. Brevemente ha tratado la suplencia del Gobierno en el Proyecto de 1995 M. ARAGÓN en su intervención en el Seminario correspondiente publicada en *Estudios sobre el Gobierno*, op. cit., págs. 109-112. A propósito de la nueva regulación han comentado ciertos aspectos del artículo 13 de la Ley 50/1997, ARAGÓN REYES en Composición y organización del Gobierno y estatuto de sus miembros, *DA*, núm. 246-247, págs. 106-108, y PÉREZ TREMPES en Composición, organización y estatuto de los miembros del Gobierno: apostillas al Proyecto de Ley del Gobierno, en el mismo número de *Documentación Administrativa*, pág. 121.

Por lo que se refiere a la doctrina extranjera se pueden destacar como aportaciones interesantes, en Italia, el clásico estudio de A. BOZZI, “Sulla supplenza del Presidente della Repubblica” en *Studi di Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1961 (que aunque esté especialmente dedicado a la suplencia de este órgano es útil por las consideraciones generales que sobre esta técnica se vierten) y más recientemente F. S. MARINI, (*La continuità degli Organi Costituzionali*, Giuffrè, Milán, 1997) que da noticia de la Ley de 23 de agosto de 1988 que establece la suplencia del Vicepresidente en los casos en los que el Presidente no pueda ejercer sus funciones. En Francia, es útil la delimitación terminológica que realiza A.M. LE BOS-LE POURHIET, *Le remplacement du Premier Ministre empêché: intérim ou délégation?*, *Revue du Droit Public*, 4-1984, págs. 993-1003.

⁹⁰ Es curioso que en el Congreso no se advirtiera, o si se advirtió no se diera trascendencia alguna, a la omisión del fallecimiento como causa habilitante expresa de la suplencia. Si consideró en cambio el Grupo Socialista (Enmienda núm. 68. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A. Proyectos de Ley. Núm. 27.6. 25 de marzo de 1997) que había de añadirse otro término tradicional: la incapacidad, puesto que, en su opinión, no queda subsumido en el de enfermedad.

⁹¹ Que habrá de comenzar por refrendar el RD de cese del finado. Cfr. así: P. J. GONZÁLEZ- TREVIANO, *El refrendo*, op. cit., pág. 185.

⁹² ALVAREZ CONDE, *El Gobierno en funciones*, op. cit., pág. 205.

es lo que puede haber llevado⁹³ a la ley de Gobierno a distinguir tan extrañamente incluso los términos empleados, a hablar de vacante cuando se quiere referir esencialmente al fallecimiento. Otras técnicas menos alambicadas (como la de introducir un inciso en el propio artículo 21 que dijera “en caso de fallecimiento el Presidente será suplido por el Vicepresidente”) hubieran sido preferibles.

3.5. Otras causas

La Ley 50/1997 se ha ceñido con el mayor escrúpulo a las causas de cese previstas en el artículo 101. No ha contemplado ninguna otra. En tal sentido destaquemos lo siguiente.

1. No se podía en modo alguno alterar los términos del artículo 101, que son un contenido absolutamente indisponible. Esto es, cuando la Constitución señala que el cese se producirá tras la celebración de las elecciones generales se veda toda posibilidad a que la ley de Gobierno considere cesado al Gobierno tras la disolución de las Cámaras como ocurre en alguna Ley de Gobierno autonómica⁹⁴. No se trata en este caso de que la ley de Gobierno esté impedida para añadir causas de cese no previstas por la Constitución, sino del imperativo de no contradicción con la Norma Fundamental, porque resulta obvio que si el Gobierno cesa con la disolución está ya cesado cuando las elecciones se celebran.
2. Ahora bien, ¿está facultada la Ley de Gobierno para establecer más causas de cese? ¿Es, en este caso, el imperativo de no contradicción un imperativo de no añadidura? Ciertamente el texto constitucional no da mucho pábulo a la creatividad del legislador. La ausencia de toda remisión a la ley y la cercanía esencial entre la investidura y el cese pueden llevar al convencimiento de que ésta es una cuestión que el artículo 101 ha querido cerrar absolutamente. Puede argüirse, además, que en el proceso constituyente se barajaron otras causas de cese, como veremos, descartadas sin abrir la puerta a su reintroducción legislativa⁹⁵.

Sin embargo, la constatación de que ésta es la lectura del artículo 101 que ha prevalecido en la Ley 50/1997 no nos exime de plantear brevemente algunas consideraciones adicionales.

Podemos aludir, en primer lugar, a la incapacidad presidencial. La historia de esta causa es, si se me permite la licencia, la de un desencuentro permanente con las normas estatales⁹⁶. Ya desde el proceso constituyente se advierte su difícil encaje. En efecto, en el borrador de la Ponencia no

⁹³ Fundamentalmente, aunque ello no obsta para que también se haya podido pergeñar con el objeto de permitir una interpretación de la dimisión como la que he defendido. En el mismo sentido, dice GALLEGO ANABITARTE, “bajo el supuesto de vacancia del Presidencia del Gobierno hay que subsumir la dimisión o fallecimiento del Presidente, y, por tanto, en el caso de fallecimiento (o dimisión) del Presidente del Gobierno en un Gobierno en funciones, el suplente será el Vicepresidente primero, etc., y, en defecto, el Ministro correspondiente por su orden de prelación”. Cfr. A. GALLEGO ANABITARTE, “Artículo 97”, en O. ALZAGA, dir., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1998, pág. 111.

⁹⁴ Así se establece por ejemplo en el artículo 12.1 d) de la ley 3/1995, de 8 de marzo, de Régimen Jurídico del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

⁹⁵ En el mismo sentido, SANTAOLALLA, “Comentarios al artículo 101”, op. cit., pág. 1411; REVENGA, *La formación del Gobierno en la Constitución...*, op. cit., pág. 88 y E. ALVAREZ CONDE, *El Gobierno en funciones, Documentación Administrativa*, nº 246-247 (septiembre 1996-abril 1997), pág. 201. En contra, A. BAR CENDÓN, *El Presidente del Gobierno en España: encuadre constitucional y práctica política*, Civitas, Madrid, 1983, págs. 168 y 180, E. ESPÍN, en *Estudios sobre el Gobierno*, op. cit., pág. 119, SATRÚSTEGUI, “Comentarios al artículo 101”, *Comentarios a las Leyes Políticas*, op. cit., pág. 223, e, indirectamente, AGUIAR DE LUQUE, La posición del Gobierno cesante o en funciones, op. cit., pág. 266.

⁹⁶ La prevén como causa de cese del Presidente del Consejo de Gobierno los Estatutos de Autonomía de Andalucía (artículo 38.1), Cantabria (artículo 18.2 b)), La Rioja (artículo 22.3), Aragón (artículo 27.1), Canarias (artículo 19.1), Extremadura (artículo 40.1), Baleares (artículo 34. 8 b)), Madrid (artículo 23), Ceuta (artículo 18.2) y Melilla (artículo 18.2).

se incluía. Se acogió en el Informe definitivo de ésta⁹⁷ hasta que fue eliminada por la Comisión Mixta Senado-Congreso⁹⁸. Más tarde se vuelve a tener noticia de ella en el Proyecto de Ley reguladora del Gobierno de noviembre de 1995 como evento justificativo de la suplencia en el caso de que sea total y permanente (artículo 23.1) y se arrumba definitivamente en la Ley 50/1997⁹⁹. ¿Cómo debemos interpretar este particular periplo? Encontramos dos alternativas. Según la primera, la desaparición de esta causa de la normativa pretendería no distinguir el régimen presidencial en este extremo. Concretamente la omisión querría dar a entender que la incapacidad del Presidente ha de sustanciarse con arreglo a las normas civiles y procesales ordinarias y que la declaración judicial firme tiene sobre el cargo presidencial los mismos efectos que sobre cualquiera. El cese del Presidente del Gobierno incapacitado por sentencia judicial seguiría la estela de la incapacidad como causa de extinción del mandato parlamentario que, contrariamente a lo que ocurre en otros países¹⁰⁰, contemplan nuestros reglamentos parlamentarios. Ahora bien, observemos que precisamente en los reglamentos parlamentarios se establece con toda rotundidad el sometimiento de la incapacidad a su régimen ordinario. Como hemos señalado, lejos de esto, la CE y la Ley 50/1997 han optado por frenar cuantas tentativas ha habido de incluir la incapacidad con un régimen jurídico peculiar. Por ello, quizás, la posición más correcta sería la de entender que tan fuerte rechazo (continuado en el tiempo y en las normas que han pretendido recogerla) implica la solución más fácil; a saber, que no se puede incapacitar al Presidente del Gobierno. O mejor, que ¿para qué establecer un proceso, bien ordinario bien especial, para comprobar la capacidad de obrar del Presidente del Gobierno cuando depende para seguir ejerciendo sus funciones de la voluntad de la Cámara? Esto tiene fundamento como medio de extinción del mandato representativo (esto es, el representante no puede ser removido de su cargo por el representado) y carece de toda funcionalidad, por tanto, en un sistema que tiene a la confianza como vínculo¹⁰¹. Esta solución es sumamente oportuna, en especial frente a aquellas otras que exigen la concurrencia de la voluntad de los órganos representativos en la apreciación de la incapacidad¹⁰², ya que

⁹⁷ El contenido del entonces artículo 93.1 era el siguiente: “ El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en caso de pérdida de la confianza parlamentaria, o por dimisión, fallecimiento o incapacidad de su Presidente”.

⁹⁸ Inexplicablemente y sin matización alguna, como señala A. BAR, El Presidente del Gobierno en España, op.cit., pág. 180. Probablemente es cierta la impresión de SANTAOLALLA que menciona los problemas derivados de la falta de objetividad que conlleva la apreciación de la incapacidad como razón de su abandono. SANTAOLALLA, “Comentarios al artículo 101”, op. cit., pág. 1413.

⁹⁹ El Grupo Socialista en el Congreso planteó añadir la incapacidad a las causas que dan lugar a la suplencia porque, en su opinión, la enfermedad no la subsumía. Esta enmienda fue obviamente rechazada. (Enmienda núm. 68. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley. Núm. 27-6 de 25 de marzo de 1997).

¹⁰⁰ Así lo muestra F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *El mandato parlamentario*, op. cit., pág. 258.

¹⁰¹ Es de resaltar, en especial, que originariamente la incapacidad nace como una de las pocas posibilidades para sustituir a quien como el Monarca ejerce vitaliciamente su función, de ahí los problemas para hacerse un hueco en un sistema parlamentario basada en la confianza que las Cámaras otorgan al Presidente. Cfr. N. PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976, págs. 290 y 713-715.

¹⁰² Entre las leyes de gobierno autonómicas que se aplican a regular la incapacidad presidencial las hay que hacen recaer toda la iniciativa y decisión final en el Consejo de Gobierno obviando toda intervención de la Cámara. Este es el caso de la ley del País Vasco (artículo 9) y de la de Andalucía (artículo 9) -incurriendo, esta última, dicho sea de paso, en una antiestatutoriedad flagrante como ha señalado CÁMARA VILLAR, en “El poder ejecutivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía”, en CÁMARA VILLAR, SÁNCHEZ LÓPEZ y TERRÓN MONTERO, *El Estatuto de Autonomía III: El Gobierno y la Administración*, Ariel, Barcelona, 1990, pág. 40. De esta forma, se configura este instrumento como una causa de cese absolutamente excepcional por extraparlamentaria -señalemos entre paréntesis que este sistema carece de principios serios que lo soporten porque no parece que en nuestro sistema parlamentario sea asumible que un Presidente investido por la Asamblea sea cesado sin que ésta tenga arte ni parte. El contraste, en efecto, es patente con aquella incapacitación en la que quien está legitimado para estimarla es el Parlamento. Cfr., en este sentido el artículo 13 de la Ley 2/1997, de 28 de abril, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria, que establece concretamente: “El Presidente de la Diputación Regional de Cantabria cesa por las siguientes causas: Por notoria y manifiesta incapacidad física y mental, reconocida por los dos tercios de los miembros de la Asamblea Regional, que le imposibilite para el ejercicio de su cargo. La iniciativa para plantear el supuesto de incapacidad corresponderá al Consejo de Gobierno o a un tercio de los miembros de la Asamblea Regional de Cantabria”.

se aparta al Parlamento y al Gobierno de una labor -la decisión de si alguien se encuentra en plenas facultades físicas o mentales para desempeñar sus funciones- que objetivamente no les corresponde y para la que no están llamados. Estas circunstancias no pertenecen a la arena política, lo que no colapsa irremediablemente la resolución de ciertos conflictos hipotéticamente imaginables entre la Cámara y el Presidente. Hagamos presente que el que no se pueda iniciar un procedimiento de incapacitación cuando el Presidente se comporte de forma "irreconocible" no impide que esto constituya una evidencia que justifique una dimisión o, en último término, el planteamiento de una moción de censura. En este sentido se pregunta CÁMARA VILLAR respecto del supuesto de incapacitación previsto en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 6/1983, por la que se regula el Gobierno y la Administración de la Comunidad de Andalucía:

*"¿No hubiera sido mejor ahorrar al conjunto institucional y a la Comunidad Autónoma la penosa situación que puede crearse si se aplica algún supuesto de incapacitación? Realmente cuesta poco trabajo entender que en un Estado de partidos como el actual, donde tantas decisiones políticas de primera magnitud escapan a los procedimientos formalizados, se haya descendido a someter a reglas con tanto detalle (...). En el caso de la llamada incapacidad transitoria, la solución podría haberse encontrado acudiendo a un simple supuesto de sustitución. Y en el caso de la permanente, ningún partido puede estar interesado en el ingrato espectáculo que podría originarse de emprender el procedimiento, por lo que es de esperar que aquél buscaría el modo de hacerle presentar la dimisión"*¹⁰³.

Igual puede decirse cuando, reconocida la enfermedad y por consiguiente desencadenada la suplencia prevista en el artículo 13, se alarga durante un tiempo excesivo. En fin, la desaparición de toda referencia a la incapacitación en la Ley 50/1997 me parece un feliz hallazgo en un sistema en el que basta con la retirada de la confianza para cesar al Presidente del Gobierno.

Por lo que se refiere a la inhabilitación, debemos señalar que la Constitución tampoco la ha previsto específicamente, ni en el artículo 101 ni en el 102 (relativo a la responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno) como causa de cese¹⁰⁴. Sin embargo, no podemos acoger aquí la misma solución que en el caso anterior, en primer lugar, porque la inhabilitación no fue expresamente descartada como la incapacitación, y, en segundo lugar y más capital, sobre la base de los ostensibles caracteres que separan a uno y otro término. Efectivamente, mientras la imposibilidad de incapacitar supone una relativa exención del régimen común autorizada porque se pueden conseguir los mismos efectos, sin tanta alharaca, retirando la confianza (e iniciando después si se considera conveniente el procedimiento común), no otorgar consecuencias a la inhabilitación es excluir al Presidente de la aplicación de una pena como consecuencia de los delitos cometidos, lo que es materialmente mucho más sustancial y por ello más necesitado de justificación. Observemos aquí que es la exención del régimen común la que debe ser consignada expresamente en la Constitución como ocurre respecto del aforamiento especial del Presidente y de los Ministros (artículo 101.1), de los especiales requisitos de procedibilidad del artículo 102.2, y de las prerrogativas parlamentarias previstas en el artículo 71. Dado que no se prevé, puesto que no se desprende en modo alguno la matización de la condena recaída, debemos

¹⁰³ "El Poder ejecutivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía", op. cit., pág. 42.

¹⁰⁴ La ley de Gobierno únicamente establece (artículo 11) que: "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". Si la inhabilitación se prevé como una circunstancia impeditiva del acceso al cargo es completamente lógico que obligue a abandonarlo a aquél que incurra en ella.

entender que la inhabilitación ha de surtir todos sus efectos y que evidentemente el cargo público a ella condenado debe cesar inmediatamente¹⁰⁵. Esta es una causa de cese que no establece la Ley de Gobierno porque no era, en fin, para nada necesaria¹⁰⁶.

De otro tono son las observaciones acerca de que la acusación en el caso del artículo 102.2, es decir, cuando se trate de delitos contra la seguridad del Estado o por traición presumiblemente cometidos por el Presidente en el ejercicio de sus funciones, suponga inmediatamente el cese sin que recaiga condena firme, como señala el profesor ESPÍN¹⁰⁷. Este argumento se basa en la concurrencia de la mayoría absoluta de los Diputados como requisito de procedibilidad; nos encontramos, pues, ante idéntica mayoría a la exigida para investir al Presidente o para derribarlo a través de una moción de censura, por lo que el autor citado deduce de la incriminación la pérdida de la confianza parlamentaria¹⁰⁸. ESPÍN sostiene, en definitiva, que no es posible mantener que el Presidente del Gobierno cuenta con la confianza de la Cámara cuando la mitad más uno de los Diputados encuentra suficientes indicios delictivos en su conducta como para aprobar su procesamiento. Ahora bien, este argumento no considera que, en realidad, quien estima como probable la responsabilidad criminal del Presidente es la cuarta parte de los Diputados que lo acusan y que poco puede deducirse de las razones últimas que asisten a la mayoría absoluta que aprueba la iniciativa. Para algunos, seguramente para muchos, el Presidente habrá perdido todo el crédito y, por tanto, también su confianza. Pero también será quizás posible encontrar otros parlamentarios que apoyaron la medida para que se dilucidaran todas las responsabilidades de un Presidente que aún goza del beneficio de su duda. En cualquier caso, no está de más recordar que en el Senado el profesor SÁNCHEZ AGESTA presentó una enmienda en la que se pretendía que la aprobación de la acusación contra el Presidente del Gobierno implicara automáticamente la incapacidad del mismo y que fue rechazada¹⁰⁹. Pero el argumento más definitivo vuelve a ser que en lo atinente al otorgamiento o retirada de la confianza no cabe presunción alguna¹¹⁰; que los

¹⁰⁵ ESPÍN TEMPLADO, en *Estudios sobre el Gobierno*, op. cit., pág. 119. REVENGA se opone a esta solución porque estima que la Constitución pretendió ser exhaustiva, *La formación del Gobierno en la Constitución...*, op. cit., pág. 92. En idéntico sentido ALVAREZ CONDE, *El Gobierno en funciones*, op. cit., pág. 201.

¹⁰⁶ En algunas Leyes de Gobierno de las CCAA, como en la Ley 7/1997 de Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (artículo 8 d) se ha optado por despejar cualquier duda, y se ha señalado que el Presidente cesa "por la condena penal firme que conlleve la inhabilitación para el ejercicio de cargos o empleos públicos". Así lo hacen también las tres últimas leyes autonómicas de gobierno que se han aprobado: la ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Islas Baleares (art. 6.1 f); la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (art. 12.1 g); y el Decreto legislativo 1/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón (art. 3.1 f).

¹⁰⁷ *Estudios sobre el Gobierno*, op. cit., pág. 120.

¹⁰⁸ "¿Es concebible una votación por mayoría absoluta para incriminar al Presidente del Gobierno y sostener que subsiste la relación de confianza entre el Congreso y ese Presidente y su Gobierno? Creemos que no". Op. cit., pág. 121. La misma opinión defiende también SATRÚSTEGUI, "Comentarios al artículo 101", op. cit., pág. 223. A. BAR ha considerado cualquier procesamiento como motivante de la pérdida de confianza ya que la Cámara va a tener que manifestarse afirmativamente en todo supuesto: en el caso de que el procesamiento sea por cualquier delito porque tendrá que conceder el suplicatorio (siempre que, como es normal, el Presidente y los ministros sean parlamentarios) y en el del 102.2 por la necesidad de las mayorías cualificadas que hemos visto. A. BAR, *El Presidente del Gobierno en España*, op. cit., págs. 169 y 180. RODRÍGUEZ MOURULLO también considera, por último, que la acusación supone la pérdida de la confianza parlamentaria aunque desvincula ésta del cese (en un salto difícilmente secundable porque, como establece el artículo 101 CE, no existe pérdida de confianza cierta que no se traduzca en cese) si no se aprueba la correspondiente moción de censura. RODRÍGUEZ MOURULLO, "Comentarios al artículo 102. Criterios para la exigencia de responsabilidad criminal al Presidente y demás miembros del Gobierno", en (O. ALZAGA dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, T. VIII, EDESA, Madrid, 1985, pág. 247.

¹⁰⁹ Se trata de la enmienda núm. 345 que se puede consultar en el Tomo III de los Trabajos Parlamentarios sobre la Constitución Española, editados por las Cortes Generales (1989, pág. 2813).

¹¹⁰ En este supuesto sí me parecen plenamente suscribibles las observaciones de REVENGA, *La formación del Gobierno en la Constitución...*, op. cit., pág. 92.

mecanismos son tasados y que la necesidad de la mayoría absoluta para proceder contra el Presidente en determinados casos no la convierte en una moción de censura puesto que, además de ésta, hace falta que se postule un candidato alternativo a la Presidencia del Gobierno. Por consiguiente, si la Cámara que ha autorizado el procesamiento quiere retirar la confianza y cesar al Presidente sólo tiene que aprobar una moción de censura. De ser la voluntad de los que han votado a favor de la exigencia de responsabilidad del Presidente tan indiscutible como ESPÍN cree, no le resultará muy difícil aprobarla.

3.6. Conclusiones

La enunciación constitucional de las causas del cese nos dice:

1. En su heterogeneidad suponen carencia de la confianza¹¹¹; las elecciones, por el surgimiento de una nueva representación parlamentaria; la dimisión, en cuanto que renuncia a seguir desarrollando el programa por el que se investió al Presidente; el fallecimiento es la desaparición física de quien había recibido el encargo parlamentario de dirigir la política del Estado, y obvias son, por último, las consecuencias para la confianza de la adopción de una moción de censura o de una cuestión de confianza.
2. De otra parte, configurar estos eventos como causas del cese como lo hacen de forma terminante la Constitución y la ley 50/1997 supone atribuirles a estos y sólo a estos la cadena de consecuencias propia de las relaciones causales. Esto es, en cuanto se producen, el Gobierno está cesado y sometido, pues, a los controles que el ordenamiento prevé. El valor jurídico del Real Decreto de cese es absolutamente declarativo y en ningún caso constitutivo¹¹².

¹¹¹ En el mismo sentido ALVÁREZ CONDE, *El Gobierno en funciones*, op. cit., págs. 201-202.

¹¹² No cabe alegar en descargo de la ley inadvertencia puesto que ya le había puesto sobre aviso el anterior Proyecto de Ley del Gobierno que ligaba las consecuencias del cese a la publicación del Real Decreto (artículo 21.1).

4. EL GOBIERNO CESANTE Y LA REPRESENTATIVIDAD

El aspecto que adquiere una mayor trascendencia para el estudioso de la posición y de los límites de este gobierno es el de la permanencia o no de la representatividad. La respuesta a este interrogante es la clave de bóveda de la comprensión jurídica del periodo que se abre, aunque es de rigor reconocer que en la mayoría de los estudios que se han dedicado al Gobierno cesante, la determinación de su esfera funcional se ha derivado más a través de la pura interpretación literal ("donde la Constitución dice en el artículo 101 el Gobierno continuará en funciones quiere decir que continuará con todas sus funciones"¹¹³, o si la Constitución hubiera querido limitar la actuación del Gobierno en funciones hubiera seguido una pauta similar a la utilizada para caracterizar a las Diputaciones Permanentes¹¹⁴) o de una interpretación sistemática general¹¹⁵, que de una utilización explícita del término representatividad¹¹⁶. Nuestro entendimiento de los complejos problemas que presenta la delimitación material y funcional de este periodo se apoya como elemento primario en la noción de representación a la que seguirían, como eslabones necesarios de la cadena, los conceptos de legitimación y competencia¹¹⁷. He de hacer notar, en congruencia, la diferencia radical que se puede observar entre este planteamiento y el de A. A. ROMANO. Este autor insiste reiteradamente en diversas ocasiones de su monografía *La prorogatio degli organi costituzionali*, en que las variaciones en la legitimación de los órganos no inciden en su competencia¹¹⁸.

¹¹³ Representativas de esta teoría son las observaciones de L. AGUIAR DE LUQUE: "En el régimen parlamentario que diseña la Constitución española no hay razones de principio para entender jurídicamente restringido el ámbito de posibilidades de actuación del Gobierno cesante, que es así un Gobierno con plenitud jurídica de facultades, con la salvedad de estar su actuación sometida a un término o plazo, la toma de posesión del nuevo Gobierno". "La posición del Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español", en A. GARRRENA MORALES (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, op. cit., pág. 268. En la misma órbita se encuentran las posturas de ALZAGA VILLAMIL y SÁNCHEZ AGESTA que recoge M. REVENGA SÁNCHEZ, "El Gobierno en funciones", op. cit., p. 1516.

¹¹⁴ Este argumento se encuentra en la doctrina italiana para justificar la ausencia de límites de la Cámara en prorogatio. Cfr. MARRAMA, *Titolari degli organi pubblici...*, op. cit., pág. 203.

¹¹⁵ De esta opinión son claramente SATRÚSTEGUI y GARCÍA HERRERA, además de A. BAR CENDÓN, de quien son estas observaciones: "Aunque la Constitución no defina específicamente en su artículo 101.2 los límites taxativos de las competencias que posee el «Gobierno cesante», es lo cierto que una interpretación sistemática del texto constitucional nos ofrece con toda claridad esas limitaciones". *La disolución de las Cámaras legislativas en el ordenamiento constitucional español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1989, p. 273.

¹¹⁶ Un estudio que parte del concepto de representatividad es el clásico de L. ELIA que señala que, frente a los órganos de competencia absolutamente invariable (como el Tribunal Constitucional), hay otros cuya alteración competencial deriva directamente del carácter representativo del órgano, lo que significa que estos órganos (Parlamento, Gobierno y Presidente de la República) deben encontrarse en una relación de homogeneidad con otros detentadores del poder político (el Parlamento con el electorado, el Gobierno con el Parlamento y el Presidente de la República con la colectividad nacional). Dice ELIA: "È precisamente con riguardo ad una alterazione di questo rapporto di omogeneità e di sintonia che se produce una alterazione nel volume delle competenze: o perché si presuma (...) una attenuazione del carattere rappresentativo o perché da alcuni eventi (sfiducia delle Camere, dimissioni spontanee) risulti l'inedineità dei titolari di un ufficio a svolgere funzioni di carattere politico". L. ELIA, *Sulla «ordinaria amministrazione» degli organi costituzionali*, op. cit., págs. 89-90.

¹¹⁷ Recoge esta cadena argumental MARRAMA: "La fase della prorogatio sarebbe caratterizzata dalla mancanza della presunzione di rappresentatività dei loro titolari. Questa verrebbe infatti meno alla scadenza del termine di durata in carica, il quale agirebbe, naturalmente, anche come limite massimo della politische Legitimation conferita a detti titolari dagli elettori o, comunque, dagli organi che li hanno nominati. Il venir meno della presunzione di rappresentatività determinerebbe poi a sua volta una riduzione dei poteri dei titolari, ai quali sarebbe giuridicamente vietato il compimento di atti di non ordinaria amministrazione (o meglio di atti che hanno una rilevanza politica), tranne che nei casi di necessità ed urgenza". Cfr. *Titolari degli organi pubblici e principio di continuità*, op. cit., pág. 67.

¹¹⁸ Mantiene este autor que de circunstancias que influyen sobre los titulares de los órganos no pueden derivarse limitaciones de la competencia de los órganos sino límites al concreto ejercicio de tales funciones derivados de la alteración de la legitimación de los titulares. Op. cit., pág. 136

En el estudio que este autor lleva a cabo de los órganos, ya sean administrativos o constitucionales, la legitimación es una circunstancia que radica exclusivamente sobre el titular del órgano en tanto que la competencia se refiere a su órbita objetiva, de lo que deduce una inexorable comunicabilidad entre los elementos subjetivos y objetivos y, en consecuencia, la invariabilidad de la esfera competencial de los órganos¹¹⁹. Como dice GARCÍA HERRERA, esta construcción está lejos de ser coherente porque, en su opinión, que comparto íntegramente, “la pérdida de legitimación en un sistema institucional regulado por determinados principios repercute en las competencias ejercitables e impone la existencia de controles cuando los límites se sobrepasan”¹²⁰.

Resuelta esta cuestión analicemos, pues, qué relaciones hay entre el cese del Gobierno y su representatividad.

En nuestra opinión, la respuesta pasa por recordar, una vez más, que, a tenor del artículo 99 CE, el Gobierno extrae su legitimidad a través de la investidura parlamentaria de su Presidente. El Parlamento otorga la confianza al Presidente que después procederá a nombrar al resto del órgano (art. 100 CE)

El examen de los supuestos del artículo 101 no deja lugar a dudas. Cuando se celebran elecciones generales el ciudadano elige nuevos representantes. La representatividad del antiguo Parlamento y de su órgano sustituto, la Diputación Permanente, llega hasta ese momento, y si el órgano que investió al Presidente del Gobierno ya no es representativo tampoco podrá serlo, por derivación necesaria, éste. En la segunda hipótesis, la pérdida de la confianza parlamentaria a través de la aprobación de una moción de censura o el rechazo de una cuestión de confianza, aparecen como mecanismos para que la Cámara haga evidente, en el segundo caso, que ya no considera que el Presidente la representa, y, en el primero, que ha designado a quien lo hace en mayor medida. La dimisión o el fallecimiento del Presidente suponen la desaparición (política, la primera, real, la segunda) del sujeto que recibió la confianza y con ella del origen de la relación representativa con el Parlamento.

Luego el primer dato del que hemos de partir es el de la no representatividad del Gobierno en funciones o, lo que es lo mismo, de que ya no existe el vínculo de confianza entre el Gobierno y el Parlamento, bien porque el órgano que se la otorgó ha mudado su calidad representativa (supuesto de las elecciones generales), bien porque se le ha retirado expresamente, bien, por último, por la dimisión o el fallecimiento de quien la recibió. Todos los supuestos del artículo 101 CE (y 21 Ley 50/1997) son supuestos de un Gobierno que ha perdido la confianza parlamentaria (por lo que no me parece demasiado correcto cifrar de pérdida de confianza parlamentaria lo que son en puridad casos de retirada de la misma¹²¹) y carente, por ello, de la capacidad de representar. Toda la construcción del Gobierno en funciones, como Gobierno limitado, es así

¹¹⁹ En realidad lo que este autor parece querer decir es que las variaciones en la legitimación de los órganos no inciden sobre la competencia, que se mantiene invariable, sino sobre el ejercicio de la competencia que es el que se verá atenuado. Este “retruécano jurídico” es el resultado de una concepción de los órganos absolutamente formal, una concepción que concibe a los órganos al margen de su elemento subjetivo, lo que si bien es imaginable respecto de los órganos administrativos, no lo es, en absoluto, respecto de los órganos constitucionales.

¹²⁰ La continuidad del Gobierno vasco, op. cit., pág. 103.

¹²¹ Señala con acierto M. REVENGA SÁNCHEZ, “Aunque la pérdida de la confianza parlamentaria aparece sólo en el artículo 101.1 como una de las posibles causas del cese, es necesario insistir en que la relación de confianza quiebra en todos y cada uno de los supuestos generadores del cese”. Cfr. “El Gobierno en funciones”, en AAVV, *El Gobierno y la Administración en la Constitución*, op. cit., pág. 1513.

congruente con la idea básica del parlamentarismo de indiferenciar el binomio confianza parlamentaria-representatividad gubernamental¹²², añadiendo, en su falta, el tercer elemento de la tríada, la atenuación competencial¹²³.

En conclusión, un Gobierno que ya no goza de la confianza parlamentaria es un gobierno que “fue” representativo, por lo que se encuentra en una posición constitucional muy diferente de la que la Constitución confiere al órgano antes de acaecer alguno de los supuestos del cese.

¹²² Un nuevo argumento contra la teoría de la “legitimación democrática del Poder ejecutivo”, sustitutoria de la “legitimación parlamentaria”.

¹²³ Señala a propósito AMPHOUX: “Il est un gouvernement anormal, en une certaine manière abusif. Puisqu’il est privé de la confiance de la majorité, il apparaît nécessaire de limiter ses pouvoirs”. *Le Chancelier Fédéral...*, op. cit., pág. 151.

5. POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL GOBIERNO EN FUNCIONES

Acabamos de mostrar que el cese del Gobierno supone inmediatamente la carencia de representatividad. Sin embargo, tal carencia no determina su desaparición, sino que continua existiendo, aunque funcionalmente limitado. Su posición jurídica ya no es la del órgano fundamental en nuestro Estado social en quien residen algunas de las competencias más importantes, amparado por el gran paraguas legitimador de la función de dirección política. Antes bien, el Gobierno en funciones como órgano que “fue” representativo, es el órgano al que el ordenamiento constitucional encomienda la labor de allanar el camino al nuevo Gobierno¹²⁴. La cesura tan importante que se produce en la naturaleza jurídica de este órgano nos permitiría incluso dudar de la conveniencia de seguir hablando del gobierno como un *continuum*. Se trata de constatar, tan sólo, los escasos puntos de unión entre un Gobierno plenamente representativo que desempeña competencias que marcan el rumbo del Estado y un Gobierno no paragonable en ninguno de estos aspectos. Siendo esta observación plenamente congruente, las dificultades de encontrar en nuestro ordenamiento datos que nos permitan sostener la “muerte civil” del Gobierno y el surgimiento del Gobierno en funciones como órgano de relevancia constitucional¹²⁵ con el objeto de realizar eficazmente la transición, nos conducen de nuevo a los derroteros clásicos. En estos, el Gobierno se nos aparece como un órgano, permanente en cuanto que tiene que lograr la plena normalidad “del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de funciones al mismo” (art. 21.3 Ley 50/1997)¹²⁶. Ahora bien, la consideración del órgano debe variar para valorarlo ante todo como un poder negativo, es decir, esencialmente ejecutivo, y sólo activo, con capacidad de impulso, en cuanto que reaccional si se ve afectado el interés general. Ahondando en esta cuestión, señalemos que el Gobierno cesante puede ser caracterizado como administración¹²⁷, porque ésta es la labor que esencialmente le compete (“limitará

¹²⁴ La parquedad de la norma constitucional no impide que consideremos con REVENGA que la expresión “gobierno en funciones” del artículo 101 CE constituye una auténtica norma que sólo habilita al Gobierno a actuar en un sentido reducido: “Tras el cese la referencia no puede ser ya, en modo alguno, el haz de atribuciones del Gobierno dispersas en el texto constitucional, sino la propia norma de habilitación que de manera automática impone al Gobierno cesante el deber constitucional de propiciar el normal desarrollo, conforme a los pasos constitucionalmente previstos, del procedimiento de formación del nuevo Gobierno”. (Las cursivas en el original). Cfr. M. REVENGA SÁNCHEZ, op. cit., p. 1513.

¹²⁵ Transponemos aquí la construcción que respecto de las Cámaras hace JIMÉNEZ CAMPO en Las Diputaciones Permanentes y el control sobre el Decreto-Ley, *RDPol*, núm. 15, 1982.

¹²⁶ Y no ya, de nuevo, el argumento de las exigencias del concepto doctrinal “órgano”. Cfr. supra.

¹²⁷ En este sentido LÓPEZ CALVO, *Organización y funcionamiento del Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 79-80. La consideración del Gobierno en funciones como administración la podemos encontrar en F. SANTAOLALLA LÓPEZ: “Así, el Gobierno podrá adoptar las decisiones que le corresponden en cuanto órgano administrativo, y que sean requeridas por la marcha normal de la Administración Pública: resolución de determinados expedientes, recursos y concursos, etc. En cambio, deberá abstenerse de adoptar iniciativas que impliquen una elección en función de la composición del Gobierno dimisionario o que puedan comprometer seriamente la actuación política de los sucesivos Gobiernos”. “Comentario al artículo 101” en F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 1413-1414. De forma coincidente, M. A. GARCÍA HERRERA, *La continuidad del Gobierno vasco*, op. cit., pág. 102. De la opinión contraria es A. BAR CENDÓN: “En términos generales, durante la situación de disolución, tanto durante la fase previa a la celebración de las elecciones, como en la fase posterior, la competencia jurídica del Gobierno sigue siendo aquélla que le atribuye el art. 97 de la CE, es decir, en esencia, la dirección política y administrativa del Estado, con todo lo que ello lleva consigo”. Cfr. *La disolución de las Cámaras*..., op. cit., pág. 273. Los términos tajantes en los que la Ley de Gobierno limita la gestión del Gobierno en funciones “al despacho ordinario de los asuntos públicos” descarta esta última teoría (a no ser que en una nueva vuelta de tuerca se quiera ver también en los actos de trámite una expresión de la función de dirección política).

su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos”¹²⁸, art. 21.3 Ley 50/1997¹²⁹, lo que en la doctrina italiana se ha llamado *ordinaria amministrazione*¹³⁰). La configuración del Gobierno en funciones como administración permite dar cuenta de la inexistencia de la relación de confianza parlamentaria y de que, por otra parte, resista como elemento relacional la capacidad de control del Parlamento¹³¹.

En resumen, no puede mantenerse que la continuidad del Gobierno en el ordenamiento español suponga la continuidad de las funciones que éste tiene ordinariamente atribuidas. La continuidad del Gobierno supone sólo la continuidad del órgano, mientras que su disminución competencial asimila su posición jurídica a la de la Administración.

¹²⁸ Desde este punto de vista, más correcta me parece la fórmula del art. 13.3 de la Ley de Gobierno de Euskadi, según la cual, “el Lehendakari cesante y su Gobierno continuarán en el ejercicio de sus funciones a fin de garantizar el buen funcionamiento de la Administración y el adecuado traspaso de poderes hasta la toma de posesión del nuevo Lehendakari”.

¹²⁹ Esta fórmula se incluye en algunas Constituciones como la portuguesa (art. 189.5) y la danesa (art. 15.2).

¹³⁰ Cfr. principalmente L. ELIA, *Sulla ordinaria amministrazione degli organi costituzionali*, op. cit.

¹³¹ Sobre la base de la amplitud con que se concibe el artículo 109 CE: “Las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los Presidentes de aquéllas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas”.

6. EL STATUS DEL GOBIERNO EN FUNCIONES. ESPECIAL ATENCIÓN A LA POSIBLE APLICABILIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 102 CE

El artículo 102 señala:

1. *“La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.*
2. *Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo.*
3. *La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo”.*

Los problemas que se plantean para el ámbito de esta investigación son los siguientes:

1. Respecto del primer artículo: ¿continúan especialmente aforados los miembros del Gobierno cuando están en funciones?
2. ¿Es necesario que, para acusar de traición o de algún delito contra la seguridad del Estado al Presidente del Gobierno en funciones, hayan de concurrir las mayorías previstas en el artículo 102.2?

La solución a ambas preguntas va a ser diferente. Pero pasemos a analizar primeramente el complejo artículo 102 de la Constitución para encontrar el porqué de esta diferencia. Efectivamente, el artículo 102 presenta notables lados oscuros como se ha resaltado en los escasos estudios que se le han dedicado. Veamos por separado los diferentes perfiles de este artículo:

El artículo 102.1 CE

En el párrafo inicial se contiene un aforamiento especial para el Presidente y el resto de los miembros del Gobierno. En efecto, se sustrae la competencia para juzgar al juez natural y se encomienda expresamente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Desde el punto de vista de la interpretación sistemática esta previsión es muy congruente en cuanto que trata como las dos realidades homogéneas que son la posición del parlamentario¹³² y la del miembro del Gobierno. Ahora bien, lo que este argumento no acaba de resolver es por qué en el Estado constitucional actual sigue siendo una garantía mayor para el representante y, en definitiva, para el representado (considérese que si la relación representativa en su integridad no resulta beneficiada carece de cobertura constitucional cualquier prerrogativa¹³³) ser juzgado por el Tribunal Supremo en vez de por el juez natural.

¹³² Como es sabido el artículo 71.3 se establece que “En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”.

¹³³ La teoría de JIMÉNEZ CAMPO (“Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios”, en PAU I VALL (coord), *Parlamento y justicia constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1997.) sobre el artículo 23.2 acerca de que la mayoría de las facultades que se han querido englobar dentro del derecho fundamental del representante son, en realidad, derechos de los representados que el primero tiene que hacer valer para que los segundos lo sean efectivamente.

Sin entrar en el fondo del debate, glosemos aquí la respuesta que viene dándose desde antiguo ya que nos ilustra de cual es el fundamento atribuido al aforamiento. Éste se establece porque parece mejor que enjuicien a los miembros del Gobierno (y no concretamente las actividades de los miembros del Gobierno) el Tribunal cumbre de la organización judicial. Se reconoce así que la exigencia de responsabilidad criminal del Gobierno como órgano representativo (lo que justifica la identidad del aforamiento respecto del de los parlamentarios, art. 71) exige un especial cuidado, el que sólo puede poner aquel Tribunal que por experiencia y cualificación ocupa el más alto lugar en el escalafón (art. 123.1 CE)¹³⁴. ¿A qué obedece, en fin, tanta prevención? Juzgar a un representante es juzgar a aquel que hace presente en los órganos de formación de la voluntad estatal la voz de los representados. Juzgar a un miembro del Gobierno tiene también una importancia decisiva sobre el futuro político del juzgado. En este sentido, si juzgar la ley es en cierto sentido legislar y juzgar a la administración es también de alguna manera administrar, juzgar a quien ejerce una actividad política es igualmente hacer política. La manera de conciliar la exigencia de responsabilidad criminal -y, en definitiva, el respeto a obtener una tutela judicial efectiva sin fisuras- con el miramiento que merece la posición singular del representante es este aforamiento especial.

Procedamos ahora a examinar lo siguiente: si la Constitución hubiera querido conectar estrictamente las previsiones del artículo 102.1 al momento en el que los órganos que se citan están desempeñando sus funciones, o bien lo hubiera señalado expresamente (incluyendo la fórmula habitual “el ejercicio de sus funciones”), o habría señalado el fuero cuando se tratase de enjuiciar actos del Presidente o de sus Ministros (continuaría, en definitiva, el modelo seguido para garantizar la inviolabilidad de los parlamentarios en el artículo 71 en vez de seguir tan de cerca el de la inmunidad). Así que, cuando el artículo 102.1 señala que la responsabilidad criminal del Presidente y los Ministros será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, se está estableciendo un fuero especial para el que ocupe ese cargo con independencia del tipo de delito (siempre que no se trate de los contenidos en el artículo 102.2) o del momento en que se haya cometido (el aforamiento desplazaría así todos sus efectos, por

¹³³ La teoría de JIMÉNEZ CAMPO (“Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios”, en PAU I VALL (coord), *Parlamento y justicia constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1997.) sobre el artículo 23.2 acerca de que la mayoría de las facultades que se han querido englobar dentro del derecho fundamental del representante son, en realidad, derechos de los representados que el primero tiene que hacer valer para que los segundos lo sean efectivamente.

¹³⁴ Señala DIEZ-PICAZO respecto del origen del aforamiento de los Diputados y Senadores: “Al Tribunal Supremo no sólo se le presume una mayor experiencia y ponderación sino que, sobre todo, es único para todo el territorio nacional. Por ello, encomendarle las causas criminales contra diputados y senadores equivalía a poner a éstos a reparo de insidiosas querellas privadas, así como del posible exceso de celo de algunos jueces de instrucción; y, además, quedaba automáticamente reducido el riesgo estadístico de admisión de querellas insuficientemente fundadas”. *La criminalidad de los gobernantes*, op. cit., pág. 145. En el mismo sentido RODRÍGUEZ MOURULLO: “Precisamente en atención a dicha jerarquía se explica la concesión, dentro de la jurisdicción ordinaria, de un fuero especial, detrás del cual no debe verse tanto un privilegio como una garantía de independencia e imparcialidad, pues se supone que, al tratarse de un Tribunal perteneciente a la más alta instancia del Poder Judicial, está en mejores condiciones de rechazar cualquier intento de influencias indebidas”. “Criterios para la exigencia de responsabilidad criminal al Presidente y demás miembros del mismo”, op. cit., pág. 244. El Tribunal Constitucional ha ensayado una interpretación en la que el aforamiento de los parlamentarios se vincula, no sólo con la garantía de la posición de las Cortes, sino que resulta útil también como mecanismo para proteger al propio Poder Judicial en su función. Cfr. la STC 22/1997 (FJ 6°): “Aflora así la finalidad cuya salvaguarda se persigue mediante la constitucionalización de la prerrogativa de aforamiento especial de Diputados y Senadores. Proteger la propia independencia y sosiego tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña. La prerrogativa de aforamiento actúa, de este modo, como instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional tanto de las Cortes como del propio Poder Judicial, o, dicho de otro modo, el aforamiento preserva un cierto equilibrio entre los poderes y, al propio tiempo, la resistencia más eficaz frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición del Parlamento”. En la doctrina ha secundado recientemente esta teoría P. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, *El “juez natural” de los parlamentarios*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 70.

ejemplo, en el caso de delitos que el Presidente hubiera podido cometer antes de tomar posesión de su cargo). Eso es lo trascendente y no la relevancia política de la acción eventualmente delictiva (Estamos hablando de un juicio en el que se ventila, por ejemplo, la comisión de una estafa por parte de un miembro del Gobierno). En definitiva, el Presidente y los Ministros están aforados mientras dure su mandato, lo que supone una desviación notable con respecto a la evolución general seguida por los países de nuestro entorno como perfectamente muestra DIEZ-PICAZO¹³⁵.

Pero remitiéndonos para el tratamiento de estos cruciales problemas al autor citado, debemos ceñirnos al objetivo de nuestra investigación y determinar cuándo acaba el mandato de los miembros del Gobierno; cuándo debemos entender que el aforamiento toca a su fin porque ha concluido el mandato gubernamental. Lo primero que hemos de asumir es la dificultad de esgrimir en esta materia criterios absolutos (desde luego no ayuda aquí la sustancial rareza de nuestra Norma Suprema). Hemos de comenzar destacando de nuevo como el primer apartado de este artículo establece el aforamiento especial para cualquier delito, independientemente de que éste se haya realizado en el ejercicio de sus funciones. Luego si un miembro del Gobierno comete cualquier delito será juzgado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Ahora bien, que el delito sin conexión funcional con la actividad estrictamente gubernamental merezca un trato diferente sólo puede entenderse, en un Estado que como el constitucional tiene en su más insita raíz la eliminación de los privilegios, a partir de la extrema relevancia que en el orden representativo tienen los integrantes del Gobierno. Efectivamente, es, en mi opinión, el carácter representativo de los miembros del Gobierno lo que justifica que compartan el mismo aforamiento especial con los Diputados y Senadores (art. 71).

Así, según esta primera interpretación, el mandato del Presidente y de los miembros del Gobierno finaliza cuando cesa porque es cuando hemos convenido que toca a su fin la representatividad. Si concedemos además que el fuero tiene también un segundo objeto específicamente referido a la condición de integrante del Gobierno del representante, cual es el de evitar que surtan efectos ardidés o maniobras para destituir extraparlamentariamente al Presidente, carece de toda justificación mantenerlo cuando éste ha cesado¹³⁶. Ahora bien, la solución adoptada debe hacerse cargo de la siguiente hipótesis: consideremos que el Presidente en funciones aspire a dirigir también el Gobierno sucesor (en el supuesto más corriente, porque su partido o coalición haya ganado las elecciones). Esta expectativa, que será seguramente también la de la mayoría de la ciudadanía, requerirá también del fuero para alejar cualquier perturbación ilegítima¹³⁷. Así pues, para evitar resultados contrarios al fin del aforamiento

¹³⁵ *La criminalidad de los gobernantes*, op. cit., pág. 159.

¹³⁶ Respecto del ámbito temporal del aforamiento de los Diputados, ha señalado la citada STC 22/1997 (FJ 8º): "La cognición del Tribunal Supremo en este tipo de procesos sólo se justifica constitucionalmente por razón de la prerrogativa del aforamiento (art. 71.3 CE) y en atención a la función institucional que le es propia, y no cuando -como ahora acontece- ésta queda privada de su razón de ser, por haber perdido el encausado su condición de miembro de las Cortes Generales. Lo contrario supondría -como antes se ha dicho- una extensión del ámbito temporal de la prerrogativa, convirtiéndola predominantemente en privilegio personal, que redundaría en una desproporcionada e innecesaria alteración del régimen común del proceso penal". El interés que con este instituto se preserva, continúa, "decae cuando se pierde la condición de parlamentario y no cabe temer que el Juzgador se sienta cohibido por el peso institucional de la representación popular o abrumado por la trascendencia de su decisión en la composición de la Cámara".

¹³⁷ Podría decirse que lo que resulta más difícilmente explicable en esta hipótesis es el mantenimiento del fuero para el Ministro en funciones, aunque encuentra una posible justificación en el deseo de que no sean utilizados como cabeza de turco de una acometida contra el Presidente.

debemos extender éste hasta que el nuevo Gobierno tome posesión, pero nunca más allá. Ésta es la consecuencia indeclinable de que lo protegido en primer término sea la figura y no específicamente la función¹³⁸.

El artículo 102.2 CE

En el artículo 102.2 se establecen ciertos requisitos de procedibilidad para cuando los miembros del Gobierno cometan algunos delitos en el ejercicio de sus funciones. Estos requisitos suponen que si la acusación no es planteada por una cuarta parte de los Diputados y aprobada por la mayoría absoluta de éstos no puede prosperar¹³⁹. Nos encontramos, pues, con una excepción mucho más relevante del régimen común que la Constitución respalda en función de la singularidad de los delitos que se mencionan y de que estos se hayan cometido en el ejercicio de sus funciones. Precisamente es la conexión de estos delitos con las “funciones gubernamentales” lo que justifica esa primera valoración por parte de las Cámaras. (De hecho, si no se hubiese incluido este inciso sería bastante más difícil justificar la separación del régimen común¹⁴⁰) El aserto es: la apreciación de la responsabilidad criminal derivada de la acción política gubernamental exige la concurrencia del órgano político que otorga la confianza¹⁴¹. Entiéndase la sustancial diferencia que hay entre el tratamiento constitucional atribuido a la acción “gubernamental” constitutiva de delito de traición o contra la seguridad del Estado¹⁴², y las consecuencias que el ordenamiento depara a aquél miembro del Gobierno que comete un delito en general. En el primer caso, el artículo 102.2 enuncia el principio de que en el enjuiciamiento de una función política (cuando el Gobierno actúa como cúspide de la Administración no parece aplicable este supuesto) ha de intervenir de alguna manera el principal de los órganos representativos. El 102.2 constituye de alguna manera una suerte de

¹³⁸ “Resulta difícil sostener que la finalidad del aforamiento contemplado por el artículo 71.3 sea proteger *ad aeternum* el ejercicio de las funciones parlamentarias. Su finalidad es, sin duda, tutelar el cargo en cuanto tal y, por ello, idénticas conclusiones hay que predicar del apartado primero del art. 102 CE: el aforamiento no puede ser extendido a quienes han cesado en el cargo. De otro modo, se acabaría por entender que el aforamiento de los miembros del Gobierno es un mero privilegio procesal; y ello equivaldría a admitir que cualesquiera delitos cometidos mientras se fue miembro del Gobierno, incluidos aquellos que nada tienen que ver con el ejercicio de funciones públicas, deben ser sustraídos a los órganos judiciales normalmente competentes”. L. M. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en el Derecho español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pág. 21.

¹³⁹ El procedimiento concreto se establece en el artículo 169 RCD:

“1. Formulada por escrito y firmada por un número de Diputados no inferior a la cuarta parte de los miembros del Congreso, la iniciativa a que se refiere el artículo 102.2, de la Constitución, el Presidente convocará una sesión secreta del Pleno de la Cámara para su debate y votación.

2. El debate se ajustará a las normas previstas para los de totalidad. El afectado por la iniciativa de acusación podrá hacer uso de la palabra en cualquier momento del debate. La votación se hará por el procedimiento previsto en el número 2º del apartado 1 del artículo 87 de este Reglamento y se anunciará con antelación por la Presidencia la hora en que se llevará a cabo.

3. Si la iniciativa de acusación fuera aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara, el Presidente del Congreso lo comunicará al del Tribunal Supremo, a efectos de lo dispuesto en el artículo 102.1, de la Constitución. En caso contrario se entenderá rechazada la iniciativa.”

¹⁴⁰ DIEZ PICAZO, *La criminalidad de los gobernantes*, op. cit., pág. 136.

¹⁴¹ Así, SANTAOLALLA: “Pero, ante todo, debe tenerse en cuenta que estos delitos exceptuados de la acción pública son los contrarios a la seguridad del estado y cometidos por miembros del Gobierno en el ejercicio de sus funciones. Estas circunstancias determinan que los mismos se producirán lógicamente en el ámbito de la vida política, razón por la que el inicio del proceso penal correspondiente se ha reservado a un órgano esencialmente político como el Congreso de los Diputados”. Cfr. “Comentarios al artículo 102”, en (GARRIDO FALLA dir.), *Comentarios a la Constitución*, op. cit., pág. 1419. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, “Criterios para la exigencia de responsabilidad criminal al Presidente y demás miembros del Gobierno”, op. cit., pág. 245.

¹⁴² Sobre las dificultades para individualizar estos delitos A. OBREGÓN GARCÍA, *La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 100-121. En cualquier caso hay que resaltar con DIEZ-PICAZO que “es imprescindible hallar un significado puramente constitucional de las nociones de traición y seguridad del Estado”. Op. cit., pág. 11.

responsabilización conjunta del Congreso y del Gobierno en la función de dirección política¹⁴³. Lo que no se acoge es que la puesta en marcha de un instrumento que puede derribar al Presidente del Gobierno que el Congreso ha elegido no debe tener lugar al margen de él. El mecanismo de exigencia de responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno que hayan cometido los delitos ministeriales del artículo 102 funciona, pues, al margen del circuito fiduciario.

El artículo 102 puede dar lugar a una pluralidad de situaciones claramente diferenciadas que es preciso clarificar. El supuesto para el que parece estar especialmente previsto es el de aquel miembro del Gobierno que durante su mandato comete un delito de traición o contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones y su procesamiento se intenta antes de que cese. No está destinado, pues, a regular aquella situación en la que el Presidente comete un delito inespecífico¹⁴⁴ ni es concebido tampoco para depurar la responsabilidad criminal derivada de un delito de traición o contra la seguridad del Estado al margen de sus funciones¹⁴⁵. Ahora bien, cabe también que se produzcan dos situaciones no tan diáfanas como las anteriores. En primer lugar, podríamos plantearnos qué ocurriría si el procesamiento por el delito específico cometido por el Presidente en el ejercicio de sus funciones tuviera lugar una vez cesado. De nuevo tenemos que remitirnos al fundamento del artículo 102 para resolver si en esta situación han de concurrir las dos condiciones de procedibilidad señaladas. Así, si, como hemos puesto reiteradamente de manifiesto, la exigencia de mayorías especiales del Congreso para la acusación y para la aprobación de la misma, se debe a la politicidad insita en las actuaciones gubernamentales cuestionadas hay que concluir que ésta es una cualidad que no desaparece por el cese. Esto es: el cese incide sobre la representatividad del órgano pero no desvirtúa la naturaleza de las actuaciones que el Presidente o su Gobierno hubieran desempeñado. Por tanto, la medida en que en uno de estos actos "gubernamentales" haya o no indicios verosímiles de delito es algo que debe seguir quedando a resguardo de lo que la Cámara estime, más allá de que el que ostentaba la competencia hubiera cesado completamente, estuviera en funciones, o se mantuviese en el cargo¹⁴⁶.

¹⁴³ Este artículo se muestra como un apoyo más para aquella tesis de la dirección política como función compartida.

¹⁴⁴ En este caso su procesamiento no estará regido por más disposiciones que la que le reconoce el fuero especial del artículo 101.1 y la de la necesidad de la autorización para proceder prevista en el artículo 71 para el caso de que, como es natural, el Presidente o Ministro sea también parlamentario.

¹⁴⁵ Uno de los importantes problemas a resolver en este complicado artículo es la determinación de que es "el ejercicio de sus funciones". Recordemos las dificultades que el Tribunal Constitucional ha tenido para desvelar el significado constitucional de función parlamentaria para concretar el ámbito propio de la inviolabilidad ex artículo 71. En efecto, como es sabido, la exigencia de una cierta regularidad y previsibilidad ha llevado a nuestro más alto Tribunal a entender que la función parlamentaria, por diferencia a la función política que el representante tiene también que llevar a cabo, sólo puede tener lugar "en la medida en que participase en actos parlamentarios y en el seno de las articulaciones orgánicas de las Cortes Generales" (STC 51/1985, FJ 6). Esta circunscripción "topográfica" de la función es criticable porque no da cabida a una concepción más funcional, pero sobre todo nos resulta difícilmente asumible como argumento útil para saber en qué consiste la función gubernamental, de "fronteras físicas" mucho más etéreas que la parlamentaria. DIEZ-PICAZO, señala como a este respecto existen muy pocas indicaciones precisas. Obsérvese la sentencia de la Corte de Casación Francesa de 28 de mayo de 1986 que este autor cita y según la cual: "El ejercicio de funciones ministeriales no se limita a las atribuciones que entran dentro de la competencia administrativa del Departamento del que el Ministro está encargado, ni al caso en que éste actúa por delegación del Primer Ministro, ya que un ministro, en cuanto miembro del Gobierno, participa en la determinación y la conducción de la política nacional". Cit. por DIEZ-PICAZO, *La criminalidad de Gobernantes*, op. cit., pág. 120.

¹⁴⁶ Señala así DIEZ-PICAZO: "¿Es aplicable (el apartado 2 del artículo 102 CE) a aquellos supuestos en que, siendo la acusación por delitos cometidos cuando era miembro del Gobierno, el imputado ya ha cesado en el cargo? Parece que la respuesta debe ser afirmativa. La inclusión del inciso "en el ejercicio de sus funciones" es significativa, pues hace referencia a delitos cometidos en condición de miembro del Gobierno. La idea misma de tratamiento diferenciado de los "delitos ministeriales" está encaminada no a la protección del cargo en cuando tal, sino a la específica salvaguardia del ejercicio de las funciones gubernamentales y ministeriales (...) Hay un relevante e insuprimible elemento de valoración política en toda acusación por delitos de esta naturaleza que explica que la condición de procedibilidad -esto es, el monopolio de la iniciativa acusatoria por parte del Congreso de los Diputados- tutele el ejercicio de las funciones, y, en consecuencia, que sea plenamente aplicable incluso una vez abandonado el cargo". Cfr. L. M. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno en el Derecho español*, op. cit., pág. 16. En el mismo sentido A. OBREGÓN GARCÍA, op. cit., pág. 123; y R. GARCÍA MAHAMUT, *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, op. cit., págs. 251-253.

La última cuestión que debemos encarar es el régimen que en su caso sería aplicable a aquel Presidente o miembro del Gobierno que hubiera cometido un delito de traición o contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones mientras está en funciones (es decir en aquel periodo en que está cesado pero no ha tomado posesión todavía el Gobierno sucesor). Puesto que la capacidad funcional del Gobierno es atenuada, la posibilidad de cometer un delito de estas características aparece también como más reducida. Esto no significa, sin embargo, que no pueda darse algún caso puesto que la cláusula de urgencia/interés general contenida en el artículo 21.3 de la Ley 50/1997 alarga sustancialmente los confines de su actuación. En cualquier caso, debemos hacer una nueva remisión a los apartados anteriores y señalar que, dado que el presupuesto habilitante de la intervención parlamentaria es la politicidad de la acción, la Cámara debe seguir escrupulosamente los pasos previstos en el artículo 102¹⁴⁷.

En definitiva, en el artículo 102 hay dos mecanismos de protección que difieren en función de su objeto. En el aforamiento se protege la integridad del órgano. Es una prerrogativa que actúa como barrera frente a operaciones de desestabilización gubernamental. Esto significa, en principio, que cuando el Gobierno ha cesado no puede desplegar sus efectos. En cambio, en el artículo 102.2 el objeto protegido es la función gubernamental, y así debe variar, en consecuencia, la solución.

¹⁴⁷ En contra A. OBREGÓN, *op. cit.*, pág. 125.

7.1. Introducción

Hemos señalado anteriormente que el principal problema que presenta el Gobierno cesante es el de precisar cuales son sus funciones (desde el punto de vista positivo) o sus límites (desde el negativo). Qué es lo que puede hacer el Gobierno en funciones o hasta dónde puede llegar son así los interrogantes medulares que tenemos que responder a partir de la exégesis del texto constitucional y de la Ley 50/1997 sobre el Gobierno, que por vez primera desarrolla esta cuestión, a la que dedica su Título IV.

En esta materia nuestro texto constitucional es bien parco, aunque no más de lo que suele ser habitual en nuestro entorno. Véamos la respuesta a esta cuestión en las Normas Fundamentales vecinas¹⁴⁸, que además nos pueden revelar datos de particular interés.

7.2. Los límites en los textos constitucionales

Las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea pueden clasificarse a estos efectos en tres grupos fundamentales. En el primer bloque se encuentran aquellas que carecen de cualquier referencia a la figura del Gobierno en funciones como Gobierno limitado. Es el caso de las Constituciones de Bélgica, Finlandia, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos o Grecia. En estos estados el problema se ha eludido a nivel constitucional, aunque más exacto sería decir que “se ha querido eludir a nivel constitucional” en la medida en que la Norma Fundamental no contiene una respuesta expresa a un problema, no obstante, siempre presente en los regímenes con alguna dosis de parlamentarismo. En cierto modo puede mantenerse, por tanto, la irrelevancia de la mención de esta cuestión en el texto constitucional y, en consecuencia, la imposibilidad de deducir de este dato gran cosa. Tanto si se incluye como si no, el problema tiene claros ribetes constitucionales porque la solución que se adopte es derivación necesaria del concepto constitucional en cada caso adoptado sobre la dualidad confianza-representatividad. Así se hace patente, por ejemplo, en la polémica italiana acerca de las competencias de los distintos Gobiernos sin confianza que, sin ser, como hemos visto, mencionadas por la Constitución, dependen inequívocamente de la interpretación atribuida a los artículos 92, 93 y 94 de la misma¹⁴⁹.

Un segundo grupo de Constituciones estaría integrado por aquellas que contienen alguna expresión significativa de la nueva calidad adquirida por el Gobierno bajo determinadas condiciones. Austria, Dinamarca, Portugal o Suecia cuentan en sus Textos Fundamentales con artículos

¹⁴⁸ Se comentan a partir de la edición de RUBIO LLORENTE y DARANAS PELÁEZ, *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 1997.

¹⁴⁹ Que en suma establecen que es el Presidente de la República el que nombra al Presidente del Consejo de Ministros y, a propuesta de él, a los ministros (art. 92), que éstos deben prestar juramento, antes de asumir sus funciones (art. 93), así como que el Gobierno debe comparecer ante las Cámaras para solicitar una confianza que le es necesaria, en el plazo de diez días desde su constitución (art. 94). En el curso de las páginas que siguen ahondaremos en esta fecundísima y constitucional polémica de la doctrina italiana.

referentes al Gobierno cesado. De entre estos cabe hacer una distinción a su vez en función de la intensidad limitativa que evocan. Inequivocamente obligan a un ámbito competencial diferenciado y claramente atenuado los siguientes preceptos constitucionales:

1. El artículo 15 de la Constitución de Dinamarca, que señala:

“1. Ningún Ministro podrá permanecer en funciones después de que el Parlamento le haya retirado su confianza.

2. Si el Parlamento retira su confianza al Primer Ministro, éste deberá solicitar la dimisión del Gabinete, a menos que se decreten nuevas elecciones. Todo Ministro que haya sido objeto de una votación de desconfianza o que haya pedido la dimisión, permanecerá en funciones hasta el nombramiento de un nuevo Gabinete. Los Ministros no podrán en estos casos más que despachar los asuntos corrientes para asegurar la continuidad de sus funciones”¹⁵⁰.

2. El artículo 189.5 de la Constitución de Portugal que es, salvo error, el más detenido tratamiento constitucional de esta materia y que establece:

“Antes de que sea examinado su programa por la Asamblea de la República o después de su cese, el Gobierno se limitará a realizar los actos estrictamente necesarios para asegurar la gestión de los asuntos públicos”.

Bastante más tibios, pero no por ello necesariamente definitorios de situaciones diferenciadas, son los enunciados de las Constituciones de Austria y Suecia. Según la primera de ellas (art. 71):

“Cuando el Gobierno Federal haya cesado en sus funciones, deberá el Presidente Federal, hasta que se constituya el nuevo Gobierno, encomendar la continuación del despacho de los asuntos a los miembros del Gobierno Federal saliente y a uno de éstos la presidencia de este gobierno provisional. Se podrá encomendar asimismo la continuación en el despacho de los asuntos a uno de los Secretarios de Estado adscritos a los Ministros federales salientes, o a un alto funcionario del Ministerio Federal de que se trate. Se aplicará por analogía este precepto cuando hayan cesado en sus funciones algunos miembros del Gobierno Federal. El encargado de proseguir el despacho de los asuntos asumirá la misma responsabilidad que un Ministro federal”¹⁵¹.

Y por último dentro de este bloque, nos encontramos también con el artículo 8 de la Constitución Sueca:

“En caso de separación colectiva de los miembros del Gobierno continuarán todos ellos en funciones hasta que haya tomado posesión un nuevo Gobierno. Si hubiere sido separado a petición propia un Ministro que no sea el Primer Ministro, seguirá desempeñando el cargo, si así se lo pide el Primer Ministro, hasta que tome posesión su sucesor”.

¹⁵⁰ Veremos más adelante el bagaje que acarrearán los conceptos subrayados, con especial atención al de asuntos corrientes.

¹⁵¹ Como se señala en la edición de RUBIO LLORENTE y DARANAS PELÁEZ, *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, op. cit., pág. 72 (nota a pie, núm. 30), este precepto toma su forma actual en 1986 para permitir que los secretarios de Estado puedan llevar a cabo los actos propios del Gobierno en funciones, una novedad de importancia por cuanto muestra la índole de funciones que ampara.

Un último caso netamente diferenciado de los anteriores es el constituido por la Constitución Alemana en la que la permanencia en funciones se establece, pero no como regla general, sino supeditada a que su necesidad sea apreciada en cada caso por el Presidente Federal. En efecto, en el artículo 69.3 se estipula que:

“A requerimiento del Presidente Federal, estará obligado el Canciller Federal, y todo Ministro lo estará asimismo a requerimiento del propio Presidente o del Canciller, a seguir despachando los asuntos hasta el nombramiento del sucesor”.

Este es el cuadro con el que cabe describir la posición que los textos constitucionales de nuestro entorno deparan al Gobierno en funciones. Lo que nos permite resaltar la absoluta normalidad del enunciado del artículo 101.2 CE,

“El Gobierno en funciones continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno”.

En efecto, visto desde la perspectiva comparada, nuestro lacónico precepto se une a aquellos que reconocen la singularidad del Gobierno cesado estableciendo sin mayor precisión que continuará en funciones hasta que el nuevo Gobierno pueda comenzar a desempeñar su actividad. Nuestro texto no pertenece, pues, a aquellos que se sirven de conceptos inequívocos (caso de Dinamarca o Portugal, como hemos visto) sino que, antes bien, por la ambigüedad de la expresión utilizada está prácticamente más cerca de los que carecen de cualquier previsión al respecto. ¿Tiene tal precisión un sentido determinado que nos permita deducir cuál va a ser el contenido que la norma habilitada pueda desarrollar? ¿Puede afirmarse, entonces, que la norma que establezca qué competencias va a tener el Gobierno cesado tiene algún condicionamiento constitucional? La respuesta es absolutamente positiva según la hipótesis que manejo, aunque se hace necesario añadir la siguiente y crucial matización: en el caso español, como en el supuesto, tanto de las constituciones que no señalan nada como de las que se apoyan en conceptos de una ambigüedad tan flagrante como la nuestra, existe un concepto constitucional de las competencias del Gobierno sin confianza basado en principios que se derivan de la conformación concreta del régimen parlamentario, especialmente de la trascendencia otorgada a la confianza. Así la imprevisión o “debilidad” de los términos constitucionales no desplazan el problema a la infraconstitucionalidad y así lo demuestra el que se presente casi con los mismos perfiles en los países que contemplan esta situación en su *norma normarum* que en los que adolecen de ella, como Italia. Esta es la principal consecuencia que podemos extraer del rápido panorama trazado.

7.3. Los límites en las Leyes Autonómicas

Si de la lectura de los textos constitucionales de nuestro entorno hemos podido constatar la absoluta convergencia de nuestra Constitución con la dirección mayoritaria, examinemos ahora el contexto normativo anterior a la aprobación de la Ley 50/1997 pasando revista a los preceptos más cercanos, por razón de territorio y de rango: los incluidos en las normas infraconstitucionales básicas y de desarrollo de los subsistemas normativos autonómicos. En función de su contenido y posición en el sistema de fuentes procede analizar por separado la regulación que contienen los Estatutos de Autonomía y la de las diferentes Leyes de Gobierno que se han ido aprobando en las Comunidades Autónomas respectivas.

El tenor de los preceptos que tratan esta cuestión en las Normas Institucionales Básicas de cada Comunidad¹⁵² es idéntico al artículo 101. En efecto, salvo en los casos de los Estatutos de Cataluña, Valencia y Castilla-León¹⁵³, que se remiten a una ley posterior¹⁵⁴, el resto¹⁵⁵ siguen la estela del artículo 30.2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (Ley Orgánica 3/1979) que señala, como en el artículo 101 CE, “el gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno”. Como en tantas ocasiones la definición de la completa estructura institucional de los territorios ha comenzado emulando sin mayor reparo la que la Norma Fundamental prevé.

De acuerdo con lo que podía razonablemente esperarse, un mayor contenido se hace patente en las leyes autonómicas que han tratado de acabar el diseño del Gobierno y la Administración que los Estatutos definían en sus trazos básicos. Se puede marcar una primera línea divisoria¹⁵⁶ entre aquellas normas que no van más allá de la tónica general común establecida en los Estatutos según la cual el Presidente y los demás integrantes de los Consejos de Gobierno continúan en el ejercicio de sus funciones o en el ejercicio de su cargo hasta la toma de posesión de sus sucesores (cfr. las leyes de Canarias, Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana¹⁵⁷), y las normas que desarrollan esta cuestión con mayor vocación de exhaustividad. Éstas inscriben por vez primera a nuestro derecho en la tendencia que marca limitaciones jurídicas terminantes a la actuación del Gobierno en funciones. La norma que abre esta senda es la ley vasca 7/1981, de 30 de junio sobre, «Ley del Gobierno», ley que se articula de forma dual en la medida en que contiene una definición teleológica general de la posición del Gobierno en funciones a la vez que se apresta, en el artículo siguiente, a establecer ámbitos competenciales claramente vedados.

La definición general se encuentra en el artículo 13.3:

“No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Lehendakari cesante y su Gobierno continuarán en el ejercicio de sus funciones a fin de garantizar el buen funcionamiento de la Administración y el adecuado traspaso de poderes hasta la toma de posesión del nuevo Lehendakari, salvo cuando el cese se produjera por fallecimiento o incapacidad del Lehendakari, en cuyo caso se producirá la sustitución prevista en el artículo siguiente”.

¹⁵² Pueden consultarse en la reciente edición de I. TORRES MURO, *Los Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid, 1999.

¹⁵³ Modificado por LO 3/1999 sin que se haya apreciado la necesidad de hacer ninguna precisión al respecto.

¹⁵⁴ Art. 37.1 de la Ley Orgánica 4/1979 por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 17.2 de la Ley Orgánica 5/1982 por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y art. 16.2 de la Ley Orgánica 4/1983 por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Castilla y León. En este último, sin embargo, a diferencia de los anteriores en el que el cese es una de las cuestiones expresamente remitidas, no se alude a él, lo que no constituye más que una mera imprecisión jurídica sin mayores efectos.

¹⁵⁵ La única especificidad entre los Estatutos que siguen la fórmula canónica es la que presenta el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 10/1982 del Estatuto de Autonomía de Canarias que establece un lapso temporal limitado para la toma de posesión del Gobierno tras el nombramiento del Presidente, un precepto absolutamente inusual como podemos comprobar.

¹⁵⁶ Un caso al margen lo constituyó la derogada ley 3/1984, de 25 de abril, reguladora del régimen jurídico del Gobierno y de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cuya única referencia a la cuestión era una remisión a lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía, que además sólo señala que el Consejo de Gobierno continuará en funciones (art. 16.2). Véase el art. 18 de la ley 3/1984 citada: “El Consejo de Gobierno cesa en sus funciones de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de Autonomía”.

¹⁵⁷ Véanse la ley canaria 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma (arts. 5.5 y 16 a)); la ley catalana 3/1982, de 23 de marzo, reguladora del Parlamento y del Presidente y Consejo Ejecutivo de la Generalidad (arts. 59 y 68); la ley gallega 1/1983, de 22 de febrero, reguladora de la Xunta y de su Presidente (arts. 23 y 29); y, por último, la ley 5/1983, de 30 de diciembre, del Gobierno Valenciano (arts. 12 y 36, no modificados en este punto por la ley 1/2002).

Se advierte de inmediato la conexión que hay entre los dos principios de actuación a que este precepto obliga y los que recogerá bastante más tarde la Ley 50/1997. En efecto, la referencia al traspaso de poderes como labor propia del Gobierno en funciones está presente en ambas leyes y configurarlo como garantía del buen funcionamiento de la Administración equivale casi punto por punto a señalar que limitará su gestión la despacho ordinario de los asuntos públicos. Pero, en realidad, lo que constituye una noticia difícilmente explicable, no es como esta configuración racionalizadora se convirtió en un modelo evidente para la ley que en el ordenamiento general del Estado debía acotar las funciones del Ejecutivo, sino como fue solemnemente soslayada por la mayoría de las leyes de Gobierno que posteriormente fueron dictadas por las Comunidades Autónomas. Así, contra toda lógica, como si fuera una cuestión sobrada de principios resolutorios de situaciones conflictivas, bastantes leyes autonómicas, después de señalar la consabida fórmula de la "continuación en sus funciones", se contentaron con introducir, por toda referencia, los límites puntuales a los que hacía referencia el artículo 14.2:

"El Lehendakari en funciones no podrá plantear la cuestión de confianza, ni ser objeto de moción de censura, con excepción de lo previsto para el Lehendakari interino en el artículo 11.2.

*El Lehendakari en funciones ejercerá las demás facultades y potestades del lehendakari y continuará en el desempeño del cargo hasta tanto tome posesión el nuevo Lehendakari que el Parlamento Vasco designe"*¹⁵⁸.

La norma que continúa la línea de reconocer sin más preámbulos esclarecedores los límites que acabamos de ver es la Ley Foral 23/1983, de 11 de abril, reguladora del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, que establece en su artículo 30.6 que "el Presidente en funciones no podrá, en ningún caso, ser objeto de moción de censura ni plantear la cuestión de confianza"¹⁵⁹. Inmediatamente después siguieron este modelo la ley andaluza 6/1983, de 21 de julio, por la que se regula el Gobierno y la Administración (art. 13.2); la ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid (art.17.2); la ley 6/1984, de 5 de julio, del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias (art. 12.2)¹⁶⁰; y la ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (art. 12.4). Junto con éstas normas debemos considerar también el Decreto Legislativo 1/2001 del Presidente y del Gobierno de Aragón (art. 4.8), que mantiene la añadidura hecha a su vez por la ley 1/1995 (en su artículo 4.3) a la ley de Gobierno que deroga¹⁶¹, estableciendo la incapacidad

¹⁵⁸ Un completo análisis de los problemas de la continuidad de los ejecutivos y del ejecutivo vasco, en particular, puede verse en M. A. GARCÍA HERRERA, La continuidad del Gobierno Vasco, op. cit.,.

¹⁵⁹ No se establece limitación puntual adicional alguna referente a la actuación del Consejo de Gobierno o de los Consejeros cesados que siguen despachándose conforme a la fórmula tradicional. Cfr. el artículo 18 de esta misma ley que señala: "El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno". Al respecto, M. M^a. RAZQUÍN LIZAGARRA, "Comentario al artículo 28" en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Navarra*, MAP, Madrid, 1992, págs. 277-284.

¹⁶⁰ Cfr. B. FERNÁNDEZ PÉREZ, "Comentarios al artículo 32", en R. BOCANEGRA SIERRA (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias*, MAP, Madrid, 1987, págs. 345-348.

¹⁶¹ La ley 3/1984, de 22 de junio, del Presidente de la Diputación General y de la Administración de la Comunidad de Aragón, cuyo artículo 8.3 establecía que: "El Presidente en funciones no podrá plantear la cuestión de confianza ni ser objeto de una moción de censura. Ejercerá el resto de las facultades del Presidente y continuará en el desempeño de su cargo hasta la toma de posesión del nuevo Presidente".

del Presidente en funciones de disolver las Cortes¹⁶². En realidad, estas normas sólo llevan a cabo una operación "silogística", a saber, expresan que todas las causas que determinan el cese del Presidente del Consejo de Gobierno son manifestaciones de la pérdida de confianza, y que el que adolece de ella ni puede inquirir nada a su respecto ni puede perderla¹⁶³. Por el contrario, como no realizan ninguna conexión específica en esta sede entre la confianza y el resto de las funciones que el Presidente de los Consejos de Gobierno lleva a cabo¹⁶⁴, las posibilidades interpretativas que estos preceptos auspician son varias. Si se confiere únicamente atención a la letra de la norma, las competencias que se vedan son las que expresamente se incluyeron (en este caso, la imposibilidad de plantear una cuestión de confianza o de someterse a una moción de censura y de disolver las Cámaras en caso de Aragón). En cambio, se puede optar, en una operación interpretativa igualmente correcta, por estimar que estos preceptos tienen un alcance puramente declarativo, y que son, por tanto, sólo indiciarios de las proscripciones que en una interpretación más amplia y compleja se puedan detectar a partir de las conexiones trenzadas en la propia norma entre la confianza como elemento que habilita y la esfera funcional del órgano ejecutivo en un sistema parlamentario racionalizado.

Un paso más en la determinación de los límites del Gobierno en funciones -y que vence la balanza interpretativa en favor de la segunda de las posibilidades enunciadas- lo representan las leyes de La Rioja, Extremadura, Cantabria y de Castilla-La Mancha. Tomemos en primer lugar la ley 3/1995, de 8 de marzo, de Régimen Jurídico del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja porque resuelve la cuestión de la misma manera que ya lo había hecho en su ley, ahora derogada, 4/1983, reguladora del Presidente y del Consejo de Gobierno. La ley establece en su artículo 13:

1. *"El Presidente en funciones ejercerá todas las atribuciones del Presidente, salvo definir el programa de gobierno y nombrar o cesar Consejeros*¹⁶⁵.
2. *El Presidente en funciones no podrá ser objeto de moción de censura ni plantear cuestión de confianza".*

¹⁶² La introducción de este nuevo límite responde a la misma lógica que los supuestos que estamos examinando. En efecto, aunque no es tan cierto como la exposición de motivos de la ley aragonesa sostiene que moción de censura, cuestión de confianza y disolución tengan que ir siempre de consuno para que el sistema parlamentario funcione -como lo demuestra el que en Estados con esta forma de gobierno como Noruega no exista la facultad presidencial de disolver las Cámaras-, sí es indiscutible su íntima proximidad -como medios de desatascar un conflicto en el que el apoyo parlamentario, la confianza, está en tela de juicio- allí donde se dan. Por ello es normal que si las facultades del Presidente se incrementan en cualquiera de ellas sufran una paralela merma cuando está en funciones.

¹⁶³ Haciendo referencia al caso de Navarra, señala DEL BURGO TAJADURA: "La Ley Foral 32/1983, aclara, por su parte, que mientras la Diputación se encuentre en funciones no será posible formular mociones de censura contra el presidente en funciones ni éste puede presentar la moción de confianza. Se trata de un precepto innecesario, aunque quizás guiado del buen deseo de evitar que puedan suscitarse situaciones absurdas, a las que conduce en ocasiones la pasión política". J. I DEL BURGO TAJADURA, *Curso de Derecho Foral Público de Navarra*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 389.

¹⁶⁴ Salvo en el caso de la derogada ley 3/1984 de Aragón, que al establecer que el Presidente seguirá ejerciendo el resto de las facultades que tenía atribuidas (art. 8.3), parecía restringir claramente los efectos de la pérdida de confianza a los dos citados. En este artículo se llevaba a cabo una delimitación positiva y negativa de la actividad del Gobierno cesado suficientemente expresa, que no admitía, por tanto, ninguna interpretación extensiva del ámbito vedado.

¹⁶⁵ Resulta interesante resaltar que idéntica fórmula restrictiva se encuentra otros preceptos de las leyes de Gobierno autonómico como es el caso de la ley 6/1983, de 21 de julio, por la que se regula el Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía (artículo 10), pero no para el Presidente del Gobierno en funciones sino para el Presidente interino. Cfr. G. CÁMARA VILLAR, "El poder ejecutivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía", en CÁMARA VILLAR, SÁNCHEZ LÓPEZ y TERRÓN MONTERO, *El Estatuto de Autonomía III: El Gobierno y la Administración*, op. cit., págs. 40-43.

En esta ley se aprecia una toma de conciencia más aguda del problema. Lo que otras leyes de Gobierno han tendido a resolver siguiendo los modelos, aunque ambiguos, corrientes, en ésta ha sido seriamente abordado. En efecto, esta norma es el fruto de un análisis concreto de los términos implicados: cae en la cuenta de la cadena confianza-dirección política y en las consecuencias necesarias que el cese de una tiene sobre la otra. Un primer dato que testimonia la voluntad de la ley de replantear la cuestión desde bases sistemáticas no afectas inercialmente a una tradición inoperante lo representa el establecer como causa de cese del Presidente del Consejo de Gobierno la disolución de la Diputación General (art. 8.1 d)). Esto es, frente a la solución adoptada unánimemente por el resto de las leyes de Gobierno de las Comunidades Autónomas, la Ley de la Rioja estima como relevante para determinar el cese del Presidente del Consejo de Gobierno, no la celebración de las elecciones, sino la disolución de la Diputación General o Parlamento¹⁶⁶. Esta medida se opone a la teoría que considera aisladamente la posición y competencias del Gobierno respecto de la vida del órgano que las había posibilitado al otorgarle la confianza. En efecto, la solución más frecuentada parte de que el Gobierno debe cesar cuando el ciudadano ha participado en los comicios. Liga, por tanto, el final del órgano al acto de elección de las nuevas Cámaras. Las elecciones son el punto en el que quiebra la representatividad del órgano Parlamento, inflexión raíz, a su vez, del cese del Gobierno que de ellas partió. La Ley de La Rioja -siguiendo a su Estatuto, art. 22.3- opta por normativizar una secuencia diferente en la que se repara en que la Cámara representativa cuyo mandato termina o que es disuelta, -sólo en el supuesto excepcionalmente contemplado en el Estatuto- se ve afectada en su representatividad y en su capacidad funcional, lo que debe trasladarse automáticamente al Gobierno determinando su cese. Con la inclusión de la disolución como causa del cese del Gobierno, la ley de La Rioja asume que el término final de la vida de un órgano en un sistema parlamentario no puede desgajarse enteramente de las contingencias que afecten al órgano que le otorgó la confianza, gracias a la cual, además, puede considerarse tan representativo como para llevar a cabo las trascendentales atribuciones que le competen. En sintonía con esta línea va, por ello, cualitativamente mucho más allá que las anteriores leyes de Gobierno estudiadas en la fijación de los límites a los que el Presidente del Gobierno en funciones está sujeto. Así, en concreto, no se reduce a eliminar de su ámbito los procedimientos relacionados con la confianza sino que, al contrario, comienza por eliminar de entre sus funciones las que de modo ordinario lo definen: la de establecer el programa de gobierno y la de nombrar o cesar Consejeros. En efecto, éstas son las dos competencias que le corresponden al Presidente del Consejo de Gobierno de esta Comunidad según las letras a) y c) del artículo 17 de la ley 3/1995 citada. Es manifiesto, además, que se trata de competencias capitales en tanto que materialmente vinculadas con la función de dirección política. La Ley de Gobierno de La Rioja contiene, en definitiva, una primera solución meditada, una construcción coherente que se apoya en la posición global de los órganos que otorgan y reciben la confianza, que matiza paritariamente las inflexiones que en su posición jurídica se produzcan, y que repara, por último, en que si el Gobierno gobierna es porque la Cámara le ha otorgado la confianza. Ergo desaparecida ésta, desaparecidas las manifestaciones primordiales de su función de gobierno.

¹⁶⁶ Disolución que sólo puede tener lugar cuando haya transcurrido el plazo de 4 años por el que fue elegida o cuando transcurridos dos meses desde la primera votación de investidura ninguno de los candidatos haya obtenido las mayorías previstas en el artículo 22.2 (art. 18.3 de la ley orgánica 3/1982 por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de La Rioja).

También acota la capacidad del Gobierno en funciones -ésta sin desplazar la tradicional consideración de la celebración de las elecciones como causa de cese- la ley 2/1984, de 7 de junio, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Extremadura¹⁶⁷, que señala en su artículo 19 que:

“1 El cese del Presidente abrirá el procedimiento para la elección del que deba reemplazarle, pero el Presidente cesante y su Gobierno continuarán en el ejercicio de sus funciones a fin de garantizar el normal funcionamiento de la Administración y el adecuado traspaso de poderes hasta la toma de posesión del nuevo Presidente”.

“2 El Presidente en funciones estará sujeto a las limitaciones previstas en el artículo 16, párrafo 2º, de esta Ley y no podrá ser tampoco objeto de moción de censura”.

A su vez el artículo 16.2 al que se remite establece que:

“El Vicepresidente de la Junta o el Consejo al que corresponda ocupar interinamente la Presidencia ejercerá las funciones asignadas en esta Ley al Presidente con excepción de las establecidas en el artículo 10, números 3º y 5º y el artículo 11, número 1º”.

De lo que cabe deducir, en definitiva, que el Presidente del Gobierno en funciones no puede, además de ser objeto de una moción de censura:

“art. 10.3: Nombrar y separar Vicepresidentes, en su caso, y a los Consejeros, dando cuenta de ello a la Asamblea de Extremadura.

art. 10.5: Dictar Decretos que supongan la creación de Consejerías, la modificación en la denominación de las existentes y en la distribución de competencias, así como la extinción de las mismas, dentro de las disponibilidades presupuestarias, de lo dispuesto en los artículos 22 y 46 dando cuenta a la Asamblea.

art. 11.1: Plantear ante la Asamblea y previa deliberación de la Junta de Extremadura reunida en Consejo de Gobierno, la cuestión de confianza sobre una declaración política general en el marco de las competencias que se atribuyen a la Comunidad Autónoma en el Estatuto”

Dejando de lado las referencias comunes a la moción de censura y a la cuestión de confianza, la ley extremeña se separa de la anterior, de un lado, en que no hace ninguna alusión a la definición del programa de gobierno y, de otro, en que amplía el elenco de prohibiciones con la de dictar decretos que de cualquier modo supongan una reorganización de la planta administrativa. Tal previsión sólo puede entenderse como el corolario lógico de la imposibilidad del Gobierno en funciones de fijar nuevos objetivos a los que la Administración como ente ejecutor del Gobierno debe ceñirse y a la vez nos traslada de nuevo a la esfera de un concepto que adquirirá una gran relevancia en la ley 50/1997, el despacho ordinario. Ahí reside la principal importancia de esta norma.

Recientemente, ha sido aprobada la Ley 2/1997, de 28 de abril, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Diputación General de Cantabria, norma que aporta un

¹⁶⁷ Cfr. F. A. JOVER LORENTE, “Comentarios al artículo 40”, en L. LÓPEZ GUERRA y J. E. SORIANO GARCÍA (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, MAP, Madrid, 1992, págs. 795-804.

nuevo caudal de datos estimables. En primer lugar, cabe destacar que se prevé como causa de cese del Presidente de la Diputación General Cantabria la publicación del Decreto de convocatoria de elecciones a la Asamblea Regional (artículo 13 a). El fundamento de este precepto es el mismo que aquel de la ley de La Rioja (artículo 12.1.d) que señalaba a la disolución de la Diputación General como causa determinante del cese del Gobierno puesto que el Decreto de convocatoria depende directamente de ésta. En ambos casos, se trata de retrotraer el cese del Gobierno al momento en el que acaba la normal actividad de la Asamblea que lo eligió. No obstante, la solución que dibujan ambas leyes no es exactamente la misma porque, como señala el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para Cantabria:

“La duración del mandato de los Diputados será de cuatro años. Las elecciones serán convocadas por el Presidente de la Diputación General en los términos previstos en la ley que regule el Régimen Electoral General, de manera que se realicen el cuarto domingo de mayo de cada cuatro años”.

El artículo 42 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General a la que el Estatuto se remite concreta finalmente cuando se ha de expedir el decreto de convocatoria de elecciones en los siguientes términos:

“Salvo en los supuestos de disolución anticipada expresamente previstos en el ordenamiento jurídico, los Decretos de convocatoria se expiden el día vigésimo quinto anterior a la expiración del mandato de las Cámaras y Corporaciones Locales, y se publican al día siguiente en el «Boletín Oficial del Estado» o, en su caso, en el «Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma» correspondiente. Entran en vigor el mismo día de su publicación”.

De esta manera la Ley cántabra permite la experiencia inédita de considerar cesado al Consejo de Gobierno veinticuatro días antes de que acabe el mandato de la Asamblea General. Como esta nueva “vuelta de tuerca” es inverosímil desde cualquier paradigma que se utilice, debemos suponer que la Ley de Gobierno de Cantabria está pensando en la disolución anticipada (incorporada por vez primera en el artículo 9.3 de esta ley) como único medio de poner fin a la representatividad de la Cámara, olvidando que sólo en este caso se producen al unísono la disolución y la expedición del decreto que convoca las elecciones. De cualquier modo, se trata de un precepto de dudosa “estatutoriedad” por cuanto en el artículo 18 de la Ley Orgánica 8/1981 por la que se aprueba el estatuto de Autonomía para Cantabria se señala como causa de cese la celebración de las elecciones generales. Estamos, en fin, ante un extraño camino para llegar, a veces, a la meta a la que La Rioja arriba a través de una actuación armónica del Estatuto y de la ley, esto es, por la vía más recta.

En cuanto a las consecuencias directamente derivadas del cese, la Ley 2/1997 establece lo siguiente, en el artículo 28:

1. *“El Consejo de Gobierno continuará actuando en funciones tras la publicación del Decreto de cese, con las limitaciones establecidas en la Constitución, en el Estatuto de Autonomía y en esta Ley, debiendo limitarse a adoptar las decisiones que requiere el funcionamiento normal de los servicios públicos y a propiciar el adecuado desarrollo del procedimiento de formación del nuevo Consejo de Gobierno.*

2. *En ningún caso, el Consejo de Gobierno en funciones puede presentar Proyectos de Ley a la Asamblea Regional de Cantabria, someterse a la cuestión de confianza o ser objeto de una moción de censura.*
3. *Las delegaciones legislativas otorgadas por la Asamblea Regional quedan en suspenso durante todo el tiempo que el Consejo de Gobierno esté en funciones”.*

Este artículo contiene un diseño ciertamente novedoso del Gobierno en funciones del que podemos resaltar los siguientes aspectos principales:

1. El momento a partir del cual se hace efectivo el cese;
2. La introducción de un principio que vincula al Gobierno en funciones al normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno;
3. La imposibilidad de carácter absoluto de presentar cualquier Proyecto de Ley; y,
4. La suspensión de las delegaciones legislativas.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la Ley de Cantabria es la única de entre las leyes de Gobierno examinadas que da una trascendencia constitutiva al Decreto de cese. En efecto, las leyes autonómicas han otorgado prioridad a las circunstancias auténticamente determinantes de la falta de representatividad del Gobierno frente al instrumento que debe hacerla pública. Ya hemos mencionado antes como esta opción es coincidente con la constitucionalmente contenida en el artículo 101, que es, a su vez, la que consigue que en el cese se respeten todos los principios comprometidos pese al siempre posible retraso en su publicación. En segundo término, la ley cántabra manifiesta de inmediato su prurito limitativo. Su vocación es tan clara en este sentido que encuentra evidencias de que la misma Constitución atenúa competencialmente a los Consejos de Gobierno autonómicos en funciones, algo de lo que no está muy seguro ni siquiera el legislador estatal respecto del Gobierno (como se deriva de que la referencia a los límites constitucionales haya desaparecido del texto definitivo de la ley 50/1997). En consecuencia con este sentido general del texto, hace su aparición el principio del funcionamiento normal de los servicios públicos¹⁶⁸, y, sobre todo, un nuevo principio, que luego veremos recogido en la nueva Ley de Castilla-La Mancha y en la Ley 50/1997, según el cual el Gobierno cesante se concibe como un instrumento para que se produzca con toda normalidad el proceso de toma de posesión del sucesor. La Ley de Cantabria se atreve a poner de manifiesto junto al Gobierno en funciones la figura del nuevo Gobierno, dando expresa carta de naturaleza al desplazamiento que el cese ha llevado a cabo. El Gobierno, tras su cese, es ante todo un órgano ancilar, marcado originalmente por el Gobierno que le ha de suceder, obligado, en fin, a propiciar el proceso de su formación. Aunque veremos cuales son las principales implicaciones de este principio cuando lo examinemos en el contexto del artículo 21 de la Ley 50/1997, las observaciones antedichas adelantan que seguramente acuñar este principio supone una de las cumbres del principio democrático en lo que este tiene de rector de los procesos de renovación personal de los órganos representativos. No lo es menos obligar a quien deja el poder a actuar positivamente para que otro lo ocupe. En tercer lugar, esta ley procede en su artículo 28.2 a “atar” al Gobierno en funciones impidiéndole con todo el énfasis que cabe

¹⁶⁸ El término “servicios públicos” también era hasta esta ley inédito. En mi opinión, es más significativo que las expresiones “buen funcionamiento de la Administración” o “despacho ordinario de los asuntos públicos” porque remite de inmediato al fin exclusivamente social al que la administración está adscrita en este periodo.

imaginar -"en ningún caso", señala- presentar Proyectos de Ley a la Asamblea, actuar ningún procedimiento relacionado directamente con la confianza directa (la moción de censura y la cuestión de confianza) y desarrollar normativamente las delegaciones otorgadas por la Asamblea. Una vez más a la ley cántabra no le duelen prendas a la hora de superar a todas en el establecimiento de límites. Dejando de lado la referencia habitual a la moción de censura y a la cuestión de confianza, la imposibilidad de presentar proyectos de ley supone una privación temporal de la iniciativa legislativa como corolario del hiato producido en la función de dirección política del Gobierno cesado. En efecto, lo que la norma hace completamente explícito en esta previsión es que el Gobierno que no cuenta con la confianza parlamentaria carece de legitimación para poder comparecer ante ella con el proyecto de dirección política de la comunidad que es la ley. El mismo fundamento tiene el precepto que prevé la suspensión de la eficacia de las delegaciones legislativas: una vez corroborada la fuerza innovativa que siempre tiene el órgano que desarrolla las delegaciones parece impropio conferir esta capacidad a quien está lastrado por un evidente déficit de legitimidad.

En conclusión, por la citada ley de la Comunidad de Cantabria desfilan una nueva batería de principios y reglas que encaran la actividad del Gobierno cesante desde nuevos ángulos, lo que explica que salgan a la superficie límites hasta ahora apenas entrevistos. El que la ley cántabra haya sido aprobada hace relativamente poco tiempo, derogando una norma caracterizada por la más completa imprevisión, muestra -sin que, obligado es decirlo, tampoco pueda hablarse de una evolución paradigmática- la nueva importancia que este ámbito ha puntualmente cobrado.

Supone, por último, un estadio importante la ley 7/1997, de 5 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha que en su artículo 18 reproduce exactamente los términos de la derogada ley 8/1995 (que en esta materia sirvió a su vez para subsanar la flagrante carencia de su primera ley de Gobierno, la ley 3/1984):

1. *"El Consejo de Gobierno cesa por fallecimiento o cese del Presidente y por la celebración de las elecciones regionales.*
2. *El Consejo de Gobierno cesante continuará actuando en funciones con las limitaciones establecidas en esta Ley.*
3. *El Consejo de Gobierno en funciones debe propiciar el normal desarrollo del procedimiento de formación del nuevo Consejo de Gobierno, no pudiendo aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos ni someterse a la cuestión de confianza.*
4. *Las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes de Castilla-La Mancha quedarán en suspenso durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones, precisando la ratificación de aquellas cuando la causa de cese sea la celebración de elecciones regionales".*

Los párrafos 3 y 4 de este precepto presentan cierta similitud con los de la Ley de Gobierno de Cantabria. Contienen idénticas referencias al normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y a la suspensión de las delegaciones legislativas, lo que nos permite configurarlas como claros precedentes de la Ley 50/1997 que se aprobará algo menos de dos meses después de la ley castellana. Ahora bien, ésta, compartiendo básicamente el espíritu de la disposición de Cantabria, no llega, sin embargo, a su grado de expeditividad. En primer lugar, la descripción del ámbito funcional del Gobierno en funciones castellano está lejos del terminante acento limitativo que se aprecia en la ley cántabra. Por el contrario, la ley castellana describe positivamente las

competencias del Gobierno en funciones -"debe propiciar el proceso de formación del nuevo Gobierno"- . Por otra parte, y por lo que se refiere a las funciones concretamente reducidas, se advierte que la disminución de la iniciativa legislativa que la ley de Castilla-La Mancha prescribe no es universal, sino que únicamente afecta a la materia presupuestaria. Se priva, por tanto, al Gobierno sólo del que es el principal instrumento de dirección política: la aprobación del Proyecto de Ley de Presupuestos. Fuera de este supuesto, la ley castellana no parece poner reparos a la iniciativa legislativa gubernamental en este periodo. En fin, cabe ver en la ley de Castilla-La Mancha un intento "limitado" de limitación: tanta como para dar forma efectiva a los principios inequívocamente presentes en el estatuto sin llegar al grado de reducción funcional de la ley de Cantabria.

Una posición claramente marginal en nuestro estudio deben ocupar dos estadios muy recientes: la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Islas Baleares y la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. En efecto, concebido este apartado como una suerte de incursión en el origen de los conceptos que luego marcarán la ley 50/1997, el análisis de las normas posteriores a ésta se revela ciertamente innecesario. Sin embargo, no debemos pasar por alto algunos aspectos de interés. Así, en primer lugar, cabe sorprenderse un tanto de que la ley castellano-leonesa incorpore los principios de despacho ordinario y urgencia e interés general, pero, en cambio, soslaye los que obligan al Gobierno en funciones a conducirse facilitando el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes (art. 22.2). Más fiel a la ley 50/1997 ha sido la disposición balear que en su artículo 18, apartados 3 y 4, incorpora todos los principios, haciendo gala, además, de una notable precisión como cuando añade expresamente a la necesidad, la urgencia como habilitación para que el Gobierno en funciones pueda excederse de las actuaciones constitutivas de la gestión ordinaria.

Así pues, las conclusiones que podemos extraer del tratamiento de la cuestión del Gobierno en funciones en las diferentes leyes de Gobierno de las Comunidades Autónomas son las siguientes:

1. No hay una única respuesta, aunque seguramente es más correcto poner de manifiesto que, antes que por la diferente concepción de los problemas que tengan los legisladores, la variedad que se presenta se debe fundamentalmente a la escasa entidad que a esta cuestión parece atribuirsele. En efecto, destaca sobremanera que en la mayoría de las leyes de Gobierno no se trata ni mucho menos como una cuestión prioritaria y de ahí que a veces no se haga mención de ella, otras se reproduzca el tenor literal del Estatuto, o incluso, como en el caso de la primera ley de Gobierno de Castilla-La Mancha se subviertan todas las reglas de la lógica jurídica al establecer una remisión a la norma básica, el Estatuto. No son previsiones antagónicas las que se enfrentan; sólo la antagonía que se pueda casualmente derivar de la mayor imprevisión. Un interrogante que ahora puede surgir es el de si lo que estamos presentando como imprevisión no es en realidad una voluntaria dejación de un aspecto no problemático, en cierta medida resuelto en los sistemas autonómicos. En mi opinión, podemos señalar que es más bien al contrario; la determinación de las consecuencias del cese del Gobierno es una cuestión que ha de ser frontalmente encarada en las Comunidades Autónomas por la particular preeminencia que en ellas tiene la figura del Presidente¹⁶⁹, por

¹⁶⁹ Cfr. J. SOLÉ TURA, "Las Comunidades Autónomas como sistemas semipresidenciales" en AAVV, *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 1985; y G. CÁMARA VILLAR, "El poder ejecutivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía", en CÁMARA VILLAR, SÁNCHEZ LÓPEZ y TERRÓN MONTERO, *El Estatuto de Autonomía III: El Gobierno y la Administración*, Ariel, Barcelona, 1990.

el hecho de que en el Gobierno autonómico descansa fundamentalmente la actividad normativa, y por la limitada -incluso temporalmente, hasta hace bien poco- labor que las Asambleas Legislativas desempeñan en la mayoría de las Comunidades Autónomas.

2. De esta dinámica se salvan ciertas leyes¹⁷⁰ que, conscientes de la trascendencia de los problemas a los que pueden dar lugar y de los fundamentales conceptos implicados, han trillado nuevos caminos, cuya fortuna hay que valorar en cuanto que respondan a una teoría de la posición jurídica de los órganos, de la confianza, de la dirección política, correctamente pergeñada desde su propio dibujo del sistema parlamentario. Aquí resaltan las leyes de Gobierno del País Vasco, de La Rioja, de Extremadura, de Cantabria y de Castilla-La Mancha. Avanzan sendas originales, en ocasiones logrados hallazgos, que constituyen un claro referente para la Ley 50/1997 y para las que después de ella han venido a ordenar la cuestión en el ámbito autonómico.

7.4. Los límites en la Ley 50/1997

7.4.1. Una ley inequívocamente limitativa

Después de este examen se aprecia, sin lugar a dudas, como la Ley 50/1997 es el esfuerzo más acabado de cuantos han tenido lugar en nuestro contexto inmediato. Supera a todas las leyes autonómicas en la fijación de los límites -va mucho más allá que todas, como es inmediatamente apreciable-, pero casi más crucial que esto, es haberle dedicado íntegramente un Título, el Título IV, en el que la relevancia otorgada a la cuestión se traduce en un método riguroso, en un orden en el tratamiento, que comienza por las causas del cese, sigue ubicando al Gobierno en funciones en un proceso más amplio -la renovación- del que sólo es una pieza cualificada¹⁷¹, y termina señalando no sólo las competencias de las que carece el Presidente del Gobierno sino, en toda lógica, aquellas que le están vedadas también al órgano colegiado. La ley 50/1997 tiene plena conciencia de que el Gobierno en funciones tiene una posición jurídica incomprensible sin los límites; es en tanto que limitado, porque el respeto de los límites es el respeto de principios esenciales de nuestro sistema parlamentario constitucionalizado. La asunción evidente de estos presupuestos es lo que aleja el fundamento de esta norma de las anteriormente tratadas en las que el Gobierno en funciones se trata más como un añadido superfluo que como un elemento necesario para asegurar la compleción de la norma que se dedica a concretar los aspectos estáticos y dinámicos del Ejecutivo, órgano esencial, entre otras cosas, para la conformación y desarrollo del Estado social.

7.4.2. ¿Limitación explícita o parlamentarización?

Esta norma comienza despejando sin titubear la que hasta este momento había constituido la principal encrucijada doctrinal; a saber: si el Gobierno cesante podía actuar con plenitud de funciones o si, por el contrario, su actuación estaba limitada. El art. 21.2 pone fin a esta

¹⁷⁰ Sin que pueda advertirse que haya una progresiva toma de conciencia. De hecho la ley que aprueba la Comunidad de Aragón en 1995 tiene menos cuidado en el establecimiento de límites que la ley 4/1983 de La Rioja.

¹⁷¹ Señala la Exposición de Motivos: "El Título IV se dedica exclusivamente a regular el Gobierno en funciones, una de las principales novedades de la Ley, con base en el principio de lealtad constitucional, delimitando su propia posición constitucional y entendiendo que el objetivo último de toda su actuación radica en la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno".

polémica¹⁷² (de la que hemos ofrecido un rápido panorama páginas atrás) dando la razón a quienes postulaban la segunda solución. En efecto, la estrategia que sigue la ley de Gobierno rechaza los dos argumentos principales que se habían opuesto al establecimiento de límites a la actuación del Gobierno en funciones. En primer lugar, no se arredra ante las múltiples dificultades que, bien es verdad, surgen a la hora de individualizar los límites¹⁷³. Esta solución es, en mi opinión, totalmente acertada en la medida en que centra la búsqueda en los principios y no en los problemas derivados de su concreción. Éste es un problema importante, pero ulterior, que no debe condicionar la primera cuestión -de la misma manera que nada añade la dificultad de delimitar el contenido esencial de los derechos a la cuestión de su existencia. En segundo término, la Ley 50/1997 ahonda en la tendencia a reglamentar los aspectos considerados más “indomables” por el parlamentarismo. Esto es, entre la opción por la “parlamentarización” de la que habla AGUIAR¹⁷⁴ y la juridificación, el legislador se decanta claramente en favor de esta última. Del mismo modo en que nuestra Constitución ha ido bastante más lejos que otras monarquías parlamentarias en la regulación del proceso de formación del nuevo gobierno, el legislador persevera en esta tendencia de racionalización de los recónditos extremos del parlamentarismo, haciéndonos olvidar por momentos la consustancial espontaneidad y libertad (traducidas jurídicamente en la sólo vigencia de las convenciones en las relaciones entre poderes) que se predicaba de este sistema¹⁷⁵. Estimo relevante poner de manifiesto cómo la regulación de los límites que la ley de Gobierno lleva a cabo es testimonio claro de la ruptura de ciertos conceptos admitidos de forma prácticamente unánime por deferencia a la filiación británica del concepto más señero de parlamentarismo. No es éste el lugar para valorar la auténtica trascendencia de esta constatable tendencia de normativizar lo anteriormente dejado al libre juego político, pero sí al menos de ponerlo de manifiesto.

¹⁷² De forma muy ampliamente consensuada además en la medida en que las diferentes enmiendas propuestas coincidían en la corrección absoluta de limitarlo. En efecto, obsérvese que de las cuatro enmiendas presentadas en el Congreso al artículo 21 del Proyecto de Ley del Gobierno (la núm. 22 del Grupo Parlamentario Popular, la núm. 48 del G.P Coalición Canaria, y las núms. 28 y 29 del G.P CiU. Cfr. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley. Núm. 27.6 de 25 de marzo de 1997) ninguna se planteaba duda alguna al respecto.

¹⁷³ Pone de manifiesto como esta cuestión es una traba que hace preferible la no limitación, AGUIAR, “La posición del Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español”, op. cit., pág. 268. Véase, también, en el mismo sentido, M. REVENGA, “El Gobierno en funciones”, op. cit., págs. 1518-1521.

¹⁷⁴ “La falta de límites jurídicos específicos a las competencias del Gobierno cesante, que aquí se ha preconizado, no excluye la presencia de controles y límites políticos para tal Gobierno con similar operatividad que para el Gobierno ordinario, o dicho en otros términos, me parece preferible profundizar en esa línea de parlamentarización del Gobierno cesante (máxime teniendo en cuenta que no parecen existir razones de peso en contra) que abogar por un ambiguo control jurídico de aquél”. “La posición del Gobierno cesante o en funciones...”, en *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, op. cit., pág. 270. Más recientemente ha manifestado la misma opinión y, por consiguiente, una importante reserva respecto de la regulación contenida en la Ley de Gobierno, PÉREZ TREMPES, Composición, organización y estatuto de los miembros del Gobierno: apostillas al Proyecto de Ley del Gobierno, op. cit., págs. 111-112. Obsérvese que uno de los argumentos principales que manejan quienes se adhieren a esta teoría es la suficiencia de los mecanismos de control parlamentario, no advirtiendo que el Gobierno en funciones convive tras las elecciones con la Diputación Permanente durante un lapso que puede llegar a ser de hasta 25 días (artículo 68.6 CE) y que ésta no tiene específicamente atribuida funciones de control (artículo 78 CE). La teoría sobre el Gobierno en funciones debe aspirar a responder a todas las diferentes situaciones que la propia norma constitucional prevé. Una opinión similar a la de los autores citados es, en Italia, la de MANNINO: “È da rilevare che la possibilità di azione in tempo di crisi da parte degli organi di direzione politica dello Stato è condizionata da una serie numerosa e variabile di elementi, come ad esempio la durata della crisi, l'entità del dissenso tra i partiti della coalizione governativa, la possibilità di ricostituire un accordo duraturo tra essi, la stessa volontà del gabinetto dimissionario di non compiere quegli atti che in un modo o nell'altro appartengono alla sfera dell'indirizzo politico e che potrebbero incidere, compromettendolo, su quello del gabinetto successivo; ma a nostro avviso, la restrizione all'ordinaria amministrazione dell'attività degli organi statali di direzione politica costituisce un dato di fatto giuridicamente irrilevante, e non una limitazione giuridica positivamente stabilita”. A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, Giuffrè, Milán, 1973, pág. 379.

¹⁷⁵ Seguramente racionalizando, por vez primera, un ámbito funcional del Gobierno en coherencia con el nuevo valor que va alcanzando (tras años de desafección doctrinal) el Parlamento.

7.4.3. Limitación y presupuestos constitucionales

Volviendo al punto de partida de la ley de Gobierno como ley limitativa del Gobierno en funciones, entendemos, por los motivos que hemos mostrado, que la Ley de Gobierno no hace sino desarrollar los principios que laten en la parte orgánica de nuestro Texto Fundamental. La consideración del Gobierno en funciones como un Gobierno limitado constituye la única opción que una Constitución que parte de la legitimidad/representatividad de los órganos políticos para atribuir competencias permite al legislador¹⁷⁶. Si bien no en muchos ámbitos puede hablarse de este modo, en este sí que podemos decir que el contenido de la ley en este punto es puramente declarativo¹⁷⁷.

7.4.4. La juridicidad de los límites. Especial consideración de las convenciones constitucionales

Luego la Ley 50/1997 concibe su artículo 21 para limitar al Gobierno en funciones, limitación que se llevará a cabo “de acuerdo con lo establecido en la misma ley”. Lo que la norma pretende por tanto es la limitación “jurídica”; esto es, se trata de constreñir la actividad de este Gobierno sobre la base de reglas o principios pero siempre con el derecho como único instrumento. De esta forma, la ley destierra, con gran acierto, la concurrencia junto con la limitación jurídica de las “convenciones o usos constitucionales”¹⁷⁸, que, por ejemplo, estaban perturbadoramente presentes en

¹⁷⁶ En este mismo sentido, A. BAR CENDÓN, *La disolución de las Cámaras parlamentarias en el ordenamiento constitucional español*, op. cit., pág. 273, y SATRÚSTEGUI, “Comentarios al artículo 101”, en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, op. cit., págs. 360 y 363.

¹⁷⁷ Por eso no me parece tan desafortunado como a ARAGÓN (“La Constitución únicamente dice (art. 101.2) que el Gobierno cesante continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno. Ahí no hay ninguna limitación. La previsión de desempeño temporal (hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno) no es, en sentido estricto, una limitación, sino una consecuencia que se desprende necesariamente del hecho del cese del Gobierno y del nombramiento de otro nuevo. En la Constitución, pues, no hay previstos límites a la actuación del Gobierno cesante. Esos límites, hasta ahora, sólo provienen del uso (o de la teoría) pero no del derecho positivo”. M. ARAGÓN REYES, “Estatuto de los miembros del Gobierno: Acceso y permanencia” en L. PAREJO ALFONSO, (ed). *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el proyecto de Ley reguladora del Gobierno*. BOE, Madrid, 1996, p. 106.) que el anterior Proyecto de Ley de Gobierno (así como éste cfr. el art. 21.3 en el BOCG, Congreso de los Diputados, serie A. Núm. 27-1 de 23 de enero de 1997) señalara en el artículo 21.1: “El Gobierno cesante continúa actuando en funciones tras la publicación del Real Decreto de cese, con las limitaciones establecidas en la Constitución y en esta Ley”.

¹⁷⁸ Sobre esta cuestión hay una relativamente extensa bibliografía (especialmente italiana) entre la que destaca el tratamiento, somero pero profundo de ZAGREBELSKY en La formazione del Governo nelle prime quattro legislature repubblicane, *Riv. Trim. Dir. Publ.*, 1968, pp. 806-814. La tesis de este autor es que la convención constitucional está perfectamente aclimatada a su lugar de origen, el mundo anglosajón, en el que aparece como una norma de conducta caracterizada por su obligatoriedad, por no ser exigible jurisdiccionalmente y por ser esencial al sistema. En el contexto jurídico inglés, sin embargo, obligatoriedad y carencia de referente escrito no son términos contradictorios porque lo que recibe el tratamiento de convenciones son en realidad las cuestiones esenciales del sistema, las que cuentan con el apoyo indiscutible de la opinión pública que es así el auténtico baluarte de su cumplimiento. Dice ZAGREBELSKY: “In Gran Bretagna quelle regole che sono ritenute essenziali al mantenimento dell’ordine costituzionale e sulle quale esiste un ampio consenso di opinione sono lasciate alle norme convenzionali, che non sono giuridiche, mentre sono piuttosto le regole meno essenziali, e quindi più facilmente trasgressibili per le minori conseguenze di ordine sociale cui dà luogo una violazione, ad essere rivestite del carattere giuridico. In altre parole, nel sistema britannico si ritiene che su certi principi fondamentali dell’organizzazione costituzionale esista un grado di consenso tale da rendere superflua la statuzione di regole di diritto, cioè di regole garantite dalla presenza dell’«enforcement» giudiziale, laddove a quest’ultimo si ricorre, semmai, per le regole secondarie, le quali possono essere più facilmente oggetto di violazione”. Op. cit., p. 812. Lo que ocurre en definitiva es que en Inglaterra hay todo un ordenamiento, un sistema jurídico, ordenado en torno a la convención, un ordenamiento en este sentido antagónico al continental en el que, como es sabido, los aspectos esenciales de funcionamiento de los órganos están estrechamente marcados, no ya por los principios, sino por las reglas. De ahí, la no “trasplantabilidad” de las convenciones a los ordenamientos continentales, y en este caso al italiano, -que extrañan profundamente la obligatoriedad al margen del derecho- que sostiene ZAGREBELSKY, junto con BISCARETTI DI RUFFIA, *Le norme della correttezza costituzionale*, Milán, 1939, y TREVES en “Convenzioni costituzionale”, *Enciclopedia del Diritto*, vol X, Milán, 1962.

el anterior proyecto de Ley de Gobierno¹⁷⁹. En efecto, incluir a estos elementos como parámetro de la actividad del Gobierno cesante carece de toda funcionalidad¹⁸⁰. El que las reglas convencionales hayan constituido una de las categorías que la doctrina ha tratado de esgrimir para limitar la actividad del Gobierno tras su cese no demuestra sino la necesidad de acudir a cuantos medios pudieran ajustar en este sentido la actividad del órgano: puesto que no había límites explícitos se procedía a deducirlos del conjunto del sistema, y los que aquí encontraban difícil asidero pasaban a considerarse “reglas de corrección constitucional”. La inutilidad de este concepto salta a la vista cuando se dicta una norma como la ley 50/1997 que tiene por objeto enumerar a través de principios y reglas¹⁸¹ cuáles son los ámbitos vedados al Gobierno en funciones¹⁸². Por eso, de nuevo es de alabar la opción del legislador de dejar fuera del ámbito de la ley a las convenciones constitucionales¹⁸³.

La colocación de las convenciones más allá de la norma no debe hacernos olvidar que el derecho permea este periodo fijando los fines que han de quedar a buen recaudo, pero no llega, ni lo pretende, a establecer un catálogo tasado de los modos a través de los que ha de realizarse el mismo traspaso de poderes. El legislador ha tenido en cuenta el sinsentido de establecer cauces estrictos de comunicación entre Gobierno cesante e *in pectore*, esto es, la inverosimilitud de regular este aspecto que depende para su eficacia precisamente de su informalidad. A través de qué modo se lleven a cabo los contactos, de forma oral o escrita, al más alto nivel o por medio de interlocutores de menor relevancia, es algo que excede de la norma, que abriga sólo un interés: que la actividad del órgano en funciones no vaya más allá de la que le corresponde a un órgano no representativo. Considerando en toda su valía esta “dejación” de la ley por los aspectos formales, se puede resaltar que en la práctica el traspaso de poderes ha seguido unas pautas procedimentales pactadas por los actores intervinientes entre las que destacan las siguientes: en primer lugar, de la coordinación de las operaciones se han ocupado dos comisiones, una del Gobierno en funciones (en la última ocasión en que el Gobierno cambió de signo presidida por el ministro de la Presidencia) y otra del Gobierno entrante (cuyo titular en la misma coyuntura fue D. Francisco Álvarez-Cascos). En cada ministerio se encargó, además, a una comisión que llevara a cabo la gestión en su departamento, considerando la especial relevancia del traspaso en ministerios tales como Economía, Justicia, Interior, Defensa y Asuntos Exteriores. Una práctica especialmente importante tras las elecciones de marzo de 1996 fue la impulsada por orden expresa del Presidente del Gobierno en funciones de informar de cualquier decisión que se tomara al titular de la comisión designada por el partido político con más posibilidades de gobernar.

¹⁷⁹ Señalaba el artículo 21.2 de este proyecto: “El Gobierno en funciones: A) Debe propiciar el normal desarrollo constitucional del procedimiento de formación del nuevo Gobierno y ejercer sus competencias conforme al uso constitucional”.

¹⁸⁰ “las reglas de cortesía, aunque encierran un contenido vinculante más intenso, son tan etéreas que contribuyen, por su indeterminación, escasamente a resolver el problema”. M.A. GARCÍA HERRERA, La continuidad del Gobierno Vasco, op. cit., pág. 106.

¹⁸¹ Es preciso separar netamente principios, jurídicos, de las reglas de corrección constitucional. En congruencia cuando la Ley 50/1997 establece la limitación del Gobierno en funciones al despacho ordinario de los asuntos públicos está prescribiendo un límite a través de un principio (que como tal no nos pone directamente en la solución pero sí en la vía para encontrarla, cfr. ZAGREBELSKY, El derecho dúctil, op. cit., p.) y no una mera regla de corrección constitucional. La Ley de Gobierno impide secundar así una aproximación como la de D'ORAZIO para quien la ordinaria administración entra de lleno dentro del concepto de corrección constitucional. Cfr. G. D'ORAZIO, Considerazione critiche sulla “prorogatio” nell'organizzazione costituzionale italiana, op. cit., págs. 836-838.

¹⁸² De hecho, los actos que alguna doctrina (cfr. L. LÓPEZ GUERRA, Voz “Gobierno en funciones”, op. cit., pág. 3266) vedaba al Gobierno en funciones por “criterios de prudencia y cortesía constitucional”, como la aprobación de proyectos de ley, presentación de Presupuestos Generales del Estado y la convocatoria de referéndum, han pasado a ser un límite específico.

¹⁸³ Podemos observar con cierta sorpresa que la Ley de Gobierno menciona como criterio racionalizador del Gobierno en funciones en su Exposición de Motivos un principio de lealtad constitucional al que luego no se le sabe encontrar hueco en el articulado. Sobre el significado que se le ha querido dar al principio de lealtad constitucional en este contexto, que no es el suyo propio, cfr. T. GONZÁLEZ CUETO, El Proyecto de Ley del Gobierno, op. cit., pág. 83.

En fin, la ley 50/1997 ha distinguido cuál es el contenido que quiere prescribir. Busca la racionalización de este periodo normalmente resistente al derecho estableciendo reglas que lo disciplinen en sus aspectos más sustanciales y renunciando consecuentemente a cualquier “remisión” a las normas convencionales. Lo que sea de éstas le es indiferente a la norma. Nos ahorra así la tarea ingrata de establecer cuales son las relevantes y, sobre todo, y en segundo lugar, el desconcierto derivado de las nulas consecuencias de su omisión. Resultaría, en efecto, todo un contrasentido que una norma limitativa hiciera concurrir junto con límites efectivos otros eventuales¹⁸⁴; que una norma se remita para determinar la posición jurídica de un órgano a categorías ajurídicas. Si existen determinadas reglas convencionales más allá de la norma éstas se van a cumplir diga lo que diga el derecho y si las consecuencias de su omisión adquieren una dimensión general, el derecho tiene que respaldarlas.

Habiendo resuelto la Ley 50/1997 estas cuestiones de principio procede a determinar cuales son los poderes del Gobierno en funciones. Pasemos a analizar, en primer, lugar los límites genéricos y tras ellos los puntuales¹⁸⁵.

7.5. Los límites genéricos. Atención a su naturaleza principal

La limitación general se contiene en el artículo 21.3 que dice:

“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 los justifique cualesquiera otras medidas”.

Se ubica aquí teleológicamente al Gobierno en funciones en la estela de las teorías más respaldadas así como también de algunos textos, constitucionales (como el francés de la IV República¹⁸⁶ y la Constitución portuguesa actual¹⁸⁷), y legales¹⁸⁸. Aparecen en este artículo tres lugares ya comunes en la iuspublicística cuando se tratan estas cuestiones: en primer lugar, el “normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de los poderes”. En segundo término, la noción de “despacho ordinario de los asuntos públicos”, y, por último, la dualidad “urgencia/interés general” como norma extraordinaria habilitante.

¹⁸⁴ Como hemos señalado antes la convención constitucional sólo encuentra un sentido específico en Inglaterra donde se la asume con toda radicalidad. Aquí no dejaría de ser admitida si acaso vergonzantemente en contextos en los que el constituyente no ha sido tan explícito como acostumbra.

¹⁸⁵ Similar concurrencia de límites generales y puntuales era apreciable en el artículo 21 del Proyecto de Ley reguladora del Gobierno de noviembre de 1995. Muy diferente estructura por el contrario presentaba el artículo 9 del anterior Proyecto de Ley Orgánica del Gobierno, de la Administración del Estado y de la Función Pública (BOCD, Serie A, núm. 100-I, de 5 de febrero de 1980) que establecía directamente que “el Presidente en funciones no podrá proponer la disolución de las Cámaras, ni plantear la cuestión de confianza o ser objeto de la moción de censura. Ejercerá el resto de las facultades del Presidente del Gobierno y continuará en el desempeño de su cargo hasta la toma de posesión del nuevo Presidente, nombrado con arreglo a lo previsto en la Constitución”.

¹⁸⁶ Decía el art. 52 de la Constitución, antes de la reforma de 7 de diciembre de 1954: “En cas de dissolution, le cabinet, à l’exception du Président du Conseil et du Ministre de l’Intérieur reste en fonction pour expédier les affaires courantes”. Cfr. G. BERLIA, La dissolution et le régime des pouvoirs publics, *Revue du Droit Public*, 1956, p. 138. (Adviértase que el periodo en el que el Gobierno está limitado no coincide con el que en nuestro sistema representa el Gobierno cesante.)

¹⁸⁷ Señala el artículo 189.5 de ésta: “Antes de que sea examinado su programa por la Asamblea de la República o después de su cese, el Gobierno se limitará a realizar los actos estrictamente necesarios para asegurar la gestión de los negocios públicos”.

¹⁸⁸ Cfr. por ejemplo, las leyes de Gobierno de las Comunidades Autónomas a las que hemos hecho referencia.

Podemos comenzar el estudio de estos postulados manifestando que su naturaleza jurídica no es la de reglas sino la de principios. Las importantes diferencias que median entre estas categorías, y que, en su conocida obra, ZAGREBELSKY ha cifrado en que los principios no proporcionan soluciones inmediatas sino sólo la senda en la que estas soluciones han de encontrarse¹⁸⁹, no desmerecen, como ya hemos puesto de manifiesto en páginas anteriores, el carácter auténticamente jurídico de la categoría¹⁹⁰. Los principios son inevitablemente derecho en la medida en que un órgano jurisdiccional puede declarar la nulidad de una actuación gubernamental a partir de una interpretación exclusiva de los mismos. Lógicamente la concurrencia de principios y reglas exige una recíproca imbricación; esto es, el intérprete debe reparar en la regla como elemento válido a partir del cual extraer el sentido concreto del principio. El que los ámbitos expresamente vedados a la actuación del Gobierno en funciones y a su Presidente sean los que normalmente se consideran exponentes señeros de la facultad de dirección política nos debe llevar, por ejemplo, a engrosar en este sentido el contenido de la expresión “despacho ordinario de los asuntos públicos”. Partiendo de este dato de capital importancia vamos a pasar a analizar los distintos principios enunciados en la ley.

7.5.1. *El normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo*

La primera de las misiones que Ley 50/1997 confiere al Gobierno en funciones exige alguna aclaración. Un aspecto basilar que interesa dejar sentado es que facilitar “el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno” no equivale a garantizar todas las condiciones para que esta secuencia se lleve a cabo con entera normalidad. La Ley del Gobierno no convierte -no podría- al Gobierno cesante en el baluarte de la normalidad de este periodo; no es a él al que le compete velar por el respeto de todos los principios constitucionales y reglamentarios que lo disciplinan. Su función es un tanto más prosaica¹⁹¹, si se me permite la licencia: radica en no dificultar, en lo que de él dependa, este proceso. No facultaría así, por ejemplo, a actuar al Presidente del Gobierno en funciones en el caso de que el Monarca se empecine en proponer a un candidato sin respaldo, porque el único responsable para refrendar -y, en su caso, disuadir al Monarca de su actitud- la proposición real es el Presidente del Congreso (art. 99)¹⁹².

En definitiva, al establecer que el Gobierno tiene que facilitar el normal desarrollo de un proceso en el que él no interviene se esta confiriendo una atribución que es esencialmente negativa,

¹⁸⁹ Véase la conocida distinción en *El derecho dúctil*, op. cit., pág. 110: “Las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen, cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas”.

¹⁹⁰ Podemos dar, por tanto, por inconsistente el intento de reproducir la polémica italiana sobre la juridicidad o no del concepto de ordinaria administración. Cfr. A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, op. cit., págs. 345 y ss.

¹⁹¹ Tiene por ello más sentido esta expresión del art. 21.3 por comparación con la equívoca y enfática del art. 21. 2 a) del proyecto de ley del 95 que establecía la obligación del Gobierno de “propiciar el normal desarrollo constitucional del procedimiento de formación del nuevo Gobierno”. Esta expresión ya fue criticada aunque sólo sobre la base de su vaciedad por ARAGÓN, en L. PAREJO (ed.) *Estudios sobre el Gobierno*, op. cit., p. 106.

¹⁹² Sobre esta cuestión cfr. un panorama de la doctrina en J. M. PORRAS RAMÍREZ, *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, op. cit., pág. 201.

se está recordando al Gobierno su inhabilitación para formar el nuevo¹⁹³ ¿Es, pues, esta atribución, en su ánimo desusadamente precautorio, expresión de un recelo secular hacia el Gobierno cesado? La respuesta es posiblemente afirmativa aunque nunca podremos estar seguros de si también anacrónica¹⁹⁴.

La referencia al traspaso de poderes es bastante más clara. Implica que el Gobierno cesante debe conducir su actividad (o su inactividad) de modo que el nuevo pueda comenzar de inmediato su gestión de acuerdo con su programa electoral/de investidura. Se trataría esencialmente de una actividad material, de traslado de todos los expedientes y documentación en general que sean necesarios para cumplir las funciones que el ordenamiento atribuye al Gobierno¹⁹⁵. Por otra parte, aparece como evidente que el traspaso no supone en ningún caso una posible actuación selectiva del Gobierno en funciones que debe entregar tanta información como disponga¹⁹⁶.

7.5.2. El despacho ordinario de los asuntos públicos

7.5.2.1. *Amministrazione ordinaria, affaires courantes* y despacho ordinario

En segundo lugar, el artículo 21.3 establece que el Gobierno debe limitarse al despacho ordinario de los asuntos públicos. Hemos de comenzar por advertir que el grueso de los problemas que

¹⁹³ Señala M. SATRÚSTEGUI en la nueva edición de los comentarios a la Constitución dirigidos por O. ALZAGA (op. cit., pág. 362) que: "es ciertamente loable que se haya especificado la obligación (...) de que el Gobierno en funciones facilite la formación del nuevo Gobierno, porque aquél tiene en su mano resortes de poder que, especialmente en situaciones complejas desde el punto de vista jurídico parlamentario, podrían permitirle dificultar o interferir el desenlace de la crisis gubernamental. Y este peligro existe a pesar de que el procedimiento para la tramitación de la sucesión gubernamental haya sido racionalizado de forma muy precisa por el artículo 99 de la Constitución".

¹⁹⁴ Amén de constituir quizás una fuente de legitimación extraordinaria que le permitiese actuar para salvaguardar un proceso tan esencial en nuestro sistema cuando el resto de los órganos con competencias establecidas no pudiesen hacerlo. Consideréase que es el mismo Presidente del Gobierno el que está refrendando su cese sin que haya levantado ampollas por parte de la doctrina, por lo que tampoco debería hacerlo si en una situación extraordinaria (imposibilidad del Presidente del Congreso) se viera obligado a refrendar el nombramiento del nuevo.

¹⁹⁵ En opinión de SATRÚSTEGUI (op. cit. ult., pág. 362): "También merece una valoración positiva la obligación, conexas con la anterior, de facilitar el traspaso de poderes al nuevo Gobierno, que parece tener su razón de ser en las críticas que a veces se han hecho a la falta de cooperación de los Ministros salientes o a la insuficiencia o inexactitud de las informaciones por ellos proporcionadas a los Ministros entrantes (aunque, paradójicamente, hayan sido a veces éstos quienes han demostrado escaso interés en obtener la información de sus antecesores)". Es bastante ilustrativa a estos efectos una anécdota sobre recoge T. SCHABERT sobre el modo en que comenzó a ejercer el poder F. D. Roosevelt: "El 5 de marzo de 1933, por ejemplo, se produjo una situación así. Franklin D. Roosevelt había jurado el día anterior el cargo de presidente y había acudido hoy, en su primer día de trabajo, al Oval Office. Tomó asiento por primera vez frente al escritorio presidencial y se dispuso a comenzar su tarea de gobierno como nuevo presidente de los Estados Unidos. Sin embargo, no podía hacerlo. Su antecesor en el cargo, Herbert C. Hoover, se lo había llevado todo. Los cajones del escritorio se encontraban vacíos, no había dejado ni una sola hoja de papel, y no podía encontrar ni un solo lapicero. Roosevelt, imposibilitado para su tarea y solo en la habitación, comenzó a llamar a través de la puerta abierta, pasillo abajo, a alguien que le trajera un juego de escritorio. Transcurrió así cierto tiempo hasta que alguien oyó al presidente de los Estados Unidos -esa persona tan "poderosa" a nivel mundial- y pudo proporcionarle los primeros instrumentos necesarios para su gobierno: papel y algo para escribir". T. SCHABERT, Mitterrand frente a una lección comparada de gobierno, *REP*, nº103, 1999, págs. 57 y 58.

¹⁹⁶ En este sentido cabría distinguir entre la documentación correspondiente al Gobierno, que ha de ser íntegra (lo que quiere decir, en todas los ámbitos, y, por tanto, sin excluir, los especialmente "delicados" como son materias secretas, lucha antiterrorista, relaciones exteriores, o expedientes a altos cargos de las Fuerzas de Seguridad del Estado) e irremisiblemente trasladada al nuevo Ejecutivo, y la que constituya en realidad información relacionada con el partido o coalición de pertenencia de los miembros del Gobierno. El destino de ésta será lógicamente el que fijen los destinatarios de la misma. Esta es la única operación de "depuración" que los titulares de los ministerios pueden llevar a cabo. Digamos, por último, que todavía quedan, sin embargo, actuaciones en las que se trasladan algo más que expedientes. Como rémora de otros tiempos, el Presidente entrante de Rusia recibió al nuevo con la entrega solemne del botón nuclear (cfr. "El País", 2 de enero de 2000), haciéndose de esta forma visible el traspaso de poder como antaño se escenificaba al portar la Corona del Rey difunto.

puede presentar la comprensión de la actividad material propia del Gobierno en funciones deriva seguramente del difuso y escasamente reconocible ámbito que esta expresión delinea. En efecto, la interpretación de qué sea despacho ordinario tiene que sobreponerse a un cúmulo de problemas que en una primera hipótesis cabría achacar a sus no muy claros orígenes, a los confusos ecos a los que remite. Desde esta premisa argumental contrastemos este primer dato; examinemos concretamente si los conceptos matrices a los que parece hacer referencia, la “administración ordinaria” (en Italia) y los “asuntos corrientes” (en Francia), constituyen un modelo válido. Pues bien, pese a que su sentido general es coincidente –en la medida en que todos son principios creados para reducir la actividad del órgano cesado, de modo que son operativos sólo para determinar si acaso la posición del órgano indiscutiblemente capitidismuido¹⁹⁷– el despacho ordinario no se corresponde absolutamente con ellos. La diferencia capital se pone de manifiesto si observamos que tanto el concepto de “asuntos corrientes” como el de “administración ordinaria” engloban dentro de su ámbito material propio los actos urgentes. Es decir, aluden a que el órgano en cuestión puede llevar a cabo los asuntos de mero trámite y los que requiera una situación de necesidad¹⁹⁸ lo que ya muestra la escasa capacidad de esta teoría para delimitar contornos funcionales concretos¹⁹⁹. La razón por la que estas expresiones alcanzan tal grado de polisemia no es la misma, no obstante, en Francia que en Italia. En el país galo, la ausencia de un concepto constitucional más allá del de asuntos corrientes obligó a la jurisprudencia²⁰⁰ a introducir en esta única categoría todo el haz de facultades y, por consiguiente también las que se llevaban a término en caso de necesidad²⁰¹. En cambio, en

¹⁹⁷ De ahí, que en su análisis sobre la “prorogatio” de las Cámaras diga PISANESCHI refiriéndose a la ordinaria administración que “sulla base di questa interpretazione non potrebbero utilizzarsi per determinare la posizione del Parlamento sciolto i consolidati canoni interpretativi sull’istituto della prorogatio, in quanto mancando la cessazione dell’organo ne mancherebbe il presupposto fondamentale”. *Prorogatio delle Camere...*, op. cit., pág. 66.

¹⁹⁸ “Le gouvernement démissionnaire peut prendre d’une part les décisions urgentes, et d’autre part les décisions de pure administration sans portée ni signification politique. Il ne peut au contraire prendre les décisions politiques non urgentes”. M. WALINE, *Limites des pouvoirs d’un gouvernement démissionnaire; Contrôle de légalité et contrôle d’opportunité* (Conseil d’Etat, 4 avril 1952. Syndicat régional des quotidiens d’Algérie), *Revue de Droit Public*, 1952, p. 1035. Ejemplos claros de la anfibia de la expresión *affaires courantes* en Francia pueden verse en el artículo que a la cuestión dedica F. BOUYSSOU (op. cit.). Por destacar uno especialmente flagrante, véanse las observaciones de BARSALOU sobre la dimisión del Gobierno Faure en 1952: “Le trésor est à sec. Il faut que le Parlement vote en pleine crise le relèvement du plafond des avances de la Banque de France. Encore une curieuse affaire courante!”. Cfr. F. BOUYSSOU, *L’introuvable notion d’affaires courantes*, op. cit., pág. 660. Ilustrativas de la simbiosis a la que ha llegado la administración ordinaria y la extraordinaria son igualmente las palabras de PISANESCHI: “Nella sostanza quindi le tesi che si ricollegano ad una deminutio dei poteri, connessi con il principio di ordinaria amministrazione, tendono però a ricomporsi in unità attraverso la funzione “trasversale” della necessità ed urgenza, di talché alla fine non vi è differenza di fondo quantomeno nei risultati pratici”. *Prorogatio delle Camere...*, op. cit., pág. 70.

¹⁹⁹ “Mais ce qui domine l’expédition des affaires courantes, c’est la diversité de la pratique gouvernementale. Sans doute la surprise ne tient-elle pas au domaine n’activité des gouvernements démissionnaires. Il est naturel que l’expédition des affaires courantes s’exerce dans les divers secteurs de l’activité exécutive (diplomatie, rapports avec le Parlement, pouvoir de réglementation). Ce qui surprend, c’est que tel gouvernement ne fasse pratiquement rien pendant toute la durée de la capitid deminutio, alors que tel autre paraît avoir une activité normale, comme s’il ne se souciait pas de la réduction de sa compétence. D’une crise à l’autre, l’opposition est parfois dérouterante: un même acte, que l’un refuse d’accomplir, sera exécuté par l’autre, sans que la raison de cette diversité d’attitude apparaisse avec évidence. Il n’y a pas donc d’affaires courantes par nature”, (Las cursivas son mías) F. BOUYSSOU, *L’introuvable notion d’affaires courantes...*, op. cit., pág. 653. Es interesante constatar como AMPHOUX, que estudia la recepción de la categoría de asuntos corrientes en Alemania, señala su recóndita naturaleza más allá de fronteras: “Tous les efforts de la doctrine et de la jurisprudence constitutionnelle en vue de préciser le sens ont été vains”. Cfr. *Le Chancelier Federal...*, op. cit., pág. 151.

²⁰⁰ Los hitos más importantes de ésta son las sentencias del Consejo de Estado de 4 de abril de 1952 (Arrêt Syndicat régional des quotidiens d’Algérie) y de 19 de octubre de 1962 (Arrêt Brocas). Acerca del debate constitucional que suspusieron, pueden consultarse las observaciones de M. WALINE, *Limites des pouvoirs d’un gouvernement démissionnaire*, op. cit., y M. BERNARD, en *Conclusions des Commissaires du Gouvernement*, *Revue du Droit Public*, 1962, págs. 1181 y sigs.

²⁰¹ M. WALINE, (*Limites des pouvoirs d’un gouvernement démissionnaire*, op. cit., pág. 1034) muestra concretamente como el primer conjunto de actos que pertenecían por derecho propio a la órbita de los gobiernos dimisionarios eran los urgentes y sólo después se necesitó completar el criterio admitiendo los carentes de significado político. DOUENCE critica a la jurisprudencia francesa por no hacer sabido deshacer este equívoco. Señala concretamente: “La jurisprudence française ne distingue pas très clairement les affaires courantes et les affaires urgentes. les conclusions se réfèrent simultanément aux deux notions et les arrêts entretiennent volontairement l’équivoque”. Cfr. Liban. *L’expédition des affaires courantes par un gouvernement démissionnaire*, op. cit., pág. 1123.

Italia la noción de la ordinaria administración, cabeza visible, como vamos a pasar a ver, de toda la construcción sobre la “prorogatio” de los órganos constitucionales, es equívoca por arte y parte de la doctrina²⁰² ya que en el único artículo constitucional en el que aparece el límite de la ordinaria administración lo hace acompañado de los actos improrrogables²⁰³. Una recreación, si bien somera, del concepto en Italia puede ilustrar más certeramente el origen y el decurso del concepto de ordinaria administración y como en el mundo del derecho un concepto doctrinal puede llegar a dificultar la comprensión de un fenómeno que en el texto constitucional, aun contando con su laconismo, no parece tan abtruso. En primer lugar, se ha señalado que, tras nacer en el seno de la doctrina administrativa, pasa a aplicarse al Gobierno por ser el vértice de la Administración²⁰⁴ y de ahí, en una extensión impropia, al resto de los órganos constitucionales²⁰⁵. El resultado inmediato es que los problemas de los órganos en *prorogatio* son los problemas de su ordinaria administración, aunque este concepto ya no sea el que reconoce la doctrina administrativa porque empieza a dar cabida a la urgencia²⁰⁶. Los órganos en *prorogatio* tienen, pues, atribuciones ordinarias y extraordinarias aunque, pese a ello, el paradigma explicativo predominante sea el de ordinaria administración²⁰⁷. Frente a la teoría que postula el mantenimiento de la categoría vienen surgiendo desde hace ya bastante tiempo voces discrepantes que destapan las múltiples y flagrantes insuficiencias que presenta. Resaltan, por ejemplo, la inutilidad de una única noción, cualquiera que fuera, para explicar la realidad caleidoscópica de órganos estructural y funcionalmente diferentes, competencialmente afectados bien por la pérdida de la confianza, por el cese de la representatividad, etc²⁰⁸. La otra gran crítica apunta directamente al corazón del concepto de ordinaria administración que, acogiendo en su seno

²⁰² Cómo aparece, por ejemplo, en el momento constituyente, de la mano de MORTATI, se recoge en A. PISANESCHI, “Prorogatio” delle Camere ed equilibrio tra i poteri, op. cit., pág. 60 (nota a pie núm. 35)

²⁰³ “Artículo 126.5 CI: Col decreto di scioglimento è nominata una Commissione di tre cittadini eleggibili al Consiglio regionale, che indice l’elezione entro tre mesi e provvede alla ordinaria amministrazione di competenza della Giunta e agli atti improrogabili, da sottoporre alla ratifica del Consiglio”.

²⁰⁴ “Si tratta, quindi, di una nozione (o limite) che, nata (per il diritto pubblico) originariamente nell’ambito dell’organizzazione amministrativa; estesa al funzionamento del Governo, che di quell’organizzazione era, direttamente o indirettamente, già nel precedente ordinamento, l’organo di vertice”. G. D’ORAZIO, Considerazione critiche sulla «prorogatio»..., op. cit., pág. 840.

²⁰⁵ “Il concetto di ordinaria e di straordinaria amministrazione, fuori delle puntuali definizioni datane delle leggi civili o amministrative, si affida a valutazioni empiriche prevalentemente economiche, e pare difficilmente applicabile in via generale al campo del diritto costituzionale”. A. BOZZI, “Sulla supplenza del Presidente della Repubblica”, en *Studi di Diritto Costituzionale*, op. cit., pág. 69.

²⁰⁶ En realidad lo único que une a los conceptos de extraordinaria y ordinaria administración es la tentativa de reducir el margen de dirección política de los órganos a los que se le aplica. Como manifiesta PISANESCHI: “A ben guardare, peraltro, questo ulteriore passaggio dalla ordinaria amministrazione, per così dire in senso propio, alla ordinaria amministrazione nel senso di straordinaria (nei casi de necessità ed urgenza) se da una parte può apparire frutto di un salto logico non indifferente (quiere decir, por tanto, un salto en la lógica que no debe pasar desapercibido), dall’altra parte risulta collegabile agli stessi presupposti che avevano indotto ad avvalorare la teoria della amministrazione ordinaria.

Se in quel caso infatti il motivo predominante era dato dai limitati margini di scelta politica impliciti nella nozione di ordinaria amministrazione, altrettanto si può dire per la straordinaria allorché questa sia collegata a presupposti di necessità ed urgenza, che in quanto dati obbiettivi, siano idonei a costituire un vincolo nel fine. Anche in questo caso cioè, la libertà di azione, che trova il suo fondamento nella legittimazione popolare, sarebbe infatti limitata da un vincolo derivante dalla necessità”. “Prorogatio” delle Camere ed equilibrio tra i poteri, op. cit., págs. 63-64.

²⁰⁷ Como lo demuestra el que uno de los estudios más clásicos sobre la materia se denomine *Sulla ordinaria amministrazione degli organi costituzionali*.

²⁰⁸ “Applicata (la noción de ordinaria administración), nel nuovo ordinamento, anche ad altri organi costituzionali di indirizzo politico e, sul loro esempio, ad organi di governo di enti autonomi costituzionalmente garantiti, deve necessariamente adattarsi alle particolari funzioni dei diversi organi e dei loro atti. Molteplici fattori concorrono, per tanto, a rendere non univoca, anche a fini conoscitivi, e sostanzialmente meno utile, ai fini di certezza, di quanto possa sembrare, la nozione di «ordinaria amministrazione», intesa nel suo significato più generale e comprensivo”. D’ORAZIO, Considerazione critiche sulla “prorogatio”..., op. cit., págs. 840-841.

a los actos de trámite y a los de urgencia, no presenta marco teórico para la comprensión de ninguno, puesto que son opuestos en su fundamento y exigencias de desarrollo²⁰⁹.

En conclusión, la noción de despacho ordinario es perfectamente distinguible de la *Amministrazione Ordinaria* y de los *Affaires Courantes*, conceptos a su vez entre los que tampoco cabe hallar una correspondencia total y absoluta. El despacho ordinario se desgaja con toda diafanidad de la urgencia -como dos situaciones netamente diferenciadas que responden a exigencias y principios inidentificables- en la ley 50/1997 que desarrolla la mejor de las posibilidades que ofrecía nuestra Constitución. La construcción foránea, llamando de la misma manera a un elemento y a su contrario, debe ser, por tanto, desechada como elemento válido del sistema.

7.5.2.2. Ámbito material del despacho ordinario

Pasemos a analizar, entonces, la previsión del despacho ordinario contenida en el artículo 21 de la ley 50/1997 plemente desgajada de la extraordinaria administración de la que nos ocuparemos en segundo término. El despacho ordinario parte de la indefectibilidad de la labor de administración en su sentido más tradicional (como conjunto de medios humanos y técnicos al servicio de un fin previamente fijado) en nuestro Estado social contemporáneo²¹⁰, un Estado que para la salvaguardia exclusiva del interés general tiene reservadas constitucionalmente amplias esferas de actividad que debe ejercer sin solución de continuidad²¹¹. El marco contextual en el que nos encontramos es el de un Gobierno que después de cesado tiene que actuar de modo que no se resienta la eficacia en el cumplimiento de aquellas funciones que dan sentido al Estado. La gestión del despacho ordinario de los asuntos públicos aparece, entonces, como una manifestación del principio de "continuidad de la actividad pública necesaria"²¹², un principio acuñado en el derecho administrativo francés²¹³, con el objetivo de reducir el ámbito competencial del órgano al fin señalado²¹⁴.

²⁰⁹ En este sentido, de nuevo, D'ORAZIO: "La premessa sulla natura giuridica del limite non si traduce, né può tradursi, in meccanica distinzioni di atti, ammessi o esclusi, poiché la linea discriminatoria, convenzionalmente simboleggiata dall'ordinaria amministrazione, non implica oggi -come non implicava nel passato- un criterio permanente ed oggettivo, di sicuro ausilio per l'interprete, ma opera in relazione a quello che efficacemente è stato indicato come "il contesto politico ambientale dato", richiedente una "considerazione esistenziale del limite dei poteri". (Las comillas en el original). Considerazioni critiche sulla "prorogatio"..., op. cit., pág. 855.

²¹⁰ Es interesante resaltar, como lo ha hecho D'ORAZIO, la historicidad de estos límites. Evidentemente lo que signifique despacho ordinario (como administración ordinaria) es dependiente de las funciones que le correspondan al Estado, en definitiva, de si el Estado es de corte liberal o intervencionista. G. D'ORAZIO, Considerazioni critiche sulla "prorogatio"..., op. cit., pág. 839.

²¹¹ Señala GONZÁLEZ CUETO: "Por otra parte, y habida cuenta la distinción entre Gobierno y Administración resulta obvio que la cesantía afecta sólo al primero. La Administración -a pesar de la especial situación en que se encuentran los titulares de los principales órganos de dirección- garantiza la continuidad en el funcionamiento de los servicios públicos sin alteración alguna, lo que además viene impuesto por su finalidad de servir con objetividad los intereses...". El Proyecto de ley del Gobierno, op. cit., págs. 82-83.

²¹² Liga por primera vez este principio con el análisis concreto de la "prorogatio" de los poderes, MARRAMA -"la presenza nel nostro ordinamento di tali istituti starebbe a dimostrare la esistenza di un generale principio di continuità della attività pubblica necessaria, più ampio e comprensivo del principio di continuità nella copertura degli organi pubblici, il quale non ne costituirebbe che un aspetto, anche se preliminarmente ed imprescindibile"- aunque, después de configurarlo, señala cuales son los múltiples problemas que presenta para poder caracterizarlo como un principio aplicable a todos los órganos que cesan. Cfr. *Titolari degli organi pubblici e principio di continuità*, op. cit., pág. 13.

²¹³ Cfr. B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954. (cit., por MARRAMA, pág. 14 y BOUYSSOU, pág. 647.

²¹⁴ Señala F. BOUYSSOU: "L'expédition des affaires courantes n'est pas seulement une compétence du gouvernement démissionnaire, dont il use librement avec le souci de la continuité des services publics; c'est aussi une limite qui s'impose à lui, et dont la transgression peut aboutir à une sanction juridictionnelle. Cette limitation des pouvoirs du gouvernement démissionnaire apparaît à certaines juristes comme un principe général du droit". L'introuvable notion d'affaires courantes. L'activité des gouvernements démissionnaires sous la Quatrième République, op. cit., págs. 646-647.

- Criterios de delimitación

Desde una óptica más concreta, podemos señalar que el Gobierno cesante, marcado por el “corsé” del despacho ordinario, aparece así como un Gobierno que:

- a) No puede tomar las decisiones políticas o de impulso que tomaría de no haber cesado, careciendo, en definitiva, de la función de dirección política²¹⁵. Es importante cifrar la primera definición del ámbito material a partir del antagonismo entre despacho ordinario y dirección política, es decir, a partir de dos elementos, las funciones, determinadas por objetivos contrapuestos. La distinción radical se basa en la conexión teleológica entre dirección política y mayoría parlamentaria y despacho ordinario y satisfacción de “fines objetivos, generales y permanentes”, y no entre actos políticos (cualquiera que sea la definición que de este arcano se adopte) y actos administrativos²¹⁶. Efectivamente, con la referencia, sedicentemente limitativa, al despacho ordinario, se está dando una nueva carta de naturaleza a aquella idea fundamental en el régimen parlamentario de que sólo contando con la confianza de la Cámara puede perseguir el Gobierno objetivos respaldados por la mayoría de ésta, objetivos, en definitiva, partidistas²¹⁷. El margen de actuación

²¹⁵ En efecto, G. D'ORAZIO entiende que una de las proposiciones de partida es que “il Governo che sia privo di fiducia non ha legittimazione (ed incontra, pertanto, un divieto giuridico e non di mero fatto o un autolimita) a porre in essere atti che, sotto l'uno o l'altro degli aspetti già indicati, esprimono un indirizzo politico in nuce”. Considerazione critiche sulla “prorogatio”... op. cit., pág. 853. Afirma igualmente la generalidad de esta teoría en la doctrina italiana M.L. MAZZONI HONORATI: “Nel tentare di definire che cosa si intenda con il termine «ordinaria amministrazione» o «affari correnti» la maggioranza della dottrina fa riferimento più o meno direttamente all'indirizzo politico, escludendo che il Governo mancante di fiducia possa compiere atti che lo impegnino politicamente, cioè atti di indirizzo politico”. Cfr. Note sul “Governo privo di fiducia” nell'ordinamento costituzionale italiano, *Riv. trim. Dir. Pubb.*, 1980, págs. 180-181. En España mantiene una teoría curiosamente “integradora” BAR CENDÓN puesto que señala que “el Gobierno puede dirigir la política interior, exterior (art. 97) y la económica (art. 131 y ss), así como la defensa del Estado. Se trata, pues”, continúa, “de una competencia constitucionalmente atribuida e irrenunciable, que corresponde al Gobierno en todo caso. En este sentido, el Gobierno debe realizar una política *de mantenimiento* (las cursivas en el original), dentro de lo programado y aprobado por las Cortes en su momento, a través de la correspondiente investidura o cuestión de confianza, si, pero sin pretender la continuación pura y simple del desarrollo de su programa político como si nada hubiese ocurrido”. Pese a la notable confusión real que hoy se aprecia para distinguir materialmente unas funciones de otras no se me ocurre como una decisión de mantenimiento puede ser a la vez una auténtica decisión de dirección. Si de algo nos siguen valiendo los esquemas tradicionales, dirección es impulso y mantenimiento conservación y, en definitiva, ejecución. La teoría de BAR en, *La disolución de las Cámaras legislativas en el Ordenamiento Constitucional Español*, op. cit., pág. 277. Tampoco parece muy satisfactoria la posición de de M. SATRÚSTEGUI para quien el Gobierno, “después del cese, sigue siendo el órgano que dirige la política (art.97) y por razones de necesidad y urgencia puede realizar actos que exceden en mucho al concepto de ejecución”. Cfr. “Artículo 101” en O. ALZAGA (dir) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, op. cit., pág. 360. En nuestra opinión, lo que parece un añadido, la necesidad y la urgencia, constituye el elemento principal para entender cual es la acción del Gobierno en este período; esto es: sólo podrá dirigir la política en casos de necesidad y urgencia y con las implicaciones que estos principios tienen.

²¹⁶ En un sentido similar puede verse D'ORAZIO, del que difiere por su utilización de una categoría, el acto político, que entiendo, más que heterogénea, inseparable al derecho, de ahí su desaparición en nuestro ordenamiento en el que ni la LOFAGE ni la Ley 50/1997 la contemplan. Dice D'ORAZIO: “In tale più moderno orientamento non ci limita, ad esempio, a contraporre, nella rispettiva natura e struttura, gli atti amministrativi e gli atti (genericamente) politici, o gli atti vincolati e gli atti discrezionali, ammettendo gli uni ed escludendo gli altri dalla sfera di competenza ridotta del Governo, né a ritenere il Governo, che sia comunque privo di fiducia, ridotto a rango di organo (sia pure provvisorio) amministrativo con sola responsabilità amministrativa (...); e si distingue opportunamente (in relazione, appunto, al diverso ordine pluralistico, democratico, etc), nell'ambito stesso della eterogénea categoria degli atti politici, quelli aventi causa nella realizzazione dei fini propri della maggioranza parlamentare (la quale, per realizzarli, dev'essere legittimata dalla fiducia) da quelli la cui politicita travalica l'area degli interessi della maior pars del sistema politico per soddisfare direttamente esigenze o perseguire fini che atengono allo Stato-comunità, nei suoi aspetti istituzionali e nei suoi interessi oggettivi, generali e permanenti”. Considerazioni critiche sulla “prorogatio”... op. cit., pág. 853. Otras tentativas de definir la administración ordinaria, como la de CRISCUOLI -que en uno de los artículos pioneros en esta materia, *Il Gabinetto dimissionario*, 1919, distingue aquí entre la actividad vinculada y la discrecional, admitiendo esta última la diferenciación entre discrecionalidad pura y técnica o accesoria- puede verse en L. ELIA, *Sulla «ordinaria amministrazione» degli organi costituzionali*, op. cit., págs. 106-108.

²¹⁷ “In un regime democratico tutte le scelte politiche debbono potersi direttamente o indirettamente ricondurre alla volontà della maggioranza; mancando la fiducia il Governo non potrà pertanto compiere quegli atti attraverso cui si esplica la funzione di indirizzo politico che gli è propria”, A. CERRI, *Sindacabilità da parte della Corte Costituzionale dei presupposti della legge e degli atti aventi forza di legge*, op. cit., pág. 446.

de este Gobierno en funciones es el del despacho ordinario, pues, entendiendo por éste aquellos actos, esencialmente conservadores (aunque no siempre) y, lo que es más sustancial, vinculados a fines indiscutiblemente objetivos, generales y permanentes. Desde este punto de vista resulta disfuncional introducir como cautela limitativa la dualidad dirección política-acto político puesto que operaría como mecanismo de evitación, por ejemplo, para que el Gobierno en funciones no pudiera denegar al diputado individualmente considerado una información sobre materia secreta²¹⁸, lo que entiendo perfectamente admisible en el concepto de despacho ordinario de los asuntos públicos por su desconexión con la función de dirección política²¹⁹. En definitiva, parece claro, de acuerdo con la doctrina dominante, que el Gobierno cesante carece de la función de dirección política²²⁰ y que no lo reconozca así expresamente la Ley 50/1997 puede ser una nueva expresión del poco crédito que tiene aún esta categoría para fundar relaciones ciertas.

b) La segunda dirección que podemos explorar para esclarecer la capacidad de movimiento del Gobierno en funciones es el de las decisiones de gestión²²¹. El despacho ordinario comprende, en primer lugar, las decisiones caracterizadas por ser derivadas (o secundarias), es decir, dependientes de una decisión anterior²²², y por ser improrrogables desde

²¹⁸ Una denegación de información sobre gastos reservados en el Parlamento Vasco dió lugar a que este acto fuese considerado como político por el TC en la sentencia 220/1991 (FJ 2º)

²¹⁹ En suma, defendemos con D'ORAZIO (cfr. nota anterior) la posibilidad de llevar a cabo los hasta ahora denominados por la doctrina y la jurisprudencia actos políticos. Aunque evidentemente no todos sino sólo los que respondan a intereses generales permanentes y en ningún caso los conectados con la mayoría parlamentaria. Así, considerando un nuevo ejemplo acaecido en la última ocasión que supuso un cambio en el partido gobernante, no podría el Gobierno en funciones autorizar un crédito de ayuda al desarrollo a Cuba (decisión que fue ventilada en el Consejo de Ministros de 19 de abril de 1996 y que no llegó a aprobarse tras constatar correctamente el ejecutivo el valor de la negativa del Gobierno entrante, Cfr. El País, 20 de abril de 1996) porque la nueva mayoría que emergió de las elecciones estaba en contra y porque no puede afirmarse de modo unánime que constituya un acto de interés general. De la misma manera parece más que dudoso que se pueda nombrar o destituir en periodo de interinidad a un alto cargo como es el director del Centro Superior de Información para la Defensa. Salvo en casos de necesidad y urgencia, que trascienden entonces de la lógica del despacho ordinario, una actuación de estas características supone el otorgamiento o la retirada de una confianza de la que el Gobierno no dispone. Los móviles de estos actos siempre parecen preocupantemente ligados a las relaciones políticas en las que el Gobierno en funciones ya no puede participar ("El Gobierno en funciones no ha querido que Miranda pilote el servicio secreto durante el traspaso de poderes al nuevo Ejecutivo, que muy probablemente presidirá José María Aznar", El País, 9 de marzo de 1996) En cambio, el acto mencionado de denegar una información secreta a un diputado sí podría ser admisible porque de acuerdo con el ordenamiento -de acuerdo por tanto con el criterio más fiable de determinar la voluntad general- los diputados individualmente considerados no tiene este derecho. Una vez más el concepto de acto político -no identificable plenamente, como vemos con la función de dirección política- muestra su proverbial capacidad de esquivar cualquier entendimiento homogéneo de su régimen jurídico. De entre la inabordable bibliografía que ha tratado de cercarlo podemos destacar por poner valientemente en cuestión algunas flaquezas flagrantes y, pese a ello, normalmente inadvertidas, J. JORDANO FRAGA, *¿Jaque mate al acto político?*, REDA, núm. 95, julio-septiembre, 1997.

²²⁰ Anteriormente a la Ley de Gobierno ya había quien en la doctrina española postulaba esto terminantemente. Cfr., por ejemplo, M. SATRUSTEGUI: "El Gobierno cesante no es competente para desarrollar una política innovadora derivada del programa gubernamental o de una perspectiva partidista, porque la falta de soporte de la confianza parlamentaria que es el requisito indispensable para legitimar esa política, como se deduce del artículo 99 de la Constitución. Hay que subrayar que esta restricción no es exigible únicamente en los supuestos de cese por dimisión obligatoria del Presidente, sino también en el caso de su dimisión voluntaria, ya que con tal iniciativa el Presidente renuncia a la confianza que recibió para realizar su programa". Cfr. "Comentario al artículo 101", en (O. ALZAGA, dir.), *Comentario a las Leyes Políticas*, T. VIII, op. cit., pág. 231.

²²¹ Estamos aludiendo a la actividad cotidiana de la administración, a aquellas medidas que son preparadas por los Gabinetes y sobre las que los Ministros se limitan a depositar su firma.

²²² En el contexto italiano considera D'ORAZIO entre los actos que pueden ser llevados a cabo por los Gobiernos que actúan "en régimen de funcionalidad reducida", "quegli atti del Governo dimissionario che si manifestano attraverso la controfirma (ed il previo controllo di legittimità) di provvedimenti di competenza del Capo dello Stato ed aventi, per questo stesso organo, carattere vincolato nell'an, nel quando e talvolta, nel contenuto: atti non risalenti, quindi, a questo o a quel programma politico di governo e di maggioranza, ma aventi causa o nella tutela dell'interesse al buon funzionamento del sistema, o nell'impulso a procedimenti costituzionali, o atti che se hanno, a loro volta, a contenuto una scelta espressa dalla maggioranza parlamentare, sono vincolati all'esternazione o dichiarazione di quella volontà". Cfr. *Considerazioni critiche sulla "prorogatio"*, ..., op. cit., pág. 860.

la óptica de una gestión eficaz de los servicios públicos²²³. La actuación del Gobierno en funciones estaría constituida así por una serie de atribuciones que podríamos encuadrar dentro de la órbita de la función ejecutiva y, en última instancia, dentro del concepto de administración²²⁴. Aunque esté haciendo referencia exclusivamente a las relaciones entre el Gobierno y la Administración, la coincidencia de los presupuestos de LÓPEZ CALVO con los que aquí sostenemos hace que podamos suscribir íntegramente sus palabras:

“De la necesidad de diferenciar entre dos tipos de dirección es un claro exponente el régimen jurídico de los Gobiernos dimisionarios o en funciones. El efecto se acentúa en el período que va desde la celebración de las elecciones generales a la toma de posesión del nuevo Gobierno. En estos supuestos el Gobierno carece de capacidad de dirección política de la Administración ya que se trata de un Gobierno nombrado por un Parlamento diferente al resultante del último proceso electoral, con lo que ha de limitarse a cubrir en un régimen de transitoriedad lo que en caso contrario sería un vacío de poder. El Gobierno, por el contrario, aunque se encuentre en una situación de interinidad, sí que ha de continuar ejerciendo la función de dirección administrativa que no deriva del apoderamiento parlamentario, sino que deriva de su posicionamiento formal -aunque sea transitorio- como Gobierno. Y esta distinción supone que podrá y deberá continuar adoptando las resoluciones cotidianas que le corresponden como vértice de la pirámide administrativa, pero no se encontrará legitimado para realizar funciones de dirección política exteriores a ella”²²⁵.

La identificación de la noción de “despacho ordinario” con la ejecución y la administración no acierta, no obstante, a desproblematizar por entero esta cuestión por lo que se refiere a establecer claramente los ámbitos vedados. Ello es así, porque, pese a la historia ya cargada que llevan tras de sí los conceptos de ejecución y administración, no es del todo fija la línea que los separa de la dirección política²²⁶. Esta cuestión es particularmente acuciante por lo que se refiere a los casos-límite. Así por ejemplo, ¿qué son en realidad los Decretos de concesión de indulto, actos de administración o de dirección política?²²⁷. ¿Qué se puede decir, por tanto, respecto de esta competencia y el Gobierno en funciones? La heterogeneidad de situaciones

²²³ No hay que asimilar completamente la improrrogabilidad de un acto con la urgencia o la excepcionalidad. Por ejemplo, la adopción de una determinada decisión sobre la adquisición de material de defensa cuando caduca la opción de compra es improrrogable pero no constituye una situación constitucionalmente “tipificable” como urgente con todo el bagaje que acarrea esa noción en nuestro derecho. La urgencia, por lo que supone también para el ámbito material del Gobierno en funciones, requiere la concurrencia de hechos bastantes más trascendentes.

²²⁴ Sobre la conexión entre la función ejecutiva y la función administrativa, J. LÓPEZ CALVO, *Organización y funcionamiento del Gobierno*, op. cit., pp. 360-363. En el sentido que aquí se mantiene puede verse F. SANTAOLALLA LÓPEZ: “Puede adelantarse, a la vista del derecho comparado, que hay dos conceptos que delimitan la situación del Gobierno en funciones: por un lado, los asuntos corrientes o de ordinaria administración, y, por otro lado, los asuntos de carácter urgente. Así, el Gobierno podrá adaptar las decisiones que le corresponden en cuanto órgano administrativo, y que sean requeridas por la marcha normal de la Administración Pública: resolución de determinados expedientes, recursos y concursos, etc. En cambio deberá abstenerse de adoptar iniciativas que impliquen una elección en función de la composición del Gobierno dimisionario o que puedan comprometer seriamente la actuación política de los sucesivos Gobiernos”. “Comentario al artículo 101 CE”, op. cit., págs. 1413-1414.

²²⁵ *Organización y funcionamiento del Gobierno*, op. cit., págs. 79-80.

²²⁶ Ya ponía de manifiesto esta cuestión como una de las que irremisiblemente llevarían a cualquier fijación de límites al fracaso más estrepitoso AGUIAR en “La posición del Gobierno cesante o en funciones en el Ordenamiento Constitucional Español”, op. cit., pág. 268.

²²⁷ Como acto que linda con las dos funciones los considera, por ejemplo, LÓPEZ CALVO, *Organización y funcionamiento del Gobierno*, op. cit., pág. 363.

y de contextos que pueden presentarse hace imposible la elaboración taxativa de actos admisibles, por entrar dentro del concepto de asuntos corrientes, y actos de dirección política, y por ello ilegítimos por la carencia de la condición representativa que justifica esta función. A lo más que se puede aspirar es a seguir una serie de líneas generales al hilo de las aportaciones doctrinales, especialmente italianas y españolas, más relevantes.

En primer lugar, parecen bastante plausibles las observaciones de M. REVENGA²²⁸ en las que señala implicaciones funcionales derivadas de dos magnitudes fundamentales que pueden tener lugar. Así, si el Gobierno cesante pertenece al mismo partido o coalición que el que previsiblemente va a ser investido, su capacidad operativa no será tan restringida como en el caso contrario. Lógicamente no se está aludiendo aquí a que el Gobierno cesante pueda ser considerado representativo a partir de una lectura de los resultados electorales²²⁹ -en rigor por ello no se puede hablar de "perpetuación del nexo fiduciario" como lo hace REVENGA- ya que, como hemos manifestado, la representatividad del Gobierno sólo va a poder venir dada tras la investidura de su Presidente por el Congreso. La cesura en la representatividad del Gobierno se produce en todo caso cuando tienen lugar las causas determinantes de su cese. Lo que diferencia los dos casos, y lo que, por ello, no debe ser indiferente al órgano que en su caso controle la actuación del Gobierno en este lapso, son meramente sus "expectativas" de representatividad, en un caso importantes y en el otro prácticamente nulas²³⁰. Dicho esto, sin embargo, hay que resaltar que esta especial "lasitud" no puede implicar en ningún caso que la actividad gubernamental del Gobierno en funciones que ha obtenido la mayoría absoluta en las últimas elecciones se mantenga como si no existieran límites. La ley 50/1997 no admite llevar la interpretación hasta este extremo: si no observa diferencias sustanciales en el régimen de los Gobiernos en funciones en relación a la suerte que les hayan deparado las elecciones es porque acoge los principios que constitucionalmente siguen vigentes sobre nuestra forma de gobierno (por más que a algunos les parezcan desfasados o ficticios). Según éstos, la relación no se traba inmediatamente entre el gobierno y los ciudadanos. El Presidente debe obtener la investidura por el Congreso tras haber presentado un programa que contenga su proyecto político. Es éste, el que puntualmente presente a la Cámara para su investidura y no el que haya venido desarrollando en la anterior legislatura o el que haya difundido en la campaña electoral, el que va a hacer las veces de habilitante de su actuación y canon del control que el Parlamento ejerza sobre sus actuaciones. Antes de la presentación del programa ante los diputados, el Presidente carece de la capacidad de dirección política en su sentido fuerte, consecuencia que es más evidente aun para el periodo anterior a la constitución del Parlamento.

²²⁸ "El Gobierno en funciones", en *El Gobierno y la Administración en la Constitución*, op. cit., pág. 1522.

²²⁹ No estimo admisible una construcción dogmática que asimile este caso al que se produce en Italia con el Gobierno que nombrado por el presidente aún no ha recibido la confianza de la Cámara, y por ello no puede tener ninguna verosimilitud en nuestro sistema constitucional la opinión, por ejemplo, de CERRI, que entiende que el Gobierno mientras no reciba la confianza no puede llevar a cabo actos políticos, que serán por ello inválidos, invalidez, no obstante, que se subsana en cuanto el Gobierno obtenga la confianza parlamentaria. Cfr.: "Da una parte ci sembra infatti che la mancanza di un presupposto di competenza nel momento in cui l'atto giuridico è compiuto comporti l'invalidità dell'atto stesso, dall'altra che il successivo conferimento della fiducia abbia per sua natura effetto retroattivo fin dal momento della nomina". CERRI, *Sindacabilità...*, op. cit., pág. 450.

²³⁰ Un argumento similar utiliza MAZZONI HONORATI para diferenciar la distinta posición que, a su juicio (no unánime, por lo demás, en la doctrina italiana) en el ordenamiento italiano ocupa el Gobierno cesado del que ha sido nombrado por el Presidente pero aún no ha recibido la confianza de la Cámara (el ordinariamente denominado Gobierno "in attesa di fiducia"): "Gran parte de la dottrina assimila quella del Governo dimissionario ma, si pure el problema è assai simile, in quanto in entrambi i casi c'è un depotenziamento di competenza, le due fattispecie vanno distinte. Mentre infatti il Governo in attesa di fiducia ha una «presunzione» di aderenza alla volontà della maggioranza parlamentare, il governo dimissionario sia già che questa aderenza non c'è più". Cfr. ML. MAZZONI HONORATI, *Note sul "Governo privo di fiducia" nell'ordinamento costituzionale italiano*, op. cit., pág. 173.

Entiendo que éste es un dato suficientemente relevante para ser tenido en cuenta en orden al acotamiento jurídico de este periodo que no desconozca el contexto esencialmente difuso en el que por definición se mueve.

REVENGA introduce un elemento más de racionalidad cuando constata que “cuando más tiempo dure la situación de prórroga, mayor será la necesidad de satisfacer el interés general y, en consecuencia, más importante el cometido del Gobierno cesante”²³¹. La fórmula advertida por este autor puede ser completada en un sentido más puntual con la correlación “a más tiempo- mayor ceñimiento a la noción más expresa de despacho ordinario”. Habida cuenta de que la dilatación en el proceso de formación del nuevo Gobierno implica graves dificultades para alcanzar un consenso mínimo entre las diversas fuerzas políticas debe ser algo más que un criterio de prudencia el que el Gobierno que actúe lo haga llevado por el cumplimiento de los actos unánimemente imprescindibles.

Otro criterio que puede arrojar un poco de luz es el que se refiere al contenido de la decisión adoptable, más allá de las cualidades representativas *ad futurum* que pueda tener el Gobierno cesante o del tiempo en el que desarrolle su actividad. En este sentido ha señalado con acierto SATRÚSTEGUI, siguiendo a la doctrina italiana, que,

*“cuando surjan dudas sobre si una determinada decisión se mantiene en el ámbito de la conservación y tutela de los intereses generales, o si, por el contrario, se encuadra dentro de una política discrecional de ordenación del futuro, el Gobierno cesante debe de abstenerse de actuar”*²³².

Se trataría de dar una cierta forma jurídica al criterio general de autocontención del órgano excepcional. En efecto, el fundamento último de este principio vuelve a ser el de la tendencial inactividad política del órgano cuya representatividad ha tocado a su fin. No obstante, el perfil que aparece más borroso es el de encontrar los parámetros más o menos ciertos que permitan al órgano, en su caso jurídico, el reconocimiento de la actividad dudosa -porque estamos hablando, recuérdese, de límites jurídicos, establecidos a través de principios o de conceptos jurídicos indeterminados, pero pertenecientes en todo caso al mundo del derecho y por ello al del control y no al de la autocontención-. En este sentido uno de los elementos potencialmente útiles como categoría discriminatoria es el de la conexión entre la decisión y el programa político del Gobierno de modo si el contenido de la misma se puede barruntar independientemente de cualquier otra consideración a partir del programa, cabría decir que estamos ante una de esas dudas razonables a partir de las cuales cuestionar la actuación gubernamental.

- Proyección del despacho ordinario sobre las funciones gubernamentales *ex* artículo 97 CE. Aspectos problemáticos

Por último podemos concluir, aun a riesgo de no lograr sino un panorama meramente ejemplificativo, el tratamiento de esta cuestión tratando de trazar algunas líneas maestras, que acoten ciertos ámbitos concretos de actuación gubernamental que, o bien entran de lleno en lo que aquí hemos configurado conforme a las ideas precedentes despacho ordinario, o, por el contrario,

²³¹ *Ibid.*

²³² M. SATRÚSTEGUI en O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a las Leyes Políticas*, op. cit., pág. 236.

presentan perfiles que en su dificultad requieren precisiones adicionales. El examen de esta cuestión puede abordarse rastreando la posible incidencia del límite del despacho ordinario/imposibilidad de llevar a cabo actos de dirección política en el elenco sustancial de funciones que la Constitución (artículo 97) atribuye al Gobierno en situación de normalidad. Así vamos a proceder concretando las repercusiones de este límite en las siguientes funciones:

1. Funciones integrantes de lo que se puede denominar dirección de la política interior.
2. Funciones de dirección de la política exterior.
3. Funciones de dirección de la administración civil.
4. Funciones de dirección de la administración militar y de la defensa del Estado.
5. Funciones a caballo entre la dirección política y la función ejecutiva.
6. Función ejecutiva.
7. Especial consideración de la potestad reglamentaria.

1. LOPEZ CALVO señala que:

“la atribución al Gobierno de la función de dirigir la política interior le convierte en el máximo responsable de la actividad pública que se desarrolle en España y le habilita para influir, en mayor o en menor medida, en la actividad institucional general. Cabe considerarlo además como un precepto que reviste connotaciones externas a lo público: es el encargado de «gobernar» en el sentido amplio del término, de mantener el pulso de la marcha del país, con lo que pasará a convertirse en cabeza visible de la sociedad civil, de la que será su máxima representación”²³³.

Esta observación nos puede dar la medida de lo que no es el Gobierno en funciones. Así podemos comenzar por reiterar la radical diferencia que media entre esta caracterización y la de un órgano como el Gobierno en funciones privado de representatividad y por tanto de todo ese conjunto de funciones cuasi simbólicas. Por lo que se refiere a esferas competenciales más definidas, no pueden considerarse nunca una actuación de despacho ordinario de los asuntos públicos los actos que son considerados manifestaciones por antonomasia de la función de dirección política; esto es: la disolución de las Cámaras, el planteamiento de la cuestión de confianza, el referéndum o la elaboración del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado. Estos actos constituyen el núcleo esencial de la limitación del Gobierno en funciones, los que más allá de su reconocimiento expreso en los párrafos 4 y 5 de la Ley 50/1997 ya se postulaban en las construcciones doctrinales mayoritarias anteriores²³⁴. La consideración, una vez más, de la antagonía entre despacho ordinario y dirección política -en definitiva, entre el Gobierno en funciones y la función de dirección política- revela la profunda alteración que el sistema parlamentario sufre cuando uno de sus órganos “naturales” cesa. Y revela, dando un salto más, la necesidad de que los estudios que traten el Gobierno con vocación de totalidad consideren la oportunidad del tratamiento de este órgano como algo más que el que lleva a cabo la dirección política, que en este momento decae estrepitosamente.

²³³ Organización y funcionamiento del Gobierno, op. cit., págs. 292-293.

²³⁴ Cfr., por ejemplo, M SATRUSTEGUI, “Comentario al artículo 101” en *Comentarios a las Leyes Políticas*, op. cit., págs. 230-233.

Ahora, más allá de estos actos terminantemente eliminados de la acción del Gobierno en funciones por la concurrencia del límite genérico y de los específicos, es preciso centrar la atención en otra serie de ámbitos competenciales estrictos que, en mayor o menor medida, aparecen conectados a la función de dirección política y de los que nada se señala en los párrafos subsiguientes. De acuerdo con la operatividad plena que aquí hemos reclamado para los enunciados del artículo 21.3 de la ley 50/1997 como principios limitativos de toda actuación conectada en primer término con las mayorías parlamentarias, el juicio dependerá, esencialmente, -si bien no sólo, como se verá,- del grado de vinculación de estas competencias con la función de dirección política.

Un primer análisis específico requiere la competencia atribuida al Gobierno en orden al nombramiento de Magistrados del Tribunal Constitucional (art. 159 CE). Comencemos por poner de manifiesto que el estudio de esta facultad nos permite reparar en que es posible encontrar competencias atribuidas al Gobierno por ser representativo diferenciables ontológicamente de las competencias directivas a las que antes hemos hecho alusión. En efecto, al Gobierno se le confieren funciones de dirección política como reflejo inmediato de la representatividad con la que cuenta, pero eso no significa que todas las competencias que el ordenamiento le reconoce merced a su representatividad sean funciones de este cariz. Demostrativa de esta posibilidad es la capacidad de nombrar Magistrados del Tribunal Constitucional. Aquí nos encontramos con una actuación gubernamental sustancialmente diferente de las consideradas formas canónicas de expresión de la función de dirección política²³⁵. Es ostensible, en particular, que esta competencia no presenta ninguna semejanza con la capacidad de disolver las Cámaras o con la de convocar referéndum, manifestaciones ilustrativas de la capacidad gubernamental de tomar el pulso a la Nación o bien de marcar su rumbo. La clave de bóveda de la cuestión no estriba, entonces, variando el paradigma explicativo que hasta ahora habíamos venido utilizando, en determinar cuáles son las conexiones de la competencia gubernamental relativa al nombramiento de Magistrados con la función de dirección política -a lo que, por otra parte, sólo puede llegarse una vez se considere como elemento más relevante, no la capacidad de propuesta en sí, sino el resultado, la actuación que el ordenamiento prevé que lleven a cabo los integrantes de los órganos de que se trate, en definitiva, el régimen jurídico de éstos²³⁶- sino en recordar que estos Magistrados son nombrados por el Gobierno porque la Constitución reconoce la funcionalidad de que lo haga un órgano representativo, lo que obliga a que cesada la representatividad decaiga esta facultad, simple y llanamente y con independencia de la caracterización que hagamos de la función. Luego la razón de la exclusión de esta competencia del ámbito material de actuación del Gobierno en funciones dependerá, no ya de la eventual relación de la actuación gubernamental con los objetivos partidistas, sino de la inexistencia del presupuesto fundamental que hizo del órgano el

²³⁵ LÓPEZ GUERRA, al contrario de lo que aquí se señala, menciona las capacidades de propuesta examinadas como atribuciones gubernamentales con contenido directivo junto con la iniciativa legislativa y presupuestaria, la convocatoria de referendums, etc. Cfr. Funciones del Gobierno y dirección política, DA, nº 215., pág. 29. Más correcta es la clasificación de esta función entre las funciones arbitrales (aunque estas a su vez se enmarquen dentro la genérica función de dirección de la política interior), es decir, funciones de intermediación entre el Pueblo y el resto de los órganos del Estado, que hace LÓPEZ CALVO en *Organización y funcionamiento del Gobierno*, op. cit., pág. 304.

²³⁶ Por eso en caso de que la línea a explorar fuera la politicidad de la función de nombramiento habríamos de distinguir claramente -a efectos de delimitar que facultad entre dentro del concepto de despacho ordinario- entre propuesta de nombramiento de Magistrados del Tribunal Constitucional, cuyo régimen jurídico está totalmente desvinculado del órgano que los nombró (a través de una serie de garantías como la de tener un mandato de 9 años reconocida en el artículo 159.3 y la misma independencia e inamovilidad a que en el ejercicio de su mandato obliga el apartado 5 del mismo artículo 159 CE), y propuesta de nombramiento del Fiscal General del Estado del que su Estatuto Orgánico dice que deberá promover, a instancias del Gobierno, las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público (artículo 8.1 de la Ley 50/1981 por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

depositario de esta función²³⁷. Hay que señalar, por último, que las previsiones de la LOTC relativas al desarrollo de las funciones de los Magistrados hasta la toma de posesión de los sucesores²³⁸ permiten dilatar sin consecuencias de consideración la elección de los nuevos Magistrados hasta que el nuevo Gobierno haya recibido la confianza de la Cámara y esté respaldado entonces por la plena representatividad que está a la base de esta función²³⁹, a resultas de lo cual no concurre tampoco la improrrogabilidad fundante de la actuación del Gobierno en funciones²⁴⁰.

Sobre la misma línea pueden ir las observaciones acerca de la responsabilidad atribuida al Gobierno en los nombramientos del Fiscal General del Estado (art. 124.4 CE) y de otros miembros de órganos de relevancia constitucional como Presidente, Consejeros permanentes y Consejeros electivos del Consejo de Estado (arts. 6, 7 y 9 de la LO 3/1980 del Consejo de Estado) y Presidente, Secretario General y expertos del Consejo Económico y Social. En efecto, aquí tendríamos que hacer valer también que son competencias atribuidas al Gobierno mientras es representativo, esto es, por tener un vinculación clara con el Parlamento, y por tanto deben salir de su ámbito de actuación cuando tales vínculos desaparecen. Si a este argumento se le suma -argumento que no contaba en absoluto, como vimos, en el caso anterior- la ligazón funcional que, por ejemplo, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (art. 8 Ley 50/1981) y la Ley del Consejo de Estado (art. 1 LO 3/1980) traban entre el Gobierno y estos órganos -de tal modo que aquí ya sí puede considerarse la ubicación de estas actuaciones dentro de la esfera de la politicidad de la que nos libra el concepto de despacho ordinario- la conclusión parece clara. Además de la eventual cercanía de la acción del órgano nombrado con la dirección política gubernamental, es necesario precisar la inadmisibilidad de que el Gobierno limitado por el despacho ordinario lleve a cabo nombramientos, en algunos casos (el de los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado, art. 11.1 LO 3/1980) revestidos de la garantía de la irrevocabilidad, o al menos de una cierta estabilidad que hace difícil su revocación²⁴¹.

²³⁷ En este sentido es interesante en el derecho comparado la Circular que el presidente del Gobierno italiano Cossiga envió a sus ministros el mismo día de su dimisión el 19 de marzo de 1980 en el que detallaba el alcance de la disminución de los poderes de su gobierno y señalaba, entre otras limitaciones: "no a nomine, designazioni, proposte, salvo, che siano vincolate nei tempi da leggi e regolamenti". Esta circular es comentada por C. CHIMENTI, *Gli organi costituzionali nella forma di governo italiana*, Giappichelli, Turin, 1989, págs. 63-64.

²³⁸ Art. 17.2 LOTC: "Los Magistrados del Tribunal Constitucional continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles".

²³⁹ El único caso muy lejanamente parangonable del que dispongo es el de la negativa del Presidente de la República italiana durante el primer gobierno Craxi a nombrar un Magistrado del Tribunal Constitucional por la carencia de confianza parlamentaria del Presidente del Gobierno que debía de referendar el acto. LABRIOLA comenta en un sentido crítico esta autolimitación del Presidente de la República señalando, contra la relativización del problema que en la página he sostenido, que: "potrebbe infatti verificarsi l'ipotesi in cui, non concludendosi la crisi con la formazione di un nuovo governo che consegua la fiducia, ma con lo scioglimento anticipato delle camere, la vacanza del seggio di giudice costituzionale si potragga per un tempo alquanto lungo, e ciò sicuramente nuocerebbe allo svolgimento delle delicate funzioni della Corte". S. LABRIOLA, *Crisi di governo, patti di coalizione, riforme elettorali* (Note critiche sugli aspetti costituzionali della crisi del primo governo Craxi del 27 giugno 1986), *Giurisprudenza costituzionale*, Fasc. 10, 1986, pág. 1984.

²⁴⁰ De la misma opinión respecto de las propuestas de nombramiento del Fiscal General del Estado y de magistrados del Tribunal Constitucional es BAR CENDÓN, aunque introduce una matización según la cual, "habría que actuar en función de la urgencia o gravedad de las circunstancias". Cfr. *La disolución de las Cámaras Legislativas en el Ordenamiento Constitucional Español*, op. cit., pág. 277.

²⁴¹ La necesidad de distinguir entre nombramientos de distintos órganos de modo que se ponderen adecuadamente los importantes matices que concurren puede verse en D'ORAZIO: "(...) per la stessa categoria di atti (come quelli di nomina ad uffici o enti pubblici) può variare la valutazione seconda del tipo di vincolo o di rapporto che l'atto presuppone o crea tra il nominato ed il Governo, o della relativa stabilità che quello determina, o delle semplice sua idoneità ad assumere significati sintomatici di determinati, anche se latenti, indirizzi politici". Cfr. *Considerazione critiche sulla "prorogatio"...*, op. cit., pág. 856. Maneja un límite tajante que, aunque no está previsto expresamente para este tipo de nombramientos, puede encontrar aquí una de sus proyecciones, L. ELIA: "Più chiaro dovrebbe poi essere l'obbligo del Ministero dimissionario di astenersi da atti di cui più difficile appare la revoca: si pensi alle nomine di dirigenti di grandi organismi economici a carattere pubblico, i quali fruiscono di una relativa inamovibilità". *Voz Amministrazione ordinaria degli organi costituzionali*, *Enc. Dir.*, op. cit., pág.225. En el mismo sentido que ELIA, MAZZONI HONORATI, *Note sul "Governo privo di fiducia"...*, op. cit., págs. 182-183.

El Gobierno es de ordinario el director de la política económica. Es el órgano en el que recae la responsabilidad y el deber de la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado (art. 134 CE) y el que lleva a cabo la planificación económica general (art. 131.2 CE). Lo más significativo a los efectos de cercar el ámbito competencial del Gobierno en funciones es la prohibición taxativa de elaborar el proyecto de presupuestos (art. 21.5 a) Ley 50/1997) que es el instrumento principal de política económica en nuestros días²⁴². De aquí debemos deducir sin duda la voluntad de la norma de excluir también aquellos actos dictados con la voluntad de planificar, o lo que es lo mismo, con el objetivo de ordenar el futuro económico en cualquiera de sus sectores²⁴³. Esto es tanto más evidente cuanto que cualquier actividad planificadora concita unas expectativas que pueden llegar a comprometer de inmediato la posición del Gobierno sucesor si no se hace cargo de ellas²⁴⁴. Imaginemos, por ejemplo, la adopción de ciertos acuerdos con los sindicatos sobre el empleo público²⁴⁵ (de acuerdo con la competencia reconocida por el art. 3.2 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública) o la aprobación por parte del Gobierno en funciones del Plan Integrado de Salud previsto por los artículos 74 y siguientes de la Ley General de Sanidad. Constituyen estos actos una auténtica manifestación de dirección política, y por tanto, actos imposibles de casar con el límite del despacho ordinario de los asuntos públicos.

Por último, podríamos preguntarnos sobre las competencias que le corresponden al Gobierno en funciones en relación con los distintos procesos constitucionales que puede iniciar. Recordemos en cuáles de éstos están legitimados el Presidente o el Gobierno. En primer lugar, la Constitución (artículo 161.1 a) atribuye al Presidente del Gobierno la capacidad para presentar un recurso de inconstitucionalidad. En segundo término, también es la Constitución la que en el artículo 95.2 habilita al Gobierno para poder requerir al Tribunal Constitucional sobre la compatibilidad de un tratado internacional con la Constitución. Por último, también está legitimado el Gobierno para plantear un conflicto constitucional con otros órganos constitucionales (artículo 59 LOTC) o un conflicto de

²⁴² Así lo reconoció el TC desde sus primeras sentencias. V. gr. STC 27/1981 (FJ 2º) De la misma manera podemos considerar contrario al espíritu de la ley y fuera del despacho ordinario cualquier reajuste presupuestario. Un problema entre el último Gobierno cesante socialista y el Partido Popular se suscitó precisamente por un traspaso económico que el ministro de Economía en funciones quería hacer al Ministerio de Sanidad con el objeto de dotar a éste de mayores reservas. Cfr. *El País*, 2 de abril de 1996.

²⁴³ Cfr. en un sentido amplísimo MAZZONI HONORATI: "Sostanzialmente concorde è pure la dottrina nel ritenere vietati gli atti relativi all'economia nazionale e gli atti inerenti all'esercizio finanziario dello Stato (quali disposizioni in materia di prezzi, tariffe ecc...)". Note sul "Governo privo di fiducia"..., op. cit., pág. 182. Como pone de manifiesto MAZZONI, esta cuestión saltó a la opinión pública italiana a propósito de una modificación de las tarifas telefónicas. Entiendo ilustrativo recordar al lector que, asimismo, durante el tiempo en que desarrolló su actividad el último Gobierno socialista cesante se pospuso una reducción de las tarifas telefónicas internacionales por la oposición que la medida suscitó en el partido político más votado tras las elecciones del 3 de marzo. Cfr. *El País*, 20 de abril de 1996.

²⁴⁴ Puede traerse aquí a colación de nuevo el criterio de ELIA sobre la necesidad de que el Gobierno sin confianza no pueda llevar a cabo actos difícilmente reversibles. Señala este autor, además, otros ejemplos: "si pensi anche a decisioni in materia di prezzi o di esercizio finanziario. Non ci tratta che di applicazioni del limite più generale, derivante dalla esigenza di non mettere i ccessori davanti a situazioni precostituite o difficilmente reversibili". *Voz Amministrazione ordinaria degli organi costituzionali*, op. cit., pág. 225.

²⁴⁵ Desde la teoría que defendemos carece, pues, de toda consistencia la polémica, reproducida por su interés, que tuvo lugar en Italia durante la crisis del primer Gobierno Cossiga sobre un supuesto parecido y de la que se hace eco CHIMENTI: "Ma la crisi del I Governo Cossiga ha fatto emergere almeno altre due questioni. La prima consiste nel blocco, a causa delle dimissioni, delle trattative Governo/sindacati riguardo ad una serie di vertenze nel pubblico impiego, deciso dal presidente del Consiglio. I sindacati protestano, il Ministro della funzione pubblica pure e il Presidente del Consiglio si rimangia parzialmente la decisione. Dichiaro infatti che le trattative possono proseguire, ma solo per preparare ipotesi di conclusione da sottoporre al nuovo Governo. Qualcuno come Tosi è contento, ma altri no. Il Ministro della funzione pubblica Giannini ritiene infatti che le trattative già definite prima della crisi nel quantum della spesa possano concludersi. Di fatto, però, sarà la tesi di Cossiga a prevalere". Cfr. *Gli organi costituzionali nella forma di Governo Italiana*, op. cit., págs. 66-67.

competencias, bien sea positivo (artículos 62-67 LOTC) o de los llamados negativos impropios (artículo 71-72 LOTC). ¿Puede adivinarse una respuesta inmediata y global a la cuestión de si puede el Gobierno en funciones instar estos procesos constitucionales²⁴⁶? En mi opinión, no hay suficientes datos para tratar de forma homogénea esta realidad. Advértase que cada proceso ante el Tribunal tiene una configuración constitucional y legal específica. Ni la legitimación es idéntica, ni los intereses perseguidos son los mismos, ni tampoco coinciden en el grado de perentoriedad. Por ello estimo que es procedente tratar de forma individualizada los perfiles de cada proceso no sin señalar antes, empero, ciertas características que sí me parecen suscribibles en general. En primer lugar, la Constitución y la LOTC no parecen admitir ninguna solución de continuidad en el planteamiento de los procesos. Esto es, no se concibe que por la razón que fuere hubiera algún proceso constitucional que no se pudiera iniciar. Tal observación debe entenderse en el sentido de que toda ley debe poder ser impugnada y toda extralimitación competencial ha de permitir el planteamiento de un conflicto.

Ahora bien, veremos como esto no es, a mi juicio, lo mismo que legitimar sin mayor matización al órgano cesado. La segunda cuestión que pretendía resaltar es que, de nuevo y una vez más, el criterio de interpretación literal es insolvente.

¿Entra dentro del despacho ordinario de los asuntos públicos el planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad por parte del Presidente del Gobierno en funciones? Se ha señalado con razón que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional²⁴⁷: “la legitimación activa se atribuye exclusivamente a órganos o a fracciones de órganos, en razón de su status constitucional y, por tanto, al margen de cualquier pretensión subjetiva o interés propio”²⁴⁸. Es decir, el dato fundamental que, en principio, justifica la inclusión del Presidente del Gobierno entre los capaces de iniciar este recurso de depuración abstracta del ordenamiento es el status, su posición constitucional; lo que traducido, en fin, a una característica sustancial hemos considerado su representatividad²⁴⁹. (Lo que queremos decir es que precisamente el hecho de que no se interponga un recurso por interés propio no autoriza a plantearlo a quien no tiene la capacidad de alegar el interés general, ya que no puede hacerlo quien no es representativo) (En la STC de 14 de junio de 1981, para distinguir la legitimación “general” respecto de la que le corresponde a las CCAA en el recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal señaló que pueden interponer el recurso contra cualquier disposición por tener “encomendada la tutela de los intereses generales”. ¿Tiene el Gobierno cesante esa capacidad prospectiva en que consiste la tutela o se limita a la conservación de los mismos? Tratándose de un órgano no representativo la pregunta es retórica). El

²⁴⁶ Como hace, por ejemplo, A. BAR CENDÓN al señalar la total capacidad que el Gobierno en funciones tiene a este respecto. Cfr. *La disolución de las Cámaras representativas en el Ordenamiento Constitucional Español*, op. cit., pág. 279.

²⁴⁷ SSTC 5/1981, FJ 3º y, especialmente, 42/1985, FJ 1º.

²⁴⁸ F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, A.J. GÓMEZ MONTORO, M. MEDINA GUERRERO, J.L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pág. 25. Cfr. también, RUBIO LLORENTE en “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, contenido en *La Forma del poder*, op. cit., pág. 583. Esta aseveración, no obstante, debe matizarse para explicar el caso de la legitimación de las Comunidades Autónomas en el recurso de inconstitucionalidad frente a las disposiciones estatales que se ciñe *ex artículo* 32.2 LOTC a la defensa de “su propio ámbito de autonomía”. Contiene también una síntesis de esta cuestión la monografía de CAAMAÑO y otros que se cita en primer lugar, págs. 28-30.

²⁴⁹ El Recurso de Inconstitucionalidad es un proceso claramente marcado por la posición política de los órganos que lo inician (salvo en el caso del Defensor del Pueblo). Es así un mecanismo para que los distintos legitimados traten de hacer valer, más allá del proceso legislativo, su particular lectura de la Constitución, convirtiéndose así en última “garantía de la legitimidad (política) de la ley”, en expresión de JIMÉNEZ CAMPO, “El control de la constitucionalidad de la Ley”, en F. RUBIO LLORENTE y J. JIMÉNEZ CAMPO, *Escritos sobre jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pág. 71.

Presidente cesante como órgano no representativo carece así del status que justifica esta competencia y ello independientemente de que en la resolución del recurso el Tribunal se desentienda por completo de la politicidad del órgano que lo inició²⁵⁰.

No obstante, el Tribunal Constitucional no ha prestado solamente atención a la representatividad de los órganos como elemento fundante de su legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad²⁵¹. Así, por ejemplo, al admitir la capacidad de los parlamentarios de Cámaras disueltas, o cuyo mandato hubiese expirado, para impugnar una norma con rango de ley se señalan los riesgos que en caso contrario sufriría el mismo sistema²⁵². Desde luego, la imposibilidad de que ciertas leyes pudieran ser impugnadas por los Diputados o Senadores -dada la perentoriedad del plazo de tres meses establecido por la LOTC (art. 33)²⁵³- acarrearía graves problemas, sobre todo por cuanto la legitimación parlamentaria aparece como la única indiscutible²⁵⁴. Esta justificación es un alegato fuerte para entender que persiste la legitimación pese a cualquier alteración del status de los legitimados. En cambio, la legitimación del Presidente del Gobierno no reviste un papel tan fundamental que la haga insustituible para la misma funcionalidad del recurso²⁵⁵. Adviértase, además, que el Jefe del Ejecutivo cesante pertenece a un partido o coalición que de seguro dispondrá de suficientes "efectivos" en el Parlamento (aunque esté disuelto, como acabamos de ver) como para iniciar este proceso de depuración del ordenamiento. Por lo demás tampoco debemos olvidar que contamos con otro proceso, la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 de nuestra Norma Fundamental, para asegurar la perenne

²⁵⁰ Sobre la parcialidad del recurso de inconstitucionalidad son de interés, entre otras contribuciones, las conocidas observaciones de RUBIO LLORENTE en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993, págs. 583-587 y las de J. JIMÉNEZ CAMPO, en "El control de constitucionalidad de la Ley en el Derecho español", págs. 67-68.

²⁵¹ Más bien, debemos señalar, que la opción seguida por el TC en el Auto 547/1989 para admitir las posibilidades de los representantes que han dejado de serlo para interponer el recurso de inconstitucionalidad no es admitir una quiebra en el binomio legitimación-mandato representativo sino disociarlo enteramente. En mi opinión esta teoría que resuelve terminantemente (aunque no del único modo posible, como veremos) el problema práctico que se presenta tras el cese de los órganos representativo no alcanza entonces a explicar con fluidez la razón misma de la legitimidad conferida por la Constitución. Estimar, como lo hace el ATC 547/1989, que la legitimación se otorga por una opción del constituyente no explica el mismo fundamento de esta opción.

²⁵² Literalmente dice el ATC 547/1989: "resulta constitucionalmente inadmisibles la posibilidad de que algunas leyes aprobadas inmediatamente antes de la disolución anticipada o de la expiración del mandato de las Cámaras, pudieran resultar inimpugnables ante este Tribunal por cincuenta Diputados o Senadores. El riesgo de tal hipótesis supondría una quiebra al desenvolvimiento normal de la función de control de constitucionalidad de las leyes" FJ 1º. (...) "La finalidad de preservar el interés general que concurre en la defensa de la Constitución y de sus contenidos, poniendo en marcha los mecanismos que depuran el ordenamiento jurídico de leyes inconstitucionales (STC 86/1982, FJ 2º) ha de llevar a interpretar la legitimación prevista en el art. 32.1 LOTC en el sentido más favorable a la función de garantía que supone. Por ello a los exclusivos efectos de lo previsto en el art. 32.1 letras c) y d), de la LOTC, ha de reconocerse que la pérdida de condición de Diputado o Senador por disolución anticipada de las Cámaras o por expiración del mandato de cuatro años no impide la titularidad de la acción de inconstitucionalidad y, en consecuencia, ha de aceptarse la legitimación de los senadores recurrentes para formular el presente recurso de inconstitucionalidad", FJ 3º.

²⁵³ Como bien apunta JIMÉNEZ CAMPO, la temporalidad del recurso es consecuencia no inevitable (puesto que de hecho hay algún sistema como el austriaco que no ha apostado por ella) pero sí en todo caso funcional para evitar que el debate "político constitucional" (en palabras del autor) se eternice. Cfr. "El control de constitucionalidad de la Ley", op. cit., pág. 69. Hay que considerar, no obstante, la reciente ampliación del plazo a nueve meses operada por la LO 1/2000 (párrafos 2 y 3 del artículo 33 de la LOTC) para evitar la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por parte del Presidente del Gobierno o los Ejecutivos de las Comunidades Autónomas contra leyes o disposiciones con rango de ley presuntamente lesivas de las esferas competenciales respectivas.

²⁵⁴ (...) bastaría con que sólo se hubiese legitimado a las minorías parlamentarias (cincuenta Diputados o cincuenta Senadores) para que el recurso de inconstitucionalidad cumpliera con su cometido de remedio al servicio de la depuración del Ordenamiento jurídico". Cfr. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, GÓMEZ MONTORO, MEDINA GUERRERO, REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, op. cit., pág. 26.

²⁵⁵ De ahí que el ATC 547/1989 hable de la insustancialidad de la pérdida del carácter representativo para interponer un recurso de inconstitucionalidad "a los exclusivos efectos de lo previsto en el art. 32.1, letras c) y d) de la LOTC".

constitucionalidad de las normas con rango de ley. En conclusión, si un órgano al que se atribuye la capacidad para recurrir por ser representativo ya no lo es, y si, además, el sistema resulta indemne en caso de suspender esta capacidad, nada se opone entonces a que mantengamos la obligada carencia de legitimidad del Presidente del Gobierno en funciones para interponer un recurso de inconstitucionalidad²⁵⁶.

Consideremos, en segundo lugar, si encajaría con los presupuestos constitucionales y legales que el Gobierno en funciones pudiera iniciar un conflicto de competencias positivo o bien de los llamados negativos impropios. Los conflictos de competencias se han introducido en la Constitución como medios de garantizar la regularidad del modelo de distribución competencial²⁵⁷. El primer dato que tenemos que remarcar es, pues, que se trata de un instrumento absolutamente insustituible en un Estado territorialmente descentralizado²⁵⁸. Por otra parte, la LOTC (artículo 60) señala que este instrumento sólo puede ser instado por el Gobierno del Estado y por los Órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas²⁵⁹, aunque no resuelve si la actuación lesiva o la esfera competencial lesionada pueden provenir o corresponder a otros órganos respectivamente.

Se ha de otorgar también bastante relevancia a que la LOTC prevé un plazo para la interposición del recurso que será de dos meses²⁶⁰ desde la publicación de la disposición, resolución o acto presumiblemente incompetentes (artículo 62)²⁶¹.

Esta cuestión del plazo se revela como la capital una vez subrayada la consustancialidad del mecanismo y la limitada legitimación conferida. En efecto, la interpretación que se puede extraer de la configuración constitucional y legal de los conflictos de competencia es que nos encontramos ante un proceso constitucional que debe poder ejercerse en todo momento para la propia "salud" del sistema competencial (sin perjuicio del control que sobre las mismas disposiciones o actos pueda ejercer la jurisdicción contenciosa²⁶²). La implicación inmediata es,

²⁵⁶ Así, como también para desistir del ya interpuesto.

²⁵⁷ Sobre esta cuestión en general pueden verse las monografías de J. GARCÍA ROCA, *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, CEC, Madrid, 1993 y M. J. TEROL BECERRA, *El conflicto positivo de competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

²⁵⁸ Esta conexión ya se hizo explícita en los primeros momentos de la Justicia Constitucional. Cfr. CAAMAÑO y otros, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, op. cit., pág. 79.

²⁵⁹ En el caso de los conflictos negativos, sólo por el Gobierno (artículo 71 LOTC)

²⁶⁰ En los conflictos negativos el Gobierno dispone de un mes desde que el requerimiento a la Comunidad Autónoma es expresa o tácitamente desatendido (artículo 72 LOTC).

²⁶¹ Como es sabido la situación del Estado y de la Comunidad Autónoma no es paritaria puesto que el Gobierno puede optar por plantear en este plazo el conflicto directamente ante el Tribunal Constitucional o requerir previamente a la Comunidad Autónoma (también en el plazo de dos meses, artículo 63.2 LOTC) para que repare por sí misma la extralimitación competencial en que ha incurrido, mientras que los Ejecutivos Autonómicos tienen que hacer uso necesariamente del requerimiento previo al Estado (en el mismo plazo de dos meses) y sólo si éste no es atendido pueden recurrir ante el Tribunal Constitucional.

²⁶² A propósito de los criterios de deslinde entre las dos jurisdicciones pueden consultarse: A. GÓMEZ MONTORO, *Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia*, REDC, núm. 30, 1990; A. ARCE JANARIZ, *Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la jurisprudencia de conflictos de competencia*, REDA, núm. 70; A vueltas con la asignación jurisdiccional de los conflictos positivos de competencia, REDA, núm. 79, 1993.

entonces, claramente negadora de la posibilidad de que existan periodos en que por la atenuación competencial de alguno de los órganos legitimados no pueda llevarse a cabo²⁶³.

Ahora bien, un principio que estimo también concurrente es el de que, en la alternativa entre que el legitimado sea o no un órgano plenipotenciario, es preferible éste último, es decir, un órgano que cuente con toda la representatividad. En este sentido, se puede apuntar como pauta que el Gobierno en funciones que considere invadido el ámbito competencial estatal haga uso del previo requerimiento potestativo, como por otra parte es lo habitual, con el fin de ganar tiempo y permitir que sea el sucesor el que en su caso plantee el conflicto ante el Tribunal Constitucional. Sólo en la hipótesis de que la duración del gobierno cesante sea tan excesiva como para impedir que el Gobierno pueda promover un conflicto de estas características podría instarlo. No cabe, además, dejar de lado cómo inciden este tipo de procesos constitucionales en las relaciones que el Estado y las Comunidades Autónomas mantienen. Abrir indiscriminadamente paso a que el Gobierno en funciones pueda plantear un conflicto de competencias da alas a una utilización política de este instrumento -sin que, recordemos, estén vigentes los mecanismos correspondientes de exigencia de la responsabilidad. (Pongámonos en el caso de un Presidente que dimite porque no resiste su alianza con los nacionalistas e inmediatamente después de dimitido plantea un buen número de conflictos de competencia contra la Comunidad Autónoma gobernada por el partido que dejó de apoyarle con el objeto de conseguir una nueva alianza con otra fuerza política más hostil a los nacionalismos que le permita ser de nuevo investido como presidente). En conclusión, siempre que el Gobierno cesante pueda dilatar la promoción de un conflicto de competencias ha de hacerlo. Sólo cuando se agote el plazo para plantearlo por la prolongada duración del Gobierno en funciones se dará la improrrogabilidad habilitante de la actuación gubernamental, sin fricciones con el principio del despacho ordinario²⁶⁴.

Por lo que se refiere al conflicto entre órganos constitucionales añadido por la LOTC *ex* artículo 161.1 d) CE, hemos de caracterizar la actuación que, en su caso, pueda llevar a cabo el Gobierno cesante a la luz de las siguientes notas:

- 1º. Se trata de un conflicto en el que la pretensión del legitimado se deduce para proteger su ámbito competencial propio. Esta característica separa de forma importantísima la

²⁶³ Todo esto siempre que como es lo habitual (así lo señalan CAAMAÑO y otros, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, op. cit., pág. 87) el sujeto sustantivo y el procesal del conflicto coincidan; es decir, en el supuesto tipo de que el órgano que interpone el conflicto lo haga para defender una competencia que le corresponde de forma inmediata. Cfr. R. PUNSET, Sujetos, actos impugnables y presupuesto de la impugnación en los conflictos positivos de competencia, *REDC*, núm. 26, 1989. Cuando tal coincidencia no se produzca nos encontramos con que la demanda no va dirigida a ellos en primer término (un ejemplo que PUNSET propone es el de la Comunidad Autónoma que plantea un conflicto porque la Mesa de la Cámara no ha aceptado admitir a trámite una iniciativa legislativa autonómica vulnerando a su juicio el orden competencial establecido. En este supuesto -de admitirse, porque es bien difícil entender que un Parlamento pueda entrar dentro del concepto de autoridad que maneja el artículo 63 LOTC. Concretamente, según señala TEROL BECERRA, op. cit., pág. 32, la STC 143/1985 sólo aceptaría dentro de este término aquellos órganos estatales o autonómicos subordinados a sus respectivos gobiernos- caben a mi juicio dos posibilidades: 1) o bien el requerimiento de la Comunidad se dirigirá al Ejecutivo, en cuyo caso éste no podrá sino acusar recibo y remitirselo al órgano supuestamente desconocedor de la esfera competencial autonómica para que resuelva como estime; o, 2) requerir directamente al órgano origen de la controversia con lo que se hace más evidente lo ficticio del conflicto en la hipótesis de que finalmente se promueva. Como es observable la lógica del procedimiento se resiente bastante en este caso) con lo que la alteración que se produzca en su status debe ser doblemente irrelevante a los efectos del planteamiento de este proceso constitucional.

²⁶⁴ AGUIAR señala como durante el Gobierno cesante de Calvo Sotelo se promovieron cuatro conflictos positivos de competencia y en el primero de los de Felipe González dos, sin que se suscitase controversia alguna al respecto. Cfr. La posición del Gobierno cesante o en funciones..., op. cit., pág. 268 (nota a pie n.º. 16).

configuración de la legitimación en este proceso respecto del resto de los anteriormente examinados²⁶⁵.

- 2º. Su naturaleza no es especialmente clara. Ya desde el primer momento en que se introdujo en la LOTC se lo motejó de conflicto no “jurisdiccional” lo que constituye todo un eufemismo para no llamarlo abiertamente político que es el único término alternativo en este contexto²⁶⁶.

Pues bien, en lo referente a la primera cuestión cabe resaltar que, en efecto, se trata de un proceso conferido para proteger la competencia del mismo órgano que lo insta. Tal característica reviste el problema de la legitimación del Gobierno cesante para plantear el conflicto de especiales connotaciones, ya que es claro que el interés protegido por el proceso no puede salvaguardarse si es el Gobierno sucesor el que lo promueve. En este caso concurre una especial perentoriedad que hace que el órgano que se considere lesionado en su ámbito competencial haya de recurrir de inmediato para reconducir a la normalidad el equilibrio de poderes. Sería aducible que, precisamente por ser un proceso para garantizar ámbitos funcionales concretos, estos fueron los determinantes en el proceso de selección de los legitimados, lo que supondría entender amparada por el espíritu de la LOTC una corrección de la legitimación atribuida paralela al proceso de atenuación competencial que tiene lugar con el cese. Sin embargo, tal argumento desvirtúa la más simple y acertada idea de que el conflicto entre órganos es ante todo ésto, y no un conflicto pensado para amparar una función o competencia.

En segundo lugar, hemos puesto de manifiesto la dudosa naturaleza del conflicto; nos encontramos ante un proceso constitucional resistente a cualquier adjetivación fácil. Si nos colocamos en la tesis de su politicidad nos surge de inmediato la cuestión de por qué ha de tener la capacidad de instarlo un órgano desposeído de la función de dirección política. La cuestión ha de ser, empero, examinada desde otro prisma. El conflicto entre órganos constitucionales debe verse como la convicción del ordenamiento de que el ámbito jurídicamente delimitado de actuación de los poderes debe estar garantizado y debe existir una respuesta para

²⁶⁵ Dice GARCÍA ROCA: “No basta con ser uno de los órganos constitucionales previstos en el artículo 59.3 sino que es menester una vindicatio potestatis, es decir que la pretensión esté en reivindicar la titularidad de la competencia como propia (...) Con esta exigencia de defensa de las atribuciones propias, paradójicamente, se está acogiendo un concepto de legitimación, donde el derecho al proceso y la titularidad de la competencia van inseparablemente unidos; diríase que casi es el concepto procesal clásico, en líneas generales desechado”. F.J. GARCÍA ROCA, *El conflicto entre Órganos Constitucionales*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 67. Sobre los órganos concretamente legitimados pueden verse además las páginas que le dedican en sus monografías A. GÓMEZ MONTORO, *El conflicto entre órganos constitucionales del Estado*, op. cit., y M.L. TRUJILLO RINCÓN, *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1995.

²⁶⁶ Cfr. A. GÓMEZ MONTORO, *El conflicto entre órganos constitucionales del Estado*, op. cit., pág. 231 y ss. Según una reciente doctrina italiana esta politicidad se agrava en el caso en que está implicado el poder ejecutivo. Cfr. en este sentido las observaciones de PISANESCHI: “Il problema della legittimazione soggettiva del potere esecutivo costituisce un tema arduo, che è stato risolto in dottrina e in giurisprudenza con risultati diversi. Tali difficoltà derivano in sintesi, da una parte dalla ben nota incompletezza della disciplina soggettiva a livello della costituzione formale, dall'altra dalla contemporanea inesistenza di una riserva di attribuzione capace di caratterizzarne con sufficiente stabilità il profilo oggettivo. La carenza di entrambi i poli di riferimento tende conseguentemente a produrre un fenomeno di «degiuridicizzazione» del tema, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo, lasciando ampio spazio al momento convenzionale come strumento non solo integrativo delle fonti ma spesso primario. Da qui la sensazione che la struttura e le relazioni tra gli organi del «governo» siano materia in buona parte sottratta ad una analisi giuridica in senso proprio, e più consona al fluio terreno della politologia”. A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*. Giuffrè, Milán, 1992, págs. 225-226. Deberíamos añadir que estos rasgos alcanzan una dimensión exponencial cuando se trata, por las razones que hemos visto, del Gobierno en funciones.

cada violación producida. Lo que con cierto apresuramiento se llama político es, quizás, lo contrario, la más alta expresión del derecho constitucional de nuestro tiempo, jurificador de lo antaño injurificable. Me parece interesante mostrar, en este contexto general, la similitud que el conflicto constitucional y la actual regulación del Gobierno en funciones presentan: ambos son expresión de esa renuncia a la aleatoriedad (recordemos las observaciones sobre la parlamentarización o no del Gobierno en funciones). La apuesta decidida por poner coto jurídico a la actuación del Gobierno cesante implica la voluntad indiscutible de proteger el ámbito funcional que delinea. Observemos, además, que en el periodo en que el Gobierno está en funciones es, precisamente por su debilidad, cuando más tentativas “invasivas” pueden producirse. En fin, las particularidades reseñadas hacen que, pese a que la legitimación haya de ser juzgada con tanto rigor como la excepcionalidad del conflicto requiere (STC 45/1986), consideremos que el Gobierno cesante -que es todavía Gobierno- puede plantear un conflicto cuando otro órgano constitucional desconozca sus competencias propias²⁶⁷.

2. Resulta especialmente complejo articular el binomio despacho ordinario-dirección de la política exterior. Hay varias razones que, en efecto, se unen para que sigan constituyendo ámbitos conceptuales difícilmente conciliables. Las resistencias derivan, en primer orden, de la propia heterogeneidad material y formal de la actividad que el Gobierno realiza bajo el rótulo de dirección de la política exterior. Así, competencias estrictamente reglamentadas como la conclusión de tratados conviven con, por ejemplo, “acciones de definición de posición, de liderazgo y adopción de decisiones en materia exterior que no tienen por qué plasmarse en un Tratado”²⁶⁸. La dificultad para la plena operatividad del límite del despacho ordinario es evidente cuando el ámbito material al que se refiere está, desde el punto de vista formal, muy escasamente definido. Pero encontramos una dificultad aun mayor derivada de la misma inadmisión del límite del despacho ordinario en amplios sectores de la política exterior. Lo que se cuestiona entonces es la funcionalidad universal del mecanismo racionalizador que deberá ponderarse e incluso sufrir severas inflexiones como consecuencia de la naturaleza de la actividad a la que se aplique, hasta el punto de permitir que la dinámica gubernamental en este ámbito siga marcada, en una clara diferencia con el resto de los sectores a los que afectan las competencias del Gobierno, por una casi absoluta continuidad²⁶⁹. Desde luego, los argumentos que sostienen esta posición tienen que ser muy poderosos; han de encontrar un asidero muy sólido en nuestro ordenamiento para lograr tal “desnaturalización” de un principio como el de despacho ordinario, sobre todo cuando la norma no realiza la indispensable matización entre ámbitos que requeriría. ¿Qué hay de intrínseco en la dirección ordinaria de la política exterior que impide cualquier solución de continuidad? Desde luego, poco o nada, si atendemos a la práctica de países de nuestro entorno como Francia que, entroncando con las convenciones de la Cuarta República, no envía a sus

²⁶⁷ Y por consiguiente hemos de considerar también que puede ser parte legitimada pasivamente cuando sea él el que a juicio de otro de los órganos legitimados haya violado un ámbito competencial ajeno.

²⁶⁸ Cfr. LÓPEZ CALVO, *Organización y funcionamiento del Gobierno*, op. cit., pág. 331.

²⁶⁹ Recoge brevemente las diferentes variantes de la doctrina italiana a este respecto MAZZONI HONORATI: “Un'altra categoria di atti che si ritengono vietati sono quelli inerenti ai rapporti internazionali poiché, se il potere incide sull'indirizzo politico, non può essere ascertitato in assenza di fiducia in quanto renderebbe difficile elaborare una linea politica diversa, una volta costituita la relazione fiduciaria. Parte della dottrina tuttavia ritiene che, nell'ambito della politica estera, dovrebbe operare il principio della continuità poiché, a prescindere dal caso di un Governo dimissionario proprio per iniziative di politica estera, detto principio opera in modo da consolidare le intese internazionali (collegate ai trattati politici la cui ratifica è stata autorizzata dal Parlamento), in un certo senso restando al di fuori dei singoli Governi e delle relative maggioranze parlamentari”. Cfr. Il Governo privo di fiducia... op. cit., pág. 183.

ministros dimisionarios a los Consejos de Ministros de la Unión Europea²⁷⁰. Este sólo ejemplo basta para demostrar que, frente a la práctica predominante²⁷¹, es posible dirigir la política exterior de un Estado cuando el Gobierno no cuenta con la confianza de la Cámara con las matizaciones y límites que de ordinario se establecen en cualquier ámbito. El Gobierno se encuentra en funciones y no puede hacer caso omiso de esta circunstancia capital tampoco en las relaciones exteriores, en las que tendrá que actuar gestionando el despacho ordinario de los asuntos, es decir, adoptando aquellas medidas que no sean de dirección política sino decisiones de gestión improrrogables o que bien constituyan mera ejecución de una decisión anterior. La actuación excedente sólo será admisible en cuanto que amparada por la urgencia y el interés general.

Desde estas consideraciones generales se han de examinar las actividades fundamentales que el Gobierno cesante ha de realizar en política exterior. Por lo que se refiere a la tramitación y conclusión de Tratados sería procedente distinguir entre aquellos que son concluidos por el Gobierno y que sólo requieren una posterior información a las Cámaras (art. 94.2 CE), y los que exigen una intervención parlamentaria previa a través de ley orgánica o de una simple autorización sin contenido normativo (artículos 93 y 94.1 CE). Respecto de este segundo bloque entiendo plausible extraer conclusiones de la previsión del artículo 21.6 de la ley 50/1997. Según este precepto, mientras el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de las elecciones generales quedan en suspenso las delegaciones legislativas. Partiendo de que no puede hacerse un paralelismo exacto -porque la delegación, como es sabido, supone la titularidad de la competencia por parte del órgano delegante y en ningún caso la misma conclusión del Tratado es competencia parlamentaria²⁷²- estimo de relevancia destacar que, reducida a sus trazos elementales, la suspensión de las delegaciones testimonia, en mi opinión, que la ley pretende privar temporalmente de efectos las autorizaciones parlamentarias habilitantes de actuaciones de relevancia al ejecutivo sin representatividad cuando, además, el Parlamento que otorgó la confianza carece de instrumentos para controlar la actividad final resultante²⁷³. Por cuanto delegaciones legislativas y autorizaciones parlamentarias propician que el Gobierno pueda incluir en el ordenamiento

²⁷⁰ Cfr. F. BOUYSSOU, *L'introuvable notion d'affaires courantes...*, op. cit., pág. 668 (nota a pie núm. 57) Cuesta trabajo entender esta práctica puesto que los órganos comunitarios no están, ni pueden estar, previstos para hacerse cargo de los procesos de renovación de los órganos representativos de cada uno de los Estados miembros. Esto supone que la agenda de los Consejos de Ministros Comunitarios se compondrá de asuntos de interés para los Estados que van a exigir para su defensa la asistencia de sus representantes. Más plausible que la práctica francesa sería establecer que la concurrencia de los ministros en funciones debe estar limitada a hacer oír los intereses que el Estado asuma de forma prácticamente unánime. Exáminese desde este punto de vista la participación del Presidente del Gobierno en funciones, F. González, en la cumbre de Jefes de Estado o de Gobierno de Turín que abrió la Conferencia Intergubernamental para reformar el Tratado de la Unión Europea en cuanto que estuvo principalmente encaminada a incorporar en el documento base una referencia a la protección de los ciudadanos de la Unión frente al terrorismo. Cfr. *El País*, 30 de marzo de 1996.

²⁷¹ Considerense como ejemplo significativo las palabras de CHIMENTI sobre los tres meses (abril-junio 1987) en que estuvo en funciones el VI Gobierno Fanfani: "In politica estera quel Governo ha praticamente attuato gli indirizzi che aveva enunciato nelle sue dichiarazioni programmatiche, come se su di esse avesse ottenuto la fiducia anziché essere battuto: in particolare nel corso del vertice di Venezia fra i sette paesi maggiormente industrializzati e nel corso di una nutrita serie di incontri bilaterali con esponenti di Stati esteri in occasione delle loro visite già programmate in Italia, incontri che -per salvare le apparenze- avvenivano come suoi darsi in forma privata". CHIMENTI, *Gli organi costituzionali nella forma di governo italiana*, op. cit., págs. 61-62.

²⁷² "El Gobierno ejerce la facultad de iniciar la tramitación de los Tratados que han de ser autorizados por las Cortes o aprobados por ley orgánica. La función de las Cortes en estos casos es de control no de compartición efectiva de la facultad: las Cortes pueden «impedir» la aprobación de un Tratado, pero no pueden «imponer» al Gobierno su formalización final". LÓPEZ CALVO, *Organización y funcionamiento del Gobierno*, op. cit., pág. 330.

²⁷³ Esto puede hacerse más evidente cuando las Cortes establecen condicionantes materiales a la actividad negociadora del Gobierno, como ocurrió con ocasión de la incorporación de España a la OTAN. Cfr. A REMIRO BROTONS, *La acción exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 139-141.

jurídico normas con rango de ley²⁷⁴, las dos han de considerarse cubiertas bajo el mismo manto limitativo y por ello igualmente suspendidas cuando el cese del Gobierno haya tenido lugar por la celebración de las elecciones generales²⁷⁵, que es el supuesto de cese por antonomasia, aunque no en el resto de los casos.

Los Tratados del artículo 94.2 recaen íntegramente dentro de la esfera funcional del Gobierno que sólo viene obligado a una comunicación posterior a las Cortes de acuerdo con lo establecido en el artículo 159 del RCD. Son, pues, iniciativas del Gobierno que van a concretar su programa estratégico internacional con repercusiones capitales puesto que entrañan obligaciones y derechos para el Estado. En función precisamente de los compromisos que se adquieren por los Tratados, que sólo podrán ser modificados, además, (como señala el art. 95 CE) por los procedimientos previstos en los mismos, estimo que el despacho ordinario obliga al Gobierno en funciones a que no lleve a cabo una actividad como ésta en la que contrae una responsabilidad al más alto nivel, que no tiene porque asumir una fuerza política diferente de la que lo llevó a término²⁷⁶.

De igual modo puede abordarse toda la actividad no formalizada que es propia de la función de dirección de la política exterior. Ya sea en materia de designación de personal, de distribución de los fondos FAD (Fondos de Ayuda al Desarrollo)²⁷⁷, o de cualquier otro imponderable que podamos imaginar²⁷⁸ el norte del Gobierno en funciones debe dejar de ser su programa de política exterior para llevar a cabo sólo aquellos actos de gestión, actos nimios que no mermen las nuevas políticas que en su caso el nuevo Gobierno pueda querer emprender.

²⁷⁴ Sobre la consideración de los tratados como normas con rango de ley, cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 139-142.

²⁷⁵ Sobre las posibilidades de que el Gobierno solicite a la Diputación Permanente la autorización que demandan de las Cortes los artículos 93 y 94 CE señala REMIRO BROTONS: "podría el Gobierno plantear a estos órganos una solicitud de autorización para concluir un tratado por consideraciones de interés general que no admities dilación? Si la Diputación Permanente del Congreso puede reemplazar a la Cámara en el control de los decretos-leyes que, dentro de ciertos límites, puede dictar el Gobierno en caso de extraordinaria y urgente necesidad, ¿por qué negar su competencia cuando se presenta como urgente y necesaria la conclusión de un tratado? No obstante, el recurso a una argumentación analógica ha de mirarse con aprensión cuando la Constitución es taxativa en la expresión de las atribuciones de la Diputación Permanente (art. 78.2) y, políticamente, es imprudente dar al Gobierno la oportunidad de consumir una decisión, adelantándose a una Cámara cuya composición pueda serle hostil, con el auxilio de un órgano donde contará normalmente con un apoyo mayoritario. Si el Gobierno cree que la situación a arrostrar con un tratado es acuciosa puede jugar otras cartas, como la de su aplicación provisional. Así que la contestación a la cuestión planteada también ha de ser negativa". A. REMIRO BROTONS, "Comentarios a los artículos 93 y 94", en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, T. VII, EDESA, Madrid, 1998, págs. 578-579.

²⁷⁶ Según nos refiere AMPHOUX ésta es la opinión mayoritaria de un sector de la doctrina germana de la época de Weimar (GIESE y HUBER entre ellos) partidaria, según nos cuenta, del parlamentarismo monista (aunque éste no es un dato que, en mi opinión tenga una conexión necesaria con la opinión que sostienen). Cfr. AMPHOUX, *Le Chancelier Federal dans le regime Constitutionnel de la Republique Federale d'Allemagne*, op. cit., pág. 152 (nota a pie 1).

²⁷⁷ Cuestión que, como anteriormente hemos señalado, dio lugar a uno de los escasos momentos de tensión entre el último gobierno cesante socialista y el entrante.

²⁷⁸ Por ejemplo, los requerimientos de ayuda estratégica de algún Estado aliado para cooperar en una operación internacional o el establecimiento o la ruptura de relaciones diplomáticas deben, siempre que no se pueda justificar una absoluta urgencia, ser aplazados. Nos aporta un precedente de una situación similar BOUYSSOU: "Lorsque les Etats-Unis demandent au gouvernement français l'expédition d'un aviso en Corée, Robert Schuman (ministre des Affaires étrangères du gouvernement Bidault démissionnaire) répond qu'un telle décision excéderait l'expédition des affaires courantes" (pág. 668). A estos efectos es interesante tener en cuenta la oscilante práctica francesa durante la Cuarta República en la que "les affaires courantes" desplegaban toda su eficacia o no dependiendo de las circunstancias concretas que concurrían. Así, por ejemplo, recuerda BOUYSSOU como el Gobierno Gouin entendió en 1946 que recibir a Ho Chi Minh excedería de los asuntos corrientes y posteriormente el Gobierno Queuille firmó dos acuerdos franco-americanos para la utilización de bases por el ejército americano (pág. 655). De este dato empírico BOUYSSOU advierte que en realidad la limitación del gobierno en funciones en materia de política exterior puede constituir un fácil comodín que el Gobierno extrae sólo en caso de que la medida a adoptar le fuera muy gravosa. L'introuvable notion d'affaires courantes..., op. cit.

3. Hemos visto los severos correctivos que el límite del despacho ordinario supone sobre las funciones de dirección política tanto interior o exterior. Procede ahora examinar si resulta alterada la función de dirección de la administración, cuestión para la que se debe partir de la doble naturaleza adquirida por la Administración en los Estados actuales. En efecto, si la Administración fuera un ente vinculado total y enteramente -en toda su actividad- al órgano que lo dirige debiera producirse el más íntimo acompasamiento entre la atenuación de la función de dirección política y el debilitamiento absoluto de la función de dirección de la administración. No es preciso insistir en que este esquema, propio de un Estado liberal-abstencionista, es demasiado romo para explicar la posición y funcionalidad de la Administración en un Estado que ha elevado a rango constitucional la ruptura de los presupuestos anteriores. La relación Estado-sociedad que la fórmula Estado social sanciona en el artículo 1.1 es, sobre todo, la imbricación Administración-Sociedad, imbricación que doctrinalmente tiene la forma de una pertenencia ya conocida. Esto es, existe una equivalencia entre el Estado de Derecho y el "Estado-Administración de Sociedad". En consecuencia, los nuevos tiempos han deparado a la Administración una nueva posición jurídica. Como señala LÓPEZ CALVO:

*"El creciente papel de la Administración lleva al reconocimiento de personalidad jurídica propia (art. 1 LRJAE²⁷⁹) y se plantea la evidencia de que se constituye como una organización de carácter necesario que extravasa su mera funcionalidad instrumental para constituirse con unos rasgos propios que derivan de su puesto institucional invariable, principalmente vinculado a su finalidad de prestación de servicios. Como consecuencia, sus fines y objetivos no serán impuestos en exclusiva por factores extremos políticos. Frente a la corriente tradicional se erige, por tanto, una nueva concepción que sustenta la virtualidad propia de la Administración y que la hace superar su mero carácter coyuntural"*²⁸⁰.

El Estado social ha obrado la necesaria paradoja: conservando la instrumentalidad definitiva de la Administración ha postergado la contingencia de todo instrumento. No es un sesgo artificioso, no obstante, porque responde a la ampliación de "legitimados" frente a la actuación administrativa. El Gobierno precisa de quien traduzca a la práctica su programa político; la sociedad requiere pronta solución a sus múltiples demandas. La importantísima diferencia entre estas dos situaciones nos lleva a distinguir en tal sentido una doble función de dirección gubernamental de la Administración: una función de dirección de la Administración como instrumento fundamental al servicio de valores u objetivos políticos y una función directiva de la Administración "descontextualizada" políticamente, en la que ésta es pieza clave e indefectible para la satisfacción de necesidades sociales permanentes. La dirección de la Administración a la que se refiere el artículo 97 admitiría una nueva y más esclarecedora distinción entre la "dirección administrativa" que lleva a cabo un órgano que es a su vez Administración y la "dirección política"²⁸¹ que vuelve a los de cualquier modo irrenunciables cauces de antaño. Así podríamos a su vez clasificar con mayor rigor ciertas competencias que sólo tienen en común el órgano del que parten y al que se dirigen -lo que no sería poco si no fuera porque el fin al que se encaminan es antagónico. Cuando el Presidente del Gobierno, por ejemplo, rediseña la organización ministerial está tomando una

²⁷⁹ Hoy derogada por la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado que señala en su artículo 2.2: "La Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única".

²⁸⁰ LÓPEZ CALVO, *Organización y funcionamiento del Gobierno*, op. cit., pág. 74.

²⁸¹ Cfr. LÓPEZ CALVO. Op. cit., págs. 78-89.

medida de dirección de la administración en la que trata de encontrar un mejor sistema para llevar a cabo los objetivos fijados en su programa. Se aprecia con meridiana claridad como constituye una actuación de dirección de la administración que nada tiene que ver con, por ejemplo, la resolución de un expediente. Habida cuenta de esta naturaleza dual de la función gubernamental de dirección de la Administración²⁸², podemos señalar que no despiertan ningún recelo respecto de su adecuación al despacho ordinario de los asuntos corrientes -podríamos decir, incluso, que constituyen su ámbito más propio- atribuciones como los expedientes de separación del servicio, la dirección de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la resolución de los conflictos que se susciten entre Departamentos ministeriales y entre Administraciones, la resolución de recursos administrativos, etc.

Efectivamente, tomemos por un momento la función de mantenimiento de la seguridad pública. Tal y como dispone el artículo 1 de la Ley 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la seguridad pública es competencia exclusiva del Estado y su mantenimiento corresponde al Gobierno de la Nación sin que pueda desprenderse en modo alguno una laguna temporal en la más absoluta cobertura de la misma como consecuencia de la normal alternancia de los poderes en un Estado democrático. Esta competencia puede, por consiguiente, considerarse indiscutiblemente “despacho ordinario de los asuntos públicos” y por ello dentro de la esfera de atribuciones más propia del Gobierno en funciones.

Examinemos brevemente, en cambio, otras facultades como la conferida por la Ley 50/1997 al Presidente del Gobierno de “crear, modificar y suprimir, por Real Decreto, los Departamentos Ministeriales así como las Secretarías de Estado” (art. 2.2 j). En principio el cumplimiento de esta facultad se lleva a cabo por una norma de carácter reglamentario por lo que no aparecería excluida por los límites específicos que sólo excluyen la actividad conducente a la elaboración de normas de rango legal (art. 21.5 b)). Siendo tal cuestión indiscutible no desmerece, sin embargo, la bondad del que es el argumento, entiendo, más cabal por evidente; a saber, que no puede considerarse dentro del concepto de despacho ordinario una decisión de tal envergadura y trascendencia²⁸³, una medida que, aunque de reorganización del aparato administrativo, no puede entenderse sino a la par del programa político que está llamada a cumplir, ajena, en fin, a los fines conservadores del principio limitativo; de modo que, o bien se legitima en la urgencia (hipótesis completamente inverosímil), o bien se ha de considerar, sin más, al Presidente del Gobierno cesante desposeído de tal capacidad. Otro tanto se puede decir de las competencias atribuidas al Consejo de Ministros (art. 5.1. i) Ley 50/1997) para “crear, modificar y suprimir los órganos directivos de los Departamentos ministeriales” y

²⁸² Frente a esta distinción, la forma tradicional de abordar la capacidad gubernamental de dirección de la Administración en Italia ha consistido en negar la posibilidad de dictar actos constitutivos de la llamada “Alta Administración”. Por tales se entienden según SANDULLI: “tutti quegli orientamenti e quegli atti che in un certo momento storico siano considerati, dalla legge o dalle autorità preposte alla direzione dell'azione amministrativa, fondamentali e decisivi per il buon andamento della pubblica amministrazione, si da impegnare su di essi la stessa sorte del Governo (...) E, appunto perchè tutti le questioni di tal genere assumono immediata rilevanza politica, appare esatto definire l'attività di alta amministrazione come destinata a operare un raccordo essenziale tra politica e amministrazione”. Exponente de esta opinión es, por ejemplo, ELIA: “Alcune delle attività accennate presuppongono l'intervento di comitati interministeriali, e in genere ricadono in quella sfera non facilmente delimitabile dell'alta amministrazione, che resta comunque preclusa al governo dimissionario, quando si intenda per essa l'attuazione diretta ed immediata dell'indirizzo politico nel campo amministrativo”. ELIA, Sulla “ordinaria amministrazione”..., op. cit., pág. 115. La definición de SANDULLI se puede encontrar en A. M. SANDULLI, *Governo e Amministrazione*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1966, págs. 749-750.

²⁸³ Aunque, desde el escepticismo que le caracteriza, relativiza cualquier repercusión real de estas medidas A. NIETO, *La “nueva” organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, pág. 39.

de las facultades que de “determinar y, en su caso, proponer la organización interna de su Ministerio” reconoce la LOFAGE a los titulares de los Departamentos (art. 12.2 d)). Claramente ha de considerarse también en este ámbito suspendida la capacidad planificadora general que el art. 5.1 j) reconoce al Consejo de Ministros “en el marco del programa político y de las directrices fijadas por el Presidente del Gobierno”. Desde el momento en que el cese del Gobierno eleva a arqueología constitucional su programa, carece de toda virtualidad esta atribución que en función de él aparece conferida al Consejo de Ministros.

Una actividad de la que tradicionalmente²⁸⁴ se ha recelado es de la capacidad de nombrar altos cargos de la Administración Central o Institucional²⁸⁵ por el Gobierno sin confianza. Ya discutidos en situación de plena representatividad de los órganos²⁸⁶, estos nombramientos aparecen siempre como sospechosos cuando son cumplidos por un Gobierno sin horizonte político. La peor de las sospechas se confirma cuando se nombra a un cargo de permanencia garantizada o cuando entre el acto de nombramiento y la tendencia política gubernamental se aprecia una indiscutible conexión²⁸⁷. En estos casos nos encontramos con el “testamento ministerial” por excelencia²⁸⁸, el que por todos los medios busca conjurar la Ley 50/1997.

²⁸⁴ Por lo que se refiere a la época de Weimar, cfr. AMPHOUX, *Le Chancelier Federal...*, op. cit., pág. 12.

²⁸⁵ Una tipificación de estos actos puede encontrarse en LÓPEZ CALVO, op. cit., págs. 337-340. En general, es útil la obra de R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Altos cargos y directivos públicos*, IVAP, Oñati, 1998.

²⁸⁶ Sobre la base de que en la práctica estos nombramientos han supuesto lo siguiente: “a) Que los gobiernos han nombrado altos cargos con independencia de la capacidad técnica, preparación profesional o adecuación personal de los candidatos al puesto para el que eran designados; b) que se han nombrado militantes o dirigentes de partidos incluso para puestos que, por su propia naturaleza, exigían ser cubiertos por personas con un perfil de cierta independencia o, si se prefiere, de cierta neutralidad política; y c) que se han decidido los nombramientos al margen, en no pocos casos, de la existencia de datos biográficos que indiscutiblemente los desaconsejaban”. R. BLANCO VALDÉS, *Acción del gobierno, política de nombramientos y control parlamentario*, DA, nº246-247, pág. 153. Para evitar estos riesgos el autor citado considera conveniente introducir en el proceso de nombramiento de altos cargos una instancia de control previo (similar al establecido por ejemplo, en la Ley 13/1994 de Autonomía del Banco de España) en la que compareciese el Ministro responsable y el candidato ante la comisión correspondiente en el Congreso de los Diputados. Se trataría, así, de “garantizar la participación del Parlamento, la mayor adecuación que sea posible entre los propuestos y el cargo para el que lo son, reconocido el hecho de que se trata en todos de puestos públicos de una importancia y significación indiscutible” (op. cit., pág. 183). Esta propuesta es sumamente interesante y especialmente conveniente para racionalizar estos nombramientos por un Gobierno interino. Obvio resulta que, cuando las Cámaras no estén reunidas, el control previo debería llevarse a cabo ante la Diputación Permanente del Congreso.

²⁸⁷ Corresponde a ELIA, después de advertir que cada caso debe ser examinado por separado, la aportación de estos dos criterios discriminatorios de la actividad en este ámbito vedada al Gobierno dimisionario: “In effetti, si tratterà di veder caso per caso, anche in base ad indici quantitativi, l'esistenza o meno di una connessione fra questi atti e una data tendenza propriamente politica dell'azione governativa (...) Un indice che dovrebbe servire a questo scopo è anche la possibilità o meno di revocare gli atti adottati: ciò, cmo è chiaro, presenta interesse soprattutto dal punto de vista degli impegni e delle situazione preconstituite che si creano nei riguardi del nuovo governo. L'osservazione ora fatta acquista tutto il suo valore, se referita alle nomine alle più alte cariche in grandi enti economici: la relativa inamovibilità dei massimi dirigenti di tali organizzazioni, per esempio dell'Istituto Ricostruzione Industriale, consente di affermare che il Gabinetto dimissionario dovrà astenersi da mutamenti in tale campo. Tanto più che, in misura anche maggiore di quelle dei funzionari statali, le cariche predette appaiono impegnate, in base ad un rapporto fiduciario, alla realizzazione dell'indirizzo politico nel settore economico”. Cfr. Sulla “ordinaria amministrazione” degli organi costituzionali, op. cit., pág. 114. Véase también en el mismo sentido, D'ORAZIO, *Considerazioni critiche sulla “prorogatio”...*, op. cit., págs. 855-856 y MAZZONI HONORATI, *Note sul “Governo privo di fiducia”...*, op. cit., pág. 182. Señalemos, por último, que éste era uno de los límites expresamente contemplados en la ya varias veces citada Circular Cossiga de 19 de marzo de 1980. Cfr. CHIMENTI, *Gli organi costituzionali...*, op. cit., págs. 61-62. En la doctrina española señala SATRÚSTEGUI: “Otro tanto ocurre en materia de nombramientos de altos cargos ministeriales o de dirigentes de los entes estatales: el Gobierno cesante deberá realizarlos siempre que sea necesario para evitar la parálisis o el mal funcionamiento de los servicios, pero una proliferación de nombramientos después del cese (lo que la doctrina francesa denomina “testamentos ministeriales” que en ese país fueron prohibidos por ley) estará viciada de incompetencia manifiesta”, “Comentarios al artículo 101”, op. cit., pág. 234.

²⁸⁸ La importancia de este tipo de nombramientos *in extremis* en la Francia de la III y IV Repúblicas es puesta de manifiesto por BOUYSSOU que nos recuerda una ley muy significativa de la generalizada dinámica fraudulenta. Se trata de la llamada “Loi de finances du 13 juil. 1911” que establecía en su artículo 141: “Est nulle de plein droit toute nomination à une fonction publique ou toute promotion d'une personne attachée, sous une dénomination quelconque, au Cabinet d'un ministre ou d'un sous-secrétaire d'Etat si elle n'a pas été insérée au J.O. (Boletín Oficial) antérieurement à la démission du ministre ou du sous-secrétaire d'Etat qui l'ont contresignée”. Cfr. BOUYSSOU, *L'introuvable notion d'affaires courantes...*, op. cit., pág. 649.

4. Dirección de la administración militar y la defensa del Estado²⁸⁹. Consideremos que la dirección gubernamental²⁹⁰ de la administración militar y la defensa del Estado ha de seguir ejerciéndose con un máximo de continuidad porque en ella está comprometida la propia existencia del Estado²⁹¹. Ahora bien, de nuevo, no puede actuar el Gobierno cesado con total desconocimiento de su falta de representatividad. Mientras el valor superior defensa quede asegurado, la actividad planificadora del Gobierno debe decaer²⁹². En este sentido, puede destacarse como una práctica saludable el pacto que el Gobierno en funciones y los representantes del inminente sucesor suscribieron para consensuar el contenido del discurso del Monarca ante la OTAN en el que se apostaba por la plena integración de nuestro País en la estructura militar de esta Organización²⁹³.

5. Análisis de ciertas competencias difícilmente encuadrables. V. gr., el indulto. El indulto es un mecanismo de extinción de la responsabilidad criminal (artículo 112 CP) reconocido constitucionalmente en el artículo 62 i) y regulado por la Ley de 18 de junio de 1870 y por la modificación parcial que de ella realizó la ley 1/1988. Emplazamos esta competencia aquí como muestra evidente de las dificultades de encontrar parámetros objetivos de encuadramiento de todas las atribuciones gubernamentales. En efecto, las tentativas doctrinales de definición han alcanzado pocos resultados claros, lo que ha motivado que se haya caracterizado al indulto como el resultado de una función a caballo entre la ejecutiva y la de dirección política²⁹⁴. Antes de terciar en esta polémica aislemos cuáles son sus características principales:

²⁸⁹ Cfr., en general: R. BLANCO VALDÉS, *La ordenación constitucional de la defensa*, op. cit.; y F. LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, CEC, Madrid, 1987.

²⁹⁰ Que no se ve alterada por las "cortes" atribuciones conferidas al Monarca en el Título II (artículos 62 h), 62 f) y 63). Cfr. LÓPEZ CALVO, *Organización y funcionamiento del Gobierno*, op. cit., págs. 349-351.

²⁹¹ "Se recogería de esta forma un principio esencial en todos los sistemas democráticos como es la sumisión del ejército al poder civil". LÓPEZ CALVO, *Organización y funcionamiento del Gobierno*, op. cit., pág. 349. En la somera evolución de la función de defensa que realiza SÁNCHEZ AGESTA destaca como "la función de defensa, en su versión limitada y específica de una organización de fuerzas militares que prevengan la guerra exterior y garanticen la paz interna es una función vinculada al nacimiento mismo del Estado". Cfr. *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, op. cit., págs. 287-297.

²⁹² Esto afecta muy especialmente al Plan estratégico Conjunto que como señala la Ley 6/1980, de 1 de julio, de Criterios Básicos para la Defensa Nacional y de la Organización Militar (artículo 10), es aprobado por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Defensa.

²⁹³ El País, 26 de abril de 1996. Una actuación igualmente modélica en materia de defensa fue la moratoria que el Gobierno cesante de Calvo Sotelo consiguió para que quien hiciera efectiva una compra de aviones F-18A fuera el Gobierno que le sucediera. Con esta medida se le atribuía un margen de maniobra muy amplio al Gobierno entrante ya que permitía que asumiese la decisión con las condiciones ventajosas que en el precontrato se habían pactado o que desistiese del compromiso sin más perjuicio que el de perder la señal. Este dato se recoge de SATRÚSTEGUI, "Comentarios al artículo 101", pág. 236 (nota a pie n.º 45).

²⁹⁴ Así lo afirma por ejemplo, LÓPEZ CALVO, (*Organización y funcionamiento del Gobierno*, op. cit., pág. 363) en función de la especial trascendencia de la medida. También parece constatar el carácter fronterizo de esta competencia LÓPEZ AGUILAR cuando señala que "la administración de la gracia -consecuencia, por tanto, de un acto discrecional, de naturaleza netamente gubernamental y ejecutiva, no puede por tanto encontrar asiento constitucional alternativo al que le proporciona «la función ejecutiva» conforme a una determinada «política interior», «con arreglo a la Constitución y las leyes». Cfr. J. LÓPEZ AGUILAR, Una reflexión a propósito del control parlamentario del ejercicio del derecho de gracia, *RCG*, núm. 37, pág. 335. En el mismo sentido B. LOZANO, "El indulto y la amnistía ante la Constitución", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría (T.II)*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 1044. Podemos traer también a colación la opinión de cierta doctrina italiana, (siempre con la debida prevención puesto que como veremos no reside la competencia en el mismo órgano) como SANDULLI quien consideraba los actos gubernamentales relacionados con los decretos presidenciales de concesión de amnistía e indulto como actos políticos. Cfr. *Governo e Amministrazione*, op. cit., pág. 744. La misma opinión sostiene MAZZONI HONORATI por lo que considera al indulto como un acto vedado al gobierno dimisionario. MAZZONI HONORATI, *Il Governo privo di fiducia...* op. cit., pág. 183.

- a) En primer lugar, y como se ha señalado, es una competencia que en el ordenamiento español²⁹⁵ se atribuye al Gobierno²⁹⁶ que, previo informe del Tribunal Sentenciador, decidirá discrecionalmente²⁹⁷. Esta característica de la decisión es consustancial al indulto como mecanismo de atenuación puntual del rigor de la norma que atiende a un criterio tan poco cierto como el de equidad.
- b) Aunque no se deduce directamente del articulado de la ley, creemos, con LÓPEZ AGUILAR²⁹⁸, que la discrecionalidad de la actuación gubernamental la convierte en susceptible de control político por el Parlamento.
- c) Por último, hay que señalar que la concesión del derecho de gracia es indiscutiblemente una medida de extraordinaria trascendencia por cuanto supone la extinción irrevocable de la responsabilidad penal (o al menos de su efecto más importante: la pena). Así lo establece expresamente el artículo 18 de la Ley del Indulto²⁹⁹.

A la vista de las notas comentadas, el indulto debe aparecer como una de las medidas afectadas por el cese del Gobierno. La discrecionalidad³⁰⁰, la imposibilidad de alcanzar las más altas consecuencias del control, y la irreparabilidad son argumentos más que suficientes como para poner “en cuarentena” esta función durante el tiempo en que el Gobierno esté en funciones.

Concluamos este apartado mencionando que los Gobiernos en funciones en España no han ralentizado esta función y que tampoco se les ha requerido, lo que puede dar una falsa idea de aproblematicidad que se advierte inmediatamente en cuanto se caiga en la cuenta de las trascendencia pública que pueden tener ciertos indultos.

²⁹⁵ En la Constitución Italiana se distingue entre el indulto general y el particular. Por lo que se refiere al primero, se prevé que tanto éste como la amnistía se concedan por ley aprobada por dos tercios de los componentes de cada Cámara (éste es el tenor del artículo 79 que resultó de la reforma de 6 de marzo de 1992. Antes de ésta, el artículo 79 CI establecía que la amnistía y el indulto serían concedidos por el Presidente de la República en el marco de una ley de delegación de las Cámaras. Una visión de los problemas que presentaba esta cuestión puede verse en ZAGREBELSKY, “Voz Indulto”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Giuffrè, Milán, 1971.) En cuanto al indulto particular se trata de una facultad atribuida al Presidente de la República ex art. 87 de la Constitución.

²⁹⁶ Que es el que asume toda la responsabilidad del acto puesto que las funciones que el Monarca tiene en este sentido atribuidas son de las denominadas por PORRAS RAMÍREZ como declarativas, y en este sentido auténticos actos debidos. *Principio monárquico y función regia en la Constitución normativa*, op. cit., pág. 190-195)

²⁹⁷ Con todo acierto señala LLORCA ORTEGA que “formulada la propuesta motivada de resolución, será elevada al Consejo de Ministros, que, tras la deliberación pertinente, caso de acceder a la concesión, lo expresará así en el Real Decreto, que se insertará en el Boletín Oficial del Estado. La redacción del Decreto corresponde a la Subsecretaría de Justicia. El indulto no debe concederse sino con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias y, después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social”. Cfr. *La Ley de indulto (Comentarios, jurisprudencia, formularios y notas para su reforma)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 124.

²⁹⁸ “Siendo la administración del derecho de gracia un acto discrecional típicamente ejecutivo del que políticamente responde el Gobierno (arquitecto, impulsor y ejecutor de una «política interior» de la que responde ante las Cortes Generales), resulta forzoso inferir que tal actuación se encuentra, como otras muchas, sometida al principio del control parlamentario”. LÓPEZ AGUILAR, Una reflexión a propósito del control parlamentario del ejercicio del derecho de gracia, op. cit., pág. 336.

²⁹⁹ J. LLORCA ORTEGA, *La Ley de indulto*, op. cit., págs. 100-101.

³⁰⁰ D'ORAZIO mantenía la plena capacidad de actuación gubernamental en esta ámbito cuando la ley de delegación fuese absolutamente puntual y se eliminara por completo la discrecionalidad del Presidente de la República. (Este análisis es anterior a la reforma de 1992 citada pero pese a todo lo incluyo porque responde bien a los principios enunciados). D'ORAZIO, Considerazione critiche sulla “prorogatio”..., op. cit., pág. 866.

6. Con la función ejecutiva volvemos a encontrar, aunque en este caso notablemente aumentados, los problemas de definición de la actividad gubernamental³⁰¹. Desde luego, gran parte de las atribuciones que eran consideradas realizadas por el Gobierno en actuación de su capacidad ejecutiva pueden ejercerse hoy bajo otro título competencial. Recordemos que tradicionalmente la función ejecutiva se entendía como aquella en la que se desarrollaba y llevaba a cabo automáticamente lo establecido por el Parlamento esencialmente bajo forma de ley. La ejecución así concebida consistía en la puesta en práctica de la voluntad parlamentaria (en un sistema de estas características). Este esquema de función ejecutiva puede sobrevivir cuando el órgano en quien descansa no tiene atribuida constitucionalmente una capacidad creadora, que le es casi inmediatamente conferida desde el instante en que a la afirmación completa de su carácter representativo se le une el acrecentamiento de funciones públicas que se producen con el advenimiento del Estado Social. La consecuencia funcional es la práctica eliminación de entre las actividades gubernamentales de aquellas en las que no hay el menor margen de elección³⁰². El rótulo descriptivo por antonomasia del Gobierno deja entonces de ser la ejecución, estando hoy más representada su realidad por el concepto de dirección. Por ello la función ejecutiva debe despojarse de su significado más tradicional que es al que hemos hecho alusión sin que necesariamente estemos obligados a revestirla de caracteres totalmente nuevos³⁰³. Es decir, la pérdida de ciertas de sus notas distintivas no implica que no resistan algunas connotaciones habitualmente atribuidas a la ejecución y esencialmente la idea de que en un Estado parlamentario le corresponde al Gobierno una actividad más o menos creativa pero en el marco de una decisión anterior que funciona como primaria. Aunque sean imaginables otras³⁰⁴, las decisiones originarias a las que el Gobierno tiene normalmente que aplicarse proceden del Parlamento o de él mismo. En la diaria actividad gubernamental hay numerosos supuestos de actividad ejecutiva entendida en esta acepción³⁰⁵ y su compatibilidad con el despacho ordinario, aunque en principio sea grande, habrá de ser en cada caso examinada a la luz del concreto grado de discrecionalidad que implique, así como de la improrrogabilidad de la medida.

7. Por último, debemos examinar qué repercusiones tiene la atenuación competencial del Gobierno sobre la potestad reglamentaria ordinariamente atribuida al Gobierno *ex* artículo 97 CE.

³⁰¹ Señala L. PAREJO ALFONSO, "la inexistencia de un concepto minimamente preciso de ésta (de la ejecución) y la ausencia de un acotamiento uniforme de la misma en los Estatutos de Autonomía". Cfr. ¿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), pág. 19. Igualmente LÓPEZ CALVO, pone de manifiesto como "la atribución al Gobierno de la función ejecutiva le otorga la competencia de más difícil determinación y sobre cuyo contenido existe una mayor discrepancia doctrinal de las previstas en el artículo 97", *Organización y funcionamiento del Gobierno*, op. cit., pág. 353.

³⁰² "Rara vez la Ley vinculará al Ejecutivo de forma que no disponga en su actuación de una mínima capacidad de discernimiento. Existirá, y en ello la doctrina coincide, un plus, un «algo más», que hace que el ejercicio de la función ejecutiva sea algo más que la traslación desde un supuesto general a un caso concreto sin que quepa ninguna facultad creativa". LÓPEZ CALVO, *Organización y funcionamiento del Gobierno*, op. cit., pág. 356. Esto se aprecia especialmente incluso en el ámbito de los reglamentos, razón por la cual debemos definir al tradicionalmente llamado reglamento ejecutivo como habilitado. Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho II, Ordenamiento general del Estado y Ordenamientos autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 117.

³⁰³ Lo que no es tarea fácil como lo demuestra la amplitud de la definición de L. PAREJO: "El concepto de ejecución no alude pues a una actividad de contenido simple y homogéneo, sino más bien a toda aquella que, no siendo característica de otro «poder» (especialmente el legislativo), ni estando expresamente atribuida a ninguno de ellos, resulte necesaria para el funcionamiento correcto del Estado social y democrático de Derecho, constituido, es decir, para el cumplimiento por éste de sus fines constitucionales. Se trata, pues, de una noción que sin perjuicio de contar con un contenido nuclear propio, es además, abierta y flexible, con capacidad, por ello para cubrir cualesquiera espacios funcionales no cubiertos por los dos restantes «poderes» más especializados y, por ello, mejor definidos directamente por la Constitución". ¿Existe una reserva constitucional de «ejecución»?..., op. cit., pág. 40.

³⁰⁴ LÓPEZ CALVO, *Organización y funcionamiento del Gobierno*, op. cit., págs. 358-360.

³⁰⁵ Cfr. LÓPEZ CALVO, *Organización y funcionamiento del Gobierno*, op. cit., pág. 361-363.

Lo primero que destacaremos será que la Ley de Gobierno no contiene ninguna limitación explícita de la potestad reglamentaria mientras que sí veda al Gobierno la posibilidad de presentar Proyectos de Ley (artículo 21.5 b). ¿De qué es sintomática esta imprevisión? ¿Podemos utilizar el argumento literal para deducir que la Ley pretendía garantizar la perennidad de la potestad para dictar todo tipo de reglamentos independientemente de la merma en la representatividad del órgano productor? En cualquier caso, la respuesta a esta última pregunta ha de compadecerse con un análisis más amplio de la potestad reglamentaria en la actualidad y, en especial, de lo que ésta supone en el sistema de fuentes. Como hemos venido realizando hasta ahora, el estudio de la actividad del Gobierno cesante tiene que partir siempre de un estudio previo de la competencia en cuestión en la que se ventilen tanto el origen de la misma como el margen de innovación que se le supone. Desde este prisma, la doctrina ha convenido unánimemente que la completa legitimación democrática del Gobierno se ha traducido en una mayor capacidad normativa. Concretamente y por lo que se refiere al reglamento, la plena representatividad gubernamental ha operado engrosando el núcleo de actividades atribuidas al reglamento por excelencia, el reglamento ejecutivo³⁰⁶, y sumando a las manifestaciones admisibles de la potestad reglamentaria, una nueva: la independiente³⁰⁷. El vigor que, en fin, ha cobrado el reglamento corre parejo³⁰⁸ a la nueva legitimidad democrática advertida en el Gobierno. Al corroborar esta relación indiscutible nos encontramos ya en situación de afirmar que el menoscabo de la representatividad del Gobierno debe plasmarse en su capacidad reglamentaria³⁰⁹, plasmación que, no obstante, ha de hacerse cargo de que los diferentes tipos de reglamentos que nuestro ordenamiento reconoce ofrecen una oportunidad de diferenciarlos por razón del grado de innovación que suponen³¹⁰. Así, si como dice DE LA PEÑA RODRIGUEZ, en general:

“por lo que se refiere a la potestad reglamentaria, la producción normativa debe restringirse a lo imprescindible”, de lo que deduce que “resultarían nulos todos aquellos reglamentos que excedieran de una actuación del Gobierno más allá de

³⁰⁶ De ahí que haya que adoptar la terminología a esta nueva realidad como hace BALLAGUER CALLEJÓN al redefinirlo como reglamento habilitado puesto que además de ejecutar, “desarrolla, interpreta, aplica...”. *Fuentes del Derecho II*, op. cit., pág. 117.

³⁰⁷ O paralegal, en palabras de BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho II*, op. cit., págs. 115-117.

³⁰⁸ Ello no quiere decir que sólo se deba a este fenómeno puesto que también está emparentado con la omnipresencia del Ejecutivo propia del Estado Social. Sin embargo, estimo, que el carácter representativo es sin duda la *conditio sine qua non*, de modo que sin él el acrecentamiento de las funciones del Estado no podía haber dado lugar a la inflación reglamentaria actual sin acarrear un importante déficit (siendo bondadoso) de legitimidad en el sistema.

³⁰⁹ En la doctrina italiana acerca del Gobierno dimisionario es concluyente L. ELIA: “non dovrebbe legiferare (leggi delegate e regolamenti di ogni tipo)”, Sulla «ordinaria amministrazione» degli organi costituzionali, op. cit., pág. 115. Un somero repaso de algunas teorías acerca del poder normativo del Gobierno dimisionario puede verse en MAZZONI HONORATI, Note sul «Governo privo di fiducia»..., op. cit., págs. 184-185. Por último, mencionemos que la ya citada “Circular Cossiga” incluía como uno de sus puntos la renuncia a dictar reglamentos, salvo que sean necesarios para la aplicación de leyes que establezcan un límite temporal para emanar la norma de desarrollo. Cfr. *Gli organi costituzionali...*, op. cit., pág. 61. De entre la doctrina española creo que responden al mismo espíritu de lo que se defiende las opiniones de SATRÚSTEGUI y de BAR CENDÓN, no más concluyentes porque era difícil serlo sin tener algún asidero claro de la limitación del Gobierno en funciones. Cfr. SATRÚSTEGUI: “Por lo que se refiere a la potestad reglamentaria es evidente que no puede ser excluida, pero tampoco puede presumirse que el Gobierno puede hacer uso en los mismos términos que antes del cese: la necesidad del reglamento para tutelar el interés general es el criterio que determina, en cada caso, la competencia del Gobierno cesante”. “Comentarios al artículo 101”, op. cit., págs. 233-234. Por lo que se refiere a BAR CENDÓN, este autor señala que “El Gobierno puede (...) ejercer la potestad reglamentaria (arts. 97 y 106.1 CE). Potestad íntimamente unida a la función ejecutiva, que, sin embargo, dada su evidente dimensión innovadora del ordenamiento jurídico, ha de ser ejercitada con toda prevención”. *La disolución de las Cámaras legislativas*, op. cit., pág. 278.

³¹⁰ Esto es algo que debe ser apreciado en este contexto por el Consejo de Estado en su dictamen preceptivo sobre los reglamentos. Obsérvese que el artículo 2.1 de la ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado dice: “En el ejercicio de la función consultiva el Consejo de Estado velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines”.

*los límites establecidos, por incompetencia manifiesta, según establece el art. 62.1 b) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*³¹¹, *habría que ser especialmente cautelosos con los reglamentos independientes, como bien pronto advirtió CRISCUOLI*³¹².

En conclusión, la imprevisión total de la potestad reglamentaria en la Ley 50/1997 es una de las tantas ocasiones en que nuestro ordenamiento muestra su anclaje en esquemas vetustos. No se menciona porque se continua estimando, como ejemplo por antonomasia del reglamento, aquél rigurosamente ejecutivo de una ley que no deja margen de discrecionalidad alguna. Sin embargo, para que esta imprevisión pueda tener carácter habilitante debería casar con el despacho ordinario y no parece que esto sea habitualmente posible, dada la capacidad innovativa de esta fuente (que en casos como el del reglamento independiente supone claramente dirigir autónomamente, dentro del respeto al bloque de la legalidad³¹³, la Comunidad).

7.5.3. La urgencia/interés general

Ya antes hemos puesto de manifiesto la oportunidad de la ley al diferenciar los supuestos de despacho ordinario y urgencia corrigiendo la tendencia advertida en países de nuestro entorno a concebirlas bajo el mismo rótulo. Pasemos ahora a analizar específicamente cómo ha de funcionar este límite, ciertamente complejo, no sólo por la disparidad insuprimible de definiciones de la urgencia, sino porque a ella se ha sumado el no menos abtruso interés general como habilitante de las medidas *contra legem* (en el muy laxo sentido de medidas que excedan el despacho ordinario).

7.5.3.1. Concepto constitucional de urgencia y de interés general

El punto de partida debe consistir en la determinación de cuales son las circunstancias “urgentes” o en las que se vea afectado el “interés general”. La Ley 50/1997 no aporta ningún criterio distintivo por lo que será preciso deducir el significado de estos escurridizos términos a la luz de lo que representan en la Constitución. Pero, ¿se puede encontrar un concepto constitucional diferenciado de interés general y de urgencia? No es preciso un repaso exhaustivo de nuestra Norma Fundamental para advertir que son dos términos conceptualmente distinguibles pero que, en la medida en que habilitan al Estado a tomar medidas, en principio extraordinarias, tienden a converger. Examinemos, por ejemplo, el régimen jurídico de dos de los preceptos constitucionales en los que estos conceptos son habilitantes. El supuesto por antonomasia de urgencia es el el Decreto-Ley. Pues bien, la doctrina³¹⁴ ha señalado que la situación de extraordinaria y urgente necesidad que opera como su presupuesto

³¹¹ Luis DE LA PEÑA RODRIGUEZ, El control parlamentario del Gobierno en funciones a la luz de la Constitución, Comunicación presentada a las V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Ejemplar mecanografiado.

³¹² CRISCUOLI, Il Gabinetto dimissionario, op. cit., pág. 57, cit., por D’ORAZIO, Considerazioni critiche sulla “prorogatio”..., op. cit., pág. 858.

³¹³ Pues como señala F. BALAGUER CALLEJÓN (*Fuentes del derecho II*, op. cit., págs. 115-116), estamos “ante reglamentos que, pese a estar directamente infraordenados a la Constitución, están también vinculados a la ley, pues definen su propia validez en relación con la ausencia de regulación legal aplicable a un determinado supuesto de hecho. Ausencia que debe contemplarse, para que el reglamento pueda ser considerado legítimo, respecto del bloque de legalidad en su conjunto”.

³¹⁴ La jurisprudencia constitucional ha optado por definir negativamente este concepto. Cfr. A. M. CARMONA CONTRERAS, *La configuración constitucional del decreto-ley*, CEPC, Madrid, 1997, pág. 67.

habilitante remite a una situación “inaplazable, esto es, de características tales que requieran la adopción inmediata de medidas legislativas productoras de efectos instantáneos, de tal modo que, de no tomarse, se produciría un grave daño a los intereses públicos (o, incluso, privados)”³¹⁵. Por lo que se refiere al interés general justificante de las medidas de coerción estatal previstas en el artículo 155 CE³¹⁶ se ha podido señalar que “como cualquier cláusula general en un Estado de Derecho, la «coerción estatal» está sometida a los principios de necesidad, proporcionalidad y adecuación, quedando excluidas aquellas medidas que no sean estrictamente necesarias, que sean desproporcionadas o manifiestamente inadecuadas”³¹⁷. La misma asimilación relativa la podemos encontrar igualmente en la Ley de Armonización prevista en el artículo 150.3 CE³¹⁸, así como también en otros supuestos de análoga excepcionalidad previstos en normas de rango legal³¹⁹.

7.5.3.2. La urgencia/interés general en la Ley de Gobierno

Así pues, hemos de comenzar pensando que estas dos circunstancias, en cuanto que habilitantes de una ruptura del orden competencial fijado, operan de forma normalmente imbricada, con lo que se impide atribuirles el carácter de alternativa absoluta que la disyuntiva “o” parece propiciar. De esta manera, cabe mantener que el Gobierno no puede (conjurando el temor de PAREJO) señalar la necesidad de satisfacer un interés general y tomar cualquier medida porque, además, eso iría en contra de todo el espíritu de la norma³²⁰. Cuando el Gobierno en funciones decida, entonces, ciertas medidas extraordinarias en base al interés general tendrá que justificar también el perjuicio irreparable -concreto e individualizado- que se produciría como consecuencia de su inactividad. De este modo, de nuevo, volvemos a poner de manifiesto que el interés general se solapa casi exclusivamente sobre la urgencia, lo que impide alegarlo de forma autónoma. ¿Debemos entender que la utilización de la disyuntiva por la Ley 50/1997 obliga a esta precisión clarificadora por inadvertencia o descuido?

³¹⁵ En cualquier caso, al interés general que de esta manera entra dentro de la propia órbita definitoria de la necesidad. Cfr. el entrecomillado en SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, op. cit., pág. 634.

³¹⁶ “Artículo 155.1: 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, el Gobierno previo requerimiento al Presidente de una Comunidad Autónoma y, en caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general”.

³¹⁷ P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 59. Por la propia naturaleza de las medidas amparadas parece necesario entender aquí el principio de necesidad del que habla CRUZ VILLALÓN como urgencia; en cuanto el interés general resulta amenazado, su reparación es urgente.

³¹⁸ Cuya causa es el interés general que, como dice SANTAMARÍA PASTOR, “no se trata de cualquier interés general, sino sólo el basado en una situación de grave disparidad normativa que exija su corrección”, inmediata añadiría yo, porque si la urgencia no concurriera debiera de dilatarse su uso como consecuencia de la naturaleza excepcional del instituto señalada por el TC en la STC 76/1983, según la cual es un instrumento “aplicable sólo a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa, o estos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general” (F. J. 3b). Las observaciones de SANTAMARÍA PASTOR en *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, op. cit., pág. 613.

³¹⁹ Como es el caso del artículo 61.1 de LBRL relativo a la disolución de las entidades locales.

³²⁰ En un sentido muy crítico hacia esta dicción que ve irremediadamente inconstitucional se manifiesta L. PAREJO ALFONSO: “Por tanto, no sólo la urgencia, sino también la concurrencia de razones de interés general, permiten al Gobierno en funciones adoptar decisiones que, en principio, están fuera constitucionalmente de su disposición. Más que un criterio complejo, se trata, pues, de un doble criterio, de suerte que, aun no concurriendo urgencia alguna, la simple apreciación de la existencia de interés general legítima por sí misma la actuación gubernamental condicionante de la acción del nuevo Gobierno. Es claro que el nuevo criterio supone, lisa y llanamente, diluir toda frontera jurídicamente discernible con precisión entre el Gobierno normal y el actuante en funciones (...) El nuevo criterio debe estimarse, así, inconstitucional”. L. PAREJO ALFONSO, *La regulación del Gobierno y la Administración: continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia*, DA, núm. 246-247, pág. 39.

Resulta desde luego, poco plausible por la trascendencia del inciso, uno de los más importantes del artículo 21, y por su introducción tras una enmienda³²¹. Estimo que la pretensión del legislador fue precisamente deslindar en un sentido determinado el concepto de urgencia del de interés general de modo que no pudieran oponerse reparos a la actuación urgente de reducido ámbito³²². Podríamos decir que la disyuntiva en este artículo funciona en un sólo sentido: un caso urgente puede no ser de interés general, pero en cambio el interés general ha de ser siempre urgente, ya que de otro modo debe esperar que sea el relevo quien lo garantice.

7.5.3.3. Valoración del presupuesto habilitante

En tercer lugar, podemos considerar que cuando la Ley se refiere a la urgencia o al interés general a secas está dejando meridianamente claro que admite la imposibilidad o al menos la inconveniencia de definir cuales son los hechos concretos que pueden motivar la adopción de la medida gubernamental. Así, la intervención del Gobierno en funciones que contradiga los principios legales será admisible en cuanto que concurren los hechos que el Gobierno defina como urgentes o atentatorios del valor general protegido. Lógicamente la labor “calificadora” del Gobierno en este aspecto debe ser enormemente escrupulosa, lo que no deja de ser una operación compleja y hasta cierto punto paradójica. En efecto, ¿admite la determinación del interés general -que es una operación básicamente política³²³- una mínima objetivación? Si, como se ha dicho correctamente en la doctrina italiana -en este punto absolutamente trasladable a España-, el concepto de necesidad³²⁴ carece del más mínimo asidero cierto, ¿cómo, pues, lograr ahora la regresión de estos conceptos al margen de verdadera excepción del que partieron³²⁵? La labor será notablemente complicada pero necesaria para el respeto de los principios implicados. Una vez más tenemos que tener presente que estamos hablando de un gobierno no representativo y que la desnaturalización de conceptos como la urgencia sólo se han debido a la plena capacidad funcional del Gobierno como órgano absolutamente legitimado. Ahora que la legitimación es residual el Gobierno ha de reconocer como interés general aquél interés permanente del ordenamiento considerado como tal, si no unánimemente, sí por una nutrida mayoría de la representación parlamentaria y otro tanto ha de ocurrir para amparar suficientemente la medida urgente³²⁶.

³²¹ Concretamente se trataba de la enmienda núm. 28 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Catalán. Salvo error de transcripción la justificación expresa de esta enmienda más bien debería haber operado como disuasoria puesto que en vez de aportar las razones por las que se recomendaba la admisión del interés general se señalan la indeterminación de las circunstancias que pueden hacer entrar en juego este valor como habilitante. Dice exactamente la justificación: “Prever qué circunstancias de interés general, debidamente acreditadas, puedan justificar la adopción de determinadas medidas por parte del Gobierno en funciones”. (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 27-6, 25 de marzo de 1997, pág. 24).

³²² Por ejemplo, la concesión de un indulto. En definitiva, la tesis que sostengo es que se incorpora el criterio de interés general para que no se pueda alegar con base a lo visto anteriormente que una necesidad urgente no puede ser satisfecha si no es también de interés general. La forma elegida dista desde luego de ser muy correcta y se podía haber optado por señalar que el Gobierno en funciones se abstendría de tomar cualesquiera otra medida salvo en los casos urgentes o en aquellos casos en los que el interés general exigiera una intervención pronta.

³²³ Así lo señala, por ejemplo, respecto a la valoración de las Cortes en la Ley de Armonización, J. JIMÉNEZ CAMPO, “Voz Ley de Armonización”, en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas T. III*, Madrid, 1995.

³²⁴ PISANESCHI respecto a la capacidad de las Cámaras en prorogatio.

³²⁵ Un examen del concepto de necesidad, desde su origen hasta su “normalización” en el Estado constitucional actual, puede verse en A. M. CARMONA CONTRERAS, *La configuración constitucional del decreto-ley*, op. cit., págs. 87-128.

³²⁶ Hay que ser consciente de las dificultades de sostener esto cuando los artículos constitucionales y legales que se refieren a la urgencia difieren como lo hacen los que integran nuestro ordenamiento. Observemos que la extraordinaria y urgente necesidad del artículo 86 según el TC (STC 111/1983) no convierte en excepcional esta fuente y que, en nuestra opinión, la mera urgencia del art. 21.3 de la ley 50/1997 exige un rigor en su apreciación no predicable de la más enfática primera fórmula. Estimo, en fin, que esta interpretación no es torcer o sesgar el sentido de los preceptos (o en el caso de que lo sea permitáseme alegar en mi descargo la involuntariedad) sino reconducirlos a un sentido coherente que es, desde luego, dificultado por el escaso rigor con el que se han utilizado.

7.5.3.4. La necesidad de acreditación

En el caso de la urgencia se habla de la necesidad de acreditarla “debidamente”. En el caso del interés general la medida tiene que estar “justificada” por una “acreditación expresa”.

- a) En primer lugar, hay que entender en cualquier caso que acreditación debida es acreditación expresa. Con este inciso la Ley trata inequívocamente de introducir un mecanismo de garantía y de control de la medida excepcional.
- b) Esto significa la ilegalidad de cualquier medida carente de acreditación así como de aquella que cuente tan sólo con una vaga referencia a la situación que la motiva³²⁷. La descripción del contexto debe ser suficiente para poder medir la proporcionalidad de la actuación que también deberá ser expresamente justificada.
- c) La forma en que la acreditación ha de realizarse dependerá de la medida concretamente adoptada. Así, por ejemplo, en el caso de que sea una norma, el lugar pertinente será la Exposición de Motivos y cuando se trata de un indulto en el Real Decreto por el que se concede. En cualquier caso debe ser siempre un instrumento en el que consten fehacientemente las razones alegadas porque va a constituir uno de los principales elementos de control.

7.5.3.5. Las medidas admisibles

La siguiente cuestión nos remite a la determinación de las medidas que puede tomar el Gobierno en funciones en caso de producirse la situación de urgencia o cuando lo requiera el interés general. ¿Puede desnaturalizarse todo el marco competencial delineado? En particular, ¿admite que el Gobierno en funciones pase por encima de los límites específicos o éstos son el mínimo en todo caso irreductible? Parece obvio, en primer lugar, que la urgencia/interés general permite sobrepasar los principios limitativos a los que antes hemos hecho referencia. En especial, una circunstancia urgente habilitará al Gobierno en funciones a actuar más allá del despacho ordinario que generalmente lo define según hemos visto³²⁸. Tal habilitación es suficiente para asumir sin ningún género de dudas que la urgencia/interés general es en este punto una circunstancia de verdadera excepcionalidad³²⁹ por lo que no cabrá pretender, como acabamos de ver, “normalizarla” a partir de una lectura de lo que el concepto supone en el artículo 86 CE³³⁰.

³²⁷ Podría decirse que una descripción de estas características no es una acreditación por lo que sumar el adjetivo expreso no pasa de ser un pleonismo. No obstante en el lenguaje jurídico no deben desdenarse la utilización de este tipo de figuras que buscan acentuar la eficacia de lo prescrito. (Agradezco a Ricardo Martín Morales sus sugerencias sobre este particular).

³²⁸ Señala L. PAREJO ALFONSO que los órganos estatales se definen por relación a una función predominante y otras accesorias. Aunque no comparta del todo este análisis para comprender la realidad compleja de algunos poderes actuales sí me parece perfectamente útil para explicar como la actividad definitoria del Gobierno en funciones es el despacho ordinario y el resto o son accesorias o, como en el caso que nos ocupa, excepcionales. Cfr. L. PAREJO ALFONSO, ¿Existe una reserva constitucional de «ejecución»?... op. cit., págs. 20-21.

³²⁹ Sin que, como resulta obvio, pueda considerarse por ello integrante del llamado derecho de necesidad caracterizado por GOMES CANOTILHO como “previsão e delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional em caso de situação de anormalidade que, nao podendo ser eliminadas o combatidas pelos meios normais previstos na Constituição, exigem o recurso a meios excepcionais”. *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1995, pág. 1145.

³³⁰ En este sentido la medida amparada por la urgencia/interés general está más cerca de la ley de armonización o de las medidas de coerción estatal que del Decreto-Ley. Recordemos que el TC ha definido la primera como “una norma de cierre del sistema aplicable sólo a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general” (STC 76/1983). Análoga excepcionalidad ha de exigirse para habilitar a actuar más allá del límite del despacho ordinario al Gobierno en funciones.

Seguidamente cabe apuntar que la urgencia/excepcionalidad no puede suponer una reasunción íntegra de competencias. Al Gobierno en funciones se le opone una barrera en todo caso infranqueable constituida por los límites específicos señalados en los dos párrafos subsiguientes. Así debemos entenderlo a partir de los siguientes argumentos: en primer lugar, favorece esta interpretación restrictiva la propia ubicación del principio. En efecto, si se hubiera querido ampliar el ámbito de lo suspendible, el principio del que hablamos tendría su lugar más propicio al final del precepto. En segundo lugar, ha de destacarse que la duda que en su caso surgiera acerca del alcance de la medida excepcional ha de solventarse siempre en favor de la normalidad (que es lo que la norma delinea) (*In excepcionalitas pro normalitas*). En definitiva, aunque seguramente hubiera obrado con mayor tino la norma de haber señalado más concretamente este extremo (*enumeratio ergo limitatio*), creo que los argumentos anteriores son suficientes para descartar que la urgencia suponga desvirtuar completamente los límites señalados para el Gobierno en funciones³³¹.

Debemos considerar, por último, que sea cual sea la medida que se tome, deberá ser absolutamente escrupulosa con el principio de proporcionalidad como principio que desde antaño ha tratado de lograr la difícil tarea de adecuar la medida extraordinaria al resultado pretendido sin que queden valores imprescindibles en el camino. Esto es algo que, en su caso, deberá ser apreciado a partir de la justificación aportada en la acreditación.

7.5.3.6. Especial consideración del Decreto-Ley

Por último y evitando un empirismo vano por lo inabarcable de las situaciones, examinemos alguna medida que el Gobierno puede dictar cuando entienda que concurre esta circunstancia de urgencia/interés general. Vamos a poner el énfasis en el Decreto-ley ya que puede servir como teórico banco de pruebas de cuanto aquí se ha sostenido.

Parece lógico entender que una de las respuestas con las que el Gobierno en funciones cuenta cuando se encuentra con una situación de necesidad es el Decreto-ley³³². En efecto, la incapacidad de presentar proyectos de Ley deja incólume la posibilidad gubernamental de dictar normas con rango de ley (con la salvedad establecida en el último inciso sobre la suspensión de las delegaciones legislativas). De acuerdo, entonces, con lo dicho, el Gobierno en funciones dispone de esta función normativa, pero ¿puede ejercerla con la misma intensidad que el Gobierno pleno? ¿Están “los dos Gobiernos” sometidos a idénticos condicionantes? ¿Tiene, en fin, el Gobierno en funciones la misma maniobrabilidad que el ordinario en la concreción del presupuesto de hecho habilitante?

Estas preguntas constituyen una muestra óptima para reflejar las constantes dificultades del tema que nos traemos entre manos. En concreto, lo que aquí se avista es el complejo encuadramiento de una función que la Constitución acuerda en favor de un órgano, porque en él concurren unas características, cuando éstas desaparecen. A este respecto podemos señalar que la cotidianeidad de medidas que, como el Decreto-Ley se configuraron en principio como excepcionales se asume en cuanto que los órganos habilitados están expuestos a la red de reproches

³³¹ Ello sin obviar las críticas de quienes como PÉREZ TREMPs consideran un exceso no permitir bajo ningún concepto que el Gobierno apruebe el Proyecto de ley de Presupuestos. PÉREZ TREMPs, *Composición, organización y estatuto de los miembros del Gobierno...*, op. cit., pág. 112.

³³² MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia...*, op. cit., pág. 374.

propios del Estado Constitucional³³³, básicamente y en los sistemas parlamentarios, la exigencia de responsabilidad, ya política, ya jurídica³³⁴, y que resulta necesario un esfuerzo de reinterpretación que de cuenta de la carencia de ésta.

Situados sobre esta senda, comencemos por recordar que el Tribunal Constitucional ha establecido que es el Gobierno, como órgano que ejerce la función de dirección política, el que debe establecer si concurren las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad para dictar un Decreto-ley³³⁵. El problema surge de inmediato al constatar que el Gobierno cesante como órgano no representativo adolece de esta función. ¿Cómo ha de repercutir este dato sobre el régimen jurídico y, en especial, sobre el control de esta fuente? ¿Debemos suponer que habrá de tener en cuenta el Tribunal Constitucional en su caso la especial posición del Gobierno cesante para examinar con más minuciosidad de lo habitual si se dan las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad? Desde luego, si el Tribunal Constitucional llevara su juicio hasta aquí³³⁶ estaríamos ante una auténtica transubstanciación del presupuesto habilitante. En efecto, no de otro modo puede considerarse que la extraordinaria y urgente necesidad deje de ser relativamente apreciable por el Gobierno para facultar su actividad sólo cuando “objetivamente” se produjesen esas circunstancias verdaderamente excepcionales³³⁷. Entre los que han concedido un importante crédito a esta teoría en la doctrina española se encuentra SANTOLAYA MACHETTI³³⁸ quien señala:

“Cuando las circunstancias fácticas nos conduzcan a un caso de extraordinaria y urgente necesidad en el significado más estricto de la expresión (arquetípicamente, en el supuesto de una calamidad natural) no cabe duda alguna de que el Gobierno puede, e incluso debe, utilizar el instrumento de los Decretos-Leyes, ya que de su inactuación se derivarían males, quizás irreparables, para los intereses de la nación”³³⁹.

En cambio este autor considera:

“constitucionalmente ilícito, o al menos contrario a toda norma de corrección constitucional, que un gobierno en funciones tratase de innovar el ordenamiento para el desarrollo de un programa que ya no tiene el respaldo parlamentario, en detrimento del que compete elaborar a la nueva mayoría, y

³³³ Si no estaríamos dando por válida aún hoy el conocido aserto de C. SCHMITT, “soberano es quien decide sobre el Estado de Excepción”. Cfr. “Teología Política” en *Estudios políticos* (Trad. de F.J. CONDE), Doncel, Madrid, 1975, pág. 35.

³³⁴ Cfr. en este sentido MORTATI: “Il bisogno di provvedere ad esigenze improvvise ed imprevedibili la cui soddisfazione sia imposta come condizione per la stessa conservazione dello stato abilita l'organo che si trovi nella possibilità di provvedere, prescindendo dalle forme e dai limiti posti dalla legge alla sua attività, ma assumendone la responsabilità”. (Las cursivas son mías). C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico II*, Novena Edición, Cedam, Padua, 1976, pág. 702.

³³⁵ Cfr. por todas, la STC 111/1983. Esta sentencia señala también expresamente que “nuestra Constitución ha contemplado el Decreto-Ley como un instrumento normativo del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual”. Por ello ha podido resaltar CRUZ VILLALÓN: “no es solamente que el Decreto-ley no pueda ser concebido como un instituto integrante de la protección extraordinaria del Estado, sino que tampoco puede considerarse propiamente como un procedimiento legislativo rigurosamente excepcional”. P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, op. cit., pág. 56.

³³⁶ Más allá por tanto de su capacidad autoatribuida de revisar la concurrencia de la circunstancia habilitante alegada por el Gobierno sólo cuando fuese manifiestamente abusiva. Cfr. la STC 111/1983.

³³⁷ Considerese que, como ha sido apuntado anteriormente, la confusión habitual entre la ordinaria y la extraordinaria administración se debe en que ambas coinciden en la voluntad de alejar los actos que impliquen una marcada elección política. Cfr., de nuevo, PISANESCHI, “*Prorogatio dei poteri...*”, op. cit., pág. 63.

³³⁸ P. SANTOLAYA MACHETTI, *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 61-70.

³³⁹ El autor pone como ejemplo de este tipo admisible el Real Decreto 21/1982, de 12 de noviembre “sobre medidas urgentes para reparar los daños causados por las recientes inundaciones en Cataluña y Huesca”. Se trata de un Decreto-Ley que aprobó el Gobierno en funciones de UCD y que no suscitó reparo alguno por parte de las fuerzas parlamentarias.

más aún si esta pretensión se realiza mediante un procedimiento extraordinario que subvierte el orden normal de actuación legislativa previsto en los textos constitucionales. Todos ellos serían, sin lugar a dudas, elementos interpretativos de primera entidad a utilizar por el Tribunal Constitucional si es que llega a conocer la constitucionalidad de un Decreto-Ley producido en estas circunstancias”³⁴⁰.

Esta teoría que distingue entre estas dos categorías de Decretos-Leyes y determina la exclusión del que no responde a la acepción más estricta de necesidad está muy bien trabada y cuenta con apoyos doctrinales importantes³⁴¹, aunque no podemos soslayar dos problemas. El primero, apuntado también por SANTOLAYA³⁴², hace referencia a la dificultad de encuadrar a los Decretos-Leyes en uno de los dos perfiles delineados. En efecto, son pocas las normas de este tipo de las que quepa fácilmente decir si responden a la urgencia o son, por el contrario, instrumentos que la invocan para desarrollar el programa político gubernamental³⁴³. Según el autor que seguimos³⁴⁴, cuando el Gobierno se encuentre ante un supuesto de difícil catalogación debe abstenerse de actuar³⁴⁵, pero si lo hace recaerá en el intérprete constitucional la difícil tarea de perfilar estos linderos³⁴⁶. El otro problema que presenta la admisión íntegra de esta teoría es que supone una variación en la concepción teórica del sistema de fuentes que hasta el momento, que yo sepa, no ha sido imaginada. En efecto, asumir la “ductilidad” del Decreto-Ley en este sentido -en la medida en que se le devuelve a su condición “primigenia” cuando el Gobierno está en funciones- supone conceder una naturaleza cambiante a la fuente, algo que de seguro no será aceptado sin serias y fundadas reticencias³⁴⁷.

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ Así en Italia señala, por ejemplo, D'ORAZIO: “Se non sussistono esclusioni pregiudiziali ed assolute in ordine alla adottabilità dei decreti-legge da parte di un Governo dimissionario o in attesa di fiducia, nella meno recente dottrina dubbi sussistevano e limitazioni erano prospettate con riferimento a quei decreti il cui presupposto della necessità e dell'urgenza non trovasse adeguata giustificazione nella tutela e disciplina di interessi generali ed istituzionali, bensì in aspetti o momenti dell'indirizzo di governo. In quest'ultimo caso (...) opebbe il limite di carattere generale, che preclude ogni manifestazione di attività propriamente politico-maggioritaria o di indirizzo”. Cfr. Considerazione critiche sulla «prorogatio»..., op. cit., pág. 864. Más recientemente ha manifestado BOCCACCINI: “Ma sarà proprio un Ministero dimissionario a dover adottare criteri particolarmente restrittivi e rispettosi dei presupposti costituzionali, evitando la speciosa giustificazione da collegare spesso all'incapacità di affrontare determinate (magari delicate) questione durante la pienezza dei poteri. (...) Ne discende la necessità di una particolare cautela, da parte del Governo dimissionario, nell'adottare provvedimenti d'urgenza, astenendosi da quell'interpretazione estensiva dei presupposti costituzionali, che la costituzione materiale ormai ben conosce e in qualche modo anche tollera, secondo la quale può esser sufficiente un *fumus di straordinarietà*, necessità ed urgenza per azionare il meccanismo di cui all'art. 77”. Partiendo de aquí el autor citado encuentra dos ámbitos materiales para el Decreto-Ley del Gobierno dimisionario: “Ecco dunque che l'ambito di applicazione dell'istituto per il Governo dimissionario dovrebbe probabilmente essere limitato al caso della calamità naturale ed a quello del provvedimento di natura fiscale, quest'ultimo a sua volta circondato di particolari cautele”. G. BOCCACCINI, Governo dimissionario e decretazione d'urgenza, *Quaderni costituzionali*, abril, 1987, págs. 144-148. También en Italia, el examen de CHIMENTI sobre el Gobierno dimisionario Fanfani muestra la gravedad del problema ya que en los tres meses en que estuvo en funciones dictó 18 Decretos-Leyes. Cfr. *Gli Organi Costituzionali*..., op. cit., pág. 62. En la doctrina española ha seguido recientemente la posición de SANTOLAYA, A. CARMONA CONTRERAS: “la producción de decretos-leyes entre legislaturas debería limitarse al máximo, emanándose únicamente en aquellos supuestos en los que concurra una situación de urgencia y necesidad claramente objetiva, desvinculada de concretas valoraciones políticas que pudieran individualizar, a partir de consideraciones discrecionales y subjetivas, supuestos de necesidad relativa”. Cfr. *El régimen constitucional del decreto-ley*, op. cit., pág. 280.

³⁴² Op. cit., págs. 67-68.

³⁴³ SANTOLAYA menciona como ejemplo de Decreto-Ley en “zona gris” el 2/1986 de 23 de mayo “Sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques” dictado por el Gobierno socialista en funciones. Op. cit., pág. 68.

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ De nuevo nos encontramos con el principio *in dubio pro abstentione*.

³⁴⁶ Con lo que el TC se verá obligado a entrar más allá de lo por él deseado según se desprende, de nuevo, en la Sentencia 111/1983.

³⁴⁷ Habría que considerar en todo caso que una de las funciones de la Diputación Permanente del Congreso establecida en el art. 78 CE y 151.5. RCD es la convalidación del Decreto-ley y no se contiene ninguna modificación general del sistema de la fuente como la que aquí se está entreviendo.

Amén del Decreto-ley cabe señalar, por último, que de concurrir las circunstancias de urgencia o interés general el Gobierno cesante -siempre, como es obvio, con el extremo celo que se puede predicar de medidas extraordinarias tomadas por un órgano al que no cabe exigir responsabilidad política- podrá adoptar las medidas que prevé el artículo 155 CE³⁴⁸, aprobar reglamentos de necesidad³⁴⁹, disolver las entidades locales “en el supuesto de gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga el incumplimiento de sus obligaciones constitucionales” (artículo 61 LBRL)³⁵⁰, y declarar el Estado de Alarma (art. 116 CE)³⁵¹. Quedan, por tanto, excluidas todas aquellas medidas excepcionales que impliquen una actuación más allá de los límites específicos como es la de aprobar un Proyecto de ley de Armonización³⁵².

7.6. Los límites específicos

Lo primero que hay que señalar es que la Ley 50/1997 distingue muy adecuadamente entre las competencias afectadas del Presidente y las del Gobierno con lo que mejora sustancialmente la redacción del Proyecto de Ley anterior³⁵³.

7.6.1. Los límites del Presidente

Se contemplan los siguientes:

1. La imposibilidad de solicitar la disolución de las Cámaras. Hasta la doctrina alemana, que de forma mayoritaria entiende que el Gobierno en funciones continúa con todas sus competencias, considera que no puede disolver las Cámaras con la que no le une ningún vínculo³⁵⁴.
2. La imposibilidad de presentar una cuestión de confianza. Esta incapacidad es tan obvia que se había considerado como excluida del ámbito competencial del gobierno en funciones aún antes de que éste hubiera sido regulado. En efecto, ¿acerca de qué confianza va a inquirir el Gobierno al Congreso si el cese la ha hecho desaparecer?³⁵⁵.

³⁴⁸ En este sentido A. BAR, *La disolución de las Cámaras legislativas...* op. cit., pág. 280.

³⁴⁹ Unas buenas aproximaciones a este género de reglamentos en el marco de los principios del Estado Constitucional pueden verse en SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, op. cit., págs. 750-752 y en BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho II*, op. cit., págs. 119-120.

³⁵⁰ A. BAR. Op. ult. cit., pág. 281.

³⁵¹ A. BAR CENDÓN, op. cit., pág. 279.

³⁵² A. BAR. Op. cit., pág. 279.

³⁵³ Nos referimos al artículo 21 del Proyecto de Ley de noviembre de 1995. También ha valorado la acertada clarificación que la distinción supone, L. PAREJO ALFONSO. Cfr. La regulación del Gobierno y la Administración, op. cit., pág. 39 y ALVÁREZ CONDE, *El Gobierno en funciones*, op. cit., pág. 218.

³⁵⁴ Así lo ha señalado THAULERO citando a R. LUTZ (*Die Geschäftsführende Regierung nach dem Grundgesetz*, Berlin, 1969, pág. 38): “Ad un Cancelliere in carica è stato dato un efficace mezzo di pressione sul Bundestag nel caso di un rilevante dissenso politico tra lui e il Bundestag (...) Se il Cancelliere federale si è però dimesso, egli ha rinunciato alla lotta (...) ed a fare uso del diritto di proporre lo scioglimento del Bundestag”. S. THAULERO, *Il ruolo del Cancelliere federale...*, op. cit., págs. 137-138.

³⁵⁵ Dice LÓPEZ GUERRA: “el cese del Gobierno afecta decisivamente a la posibilidad de que se exija su responsabilidad política: el vínculo de confianza aparece definitivamente extinguido, y no cabe pues, iniciar procedimientos de expresión o retirada de la confianza”. Voz “Gobierno en funciones”, op. cit., pág. 3266.

3. El tercero de los límites atribuidos al Presidente del Gobierno en funciones le impide proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo³⁵⁶. Observemos que el referéndum consultivo del artículo 92 versa sobre “cuestiones políticas de especial trascendencia”, justo el ámbito material que el artículo 21 de la Ley 50/1997 repudia³⁵⁷. Lógicamente si el Presidente no puede llevar esa proposición al Monarca tampoco puede solicitar la autorización preceptiva al Congreso que es el acto inmediatamente anterior. SATRÚSTEGUI señaló también que el referéndum convocado inmediatamente antes del cese ha de suspenderse. En mi opinión, la postura de este autor es la más acertada sobre la base de los siguientes argumentos: en primer lugar, el cese del Gobierno supone la apertura de un proceso de investidura sometido a un plazo de dos meses desde la primera votación, transcurrido infructuosamente el cual han de celebrarse nuevamente elecciones (artículo 99.5). Así pues, el cese del Gobierno lleva aparejada siempre la posibilidad de elecciones. De otra parte, la LO 2/1980 pone un especial cuidado en separar la celebración del referéndum de las elecciones generales. Concretamente señala en el artículo 4.2 de la ley orgánica 2/1980 citada Ley que:

“tampoco podrá celebrarse ninguna modalidad de referéndum, salvo los previstos en los artículos 167 y 168 de la Constitución, en el periodo comprendido entre los noventa días anteriores y los noventa posteriores a la fecha de celebración, en el territorio a que afecte, de elecciones parlamentarias, o locales generales o de otro referéndum. Quedará suspendido automáticamente todo referéndum ya convocado cuando hubiera de celebrarse en el periodo antes señalado, debiéndose proceder a nueva convocatoria”.

De la interpretación combinada de ambos preceptos se puede concluir que el Gobierno cesante está obligado a suspender el referéndum ya convocado por cuanto no puede asegurar el éxito del proceso de investidura que aleje el peligro del solapamiento con un proceso electoral.

7.6.2. Límites del Gobierno

Por lo que se refiere a los límites que afectan a todo el órgano la Ley del Gobierno refiere los siguientes:

1. En el artículo 21. 5 a) se impide que el Gobierno en funciones apruebe el Proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado. Ya hemos tenido la ocasión de señalar que los Presupuestos son el principal instrumento del Ejecutivo para la dirección de la política económica y de ahí el cuidado que siempre se ha tenido en apartar de él al Gobierno en

³⁵⁶ El artículo 92 CE señala: “1. Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos. 2. El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados”. La ley que lo desarrolla es la LO 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum.

³⁵⁷ Ya señalaba SATRÚSTEGUI que: “parece incuestionable que el Presidente del Gobierno cesante no puede pedir al Congreso la autorización para realizar un referéndum consultivo de los previstos en el artículo 92 de la Constitución, porque el referéndum es un acto típico de orientación discrecional de la política”. “Comentarios al artículo 101”, op. cit., pág. 232.

funciones³⁵⁸. Tal tendencia ha sido recientemente contestada sobre la base de la esencialidad de los presupuestos especialmente en determinadas coyunturas ligadas, por ejemplo, al contexto europeo³⁵⁹. Estos reparos sin embargo, pasan por alto que los Presupuestos son prorrogables y que el artículo 134.5 faculta al Gobierno para aumentar los gastos o disminuir los ingresos.

2. Interdicción de presentar proyectos de Ley³⁶⁰. Acaso sea excesiva esta prohibición porque cuando la Cámara no está constituida no podrá hacerse valer, ya que las Diputaciones Permanentes no tienen potestad legislativa, y cuando ya están reunidas la presentación de un proyecto de Ley no tiene porque implicar sino la entrada en la Cámara de una iniciativa cualificada tan aceptable o rechazable como la Cámara estime³⁶¹.

7.7. La suspensión de las Delegaciones Legislativas

La ley establece la suspensión de las delegaciones legislativas³⁶² durante el tiempo que el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales.

La adecuada comprensión del último apartado del artículo 21 exige que le prestemos atención especial a los siguientes extremos:

- a) La suspensión de las delegaciones implica la pérdida de eficacia temporal de una ley que habilita al Gobierno para dictar en el marco de lo establecido por la primera una norma con rango de Ley.
- b) El resultado es la paralización de una actividad que las Cortes y el Gobierno pueden llevar a cabo de forma conjunta.

³⁵⁸ En la doctrina de la época de Weimar se consideraba el presupuesto como uno de los actos que deberían ser ejercidos por un Gobierno plenamente respaldado por el Parlamento. Cfr. AMPHOUX, *Le Chancelier Fédéral dans le régime constitutionnel...*, op. cit., pág. 152 (nota a pie 1). En nuestro contexto reciente SATRÚSTEGUI postulaba: "igualmente hay que excluir que el Gabinete cesante pueda presentar a las Cortes unos Presupuestos Generales del Estado nuevos, no sólo por la radical inadecuación de un Gobierno a término para proyectar la actividad económica futura, sino porque la aprobación de los Presupuestos tiene el significado sustancial de atestiguar la confirmación de confianza al Gobierno para ejecutar una política de ingresos y gastos. Por consiguiente, la Presentación de nuevos Presupuestos equivale al planteamiento de una cuestión de confianza y excede a la competencia del Gabinete cesante. Si éste se encuentra en la situación prevista en el artículo 134.3 de la Constitución (obligación de presentar los Presupuestos al menos tres años antes de la expiración del ejercicio) no puede sino solicitar la prórroga de los Presupuestos precedentes". "Comentarios al artículo 101", op. cit., págs. 231-232.

³⁵⁹ Esta postura es la que secunda P. PÉREZ TREMPES: "La coyuntura política puede hacer que, excepcionalmente, si deban llevarse a cabo actuaciones de ese tipo, encontrándose entonces el ejecutivo enconsertado en exceso por la previsión legal. Dos ejemplos pueden servir para ilustrar esa crítica. ¿Es totalmente impensable que las circunstancias políticas aconsejaran aprobar unos presupuestos del Estado por amplio consenso parlamentario aunque se está en una situación de impasse político como consecuencia de dificultades en la formación del Gobierno? Piénsese que la aprobación de unos presupuestos puede resultar imprescindible para asentar la posición del Estado en una Europa progresivamente unida, especialmente si llega a hacerse realidad la unión monetaria". Composición, organización y estatuto de los miembros del Gobierno, op. cit., pág. 112.

³⁶⁰ Omisión de toda actividad normativa del gobierno cesante en GALIZIA, cit., por D'ORAZIO, Considerazione critiche sulla «prorogatio», op. cit., pág. 865. En España, por ejemplo, SÁNCHEZ AGESTA, entendía que no era propio del Gobierno cesante presentar Proyectos de ley. *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, op. cit., pág. 266.

³⁶¹ Cfr. D'ORAZIO, op. cit., pág. 867.

³⁶² Sobre las delegaciones legislativas en general cfr. I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Los controles de la legislación delegada*, CEC, Madrid, 1995; y E. VIRGALA FORURIA, *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.

- c) Ello nos lleva a preguntarnos cuál es la razón por la que se suspenden las delegaciones legislativa así como el porqué de que sólo se suspendan cuando la causa del cese del Gobierno sea la celebración de las elecciones generales.

La última puntualización se convierte, en efecto, en la clave para entender lo que este apartado representa³⁶³. Nos impide, por ejemplo, deducir que la suspensión de las delegaciones se prevé por el menguado carácter representativo del Gobierno cesado para llevar a cabo una actividad que, hasta en el caso de la refundición de textos legales, confiere una importante discrecionalidad al Gobierno³⁶⁴. No podemos asumir este dato como fundamento del impasse de las delegaciones porque la representatividad del gobierno decae siempre que el gobierno cesa y no cuando únicamente el cese tiene lugar tras las elecciones generales. Por ello hemos de entender ante todo que la causa última de que se suspendan las delegaciones después de los comicios es la inexistencia del órgano que otorga la delegación y, en consecuencia, la imposibilidad de que el Gobierno pueda rendir cuenta del uso que de ella ha realizado. Concretamente se hace imposible ejercer uno de los elementos esenciales de las delegaciones legislativas cual es el control previsto en el art. 82. 6 y desarrollado por los artículos 152 y 153 del RCD.

Sin embargo, nuevos atisbos de duda se plantean al considerar cuando pierde efecto la suspensión, es decir, cuando vuelve a desempeñar su carácter habilitante la ley de delegación. La Ley 50/1997 vincula la suspensión a todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones. De esta forma se desliga la suspensión de las delegaciones de la constitución de las Cámaras. Se plantea, entonces, al intérprete la alternativa de desestimar la primera interpretación o considerar el dictado de la Ley una incongruencia con su espíritu que ha pasado inadvertida. La particular precisión que el apartado 6 del artículo 21 hace al supuesto de celebración de las elecciones generales como único concepto determinante de la suspensión de las delegaciones -y que el sentido que le he atribuido sea el único que concibo- hace que me incline por la mala técnica legislativa como hipótesis explicativa.

³⁶³ Extraño para quien se ha acercado a él. Véase, por ejemplo, M. SATRÚSTEGUI que ha señalado: "no parece evidente el razonamiento de Derecho constitucional que subyace a esta regla. No es fácil entender por qué podría hacer uso de la delegación el Gobierno en funciones si ha cesado por dimisión voluntaria de su Presidente o por retirada expresa de la confianza parlamentaria (p. ej., al haber rechazado el Congreso una cuestión de confianza), mientras que no podría hacerlo en el caso de que el cese se deba a la celebración de las elecciones (que, por otra parte, el Gobierno puede haber ganado)". M. SATRÚSTEGUI, "Artículo 101", en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, op. cit., pág. 366.

³⁶⁴ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del derecho II*, op. cit., pág. 89.

8.1. El Control Parlamentario

La observación general de la que podemos partir por unánimemente admitida es la de que el control parlamentario no cesa aunque el Gobierno esté en funciones³⁶⁵. Ahora bien, es necesario añadir de inmediato dos matizaciones que singularizan muy especialmente este control parlamentario respecto del que es ejercido de ordinario.

Se trata, en primer lugar, de poner de manifiesto que la actividad fiscalizadora del Parlamento en este periodo se encuentra despojada de la que es su consecuencia máxima: la exigencia de responsabilidad política³⁶⁶. No es éste, sin embargo, el dato especialmente relevante, ya que hemos puesto de manifiesto que la práctica imposibilidad de remoción del órgano controlado por el controlador debe entenderse como una auténtica reformulación conceptual del control que afecta a todos los instrumentos del mismo y a todos los momentos en los que éste se ejerce. Lo que ahora tiene lugar, entonces, es la total exclusión de una consecuencia que en la situación ordinaria es una contingencia altamente improbable. La especialidad del control parlamentario en estos momentos radica, más bien, en la dificultad de hacer concurrir el nuevo elemento consequential que en las contrucciones dominantes apoya el control sin responsabilidad política estricta: la responsabilidad difusa³⁶⁷. En particular, no podemos obviar que durante este tiempo resulta, al menos, complicado plantearse esta suerte de responsabilidad cuando el control lo ejerce el Parlamento frente a un Gobierno en funciones que ha cesado tras la celebración de las elecciones generales. En efecto, el extenso lapso que en circunstancias normales hay hasta la convocatoria de las sucesivas hace casi inverosímil que el ciudadano entre a valorar al emitir su sufragio la actuación del anterior Gobierno cesante. Así pues, tenemos que concluir que el control parlamentario en este periodo se presenta, privado de la exigencia de responsabilidad política y con el destinatario último del control, el ciudadano, a años vista de la próxima convocatoria electoral, como un instrumento de fiscalización de eficacia muy limitada. Sin embargo, la anterior afirmación, que entiendo válida en términos generales, ha de ser apreciada en sus justos términos y nunca, desde luego, deduciendo de ella la imposibilidad del control parlamentario. La actividad fiscalizadora persiste indiscutiblemente, en primer lugar, porque no hay ninguna

³⁶⁵ L. AGUIAR habla de la importancia de este control aunque éste autor no parece concebirlo como acumulativo al jurisdiccional, a su juicio inexistente, sino como único mecanismo hábil: "En suma pues, bien que ponderadamente, la falta de límites jurídicos específicos a las competencias del Gobierno cesante, que aquí se ha preconizado, no excluye la presencia de controles y límites políticos para tal Gobierno con similar operatividad que para el Gobierno ordinario, o dicho en otros términos, me parece preferible profundizar en esa línea de parlamentarización del Gobierno cesante que abogar por un ambiguo control jurídico de aquél". La posición del Gobierno cesante o en funciones..., op. cit., pág. 270. En parecida dirección M. REVENGA: "Las dificultades para encauzar la actividad del gobierno cesante hacia el control jurisdiccional acrecientan la importancia de la función de garantía constitucional del Parlamento, uno de cuyos elementos, el control parlamentario, alcanza plena virtualidad al permanecer el objeto del mismo (la actuación del Gobierno), pese a que ya no tenga sentido extraer las consecuencias últimas derivadas de su ejercicio", El Gobierno en funciones, op. cit., pág. 1521.

³⁶⁶ Dice expresivamente M. WALINE: "On ne tue pas les morts, on ne renverse pas les gouvernements démissionnaires". Cfr. *Limites des pouvoirs d'un gouvernement démissionnaire*, op. cit., págs. 1032-1033.

³⁶⁷ Según la teoría de RESCIGNO. Cfr. *La responsabilità politica*, Giuffrè, Milán, 1967.

previsión expresa o tácita, constitucional o reglamentaria (como sí se encuentra en algunos subsistemas normativos autonómicos³⁶⁸) que la limite. En segundo lugar, porque sobre las bases del sistema parlamentario es muy difícil, por no decir imposible, admitir que durante un periodo que puede ser relativamente extenso el Gobierno en funciones, que no cuenta con la confianza de la Cámara y que está sometido a especiales límites, no esté sometido a control político alguno³⁶⁹. El que sus consecuencias vayan a ser normalmente más que tibias no deja de ser una constatación, una presunción si se quiere, perfectamente destruible por un Parlamento que sepa darle la adecuada trascendencia al hecho controlado de modo que se retenga suficientemente en la “retina” del ciudadano.

La segunda peculiaridad sustantiva del control parlamentario en este momento atiende a la particular naturaleza del Gobierno en funciones como un órgano desprovisto de la confianza de la Cámara y constreñido en su capacidad funcional. De esta forma, si algún objeto inmediato e indiscutible va a tener el control parlamentario va a ser el de cerciorarse puntualmente de que el órgano gubernamental no ha ido más allá del ámbito competencial reducido que la Ley establece³⁷⁰. La actividad controladora va a velar porque el Gobierno no obstaculice en modo alguno el proceso de formación del nuevo Gobierno, porque lleve a cabo con toda lealtad el traspaso de poderes, porque se ciña al despacho ordinario y valorará la oportunidad de las medidas que se tomen en caso de la urgencia, además de vigilar, y en su caso impedir, que se transgredan los límites específicos. Podría entrarse a valorar, en segundo lugar, si son ajustadas a derecho aquellas iniciativas que versaran sobre actuaciones gubernamentales anteriores al cese, a lo que cabe responder que el hiato que supone el cese y la apertura del proceso de formación del nuevo Gobierno hace recomendable circunscribir la actividad inspectiva a lo señalado anteriormente como contenido principal del control en este lapso³⁷¹. Sin embargo, las nuevas reglas de juego del control parlamentario según las cuales el ciudadano es el referente y por tanto el que enjuicia tanto la misma actividad inspectiva como la respuesta a la misma³⁷², hacen que lo recomendable no sea prescriptivo y que, al contrario, deba predicarse que las Mesas de las Cámaras en sus funciones de calificación y admisión a trámite de las iniciativas (artículos 31.4, 5 y 6 del RCD y 36 del RS) -(y del Presidente y de la Junta Portavoces en la fijación del orden del día, art. 67

³⁶⁸ Concretamente señala el artículo 130 del Reglamento Parlamentario del País Vasco de 11 de febrero de 1983: “Mientras la Cámara no haya designado al Lehendakari no se podrán incluir en el Orden del Día otros asuntos, salvo que lo aconsejaren razones extraordinarias y de urgente necesidad, apreciadas por la Mesa del Parlamento y la Junta de Portavoces”. Coincidente en lo esencial con éste, es el artículo 130 del Reglamento de las Cortes Valencianas de 4 de marzo de 1983.

³⁶⁹ Recordemos a estos efectos que, por una parte, el artículo 66.2 CE reconoce a las Cortes el control de la acción del Gobierno sin excluir al Gobierno en funciones y que la Ley de Gobierno establece en su artículo 26.2 con toda amplitud y de forma concluyente: “Todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales”.

³⁷⁰ Sin perjuicio de que la extralimitación competencial tenga atribuidas también consecuencias jurídicas que serán por ello dilucidadas en los tribunales.

³⁷¹ En este sentido, se manifiesta L. DE LA PEÑA RODRÍGUEZ: “resulta razonable considerar que la función parlamentaria de control del Gobierno subsiste, aunque habrá de acomodarse a las circunstancias de existencia de un Gobierno cesante (...) En el contexto referido, la presentación de iniciativas de control en el sentido clásico (preguntas, interpelaciones, mociones, proposiciones no de ley, etc) debieran ajustarse a las pautas señaladas. En consecuencia, sólo resultaría susceptible de fiscalización la actividad del ejecutivo, referida a la gestión de los asuntos de trámite y urgentes durante el periodo de interinidad, excepto que el Gobierno hubiera rebasado tales límites”. El control parlamentario del Gobierno en funciones a la luz de la Constitución, op. cit., págs. 10-11.

³⁷² Así puede decirse que cuando se ejerce un mecanismo de control se inscribe en su órbita consecencial también el mismo órgano en principio controlante puesto que el ciudadano puede exigirle la correspondiente responsabilidad difusa si la iniciativa es temeraria, infundada o simplemente no pertinente.

RCD)- gozan del más amplio margen de libertad³⁷³. Considero, en fin, que periodificar estrictamente el objeto del control parlamentario supone un encorsetamiento inútil -considerése la dificultad de deslindar cuando una iniciativa de control es extemporánea sobre la base de que trae causa en un supuesto acaecido íntegramente en el periodo anterior al cese- de consecuencias nulas para la estabilidad del sistema³⁷⁴.

En cuanto a los instrumentos de control, una vez descartados la cuestión de confianza y la moción de censura por las razones expuestas, podemos señalar que el Parlamento puede controlar al Gobierno en funciones en múltiples momentos. Puede hacerlo, por ejemplo, en el trámite de convalidación del Decreto-ley y cuando el Gobierno le remite la comunicación con el contenido del Decreto legislativo (art. 152 y en su caso art. 153. RCD³⁷⁵) -siempre que no se hubiese suspendido la delegación como consecuencia del cese tras las elecciones. De otro lado, también forma parte inequívoca de la función de controlar al Gobierno cesante la capacidad de la Mesa de las Cámaras de impedir que prosperen las iniciativas gubernamentales que excedan de los límites que la Ley de Gobierno ha establecido³⁷⁶. Las Cámaras y los parlamentarios conservan igualmente la capacidad de preguntar, interpelar, recabar información, aprobar proposiciones no de ley, etc³⁷⁷.

Por último hemos de hacer una breve referencia a la práctica. Podemos observar a este respecto dos periodos fundamentales. En el primero se constata la dificultad de extraer conclusiones terminantes a partir de la distinta dinámica que siguieron el Congreso de los Diputados y el Senado por lo que se refiere al control parlamentario. Un ejemplo claro tuvo lugar tras la dimisión de Suárez. Así mientras la Mesa del Senado acordó suspender toda iniciativa de control político (ruegos, preguntas, interpelaciones, etc)³⁷⁸ en el Congreso se celebraron ciertas sesiones de control, bastante enconadas por lo demás, en las que la responsabilidad política fue una exigencia constante. En la actualidad, como señala DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, ha prevalecido en las

³⁷³ También repara en la función esencial de las Mesas de las Cámaras SATRÚSTEGUI y DE LA PEÑA RODRÍGUEZ. La propuesta de este último autor difiere de la que aquí se sostiene por cuanto pergeña unos criterios estables para calificar las iniciativas. En primer lugar, aunque no lo señale expresamente, se deduce de su teoría que las Mesas deben inadmitir toda aquella iniciativa de control que tenga por objeto una situación anterior al cese. En segundo lugar, entiende que se deben admitir las que se refieren estrictamente al Gobierno en funciones correspondiendo al autor de la iniciativa la valoración de su oportunidad cuando el nuevo Gobierno ha tomado posesión. En tercer lugar, las Mesas de las Cámaras han de admitir también aquellas iniciativas dirigidas al nuevo Ejecutivo aunque en este caso la remisión se haría a su verdadero destinatario una vez formado. Precisamente la admisión por este autor de este tipo de iniciativas vuelve a demostrar lo laberíntico del control parlamentario porque ¿qué sentido tiene desde los cánones más frecuentados admitir una iniciativa de control de la actividad de un Gobierno que aún no existe?

³⁷⁴ Sobre esta interesante cuestión no conozco otra aproximación que la de LÓPEZ AGUILAR sobre el indulto (J.F. LÓPEZ AGUILAR, Una reflexión a propósito del control parlamentario del ejercicio del derecho de gracia, op. cit.) a raíz de la cual es presumible que se manifestara en contra de lo que aquí se mantiene.

³⁷⁵ En rigor el control parlamentario del Decreto legislativo se lleva a cabo cuando así lo establece la ley de delegación. A este respecto se seguirá el procedimiento señalado por el artículo 153 RCD.

³⁷⁶ A este respecto señala REVENGA: "respecto a todas aquellas iniciativas del Gobierno que requieran para la producción de sus efectos la colaboración del Parlamento, el control puede concretarse en la facultad de impedir". REVENGA, El Gobierno en funciones, op. cit., pág. 1521.

³⁷⁷ Señala A. BAR que el Gobierno en funciones "está sometido a preguntas e interpelaciones de los parlamentarios". *La disolución de las Cámaras Legislativas en el Ordenamiento Constitucional Español*, op. cit., pág. 280.

³⁷⁸ Iniciativa que es la que también a SANTAOLALLA, le parece más correcta. Cfr. "Comentarios al artículo 101", op. cit., pág. 1414. En la doctrina italiana establece F. PERGOLES: "Qualunque sia poi la causa della crisi sembra che l'astensione dall'azione politica comporti una sospensione di relazioni con il Parlamento, salvo, al più, risposte a semplici interrogazioni (scritte)". Así opone como ejemplo de esta práctica la exclusión de una interpelación del orden del día de la Cámara tras la crisis del Gobierno SCELBA en 1955. *Diritto costituzionale Vol. II*, Cedam, Padua, 1963, pág. 18.

dos Cámaras la tendencia restrictiva consistente en que las Mesas admiten la iniciativa pero suspenden el cómputo de los plazos hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno con lo que de hecho el Gobierno en funciones no resulta controlado, lo que es una quiebra evidente de los criterios más esenciales del régimen parlamentario³⁷⁹.

8.2. El Control Jurídico

Desde las primeras aproximaciones al Gobierno en funciones se ha puesto mucho énfasis en las difíciles perspectivas de un control jurídico. Ahora bien, la Ley del Gobierno desplaza notablemente este problema. La opinión que disiente de la solución adoptada por la poca eficacia que nunca podrá tener este sistema de control, tiene ahora sentido sólo en sede de *lege ferenda* (examen al que hay que reconocer siempre un notable papel en la doctrina constitucional no exclusivamente descriptiva) porque resulta del todo meridiano que los límites que ha señalado la ley son jurídicos³⁸⁰ (todos: aunque unos tengan la forma de principios y otros de reglas).

En efecto, como señala ALVÁREZ CONDE:

*“los límites del Gobierno cesante se configuran como verdaderas limitaciones jurídicas, lo que comporta la nulidad de aquellos actos gubernamentales que rebasan esos ambiguos límites, nulidad que, llegado el caso, puede ser declarada incluso en sede jurisdiccional”*³⁸¹.

El órgano controlador es el que proceda según las normas generales, por lo que dependerá de la forma que la actividad gubernamental lesiva haya adoptado. Así, por ejemplo, en el caso de que el Gobierno hubiera dictado un Decreto-Ley o una disposición o acto que a juicio de una Comunidad Autónoma violara su ámbito competencial el órgano de control será el Tribunal Constitucional³⁸². Es igualmente admisible que el Gobierno pueda ser parte pasiva en un conflicto de órganos constitucionales como ya tuvimos la ocasión de ver. Pero normalmente la actividad gubernamental estará sometida a la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 106 CE; es muy interesante retener, en este contexto, el último inciso del párrafo primero de este artículo cuando señala que los Tribunales controlarán el sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican).

³⁷⁹ DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, El control parlamentario del gobierno... op. cit., pág. 12.

³⁸⁰ El tenor literal de la Ley 50/1997, como no podía ser de otro modo, así lo recuerda: Artículo 26.1: “El Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación”. Artículo 26.3: “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”.

³⁸¹ El Gobierno en funciones, op. cit., pág. 218. En contra A. GALLEGU ANABITARTE: “Las posibles infracciones a esta ley por parte del Gobierno no parece razonable que tengan una sanción judicial, salvo, naturalmente, casos extremos en los que se aplicaría también al Gobierno en funciones la responsabilidad criminal (art. 102 CE) o civil: más bien lo que se puede pensar es que cuando tome posesión el nuevo Gobierno revise o revoque las medidas que según su criterio el Gobierno en funciones dictó extralimitándose en su competencia”. Cfr. “Artículo 97. Funciones del Gobierno”, en O. ALZAGA (dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. T. VIII, op. cit., pág. 111. En nuestra opinión no se puede compartir esta opinión que desvirtúa los límites y que pone como clave de bóveda una capacidad, la de revocar las decisiones que el nuevo Gobierno considere injustificadas, de la que nunca ha carecido este órgano. Según esta interpretación, el artículo 21 no añadiría nada, lo que no nos parece admisible.

³⁸² Señala el artículo 26.4 de la Ley 50/1997: “La actuación del Gobierno es impugnable ante el Tribunal Constitucional en los términos de la Ley Orgánica reguladora del mismo”.

¿Cómo opera este control jurídico? Se puede estar plenamente de acuerdo con los que han manifestado que la labor de los Tribunales va a ser enormemente gravosa. Desde luego, lo es si consideramos que el órgano encargado de controlar la regularidad de la actuación del Gobierno en funciones va a tener que deslindar, en todo caso, la competencia cubierta por el despacho ordinario de la vinculada directamente con el programa político gubernamental. Sin embargo, hay que recordar que este difícil cometido, bajo una u otra forma, es el que le corresponde a los tribunales sobre los órganos políticos desde que el Estado de Derecho se hizo realidad. Veamos concretamente cuales son los parámetros del control jurídico.

El Juez en el enjuiciamiento de la actividad del Gobierno en funciones tendrá que considerar:

1. Si se han incumplido alguno de los límites específicos. Como hemos señalado, no debe aquí atribuirse peso alguno a la urgencia como justificante.
2. Si se ha obstaculizado el proceso de formación del nuevo Gobierno o el traspaso de poderes al mismo.
3. Si el acto impugnado excede del despacho ordinario de los asuntos corrientes; para lo cual tendrá que observar los siguientes aspectos:
 - a) Si es esencialmente conservador o no innovativo
 - b) Condición sustancial: si es un acto conectado con la mayoría parlamentaria (si se trata de un acto de dirección política) o por el contrario responde a un interés objetivo, permanente y general.
4. Si el acto que se lleva a cabo se cubre con el paraguas de la necesidad. En este caso, el órgano tendrá que controlar, en primer lugar, si existen criterios suficientes para alegar la urgencia o la lesión de un interés general, lo que no supone en modo alguno sustituir al gobierno en la valoración de estas circunstancias. En concreto, el órgano controlador se tiene que limitar a descartar aquellos actos que manifiestamente no entren en estas categorías³⁸³. Además tendrá que velar porque la acreditación se haya realizado convenientemente y por la proporcionalidad de la medida como criterio final sustancial³⁸⁴. Lógicamente no nos queda más remedio que admitir aquí la enorme tarea interpretativa que recae sobre el juez.

³⁸³ Es necesario resaltar que el principio de que en caso de duda el Gobierno en funciones debe abstenerse de intervenir, antes citado según la visión de SATRÚSTEGUI, es un principio que opera como guía de la actuación gubernamental pero nunca puede trasladarse al momento del control jurisdiccional so pena de degenerar el delicado equilibrio institucional.

³⁸⁴ «Les mesures d'urgence que rendent nécessaires les circonstances exceptionnelles» voient leur légalité directement subordonnée à leur nécessité. Le juge procède à un contrôle des motifs de fait qui justifient la mesure litigieuse et le contrôle est particulièrement poussé puisque, par définition même, il doit y avoir adéquation entre la mesure prise et la situation exceptionnelle ou urgente». DOUENCE, Liban. L'expédition des affaires courantes... op. cit., pág. 1224.

9. REPERCUSIONES DEL CESE DEL GOBIERNO SOBRE EL PARLAMENTO

Cuando el Gobierno cesa el Parlamento se queda sin su interlocutor central, se encuentra sin el órgano con el que está llamado naturalmente a colaborar y sin el objeto más propio de su labor fiscalizadora. Ello marca indiscutiblemente su posición en este periodo ya que ve matizadas las funciones que de ordinario lo definen³⁸⁵.

Ahora bien, para calibrar exactamente cuales son las repercusiones del cese del Gobierno sobre el Parlamento hay que distinguir, siguiendo a la doctrina italiana, entre aquellas facultades respecto de las cuales el Gobierno es el interlocutor indispensable del Parlamento y aquellas respecto de las cuales se pueden considerar a estos dos órganos sólo como interlocutores naturales³⁸⁶. Así la concurrencia conjunta del Parlamento y del Gobierno es indispensable para el ejercicio de la función presupuestaria. El Gobierno tiene el mandato constitucional de aprobar el proyecto de Presupuestos y el Parlamento el cometido de proceder a su examen, enmienda y aprobación (artículo 134 CE). La privación de la capacidad de iniciativa gubernamental elimina de raíz la actuación parlamentaria subsiguiente.

Desgajada conceptualmente de la función presupuestaria está en el artículo 66 CE la función legislativa³⁸⁷, que considero, al contrario que en el caso anterior, que permanece jurídicamente inalterada. Hay varios argumentos que juegan a favor de esta teoría. El primero y posiblemente suficiente es que el Parlamento reúne toda la representatividad requerida para ejercer las funciones que constitucionalmente tiene atribuidas. Y la función legislativa, en segundo lugar, sigue configurándose como la función por excelencia del Parlamento, en la que el Gobierno participa como cooperador

³⁸⁵ “Uno dei più rilevanti effetti riflessi della ridotta funzionalità del Governo si verifica nei confronti dell’attività del Parlamento e ciò si giustifica, almeno in via di principio, nella logica stessa della forma di governo parlamentare, che si caratterizza non solo per l’esistenza di un rapporto di fiducia formalizzato tra i due organi, ma anche perché essa realizza la ripartizione dell’esercizio dell’unitaria funzione di indirizzo politico secondo i principi di collaborazione e di coordinamento funzionali tra essi. Per tali ragioni, la mancanza di un Governo nel pieno delle sue funzioni e, supra tutto, della sua responsabilità ha tradizionalmente precluso alle Camere il compimento di determinati atti (per difetto di presupposto, potrebbe dirsi) o fortemente ridotto l’esercizio di alcune loro attribuzioni”. G. D’ORAZIO, Considerazione critiche sulla «prorogatio»... op. cit., pág. 868. MAZZONI HONORATI en el mismo sentido señala: “La mancanza del rapporto di fiducia, sia nel caso che questo non sia ancora instaurato, sia nel caso che esso si sia interrotto, si ripercuote perciò sull’attività del Parlamento, i cui poteri risultano limitati in assenza di un Governo pleno iure”. Il Governo privo di fiducia, op. cit., pág. 189.

³⁸⁶ Cfr. C. CHIMENTI, *Gli organi costituzionali...*, op. cit., pág. 65. Esta opción me parece preferible frente a aquellas otras que postulan en general un criterio restrictivo o un régimen de absoluta continuidad que afecte por igual a todas las funciones. Un ejemplo de estas últimas teorías lo tenemos en las siguientes palabras de MAZZONI: “Benché l’ordinamento non predisponga di alcuno strumento per garantire da parte delle Camere il rispetto di tali limiti, durante il periodo in cui è interrotto il rapporto di fiducia, si ritiene che il Parlamento debba astenersi dal deliberare, facendo eccezione solo per i casi di urgenza o inerenti alle attività connesse alla concessione della fiducia”. MAZZONI HONORATI, Il Governo privo di fiducia..., op. cit., pág. 189.

³⁸⁷ Casos, cierto es que residuales, como éste, permiten seguir manteniendo la conveniencia de separar la función presupuestaria de la función legislativa.

fundamental pero no necesario³⁸⁸. Así lo mantiene, por ejemplo, SATRÚSTEGUI³⁸⁹ al señalar que en el transcurso de la crisis gubernamental “no pueden entenderse vedadas las iniciativas legislativas parlamentarias”³⁹⁰. Según este autor, otro tanto se puede decir de los procedimientos legislativos en curso, de modo que pueden continuar su tramitación parlamentaria aunque deja un cierto resquicio a su suspensión por razones de corrección constitucional. A este respecto recuerda el autor citado como la Junta de Portavoces del Congreso acordó en la sesión de 11 de febrero de 1981 postponer la inclusión en el orden del día de los Proyectos de Ley del divorcio y de autonomía universitaria hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno. Estimo que lo verdaderamente relevante para entender este caso, como el anterior, es que la capacidad normativa es atribuida a la Cámara y que un acto que afecta a la capacidad del que inició el procedimiento (ya sea el Gobierno, las asambleas legislativas de las CCAA o los firmantes de una iniciativa legislativa popular) no tiene porque trasladarse inmediatamente al Parlamento (se ha podido decir³⁹¹, que el Gobierno es dueño de su iniciativa porque puede retirarla en todo caso hasta que se adopte la decisión definitiva, pero eso no es del todo cierto ya que ¿qué tipo de dueño es aquel que no puede impedir que se apruebe una enmienda a la totalidad de devolución?). El Parlamento puede estimar si sigue o no tramitando el Proyecto y haga lo que haga no debe apoyarse en la inexistencia de responsabilidad del promotor ya que él por aprobarla asume la principal. La decisión de la Junta de Portavoces citada implica, en realidad, que la Cámara entendía inoportuna la iniciativa en ese periodo pero, reitero, son valoraciones políticas de la propia Cámara las que en realidad concurren, comparables a las que juegan en cualquier toma en consideración y no ninguna obligación derivada del cese del Gobierno³⁹².

Es necesario tener en cuenta que estamos en este último caso ante la caducidad de los Proyectos de ley, lo que no es exactamente lo mismo que eliminar la capacidad de los Grupos de presentar Proposiciones de ley cuando se carece de limitación específica.

Por lo que se refiere a la función de control, ya hemos puesto de manifiesto como no puede nunca exigir la responsabilidad política del Gobierno, pero ello no significa automáticamente la paralización del resto de los instrumentos también llamados de control desde la acepción amplia de este término que venimos asumiendo.

³⁸⁸ Lo que sí se establece es la necesidad de su participación en determinadas fases del procedimiento legislativo que tendrá que seguir ejerciendo aún cuando esté en funciones como es la calificación de aquellas proposiciones o enmiendas que pueden suponer aumento de gastos o disminución de los ingresos presupuestarios (artículo 134.6). Obvio resulta que en esta labor, típicamente tutelar, (como la denomina SATRÚSTEGUI, “Comentarios al artículo 101”, op. cit., pág. 215.) el Gobierno tendrá que actuar como el “cancerbero” del despacho ordinario. De una opinión contraria es en Italia MAZZONI HONORATI sobre la base de que la función legislativa es una manifestación de la función de *indirizzo politico* que ejercen conjuntamente el parlamento y el Gobierno. Como este dato dista de estar claro en nuestro sistema, y así lo hemos puesto reiteradamente de manifiesto, la afirmación de la autora citada no tiene la suficiente fuerza para desmentir lo que los enunciados constitucionales señalan claramente al respecto. El tenor concreto de las palabras de MAZZONI es el siguiente: “L’esercizio della funzione legislativa è strettamente collegato alla funzione d’indirizzo politico, di cui costituisce parte integrante e di cui rappresenta una manifestazione essenziale; pertanto il consenso o il dissenso all’attività delle Camere da parte di un Governo nel pieno delle sue funzioni appare sempre come un requisito necessario”. MAZZONI HONORATI, Il Governo privo di fiducia..., op. cit., pág. 189.

³⁸⁹ Aunque basándose en la autonomía parlamentaria, lo que no me parece un criterio muy estable ya que la autonomía se concibe precisamente como concepto anclar de las funciones.

³⁹⁰ Obsérvese que cuando el parlamentario adquiere la condición plena puede ejercer todos los derechos inherentes al cargo (entre los que está obviamente el de participar en la función legislativa) y que no hay ninguna limitación específica en este sentido en los reglamentos parlamentarios, Así entiendo que frente a la decisión restrictiva en su caso podría interponerse un recurso de amparo por lesión del artículo 23.2 CE.

³⁹¹ M. ARAGÓN, La iniciativa legislativa, REDC, núm. 16, 1986, pág. 290.

³⁹² Desde esta óptica hay que valorar el procedimiento legislativo en este caso. Así, en el turno de intervención gubernamental en defensa del proyecto no hay que advertir sino un trámite previsto por el ordenamiento parlamentario para que el que apreció la necesidad de una norma de rango legal exponga cuales fueron los criterios motivantes con la única intención de volver a ofrecer a las Cámaras una nueva oportunidad de tomar partido con el máximo de garantías.

Mientras el Parlamento es permanente por acción de lo que el principio democrático significa en la forma de gobierno parlamentaria, el Gobierno, como órgano separado de la Administración, continúa en funciones como consecuencia de un nuevo principio motor de las Constituciones actuales: el principio del Estado Social. Esto significa que si la continuidad del Parlamento es absolutamente básica, capital, la del Gobierno no lo es menos en cuanto que técnica para que el Estado pueda seguir desempeñando todas las funciones que lo hacen insustituible. De esta manera se aprecia con meridiana claridad como la continuidad de estos órganos está directamente vinculada con la evolución del mismo Estado.

Además de lo anterior, es procedente señalar como el periodo en el que el Gobierno está en funciones debe ser un periodo afectado funcionalmente a consecuencia de la falta de representatividad que tiene lugar con el cese. Así que, de un lado, el Estado Social no puede apearse del Gobierno/Administración pero, de otro, cuando éste cesa ha de producirse una atenuación en su ámbito competencial congruentemente con el nuevo carácter que adquiere. Este principio opera al margen de las consecuencias que pueda tener la actuación gubernamental (Lo que se afirma entonces es que el Gobierno no representativo no puede actuar igual que el Gobierno que sí lo es, independientemente del régimen concreto reservado a sus actuaciones). Pero igualmente debemos constatar también que si el Gobierno en funciones queda "maniatado", es porque se ha roto la relación de confianza con el Parlamento y, por tanto, éste no puede controlar la actuación gubernamental hasta su extremo, es decir, hasta poder deducir de ella la responsabilidad política. La consideración del control parlamentario como un elemento esencial del sistema parlamentario nos debe llevar a entender fuera del ámbito competencial admisible aquellas actuaciones respecto de las cuales no pueda operar con todo su "arsenal". Así, el cese del Gobierno es una circunstancia en la que se produce una modificación paritaria de los elementos básicos de nuestro sistema sin que en ningún caso desfallezcan³⁹³. El tratamiento del Gobierno en funciones debe tener como norte fundamental que los procesos de renovación de los órganos representativos precisen de una alteración competencial de los órganos implicados, pero en ningún caso del equilibrio (ese es uno de los sentidos que cabe atribuir al principio de lealtad constitucional mencionado en la Exposición de Motivos) que la Norma Fundamental diseña. La ley 50/1997 es una adecuada manifestación del llamado por RUGGERI³⁹⁴ principio de cooperación entre los órganos constitucionales que, como señala, requiere de un especial cuidado en los periodos de crisis.

³⁹³ Así puede decir MARINI que "la continuità degli organi costituzionali trova il proprio fondamento nell'esigenza di conservazione della forma di governo vigente". F.S. MARINI, *Il principio di continuità degli Organi Costituzionali*, op. cit., pág. 33.

³⁹⁴ A. RUGGERI, *Le crisi di Governo tra ridefinizione delle regole e rifondazione della politica*, Giuffrè, Milán, 1990, pág. 52.

- AGUIAR DE LUQUE, L., "La posición del Gobierno cesante o en funciones en el Ordenamiento Constitucional Español", en A. GARRORENA (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, Madrid, 1990.
- ALONSO HIGUERA, C., *Elección y constitución de Ayuntamientos*, Marcial Pons, Barcelona, 1999.
- ALVAREZ CONDE, E., El Gobierno en funciones, *Documentación Administrativa*, nº 246-247 (septiembre 1996-abril 1997)
- AMPHOUX, J., *Le Chancelier Federal dans le regime constitutionnel de la Republique Federal d'Allemagne*, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969.
- ARAGÓN REYES, M., Composición y organización del Gobierno y estatuto de sus miembros, *DA*, núm. 246-247.
 - *Derecho y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989
 - El control como elemento inseparable del concepto de Constitución, *REDC*, nº 19, 1987.
 - "Estatuto de los miembros del Gobierno: Acceso y permanencia" en L. PAREJO ALFONSO, (ed). *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el proyecto de Ley reguladora del Gobierno*. BOE, Madrid, 1996.
 - La iniciativa legislativa, *REDC*, núm. 16, 1986.
- ARCE JANARIZ, A., A vueltas con la asignación jurisdiccional de los conflictos positivos de competencia, *REDA*, núm. 79, 1993.
 - Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la jurisprudencia de conflictos de competencia, *REDA*, núm. 70.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del derecho I. Principios del Ordenamiento Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1991.
 - *Fuentes del derecho II. Ordenamiento general del Estado y Ordenamientos autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- BAR CENDÓN, A., *El Presidente del Gobierno en España: encuadre constitucional y práctica política*, Cívitas, Madrid, 1983
 - *La disolución de las Cámaras legislativas en el Ordenamiento Constitucional Español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1989.
- BATAILLE, G., *Ce que j'entends par souveraineté*, 1976 (Trad. esp., *Lo que entiendo por soberanía*, Paidós, Barcelona, 1996).

- BERLIA, G., La dissolution et le régime des pouvoirs publics, *Revue du Droit Public*, 1956.
- BERNARD, M., Conclusions des Commissaires du Gouvernement, *Revue du Droit Public*, 1962.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Le norme della correttezza costituzionale*, Milán, 1939.
- BLANCO VALDÉS, R., Acción del gobierno, política de nombramientos y control parlamentario, *DA*, nº246-247.
- *La ordenación constitucional de la Defensa*, Tecnos, Madrid, 1988
- BLUM, L., *La reforma gubernamental*. (Estudio preliminar, edición y traducción de J. GARCÍA FERNÁNDEZ) Tecnos. Madrid, 1996.
- BOCCACCINI, G., Governo dimissionario e decretazione d'urgenza, *Quaderni costituzionali*, abril, 1987.
- BOUYSSOU, F., L'introuvable notion d'affaires courantes. L'activité des gouvernements démissionnaires sous la Quatrième République, *Revue Française de Science Politique*, vol. XX, agosto, 1970.
- BOZZI, A., "Sulla supplenza del Presidente della Repubblica" en *Studi di Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1961.
- BURGOA, I., *Derecho Constitucional Mexicano*, (Octava Edición), Porrúa, México, 1991
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., *El mandato parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., GÓMEZ MONTORO, A.J., MEDINA GUERRERO, M., REQUEJO PAGÉS, J.L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw Hill, Madrid, 1997.
- CÁMARA VILLAR, G., "El poder ejecutivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía", en CÁMARA VILLAR, SÁNCHEZ LÓPEZ y TERRÓN MONTERO, *El Estatuto de Autonomía III: El Gobierno y la Administración*, Ariel, Barcelona, 1990.
- "Mito y realidad. Sobre ciertos enemigos menores e intrasistema de la centralidad del Parlamento", en J. CANO BUESO y A. PORRAS NADALES (coords.), *Parlamento y consolidación democrática*, Tecnos, Madrid, 1994.
- CARMONA CONTRERAS, A.M., *La configuración constitucional del decreto-ley*, CEPC, Madrid, 1997.
- CASCAJO CASTRO, J.L., La forma parlamentaria de Gobierno en el sistema constitucional español, *RVAP*, núm. 34, 1992.
- CERRI, A., Sindicabilità da parte della Corte Costituzionale dei presupposti della legge e degli atti aventi forza di legge, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1965.

- CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- CHELI, E., *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale*, *Archivio Giuridico*, vol. CLXIX, 1965.
- CHIMENTI, C., *Gli organi costituzionali nella forma di governo italiana*, Giappichelli, Turin, 1989.
- DERRIDA, J., *Fuerza de ley. El "fundamento místico de la autoridad"*, Tecnos, Madrid, 1997
- DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, L., "El control parlamentario del Gobierno en funciones a la luz de la Constitución", en *Parlamento y control del Gobierno*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- DE OTTO, I., *Organización y funcionamiento del Gobierno*, DA, 1988, p. 178.
- DE VEGA GARCÍA, P., *Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en le constitucionalismo actual*, REP, nº 100, 1998
- DEL BURGO TAJADURA, J.I., *Curso de Derecho Foral Público de Navarra*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- DI CIOLO, V., *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Giuffrè, Milán, 1987.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *La criminalidad de los gobernantes*, Mondadori, Madrid.
 - *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en el Derecho español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
 - *Voz "Órgano Constitucional"*, *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Madrid, 1995.
- DOGLIANI, M., *Indirizzo político. Riflessioni su regole e regolarità nel Diritto Costituzionale*. Napoles, Jovene, 1985.
- D'ORAZIO, G., *Considerazioni critiche sulla prorogatio nell'organizzazione costituzionale italiana*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 3, 1980.
- DOUENCE, J.C., *Liban. L'expédition des affaires courantes par un gouvernement démissionnaire*, *Revue du Droit Public*, 1970
- ELIA, L., *Sulla «ordinaria amministrazione» degli organi costituzionali*, *Archivio Giuridico*, 1958
- ESPÍN TEMPLADO, E., *Intervención en, Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el proyecto de Ley reguladora del Gobierno*, BOE, Madrid, 1996.
- ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildungs des Privatsrechts (1956)* (Trad. esp. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado, BOSCH, Barcelona, 1956).
- FERNÁNDEZ PÉREZ, B., "Comentarios al artículo 32", en R. BOCANEGRA SIERRA (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias*, MAP, Madrid, 1987.

- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *El "juez natural" de los parlamentarios*, Cívitas, Madrid, 2000.
- FRIEDRICH, C.J., *Demokratie als Herrschafts und Lebensform*. (Trad. esp. *La democracia como forma política y como forma de vida*, Tecnos, Madrid, 1961)
- GALLEGO ANABITARTE, A., "Artículo 97. Funciones del Gobierno", en O. ALZAGA, dir., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho administrativo*, Cívitas, Madrid, 1997.
- GARCÍA HERRERA, M.A., La continuidad del gobierno vasco, *RVAP*, nº11, enero-abril, 1985
- GARCÍA MAHAMUT, R., *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2000.
- GARCÍA ROCA, J., *El conflicto entre Órganos Constitucionales*, Tecnos, Madrid, 1987.
 - *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, CEC, Madrid, 1993.
- GARRORENA MORALES, A., Voz "Parlamentarismo", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Cívitas, Madrid, 1995.
- GIANFORMAGGIO, L., L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi, *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, 1985.
- GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1995.
- GÓMEZ MONTORO, A., *El conflicto entre órganos constitucionales del Estado*, CEC, Madrid, 1992.
 - Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia, *REDC*, núm. 30, 1990.
- GONZÁLEZ CUETO, T., El Proyecto de Ley del Gobierno, *DA*, nº 246-247 (septiembre 1996-abril 1997).
- GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J., *El refrendo*, CEPC, Madrid, 1998.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Los controles de la legislación delegada*, CEC, Madrid, 1995.
- HESSE, K., Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Selección, traducción e introducción de P. CRUZ VILLALÓN, *Escritos de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1992)
- JEANNEAU, B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Altos cargos y directivos públicos*, IVAP, Oñati, 1998.

- JIMÉNEZ CAMPO, J., "El control de la constitucionalidad de la Ley", en F. RUBIO LLORENTE y J. JIMÉNEZ CAMPO, *Escritos sobre jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid, 1997.
 - Las Diputaciones Permanentes y el control sobre el Decreto-Ley, *RDPol*, núm. 15, 1982.
 - "Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios", en PAU I VALL (coord), *Parlamento y justicia constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
 - "Voz Ley de Armonización", en *Enciclopedia Jurídica Básica Cívitas* T. III, Madrid, 1995.
- JORDANO FRAGA, J., ¿Jaque mate al acto político?, *REDA*, núm. 95, julio-septiembre, 1997.
- JOVER LORENTE, F.A., "Comentarios al artículo 40", en L. LÓPEZ GUERRA y J.E. SORIANO GARCÍA (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, MAP, Madrid, 1992.
- KANTOROWICZ, E.H., *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*, 1957 (Trad. esp. *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, Alianza, Madrid, 1985)
- KRIELE, M., *Einführung in die Staatlehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates (1975)*. (Trad. esp. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980)
- LABRIOLA, S., *Crisi di governo, patti di coalizione, riforme elettorali (Note critiche sugli aspetti costituzionali della crisi del primo governo Craxi del 27 giugno 1986)*, *Giurisprudenza costituzionale*, Fasc. 10, 1986.
- LAVILLA RUBIRA, J.J., *La Diputación Permanente en el Ordenamiento español*, en *Comentarios la las Leyes Políticas* (dir. por O. ALZAGA), Edersa, Madrid, 1989.
- LE BOS-LE POURHIET, A.M., *Le remplacement du Premier Ministre empêché: intérim ou délégation?*, *Revue du Droit Public*, 4-1984.
- LÓPEZ AGUILAR, J.F., *Una reflexión a propósito del control parlamentario del ejercicio del derecho de gracia*, *RCG*, núm. 37.
- LÓPEZ CALVO, J., *Organización y funcionamiento del Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1996.
- LÓPEZ GUERRA, L., *Funciones del Gobierno y dirección política*, *DA*, nº 215, 1988.
 - Voz "Dirección política", *Enciclopedia Jurídica Básica Cívitas*, Cívitas, Madrid, 1995.
 - Voz "Gobierno en funciones", en *Enciclopedia Jurídica Básica Cívitas*, T. II, Cívitas, Madrid, 1995.
- LÓPEZ RAMÓN, F., *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, CEC, Madrid, 1987.
- LOZANO, B., "El indulto y la amnistía ante la Constitución", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría (T.II)*, Cívitas, Madrid, 1991.

- LUTZ, B., *Die Geschäftsführende Regierung nach dem Grundgesetz*, Berlin, 1969.
- LLORCA ORTEGA, J., *La Ley de indulto (Comentarios, jurisprudencia, formularios y notas para su reforma)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- MANGAS MARTÍN, A., y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, (2ª Ed.), McGraw Hill, Madrid, 1999
- MARINI, F.S., *La continuità degli Organi Costituzionali*, Giuffrè, Milán, 1997.
- MARTÍNEZ-ELIPE, L., *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno. Volumen I. Fiscalización parlamentaria y extraparlamentaria. Inspección parlamentaria*, Aranzadi Navarra, 2000.
- MARRAMA, R., *Titolari degli organi pubblici e principio di continuità. (Sul problema della c.d. «prorogatio» dei poteri)*, Morano, Napolés, 1969.
- MAZZONI HONORATI, M.L., Note sul "Governo privo di fiducia" nell'ordinamento costituzionale italiano, *Riv. trim. Dir. Pubb.*, 1980.
- MENÉNDEZ REXACH, A., *La Jefatura del Estado en el Derecho Público español*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Modernas tendencias del Derecho Constitucional* (Trad. esp. de S. ALVÁREZ-GENDÍN), ed. Reus, Madrid, 1934.
- MOLAS BATLLORI, I., y PITARCH, I., *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1987.
- MORTATI, C., *Istituzioni di Diritto Pubblico II*, Novena Edición, Cedam, Padua, 1976.
- NIETO, A., *La "nueva" organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.
- OBREGÓN GARCÍA, A., *La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno*, Civitas, Madrid, 1996.
- OLIVER LEON, B., "Inviolabilidad regia y Constitución normativa", en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a J.J. RUIZ-RICO*, Tecnos, Madrid, 1997.
- PAREJO ALFONSO, L., ¿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).
 - La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia, *DA*, núm. 246-247.
- PERGOLESI, F., *Diritto costituzionale Vol. II*, Cedam, Padua, 1963.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1995

- PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976.
- PÉREZ TREMPES, P., Composición, organización y estatuto de los miembros del Gobierno: apostillas al Proyecto de Ley del Gobierno, *DA*, núm. 246-247.
- PISANESCHI, A., *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*. Giuffrè, Milán, 1992.
 - *La prorogatio delle Camere ed equilibrio tra i poteri*, Giappichelli, Turín, 1993
- PIZZORUSSO, A., "Organizzazione dei pubblici poteri", *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXI, Milán, Giuffrè, 1981.
- PORRAS RAMÍREZ, J.M., *Principio democrático y función regia en la Constitución Normativa*, Tecnos, Madrid, 1995.
- PUNSET, R., Sujetos, actos impugnables y presupuesto de la impugnación en los conflictos positivos de competencia, *REDC*, núm. 26, 1989.
- RAZQUÍN LIZAGARRA, M.Mª., "Comentario al artículo 28" en J.A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Navarra*, MAP, Madrid, 1992.
- REMIRO BROTONS, A., "Comentarios a los artículos 93 y 94", en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, T. VII, EDESA, Madrid, 1998.
 - *La acción exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984.
- RESCIGNO, G.U., *La responsabilità politica*, Giuffrè, Milán, 1967.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., "El Gobierno en funciones", en AAVV, *Gobierno y Administración en la Constitución*, DGSJE, IEF, Madrid, 1988.
 - *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, CEC, Madrid, 1988
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Comentarios al artículo 102. Criterios para la exigencia de responsabilidad criminal al Presidente y demás miembros del Gobierno", en (O. ALZAGA dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, T. VIII, EDESA, Madrid, 1985.
- ROMANO, A.A., *La prorogatio negli organi costituzionali*, Giuffrè, Milán, 1967
- ROMANO, S., "Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato", en *Scritti minori*, Giuffrè, Milán, 1950.
- RUBIO LLORENTE, F., El control parlamentario, *Revista Parlamentaria de Habla Hispana*, nº 1, 1985.
 - *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993.
 - "Recensión a Il Diritto Mite de G. ZAGREBELSKY", *REDC*, nº 40, 1994.
 - "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", en *La forma del poder, (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993.

- RUBIO LLORENTE, F., y DARANAS PELÁEZ, M., *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 1997.
- RUBIO LLORENTE, F., y PÉREZ-SERRANO JAÚREGUI, N., *Notas Parlamentarias, RFDUC*, núm. 60, 1980.
- RUGGERI, A., *Le crisi di Governo tra ridefinizione delle regole e rifondazione della politica*, Giuffrè, Milán, 1990.
- RUSSELL, B., *Power. A New Social Analysis, 1939* (Trad. Esp. *El poder en los hombres y en los pueblos*, Losada, Buenos Aires, 1968)
- SAIZ ARNAIZ, A., *El Gobierno y la dirección de la política, RVAP*, nº 34, 1997.
- SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, Edit. Nacional, Madrid, 1980.
- SANDULLI, A.M., *Governo e Amministrazione, Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966.
- SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
 - La teoría del órgano en Derecho Administrativo, *REDA*, nº 40-4, pág. 44
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., "Comentario al artículo 101", en *Comentarios a la Constitución* (F. GARRIDO FALLA. Coord.), Civitas, Madrid, 1985.
 - "Crónica Parlamentaria", *REDC*, núm. 1, 1981.
 - *Derecho parlamentario español*, Espasa Universidad, Madrid, 1990.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, Tecnos, Madrid, 1988.
- SATRÚSTEGUI, M., "Comentarios al artículo 101", en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, T. VIII, EDERSA, Madrid, 1985.
 - "Comentarios al artículo 101", en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1998.
- SCHABERT, T., *Mitterrand frente a una lección comparada de gobierno, REP*, nº103, 1999.
- SCHMITT, C., *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971.
 - "Teología Política" en *Estudios políticos* (Trad. de F. J. CONDE), Doncel, Madrid, 1975.
- SOLÉ TURA, J., "Las Comunidades Autónomas como sistemas semipresidenciales" en AAVV, *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 1985.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., *El régimen parlamentario y sus enemigos (Reflexiones sobre el caso español)*, *REP*, núm. 93, 1996.

- TEROL BECERRA, M.J., *El conflicto positivo de competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- THAULEO, S.F., *Il ruolo del Chancelliere Federale secondo la Legge Fondamentale*, Giappichelli, Turin, 1994.
- TORRES MURO, I., *Los Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid, 1999.
- TREVES, R., "Convenzioni costituzionale", *Enciclopedia del Diritto*, vol X, Milán, 1962.
- TRUJILLO RINCÓN, M.L., *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1995.
- VILLACORTA MANCEBO, L., *Reserva de ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1994.
- VIRGA, P., *La crisi e le dimissioni del Gabinetto*, Giuffrè, Milán, 1948.
- VIRGALA FORURIA, E., *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.
- VIVER PI-SUNYER, C., "Algunos problemas jurídicos en torno a la actividad de dirección política de los Ejecutivos de las Comunidades Autónomas" en *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, 1985.
- WALINE, M., *Limites des pouvoirs d'un gouvernement démissionnaire; Contrôle de legalité et contrôle d'opportunité* (Conseil d'Etat, 4 avril 1952. Syndicat régional des quotidiens d'Algérie), *Revue de Droit Public*, 1952.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995.
 - La formazione del Governo nelle prime quattro legislature repubblicane, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1968.
 - *Manuale di diritto costituzionale I. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Turin, 1988,
 - "Voz Indulto", en *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Giuffrè, Milán, 1971.