

EL GOBIERNO Y SU REGULACIÓN: ENFOQUES POSITIVOS Y NEGATIVOS

LUIS LÓPEZ GUERRA

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL GOBIERNO: 2.1. *El proyecto de 1980*. 2.2. *El Decreto-ley de 1982 y la Ley de Organización de la Administración Central del Estado de 1983*. 2.3. *La Ley del Gobierno de 1997*.—3. LA COMPOSICIÓN, ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL GOBIERNO.—4. LÍMITES Y CONTROL DE LA ACCIÓN DEL GOBIERNO: 4.1. *Actos de gobierno y derechos fundamentales*. 4.2. *El control jurisdiccional de los actos del Gobierno a partir de los «conceptos judicialmente asequibles»*.—5. LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO COMPETENCIAL DEL GOBIERNO.

1. INTRODUCCIÓN

La experiencia práctica y la regulación legislativa posteriores a 1978 han venido a confirmar las características esenciales del Gobierno que ya aparecían apuntadas en la Constitución y que han sido en forma general admitidas por la doctrina (1): el carácter autónomo de la institución (distinta de Corona y Administración), la preeminencia efectiva del Gobierno, o si se quiere, su «centralidad» en relación con el resto de los órganos constitucionales, y ya dentro del Gobierno, la preeminencia funcional de su Presidente sobre el resto de los

(1) Como trabajos de índole general pueden consultarse IGNACIO DE OTTO: «La posición constitucional del Gobierno», en *Documentación Administrativa*, 188 (1980), págs. 139-180; J. L. PÉREZ FRANCESCH: *El Gobierno*, Madrid, 1993; JAVIER GARCÍA FERNÁNDEZ: *El Gobierno en acción*, Madrid, 1995; LUIS LÓPEZ GUERRA: «La posición del Gobierno en la Constitución Española», en E. ÁLVAREZ CONDE (ed.): *Administración Pública y Constitución*, Madrid, 1998, págs. 353-366. Una amplia descripción de la estructura y funcionamiento del órgano puede encontrarse en JOSÉ LÓPEZ CALVO: *Organización y funcionamiento del Gobierno*, Madrid, 1996.

órganos gubernamentales. Ahora bien, esas características siguen dependiendo aún en gran manera de prácticas y convenciones no escritas, tanto o más que de regulaciones formalizadas; incluso, dentro de estas regulaciones, subsisten amplias áreas de imprecisión, conceptual y material. Posiblemente la misma naturaleza de la institución gubernamental ha hecho difícil (y quizás inconveniente) plasmar en textos normativos los detalles de su composición, estructura y actuación.

Por lo que se refiere a su carácter autónomo, la Constitución parte de una configuración de la institución gubernamental claramente diferenciada de la Corona (separándose así de la tradición constitucional monárquica que establecía un ejecutivo formado por «el Rey y sus ministros») y de la Administración, si bien, en este último aspecto, una separación neta entre Gobierno y Administración no se ha revelado factible; no sólo porque los miembros del Gobierno son también jefes de departamentos administrativos, sino porque en no pocas ocasiones se atribuyen al Gobierno competencias administrativas concretas, en materias como contratos del Estado, régimen de personal, o patrimonio del Estado. Ello ha podido ser sometido a crítica (2) pero parece difícilmente evitable la doble consideración del Gobierno como órgano con entidad propia, y a la vez, como órgano integrado en la Administración, ante la necesidad de dar la máxima autoridad a determinadas decisiones administrativas de especial trascendencia, por su relevancia económica o sus consecuencias. El que, como se verá, se haya separado la regulación legal del Gobierno de la correspondiente a la Administración General del Estado no ha evitado el mantenimiento de la atribución de tareas administrativas al Gobierno.

Por lo que atañe a la preeminencia o centralidad del Gobierno respecto de los demás órganos constitucionales del Estado, ello no debe entenderse, desde luego, en el sentido de que ostente una mayor legitimidad (pues su vinculación con la voluntad popular es en todo caso indirecta) (3) o de que se sitúe en una posición jerárquicamente superior respecto de los demás poderes del Estado, lo que resultaría incompatible con un sistema constitucional de separación de poderes, sino en cuanto que su actuación viene a condicionar decisivamente la actividad ordinaria de los demás órganos. Esta preeminencia gubernamental (que por otra parte tampoco es una novedad en el constitucio-

(2) Por ejemplo, en la «Intervención» de J. M. BAÑO LEÓN, en LUCIANO PAREJO (ed.): *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el proyecto de ley reguladora del Gobierno*, Madrid, 1996, págs. 88-89.

(3) Me remito sobre esta cuestión a mi trabajo «Modelos de legitimación parlamentaria y legitimación democrática del Gobierno: su aplicación a la Constitución Española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23 (1988), págs. 71-97.

nalismo comparado) (4) deriva no sólo de las funciones específicas que la Constitución le encomienda, sino sobre todo de la función genérica de dirección de la política interior y exterior, función que ha venido a definir el papel del Gobierno dentro del sistema constitucional (5). Sobre este aspecto, puede hablarse de unanimidad en la doctrina; respecto de la práctica, pocas dudas pueden caber.

Finalmente, tampoco resulta hoy discutible la posición de preeminencia, dentro del Gobierno, de la figura de su Presidente, y ello tanto a la vista de los mandatos constitucionales relativos a su modo de elección, sus funciones y sus relaciones con el resto de los miembros del Gobierno, como de la práctica ininterrumpida desde la entrada en vigor de la Constitución (y, realmente, con anterioridad a la misma). Es ya común la consideración del Gobierno en el caso español como una manifestación del tipo «gobierno de canciller», en que quedan en segundo lugar (aunque no desaparezcan del todo) los principios de colegialidad y de competencia ministerial (6).

Ahora bien, la regulación constitucional del órgano es forzosamente reducida, y establece únicamente lo que podría llamarse el esqueleto normativo de la institución. Ello ha hecho que se haya llevado a cabo durante estos primeros veinticinco años de vigencia del texto constitucional, una tarea, tanto legislativa como jurisprudencial, de determinación más concreta de las características del Gobierno, en aras tanto de la seguridad jurídica como de la misma eficacia de su actuación. Pero esa tarea no ha sido fácil, y en algunos aspectos se ha puesto en duda su misma conveniencia.

En efecto, la precisión en términos jurídicos de los diversos aspectos relativos al Gobierno, tanto en lo que atañe a su composición, estructura y funciones, como a los límites y controles que se imponen a su actuación, límites derivados tanto de los derechos de los ciudadanos como de la posición y competencias de otros órganos constitucionales, no ha dejado de presentar, y sigue presentando, problemas de difícil resolución. Por lo que se refiere a lo que podría denominarse «desarrollo» normativo de las previsiones constitucio-

(4) En palabras de F. GARRIDO FALLA: «la preeminencia natural del Gobierno o poder ejecutivo en el juego de los poderes del Estado (Hauriou) constituye uno de los dogmas del Derecho Público moderno», en «El Gobierno y su presidente», en VV.AA.: *La Constitución de 1978. Veinte años de democracia*, Madrid, 1998, pág. 386.

(5) L. LÓPEZ GUERRA: «Funciones del Gobierno y dirección política», *Documentación Administrativa*, 215 (1988), págs. 15 y sigs.

(6) Ver, por ejemplo, J. L. PÉREZ FRANCESCH: «El liderazgo político y la preeminencia institucional del Presidente del Gobierno en el marco de la competencia gubernamental de dirección de la política», en A. MONREAL (ed.): *La división de poderes: el Gobierno*, Barcelona, 2000, págs. 61-78.

nales referidas a la composición del Gobierno (tipos y número de sus miembros) y a su estructura y normas de funcionamiento, así como al alcance y extensión de sus funciones, la experiencia ha venido a mostrar que la naturaleza de la función directiva a desarrollar por el Gobierno, de índole esencialmente política, y que requiere una continua adaptación a las circunstancias del momento, caracterizada por las notas de agilidad y flexibilidad, convierte a todo intento de formalización normativa excesivamente rígida en un obstáculo para el buen funcionamiento del órgano. Y por lo que se refiere a la tarea (sobre todo jurisprudencial) de determinación «negativa» de los límites y controles a que la acción gubernamental está sujeta, el problema a resolver reside en la compaginación de la necesaria libertad de acción política gubernamental con el respeto a los derechos de los ciudadanos y el sometimiento al ordenamiento jurídico que caracteriza el Estado de Derecho.

Aun así, y pese a esas dificultades, desde la aprobación de la Constitución hasta el momento se ha ido produciendo una lenta pero continua juridificación de la institución, no sólo por obra de la normativa, legal o reglamentaria, sino también por la acción de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo y de otras instancias judiciales, como del Tribunal Constitucional. Debe señalarse que, en lo que se refiere a la regulación normativa, se ha llevado a cabo en el ámbito de las Comunidades Autónomas con anterioridad al ámbito estatal, representando así las Comunidades Autónomas en este ámbito un laboratorio o campo de pruebas. De hecho, ello ha repercutido en la doctrina jurisprudencial, al referirse muchas de las decisiones del Tribunal Supremo, Constitucional y otros Tribunales a cuestiones relevantes en esta materia relativas a los Consejos de Gobierno autonómicos.

2. LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL GOBIERNO

A partir de la entrada en vigor de la Constitución se han sucedido diversos intentos de llevar a cabo una configuración legal del Gobierno que desarrollase y completase las previsiones constitucionales. En forma evidente, la regulación preconstitucional del Gobierno, integrada fundamentalmente por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957 (que consideraba al «Jefe del Estado, el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas, el Presidente del Gobierno y los Ministros» como «órganos superiores de la Administración del Estado») no respondía a las necesidades derivadas de los nuevos mandatos constitucionales. No obstante, su sustitución sólo ha sido posible tras un largo proceso, tras varios intentos fallidos, y casi

veinte años después de aprobada la Constitución, mediante la Ley del Gobierno de 1997; sustitución que, por otra parte, no ha dejado de estar sometida a críticas (7).

La tarea de someter a una regulación normativa la composición, estructura y funcionamiento del Gobierno se reveló como rodeada de no pocas dificultades y dudas, habiendo experimentado, de 1978 a hoy, notables variaciones y cambios de rumbo en cuanto a, al menos, tres cuestiones:

a) Por una parte, si el tratamiento normativo del Gobierno debiera efectuarse en forma autónoma o conjuntamente con el tratamiento de la Administración;

b) En segundo lugar, y en lo que atañe a la regulación de la institución gubernamental, la forma en que esta regulación debiera insertarse en el marco de las fuentes del Derecho; tanto en lo que se refiere al rango de las normas legales que versasen sobre la materia como en cuanto a si resultaba adecuado el esquema Ley parlamentaria/reglamento ejecutivo o si debiera reconocerse un ámbito de autonormación al Gobierno, similar al reconocido a otros órganos constitucionales; y

c) Finalmente, la «densidad normativa» que debiera asumir la regulación del Gobierno, referida tanto a las materias que hubiera de abarcar como a la congelación, dentro del rango legal, de la normación de determinadas características orgánicas y funcionales del Gobierno, frente a una más amplia remisión al reglamento de esas características.

2.1. *El proyecto de 1980*

El primer intento de regulación, que se llevó a cabo en 1980, año en que el Gobierno de la Unión de Centro Democrático presentó un proyecto de *Ley Orgánica del Gobierno, de la Administración del Estado y de la Función Pública* (8), contestaba a las dos primeras cuestiones en forma que puede desprenderse de su mismo título: por una parte, en cuanto al rango necesario de la norma reguladora del Gobierno, en el proyecto se definía como «Ley Orgánica»; y por otra, en cuanto al ámbito de materias a cubrir, el proyecto se extendía no sólo al Gobierno, sino también a la Administración y a la función pública. Por lo que atañe a la mayor o menor rigidez de sus disposiciones, el proyecto suponía una amplia remisión a la potestad reglamentaria, y no sólo

(7) Por ejemplo, en GARRIDO FALLA: *Op. cit.*, pág. 390.

(8) Publicado en *BOCG* el 5 de febrero de 1980.

referida la estructura del Gobierno: su artículo 22 suponía una auténtica consagración formal de los «reglamentos independientes» (9).

2.2. *El Decreto-ley de 1982 y la Ley de Organización de la Administración Central del Estado de 1983*

Las circunstancias de la legislatura 1979-1982 no fueron las más favorables para la conversión del proyecto en ley. El cambio en la orientación política derivado de las elecciones de octubre de 1982 dio lugar a la introducción de nuevos enfoques, que vinculaban la regulación del Gobierno con la propuesta «reforma de la Administración». En cuanto a la cuestión de la forma y rango de la normativa sobre el Gobierno, se abandonó toda pretensión de reservar a la Ley orgánica la regulación del Gobierno, y la primera disposición al respecto fue un Real Decreto-ley de diciembre de 1982 (10); sin embargo, el empleo de este tipo de fuentes fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Este recurso, al resolverse por el Tribunal algún tiempo después (11), dio a éste la posibilidad de clarificar el régimen constitucional relativo al régimen de fuentes aplicable a la regulación del Gobierno. El Tribunal vino a declarar que la reserva de ley del artículo 98.1 CE («*El Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes, en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley*») se refería únicamente a la determinación de las distintas categorías o tipos de miembros que integraran el Gobierno, y no al número y denominación de los diversos departamentos; mientras que la reserva del artículo 103.2 CE («*Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley*») se configuraba como una reserva relativa de ley, por cuanto no exigía que los órganos de la Administración del Estado fueran creados, regidos y coordinados necesariamente *por* la ley, sino de acuerdo con ella; con lo que venía a abrir el campo, no sólo al Decreto-ley, sino también a la colaboración reglamentaria en este aspecto. Con esto quedó parcialmente resuelto el problema del rango normativo de la regulación del Gobierno, excepto en lo relativo a la (no planteada) cuestión de la capacidad autonormativa del mismo.

(9) Art. 22: «*El Gobierno en el ejercicio de su potestad reglamentaria, está facultado para regular todas las materias que no lo hayan sido por las Cortes Generales, con excepción de las reservadas por la Constitución al dominio de las leyes, así como para dictar normas en desarrollo y aplicación de las mismas*».

(10) R. Decreto-ley 22/1982, de 7 de diciembre, sobre medidas urgentes de reforma administrativa.

(11) STC 60/1986, caso *Decreto-ley de medidas urgentes de reforma administrativa*.

La vigencia del Real Decreto-ley de 1982 fue de corta duración, y pronto vino a verse sustituido por la Ley de Organización de la Administración Central del Estado (12). Esta Ley (que se mantuvo como norma nuclear de la regulación del Gobierno durante cerca de quince años) mantenía la perspectiva tendente a la regulación conjunta de Gobierno y Administración; en cuanto a su contenido, se trataba de una normativa muy esquemática, regulando la composición del Gobierno y de sus órganos colegiados, y formalizando (como ya hiciera el Real Decreto-ley de 1982) el papel de diversos órganos de apoyo al Gobierno y su Presidente, y, entre ellos, el Gabinete de la Presidencia del Gobierno.

Por lo que atañe a su densidad normativa, la Ley no hacía referencia a las reglas del funcionamiento del Gobierno, ni trataba de desarrollar las funciones a éste constitucionalmente atribuidas. Por otra parte, conservaba la congelación de rango legal, introducida en el Real Decreto-ley de 1982, relativa a la composición del Gobierno, y el número y denominación de los Departamentos Ministeriales. Ello implicaba una rigidez poco compatible (como vino pronto a reconocerse) con la necesaria libertad de movimientos que permitiera adoptar la composición del Gobierno a las cambiantes necesidades de cada momento. La fórmula seguida, para conseguir una mayor libertad de movimientos en este respecto fue, a partir de ley de Presupuestos de 1985, la autorización anual al Presidente del Gobierno para que, mediante Real Decreto, pudiera alterar el número y denominación de los departamentos ministeriales, autorización trasladada, desde 1994, a la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (ley de acompañamiento). En todo caso, la Ley 10/1983 seguía siendo una regulación muy parcial del Gobierno, lo que implicaba el mantenimiento de buena parte de la regulación preconstitucional sobre la institución, así como la dispersión, tanto entre normas legales, como, más usualmente, de rango reglamentario, de las disposiciones relativas a la organización del órgano gubernamental. En este sentido, la normativa estatal sobre el Gobierno quedó en una posición de cierto retraso respecto de la Comunidades Autónomas, que, paulatinamente, y a partir de la Ley Vasca sobre el Gobierno de 1981, fueron aprobando Leyes del Gobierno, o del Gobierno y la Administración.

(12) Ley 19/1983, de 16 de agosto. Parece ser que esta Ley se elaboró con alguna precipitación, ante el temor de que se declarase inconstitucional (lo que no ocurrió, como se ha visto) el Decreto-ley 22/1982. Ver al respecto la «Intervención» de J. GARCÍA FERNÁNDEZ, en L. PAREJO ALFONSO (ed.): *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el proyecto de ley reguladora del Gobierno*, Madrid, 1996, págs. 93-96.

2.3. La Ley del Gobierno de 1997

Los problemas percibidos como consecuencia de la falta de una normativa estatal específica pretendieron remediarse, bastante más adelante (noviembre de 1995) mediante el cumplimiento de lo establecido en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 10/1983 (13), al acordarse la elaboración y envío a las Cortes de un Proyecto de Ley del Gobierno, que asumía una nueva perspectiva. Por un lado, venía a someter a tratamiento autónomo la regulación del Gobierno, que se separaba de la correspondiente a la Administración; por otro, racionalizaba el rango legal de las normas al respecto, al introducir, junto a mandatos legales, una remisión a la normativa reglamentaria en cuanto a los aspectos necesitados de una ordenación más flexible (14). En todo caso, el Proyecto no llegó a transformarse en ley, debido al anticipado final de la legislatura 1993-1996. Sin embargo, muchas de sus previsiones se vieron recogidas en el proyecto de Ley de Gobierno que, finalmente, fue aprobado como Ley de Gobierno en 1997 por la legislatura siguiente (15).

La nueva Ley (vigente en el momento de escribirse estas líneas) conserva las directrices básicas del proyecto anterior, si bien con algunas matizaciones (16). Mantiene el carácter especializado de la regulación del Gobierno, ya que la correspondiente a la Administración se lleva a la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Central del Estado, de 1997 (17). También, y a diferencia de la Ley de 1983, deslegaliza lo concerniente al número y denominación de los departamentos ministeriales, al establecer que es compe-

(13) «El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley que, dando cumplimiento al mandato establecido en los artículos 98 y 103.2 de la Constitución, venga a suplir, además, a la vigente Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado». En realidad parte de este mandato ya fue cumplido cuando el Gobierno envió a las Cortes el proyecto de la que sería aprobada como Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

(14) Un análisis de los diversos aspectos de este Proyecto puede encontrarse en el libro ya citado *Estudios sobre el Gobierno*, dirigido por L. PAREJO ALFONSO.

(15) Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Para un detallado estudio de esta ley, ver el número 246-247 (septiembre 1996-abril 1997), de *Documentación Administrativa*, sobre «El Gobierno y la Administración». Un amplio análisis puede encontrarse en el libro dirigido por C. J. FERNÁNDEZ CARNICERO: *Comentarios a la Ley del Gobierno*, Madrid, 2002.

(16) Un comentario a las diferencias entre los textos del Proyecto de 1995 y la Ley de 1997 puede encontrarse en LUCIANO PAREJO ALFONSO: «La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia», en *Documentación Administrativa*, 246-247 (1996-1997), págs. 11-76.

(17) Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración Central del Estado.

tencia del Presidente «*crear, modificar y suprimir, por Real Decreto, los Departamentos Ministeriales, así como las Secretarías de Estado*» [art. 2.2.j)].

La Ley actualmente vigente tiene una menor densidad normativa que el proyecto de 1995. De hecho se trata de una regulación que se centra sobre todo en los aspectos básicos de la estructura y composición del Gobierno y órganos de apoyo, y que renuncia tanto a la definición de las funciones gubernamentales como a una regulación detallada del funcionamiento del órgano. En realidad, y como ha podido afirmarse (18), la Ley abandona toda pretensión de desarrollar las previsiones constitucionales relativas a la función directiva gubernamental, dejando que sea la praxis la que las dé contenido, dentro del marco constitucional: ello quizás no deba considerarse negativo, dada la complejidad de la función de dirección y la difícil previsibilidad de su alcance en cada momento. Por otro lado, tampoco es censurable que la Ley contenga únicamente una regulación esquemática de la estructura y funcionamiento gubernamentales. La Ley viene a reconocer formalmente al Gobierno un ámbito propio de auto disposición organizativa, al restringirse a regular algunos aspectos esenciales de la estructura y funcionamiento gubernamental, y remitirse, para una mayor precisión, a disposiciones elaboradas por el mismo Gobierno: bien mediante Reales Decretos del Presidente del Gobierno, bien mediante «*disposiciones organizativas internas, de funcionamiento y actuación emanadas del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros*» [art. 17.b) LG] (19). Como resultado, la regulación de la actividad del Gobierno se sitúa a tres niveles: el constitucional (cuyo contenido funcional no ha sido desarrollado, en general, por la Ley del Gobierno) el legal, y el derivado de la propia normativa gubernamental.

Aun cuando este tipo de regulación resulte preferible a la rígida legalización introducida inicialmente por el Decreto-ley de 1982 y seguida por la LOACE de 1983, no ha dejado de verse sometida a críticas, en cuanto deja de lado el carácter de órgano constitucional del Gobierno. La condición de órgano constitucional y la atribución que la Constitución confiere al Gobierno de unas funciones que le competen exclusivamente a él debieran suponer lógicamente la existencia de un ámbito propio de auto-disposición, en el que no debería inmiscuirse directa o indirectamente el legislador, ni ningún otro poder del Estado. Cabría predicar, pues, del Gobierno un cierto nivel de autonomía organi-

(18) PAREJO: «La regulación...», *cit.*, pág. 18.

(19) Cabe destacar la función, también de índole normativa, que la Ley reconoce al Presidente del Gobierno: ver al respecto J. M. PORRAS RAMÍREZ: «Función de dirección política y potestad reglamentaria del Presidente del Gobierno, de acuerdo con la Ley 50/1997, de 27 de noviembre», *Revista de Administración Pública*, 146 (1998), págs. 337-356.

zativa, para preservar la independencia del órgano; autonomía organizativa que la Constitución reconoce a las Cámaras, y la ley al Tribunal Constitucional (20) y al Consejo General del Poder Judicial (21). Ello supondría la reserva de un ámbito de autonormación interna del Gobierno, derivado directamente de la Constitución, y no de una remisión legal a la normativa reglamentaria.

Esta no ha sido, sin embargo, la línea seguida por la Ley de Gobierno. Si así hubiera sido, debería haberse partido, en palabras del profesor De la Quadra Salcedo de que *«la ley no debía de ser tanto un marco, fundamento de la potestad reglamentaria del Presidente, como un límite externo a una facultad que éste tiene por atribución directa de la Constitución, que si le apodera para dirigir la acción de aquel tendrá necesariamente, entre otras, la facultad de determinar su funcionamiento»* (22). Quizás el *desideratum*, desde el punto de vista de la corrección «técnica» hubiera sido admitir que la Constitución establece un ámbito reservado a la reglamentación gubernamental, y excluido por tanto de la intervención legislativa, como es el caso, por ejemplo de la Ley Fundamental de Bonn (23). En todo caso, y en la práctica, el artículo 17 de la actual Ley del Gobierno permite llegar a una situación de amplia capacidad autoorganizativa del Gobierno, si bien, obviamente, sometida a la disponibilidad del legislador (24).

3. LA COMPOSICIÓN, ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL GOBIERNO

Pese a que no han faltado opiniones que han manifestado la necesidad de una reorganización profunda del órgano gubernamental respecto de su confi-

(20) Art. 2.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, *«El Tribunal Constitucional podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como el régimen de su personal y servicios, dentro del ámbito de la presente ley (...)»*.

(21) Art.110.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *«El Consejo General del Poder Judicial podrá dictar reglamentos sobre su personal, organización y funcionamiento en el marco de la legislación sobre función pública»*.

(22) Estas afirmaciones se refieren, no al texto de la Ley de Gobierno hoy vigente, sino al texto del Proyecto de 1995; pero conservan toda su actualidad. Ver T. DE LA QUADRA SALCEDO: «Ponencia», en PAREJO: *Estudios sobre el Gobierno*, cit., pág. 237.

(23) Art. 65, Ley Fundamental de Bonn: *«(...) El Canciller federal dirige los trabajos gubernamentales conforme a un reglamento interno acordado por el Gobierno federal y autorizado por el Presidente Federal»*.

(24) En cualquier caso, y sin necesidad de autorización legal expresa, el Gobierno ha ido dictando normas internas de autoorganización: tal sería el caso de las «Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno», texto refundido aprobado por decreto del Consejo de Ministros de 26 de enero de 1989, no publicado en el BOE, y modificado en 1996. El artículo 17.b) daría ahora cobertura legal a este tipo de disposiciones.

guración tradicional, como consecuencia de las previsiones constitucionales (25), lo cierto es que la ya larga historia de reformas de la institución desde 1978 no ha redundado en alteraciones espectaculares en su composición y estructura. Por lo que se refiere a la primera, se ha preferido mantener (como reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley) una opción claramente conservadora en cuanto a la definición de «Gobierno» y la determinación de las categorías de sus componentes (26). La vigente Ley del Gobierno no hace uso de la posibilidad que abre el artículo 98.1 de la Constitución, al referirse a «los demás miembros que establezca la ley», de crear nuevos tipos de miembros del Gobierno, y mantiene las categorías tradicionales: Presidente, Vicepresidente o Vicepresidentes y Ministros. Como (relativa) novedad prevé la posibilidad de Ministros sin cartera, y consolida un Ministerio de la Presidencia, que se encargará de la secretaría del Gobierno. En esto han acabado, al menos por el momento, los ensayos y propuestas relativas a la creación de categorías como «Ministros de Estado» o la inclusión dentro del Gobierno de los Secretarios de Estado. Posiblemente una de las razones para esta posición conservadora (compartida por las diversas opciones políticas que se han sucedido en la dirección del Estado) haya sido el temor a las posibles críticas dirigidas a una indebida extensión del aforamiento previsto en el artículo 102.1 en relación con el Presidente y demás miembros del Gobierno (27).

La austeridad en cuanto a los tipos legalmente posibles de miembros del Gobierno se traduce en la simplicidad de la estructura del mismo. Aun cuando el Gobierno ha ido configurándose progresivamente como una institución pluriorgánica, y por ello no identificable sin más con una sola de sus expresiones, el Consejo de Ministros, éste sigue siendo el exponente por antonomasia del Gobierno como órgano colegiado, dado el carácter subordinado de las Comisiones Delegadas del Gobierno. Por otro lado, y lógicamente, únicamente po-

(25) LUIS ORTEGA: «El Estado y la reforma de la Administración», en *La transición democrática española*, Madrid, 1989, págs. 684 y sigs.

(26) Se puede mantener en su integridad la opinión de F. RUBIO LLORENTE emitida en 1984: «cabría pensar que este predominio del Presidente sobre el resto el Gobierno hubiera debido producir una profunda modificación en la composición y la estructura de éste. La modificación de estructura, sin embargo, hasta el presente, apenas apunta y, en cuanto a la composición, se han cerrado las posibilidades de cambio al haberse dado la interpretación más conservadora de las varias posibles, al precepto constitucional (art. 98.1) que las describe». En *La forma del Poder*, Madrid, 1993, pág. 212.

(27) Sobre este tema, ver las consideraciones de ROSARIO GARCÍA MAHAMUT en *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, Madrid, 2000, págs. 108 y sigs., y ESTHER GONZÁLEZ HERNÁNDEZ: *La responsabilidad penal del Gobierno*, Madrid, 2002, págs. 233 y sigs.

drán considerarse integrados en el Gobierno aquellos órganos compuestos exclusivamente por los miembros del reducido número de categorías definidas en la Ley. Ello excluye la eventual actuación de un «Gobierno ampliado» (que pudiera incluir a los Secretarios de Estado), así como la consideración como órgano del Gobierno de la Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios.

En lo que sí se ha producido una cierta evolución respecto de la situación preconstitucional ha sido en lo relativo a la creación de una estructura de apoyo al Gobierno y a su Presidente que refleja, tanto las necesidades derivadas de las complejas tareas con que debe enfrentarse un ejecutivo en un sistema democrático como la especial situación de preeminencia en que se encuentra la Presidencia del Gobierno. Junto a las formas clásicas de actuación gubernamental (a través del Presidente, el Consejo de Ministros y las Comisiones Delegadas del Gobierno) la Ley del Gobierno, regulando una realidad organizativa ya arraigada, recoge lo que denomina en su Capítulo II «Órganos de colaboración y apoyo del Gobierno» y que se refiere a entidades de muy diverso tipo, caracterizadas por su pertenencia al «complejo gubernamental» pero sin formar parte del Gobierno propiamente dicho.

En realidad, dentro de este capítulo cabe diferenciar dos tipos de órganos claramente diversos, según se trate de órganos de colaboración o apoyo (28). Los primeros serían aquellos que en alguna forma cooperan en la actuación gubernamental mediante intervenciones con capacidad decisoria, incardinándose en la maquinaria administrativa como un escalón más dentro del proceso de decisiones. Tal sería el caso de los Secretarios de Estado, la Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios, y el Secretariado del Gobierno (que es un elemento integrante del Ministerio de la Presidencia, a quien corresponde la secretaría del Gobierno) (29). Nos encontramos aquí ante entes o aparatos administrativos cuyas decisiones se adoptan de manera formalizada y que integran una estructura que complementa la propiamente gubernamental, colocándose en un nivel inmediatamente inferior al de los órganos del Gobierno.

La situación es sin embargo distinta en lo que se refiere a la categoría de los «órganos de apoyo» (reducidos a los gabinetes) que serían órganos estrictamente auxiliares, de información y análisis, desprovistos de capacidad decisoria y sin tomar parte directamente en los procesos de dirección política. La aparición y consolidación de los gabinetes ha sido posiblemente la mayor novedad en lo que atañe a la configuración de la maquinaria gubernamental en la

(28) Para la distinción entre órganos de apoyo y colaboración ver A. MENÉNDEZ REXACH: «Ponencia», en L. PAREJO: *Estudios...*, cit., págs. 158-179.

(29) De acuerdo con el art. 18.1 de la Ley de Gobierno.

presente fase constitucional (30). En efecto, si bien a partir de 1977 aparecen los denominados «asesores especiales del Presidente del Gobierno» y un denominado «Gabinete del Presidente del Gobierno» (31) es a partir de la aprobación de la Constitución cuando estos órganos de apoyo se formalizan. En forma escasamente sorprendente, la puesta en marcha de un Estado de base constitucional y democrática pronto mostró que un Gobierno necesita, en un régimen pluralista, de otros medios, más allá de la simple maquinaria administrativa, para llevar a cabo su labor de dirección y coordinación de los diversos poderes del Estado. Ha ido así surgiendo una red organizativa «paralela» de índole política, y no funcional, que resulta esencial para la función directiva gubernamental. Los gabinetes (del Presidente del Gobierno, de los Ministros, de los Secretarios de Estado) actúan como órganos asesores, y de recogida y análisis de datos. Sus miembros no se integran en la estructura administrativa, y tienen un estatuto propio, que no coincide con el del personal de la Administración.

Como es lógico, dentro de estos gabinetes, es el gabinete del Presidente del Gobierno el que desempeña un papel más destacado, si bien, y como es lógico, su papel real sigue siendo en gran manera opaco. El Presidente no es responsable de un área concreta de la Administración (pues las diversas áreas se atribuyen a los distintos departamentos ministeriales) sino de la dirección y coordinación de la acción de Gobierno; para ello se ha ido dotando de un aparato de carácter eminentemente político, cuyo objetivo es la obtención y análisis de información, el diseño de políticas y la supervisión y evaluación de su puesta en práctica. Este aparato, que ha sufrido numerosas reformas desde su adopción oficial por el Decreto-ley 22/1982 (32), se integra a la hora de escribir estas líneas, por la Secretaría General del Presidente del Gobierno y el Gabinete del Presidente, y se configura como el instrumento esencial para la actuación de

(30) Para un estudio comparado, ver P. SANTOLAYA MACHETTI: «La experiencia de los gabinetes políticos en Derecho comparado», en *Documentación Administrativa*, 226 (1991) págs. 89-112.

(31) LUIS MORELL OCAÑA: «Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantía de la imparcialidad administrativa», *Revista de Administración Pública*, 156 (2001) págs. 26-27.

(32) Ver LUIS ORTEGA: «El Gabinete del Presidente del Gobierno», en VV.AA.: *1812-1992. El Arte de gobernar*, Madrid, 1992, págs. 193-212. Hasta el momento, s.e.u.o. el aparato de apoyo del Presidente del Gobierno está regulado por el RD 1087/2000, de 8 de junio, por el que se modifica la estructura orgánica de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, y el RD 838/1996, de 10 de mayo, por el que se reestructura el Gabinete y la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, modificado por los RR.DD. 929/2000, de 26 de mayo, y 1731/1998, de 31 de julio.

dirección presidencial, aun cuando no le corresponda dictar instrucciones vinculantes a los órganos administrativos. Por su división en departamentos, el gabinete se estructura como una especie de Gobierno paralelo, lo que en ocasiones no deja de producir confusiones y roces respecto del procedimiento de adopción de decisiones. En algún momento (durante la época de gobiernos socialistas, de 1982 a 1996) el papel del gabinete se vio reforzado por el hecho de que fuera común a Presidente y Vicepresidente del Gobierno, estando este último además encargado de la Presidencia de la Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios (33).

4. LÍMITES Y CONTROL DE LA ACCIÓN DEL GOBIERNO

Lo que pudiera denominarse el enfoque positivo de la regulación de la acción gubernamental, esto es, la pretensión de desarrollar los mandatos constitucionales, estableciendo normas que se refieran a la composición y estructura del Gobierno, a sus reglas de funcionamiento, y al carácter y contenido de las funciones que constitucionalmente se le atribuyen, presenta indudables limitaciones, aparte de la posible incorrección técnica que pueda suponer el intento de regulación externa de aspectos «domésticos» de un órgano constitucional. Esas limitaciones derivan de la misma naturaleza del Gobierno como órgano de dirección, que debe enfrentarse por ello con situaciones nuevas y muchas veces imprevisibles incluso para el legislador más avisado. Se impone así la previsión de una amplia flexibilidad y capacidad de adaptación por parte del mismo órgano a las necesidades y exigencias de cada momento, y ello tanto en lo que se refiere a sus aspectos «estáticos» (composición, estructura) como «dinámicos» (reglas de funcionamiento, funciones y tareas a desarrollar). El análisis de lo que se ha llevado a cabo en estos campos desde la aprobación de la Constitución debe pues conducir a la consideración de que si el desarrollo normativo de las previsiones constitucionales no ha sido muy intenso, tampoco cabría mucho más que hacer, al menos mediante normas con la rigidez y formalidad propias de las leyes.

Por ello cobra importancia lo que pudiera definirse como el enfoque o perspectiva «negativa», relativa a la regulación jurídica del Gobierno: es decir, al conjunto de normas o reglas que se refieren no tanto a lo que el Gobierno puede o debe hacer (funciones del Gobierno), por qué vías (reglas de funcionamiento) y con qué medios (reglas referentes a estructura y funciones) cuanto a los límites y controles a que su acción está sometida, es decir, hasta dónde llega

(33) ORTEGA: *El Gabinete...*, cit., pág. 205.

el carácter libre y creador de su función directiva, sea cuál sea el contenido de ésta. Desde luego, no cabe aislar rígidamente ambos aspectos (pues la extensión de los controles y límites a la acción del Gobierno dependerá en buena manera de cómo se definan positivamente sus tareas, y cómo debe cumplirlas) pero el enfoque negativo no pone forzosamente el acento en el análisis de las normas y reglas relativas específicamente al Gobierno, sino en los límites que del ordenamiento en su conjunto se derivan y de los sistemas de control que para la observancia de esos límites se establecen.

Los problemas a este respecto no se han planteado (con alguna excepción) (34) en lo que se refiere al control político del Gobierno, que corresponde a las Cortes Generales. La Constitución en este respecto no establece cortapisa alguna. «Las Cortes Generales controlan la acción del Gobierno» establece el artículo 66.2 CE, sin otra matización. Pero cabe dudar que el control parlamentario suponga realmente un límite al ámbito de acción del Gobierno, al menos desde una perspectiva jurídica (35). Por un lado, porque el control parlamentario, en cuanto análisis y evaluación pública de la acción del Gobierno no tiene por qué versar o limitarse a la adecuación de esa acción al ordenamiento jurídico, sino que puede perfectamente basarse en razones de oportunidad (y de hecho, éste es usualmente el caso) de manera que lo que se evalúa no es lo que lícitamente puede hacer el Gobierno, sino lo que convendría que hiciera (o no hiciera). Pero además, el carácter político de ese control implica que tendrá forzosamente una nota de eventualidad; esto es, se producirá o no de acuerdo con consideraciones derivadas de las conveniencias del momento, apreciadas por las fuerzas parlamentarias, y no de mandatos ineludibles derivados del ordenamiento.

Por ello, los auténticos controles y límites jurídicos del ámbito de actuación del Gobierno serán los que resulten de la aplicación del Derecho por órganos jurisdiccionales, capaces de revisar la acción gubernamental. Si el Parlamento es el encargado de llevar a cabo un control político, serán los Tribunales los que se encarguen de efectuar un control jurídico que efectivamente suponga definir unos límites a lo que el Gobierno pueda hacer, o a la forma en que deba hacerlo. El control jurisdiccional, pues, es el verdadero punto de referencia a la hora de apreciar los límites de la acción de gobierno.

En este aspecto sí se ha producido una considerable evolución en nuestro

(34) Por ejemplo, en lo que se refiere al control de las materias reservadas, como pudo apreciarse con ocasión de la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1988 (caso *Roca*).

(35) No es necesario entrar aquí en la discusión sobre si el control parlamentario incluye o no la exigencia de responsabilidad, o si se trata de cuestiones distintas y separadas. Las afirmaciones mantenidas en el texto serían válidas en ambos casos.

ordenamiento, a partir de la entrada en vigor de la Constitución. Esta evolución (que aún está en parte abierta) ha sido resultado de la acción de dos tipos de consideraciones. Por una parte, que el Gobierno, aun siendo titular de una función por naturaleza creadora y no sujeta a predeterminación normativa, como es la dirección política, está sometido, como el resto de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) es decir, a un marco normativo indisponible, al que debe ajustar sus actuaciones; y, más concretamente, dentro de ese marco, se encuentra vinculado, para emplear la expresión del artículo 53.1 CE, por los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y entre ellos por el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Pero, por otra parte, no es posible olvidar que es al Gobierno y no a otro órgano al que se encomienda constitucionalmente la función de dirección política: función cuyo contenido, ni generalmente ni en cada caso, es susceptible de predeterminación normativa, y cuyo ejercicio, por ello, no puede enjuiciarse en cuanto a su ajuste a unos parámetros legales preestablecidos. Lo contrario supondría simplemente que la labor del Gobierno se viera sustituida por la labor del juez, si éste pudiera reemplazar al órgano gubernamental en la determinación de cuál de las diversas alternativas de acción en presencia, ante una necesidad determinada, fuera la más conveniente.

La cuestión que se plantea, en términos simples, a la hora de llevar a cabo un control jurisdiccional de la acción del Gobierno es la de delimitar hasta dónde los Tribunales pueden revisar esa acción para verificar su adecuación al ordenamiento, sin sustituir al Gobierno en su tarea de dirección política, ni impedir indebidamente su realización. Esta delimitación se ha venido produciendo tanto mediante la intervención del legislador como, sobre todo, mediante la acción jurisprudencial. El complejo carácter de esa labor hace difícil enunciar principios orientadores que puedan considerarse suficientes para resolver todos los conflictos que se planteen en este respecto; las soluciones habrán de ser propuestas caso por caso (36), y aún hoy quedan no pocas cuestiones abiertas.

Aun así, algunas generalizaciones son posibles. Entre ellas, la inaplicabilidad del viejo concepto de acto político (37) para definir ámbitos cerrados radi-

(36) Ver las consideraciones de NURIA GARRIDO CUENCA: «El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del CESID», *Revista de Administración Pública*, 143 (1997), págs. 229-263, especialmente pág. 250.

(37) El estudio más detallado de la noción de acto político, la evolución del concepto y de su tratamiento legal y jurisprudencial puede encontrarse en el documentado trabajo de NURIA GARRIDO CUENCA: *El acto de Gobierno*, Barcelona, 1998. Para un análisis de la evolución del concepto en el período constitucional, FLORENTINA NAVAS CASTILLO: «Veinticinco años de actos de gobierno», *Revista de Derecho Político*, 58-59 (2003-2004), págs. 621-640.

calmente a la revisión judicial. Pues la presencia, incluso innegable, de una actividad de dirección política y de elección libre entre diversas alternativas, en ausencia de cualquier predeterminación legal, ya no es suficiente para eximir a la acción gubernamental de toda revisión jurisdiccional. En este sentido, la distinción entre «acto de gobierno» y «acto de ejecución» o entre «actividad de dirección» y «actividad ejecutiva» deja de ser decisiva para determinar si un acto del Gobierno es o no revisable por órganos jurisdiccionales, aun cuando ciertamente pueda serlo para establecer hasta dónde puede llegar esa revisión, a qué órgano jurisdiccional le corresponde y qué sujetos disponen de legitimación para iniciar el correspondiente procedimiento. También en forma general puede afirmarse que tanto la jurisprudencia como la normativa legal han venido a fijar determinadas materias como enjuiciables, incluso en relación con actos indiscutiblemente de dirección política, cuando esos actos afecten de una u otra forma a derechos fundamentales, y cuando su adopción envuelva elementos que estén sujetos a algún tipo de predeterminación normativa, esto es, que puedan englobarse dentro de los supuestos de «actos separables» o, en terminología más actual, de «conceptos judicialmente asequibles».

4.1. *Actos de gobierno y derechos fundamentales*

Para el reconocimiento del carácter propio de los actos de gobierno como algo distinto de la actuación administrativa, y, al tiempo y complementariamente, para la supresión de la vieja categoría de actos políticos fue decisiva la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, especialmente la sentada en dos Sentencias del año 1990, de las que fue ponente el magistrado Jesús Leguina. En la primera (STC 45/1990, caso *Colegios de Abogados*) el Tribunal vino a reconocer la especificidad de la acción gubernamental como algo distinto de la administrativa, al establecer que «no toda actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el artículo 97 de la Constitución, está sujeta al Derecho Administrativo» (FJ. 2). De esta afirmación se partía para aceptar que en determinados supuestos la actuación gubernativa no tenía por qué estar sujeta a la revisión de la jurisdicción contencioso administrativa. Esta posición se vio confirmada en la sentencia 196/1990 (caso *Información a Diputados*) en que argumentaba, en la misma línea, y en relación con la actividad «política» del Gobierno, que «quiere decirse con ello que en tales casos el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza, y por lo mismo, su actuación no puede calificarse como “administrativa” cuyo control corresponda ex art. 106.1 de la Constitución y 8 LOPJ a los Tribunales de justicia» (FJ. 5).

Este tipo de afirmaciones, que consagraban la especificidad de la acción política gubernamental no condujeron sin embargo al Tribunal a la conclusión que en otros momentos anteriores se había deducido de esa especificidad, esto es, la exoneración de la actividad política gubernamental de la revisión jurisdiccional. Lejos de ello, el Tribunal Constitucional, en el caso *Información a Diputados*, mantiene que el carácter político de esas actividades no significa que «estén exentas de sujeción al Derecho y a todo control jurisdiccional» (FJ. 6). Antes bien, en el supuesto de que la actuación política del Gobierno diese lugar a lesiones de derechos fundamentales³⁸ le competiría ciertamente al Tribunal «el conocimiento y, en su caso, la reparación de las lesiones de derechos fundamentales que excepcionalmente tengan lugar en dicho campo». La inmunidad jurisdiccional del «acto político» o, mejor dicho, el mismo concepto de acto político como tal desaparecía así, al verse eventualmente sujeto todo acto gubernamental, fuera administrativo o de carácter directivo, a la revisión jurisdiccional del Tribunal Constitucional, por la vía del amparo, en cuanto a su ajuste a los mandatos constitucionales relativos a la protección de derechos fundamentales. De hecho, poco después, la Sentencia 220/1991 (39) resolvía un supuesto de amparo directo contra un acto de naturaleza política del Gobierno vasco, acto al que explícitamente se le reconocía esa naturaleza, y su falta de justiciabilidad contencioso-administrativa (40).

El desmantelamiento de la noción de acto político en cuanto a la protección de los derechos fundamentales iniciada por el Tribunal Constitucional se ha visto confirmada y reforzada por la legislación, en particular a partir de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, que expresamente proclama la justiciabilidad de los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas en lo que se refiera (entre otros aspectos) a la protección de los derechos fundamentales «cualquiera que fuese la

(38) En el caso concreto, esa actuación política se refería a las relaciones entre Ejecutivo y miembros del Legislativo, pero, como es obvio, la posición expresada por el Tribunal puede y debe extenderse a cualquier tipo de actuación de índole política.

(39) Caso *Fondos reservados*. Ponente, Díaz Eimil.

(40) Resulta particularmente ilustrativa una parte del FJ. 2 de la sentencia: «El caso presente es uno de esos supuestos excepcionales en que la interposición directa del amparo no determina su inadmisibilidad, pues la violación de derechos fundamentales se imputa a un acto —negativa del Gobierno Vasco a facilitar la información solicitada por parlamentarios vascos— ante el cual la Ley no concede medio de impugnación ante los Jueces, en cuanto que, por su naturaleza política, está excluido del control de la jurisdicción contencioso-administrativa o de cualquier otra de orden distinto, siendo por tanto improcedente imponer a los recurrentes de amparo que acudan a los órganos judiciales en demanda de una revisión para la cual carecen éstos de jurisdicción, y que se manifiesta, por lo tanto, innecesaria por inútil».

naturaleza de dichos actos» [art. 2.a) LJCA]. La Ley va más allá de la doctrina constitucional, por cuanto proclama explícitamente que corresponderá el conocimiento de estos supuestos a la jurisdicción contencioso administrativa (41). Con ello, y de hecho, se viene a levantar una doble barrera frente a actuaciones gubernamentales eventualmente vulneradoras de derechos fundamentales: primeramente la que representan los tribunales ordinarios de la jurisdicción contencioso administrativa, y, en segundo lugar, la ejercida por el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. En relación con los derechos fundamentales, pues, de acuerdo con la ley, y con la doctrina del Tribunal Constitucional, no cabe hablar hoy de acto político. Los derechos fundamentales aparecen así como un límite externo a toda actuación gubernativa, sea política o administrativa.

4.2. *El control jurisdiccional de los actos del Gobierno a partir de los «conceptos judicialmente asequibles»*

La apertura de los actos del Gobierno, incluso aquellos que versan sobre la dirección política, al control jurisdiccional no se ha limitado a su revisión respecto a su respeto por los derechos fundamentales. La jurisprudencia, primero, y la legislación, después, ha venido a ampliar el alcance de esa revisión, de manera que el mismo concepto de «acto político» resulta hoy prácticamente inencontrable.

Posiblemente, el punto de no retorno en esa apertura, más allá de lo concerniente a los derechos fundamentales, dejando a todos los actos del Gobierno potencialmente sometidos a una eventual revisión jurisdiccional lo constituye la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el caso *Fiscal General del Estado*, de 1994 (42). Se discutía allí si el Fiscal General propuesto por el Gobierno para su nombramiento por el Rey reunía los requisitos exigidos para esa propuesta por el Estatuto del Ministerio Fiscal: la defensa del Estado argüía que no correspondía el conocimiento del caso a la jurisdicción contencioso administrativa, al tratarse de un acto de naturaleza política y no administrativa. Debe destacarse que en este supuesto (originado por un recurso presentado por asociaciones judiciales y de fiscales) no se planteaba cuestión alguna referida a la vulneración de derechos fundamenta-

(41) En realidad, el artículo 2.a) de la LJCA amplía los supuestos de control judicial, al extenderlos a «la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes».

(42) STS de 28 de junio de 1994. Ponente: Ramón Trillo.

les sustantivos, si bien sí surgió la referida a la compatibilidad de una exención jurisdiccional de los actos del Gobierno con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

En su sentencia, el Tribunal Supremo es plenamente consciente del alcance de los términos del debate. Como punto de partida (al menos teórico, por lo que resulta de la jurisprudencia posterior) reconoce que *«la jurisprudencia ha admitido pacíficamente la existencia de actuaciones políticas del Gobierno no sometidas al control jurisdiccional»*. Ahora bien, la sentencia también reconoce que *«esta clara posición jurisprudencial»* presenta notables problemas en su aplicación práctica (43). Ello derivaría de que la acción de los mandatos de los artículos 9 (sujeción a la Constitución de todos los poderes) y 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) obligan a la jurisdicción a llevar a cabo su acción de control cuando la actividad gubernamental se encuentre sometida a parámetros normativos discernibles: o, como dice la sentencia, *«cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse esos actos de dirección política»*. El Tribunal Supremo parte pues, de que difícilmente la acción del Gobierno (también la política) se producirá en un contexto de completa anomia normativa, de manera que si existen cánones legales a los que deba sujetarse la acción gubernamental, corresponderá a la jurisdicción ordinaria la verificación de esa adecuación, como garantía de los derechos e intereses deducidos en juicio, y en cumplimiento de los mandatos del art. 24.1 CE.

En principio, cabría incardinar esta posición en la conocida doctrina de los actos separables, ya tradicional en la jurisprudencia administrativa respecto del enjuiciamiento de actuaciones «discrecionales» de la Administración, y que, aplicada a la acción directiva del Gobierno, vendría a disociar, a la hora de decidir sobre impugnaciones de actuaciones gubernamentales de ese tipo, aquellas materias reservadas en exclusiva a la decisión gubernamental de aquellas otras (tanto relativas a aspectos procedimentales como de otro tipo) para las que la legislación establece requisitos de ineludible cumplimiento. Esta posición dejaría a salvo, en todo caso, de cualquier intervención jurisdiccional el

(43) En términos de la Sentencia: *«La clara posición jurisprudencial que hemos descrito sobre la admisión de una actividad política del Gobierno se oscurece y origina los auténticos problemas cuando es preciso aplicarla a cada caso concreto, porque entonces entran en juego principios y normas constitucionales de ineludible acatamiento, que presionan a favor de su restricción, y cuyo sistemático acoplamiento obligará con frecuencia a acudir a la sensibilidad jurídica casuística propia del ejercicio de la función judicial para alcanzar un pronunciamiento individualizado que dé solución satisfactoria al concreto conflicto al que sea preciso dar una respuesta en Derecho»*.

elemento central de la decisión, esto es, la selección de la alternativa concreta adoptada entre las varias presentes (44).

No obstante, esta posición no ha dejado de sufrir serias modificaciones a manos de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, de manera que el mismo *sancta sanctorum* de la decisión política gubernamental, esto es, la elección de la política concreta a seguir, puede verse sujeta eventualmente a revisión judicial, y ello debido, no al análisis de «actos separables» sino al análisis, por parte de los Tribunales, tanto de la corrección legal y constitucional del procedimiento como de la correcta ponderación de los valores e intereses en juego en el caso concreto.

En efecto, un segundo paso en la progresión del establecimiento de un control judicial sobre la actuación política del Gobierno lo representaron las tres sentencias emitidas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo con ocasión de los llamados casos de los *papeles del CESID*. Como es bien sabido, las Sentencias se dictaron en procesos resultantes de las impugnaciones dirigidas contra diversos acuerdos del Consejo de Ministros denegando la desclasificación de diversos documentos calificados como secretos, solicitada por el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional para que pudieran ser aportados a diversos procedimientos de índole criminal (45). La cuestión que allí se planteaba, en lo que aquí interesa, se refería a la posibilidad de que el Tribunal Supremo revocara una decisión de índole política, basada en consideraciones relativas a la seguridad del Estado.

El Tribunal Supremo viene a admitir la legitimidad constitucional de la Ley de Secretos Oficiales de 1968, sobre la base de que existe en el artículo 105.b) CE un reconocimiento constitucional de la necesidad de que se regule el secreto de determinados documentos en lo que afecte a la seguridad y defensa del Es-

(44) Valga de nuevo reproducir un fragmento de la sentencia. Refiriéndose a la presencia de un requisito establecido en el Estatuto del Ministerio Fiscal para la propuesta de Fiscal General del Estado (que el candidato contara con quince años de ejercicio efectivo de su profesión) el Tribunal Supremo expresa que: «*Es este último un requisito objetivo, impuesto por el legislador, y descrito utilizando un lenguaje netamente jurídico-administrativo, lo que permite que la jurisdicción pueda valorar su concurrencia sin valorar en absoluto la libertad del Gobierno para optar políticamente entre la multiplicidad de juristas en los que concurre aquella circunstancia, e incluso la de promover la pertinente reforma legislativa, que suprima del estatuto el mencionado requisito*».

(45) Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, en los recursos número 602/1996, 634/1996 y 726/1996. Son particularmente interesantes los comentarios de BLANCA LOZANO: «El control judicial de los secretos de Estado: las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 sobre los documentos del CESID», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 94 (1997), págs. 256 y sigs., y NURIA GARRIDO CUENCA: «El episodio judicial...», *cit.*

tado; necesidad conectada a la de «garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional» en términos del artículo 8 CE. Admite igualmente que la clasificación de un documento como secreto por el Gobierno es propia de la potestad de dirección política reconocida a ese órgano en el artículo 97 CE: y, en el caso concreto de que se trata, y partiendo de esas premisas, viene a reconocer que *«la documentación cuya desclasificación se solicita forma parte de la que merece ser calificada legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad y defensa del Estado»*. Debe señalarse que el Tribunal Supremo no aprecia que en la adopción de los acuerdos de clasificación y denegación de la desclasificación de esos documentos se hubiera cometido irregularidad administrativa alguna. Queda excluida así, importa recordarlo, cualquier apelación a la doctrina de los actos separables para llevar a cabo una revisión de las decisiones impugnadas.

Como consecuencia, el Tribunal Supremo se enfrenta con una revisión de la corrección de la ponderación que en su momento efectuó el Gobierno de diversos valores y mandatos constitucionales; por un lado la necesidad de actuar conforme a las necesidades derivadas de la defensa y seguridad del Estado [art. 105.b) CE], y por otra el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Evidentemente, esta ponderación constituye el núcleo de la decisión política adoptada por el Gobierno, y, habiendo sido adoptada dentro del marco legalmente previsto, no procedería entrar a revisarla, como se dijo, desde la perspectiva de su regularidad formal. Por ello, cualquier revisión judicial sobre esa decisión debería referirse inevitablemente al fondo (político) de la misma.

Pues bien, el Tribunal Supremo utiliza el principio de los «conceptos judicialmente asequibles» acuñado en la Sentencia en el caso *Fiscal General del Estado* de 1994 para proceder a esa revisión. En palabras del Tribunal *«no hay razón para que no consideremos que nos sea también asequible determinar negativamente la concurrencia de elementos que o bien eliminan totalmente la aficción a dicha seguridad o bien la aminoren en términos que —ponderando los intereses jurídicos en juego— nos permitan dar prevalencia, en su caso, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva invocado por los recurrentes para pedir la desclasificación»*.

Lo que el Tribunal examina, pues, en realidad, es un dato de hecho: el grado, mayor o menor, en que un documento determinado, y su desclasificación puede afectar o no la seguridad del Estado. Consecuencia de ese examen de hecho (para el cual el Tribunal emplea criterios como el de si la desclasificación puede suponer incumplimiento de obligaciones internacionales, o si podría suponer un peligro para la eficacia, las fuentes de información, los medios y los procedimientos operativos de los servicios de inteligencia) será la deter-

minación sobre si el Gobierno actuó correctamente denegando la desclasificación. En nombre, pues, de la protección del derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Supremo va más allá de la constatación formal de la existencia de una causa legítima de negativa a la desclasificación, esto es, la consideración por parte del Gobierno (en el ejercicio de las facultades que le confiere la Ley de Secretos Oficiales) de que esta desclasificación podría afectar negativamente a la seguridad del Estado, para entrar en el análisis material de la pertinencia de esa negativa (46).

Esta línea jurisprudencial, de mantenerse, representaría la máxima apertura posible a la revisión judicial de las decisiones gubernativas en sede política o directiva, al extender la noción de «conceptos judicialmente asequibles» en el sentido de permitir a los Tribunales evaluar esas decisiones mediante una ponderación entre los valores o mandatos constitucionales que fueran relevantes para la adopción de las mismas. La corrección formal en la adopción de la decisión, o la cobertura constitucional de la misma, no serían, de acuerdo con la jurisprudencia mencionada, razones suficientes para excluir una intervención judicial que ponderase los valores constitucionales en juego.

¿En qué se traduciría, pues, a efectos de su control por los Tribunales la consideración de una decisión del Gobierno como «política» o «de dirección política»? A pesar de las declaraciones más o menos solemnes del Tribunal Supremo, parece que las consecuencias de esa consideración serían procesalmente muy reducidas. Si los parámetros de enjuiciamiento deben ser no sólo la protección de los derechos fundamentales, sino la presencia de conceptos judicialmente asequibles, entendidos en la forma en que se ha expuesto, parece que escasos (si alguno) actos del Gobierno podrán considerarse exentos de control jurisdiccional. Algún autor ha apuntado que en realidad esa exención sólo podría producirse en el ámbito de las relaciones interinstitucionales (47). De nuevo nos hallamos aquí en una posición en que la clave de la determinación de los límites de la acción «libre» gubernamental vendrá definida por la jurisprudencia de los Tribunales.

La regulación legal, posterior a las sentencias citadas viene a confirmar esta situación. La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, en lugar de establecer (como hacía algún anteproyecto anterior) (48) un

(46) Las sentencias en cuestión se ven acompañadas por votos particulares de los Magistrados Peces Morate, Sieira Míguez, Sala Sánchez, Ledesma Bartret, Rodríguez García y Xiol Ríos, que disienten, por motivos diversos, de la posibilidad de llevar a cabo ese análisis material.

(47) GARRIDO FALLA: *Op. cit.*, pág. 389.

(48) Anteproyecto de 16 enero 1995, art. 3.c): «No corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa: el control de los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las

ámbito de la acción gubernamental exento de revisión jurisdiccional, adopta un enfoque distinto, al someter a esa revisión los actos gubernamentales relativos a los derechos fundamentales, así como los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes [art. 2.a) LJCA]. El concepto de «elemento reglado», en conjunción con el de «elemento judicialmente asequible» viene a dejar un considerable margen de actuación a los Tribunales, de cuya auto-restricción dependerá a la postre el ámbito de libertad gubernamental (49).

5. LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO COMPETENCIAL DEL GOBIERNO

La experiencia derivada de los diversos casos en que por parte de los Tribunales se ha procedido a controlar actuaciones del Gobierno inscritas en su ámbito de dirección política ha venido a confirmar que uno de los puntos más delicados y complejos en lo que se refiere a definir la posición constitucional del Gobierno respecto de los demás poderes del Estado, así como su misma capacidad para llevar a cabo con autonomía sus funciones constitucionales, es el representado por las relaciones del Gobierno con los órganos jurisdiccionales, y la delimitación del alcance de las respectivas competencias. Y ello no sólo en lo que se refiere a la capacidad de revisión *a posteriori* por los Tribunales de la actuación gubernamental, sino también, y desde una perspectiva complementaria, respecto de los instrumentos de que el Gobierno dispone para oponerse a injerencias en su ámbito de actuación por parte de los órganos judiciales; esto es, para proteger su propio ámbito de atribuciones.

Los mecanismos de defensa de que dispone el Gobierno para defender su esfera competencial, desde una perspectiva funcional (aparte de los conflictos de competencia de tipo territorial frente a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas) se insertan dentro de los sistemas generales de resolu-

Comunidades Autónomas que se refieran a sus relaciones con otros órganos constitucionales y estatutarios y los dictados en ejercicio de la función de dirección de la política interior y exterior, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo».

(49) El tema se ha reabierto, en sede doctrinal, en relación con la actuación gubernamental a través de los servicios de inteligencia. Ver sobre el tema, F. SANTAOLALLA LÓPEZ: «Actos políticos, inteligencia nacional y Estado de Derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65 (2002), págs. 107-131. Y, manteniendo una posición distinta, L.-M. Díez PICAZO: «Nota sobre la inaplicabilidad de la doctrina de los actos políticos a los servicios de inteligencia», y M. REVENGA SÁNCHEZ: «El persistente (des)control del Centro Nacional de Inteligencia», en L. LÓPEZ GUERRA y E. ESPÍN (coords.): *La Defensa del Estado*, Valencia, 2004 (en prensa).

ción de conflictos entre poderes del Estado, sistemas representados por el conflicto de atribuciones regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y el sistema de conflictos jurisdiccionales regulado en la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales (50). Como se verá, y en lo que se refiere a las relaciones entre Gobierno y Tribunales, esta última ha resultado, quizás inadecuadamente, mucho más relevante que la primera.

Ello es así porque el sistema previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en el Capítulo III de su Libro IV, «De los conflictos entre órganos constitucionales del Estado» (usualmente denominado «conflicto de atribuciones», siguiendo la terminología del art. 73.1 LOTC) se ha revelado, en la interpretación que se le ha dado por el Tribunal Constitucional, de escasa aplicación: hasta el momento sólo han recaído dos Sentencias en casos resueltos según este procedimiento (51). Debe señalarse que ninguna de ellas se refiere a la delimitación de competencias entre Gobierno y Tribunales; en la primera (STC 45/1986, caso *Poder Judicial I*), el conflicto que le dio lugar se planteó por el Consejo General del Poder Judicial frente a diversas decisiones del Congreso y el Senado, y en la segunda (STC 234/2000, caso *Declaración de urgencia*) su origen fue un conflicto planteado por el Gobierno frente al Senado. Aun así, los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional con ocasión de la Sentencia en el caso *Poder Judicial I* fueron de considerable relevancia en cuanto a la exclusión de los conflictos entre Gobierno y Tribunales del procedimiento de conflicto de atribuciones regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Este procedimiento no aparece expresamente mencionado en la Constitución, sino que encuentra su cobertura constitucional en la previsión del art. 161.1.d) CE, que confiere competencia al Tribunal Constitucional para conocer de aquellas materias que le atribuya el legislador orgánico. Este, mediante la LOTC, reguló un procedimiento conflictual referido exclusivamente a los que la misma Ley denomina «órganos constitucionales del Estado» categoría que deja reducida al Gobierno, el Congreso de los Diputados, el Senado, y el Consejo General del Poder Judicial. Los Tribunales aparecen fuera de esa enumeración; y la posible inclusión, dentro del procedimiento de conflicto de atribuciones, de la defensa de su ámbito competencial frente a otros poderes, a través de la legitimación con que cuenta el Consejo General del Poder Judicial quedó expresamente excluida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 45/1986. Vino a sentar en efecto el Tribunal que el procedimiento de conflicto

(50) LO 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales.

(51) SSTC 45/1986, caso *Poder Judicial I* y 234/2000 caso *Declaración de urgencia*.

de atribuciones (que considera como «particular y especialísimo», FJ 3) debe responder a una estricta *vindicatio potestatis* del mismo órgano que plantee el conflicto; en el supuesto del Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal consideró que «no hay nada en la Constitución ni en la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial que autorice a sostener la pretensión de representación procesal por el Consejo General del Poder Judicial como tal. Los órganos en que se expresa el Poder Judicial (que es un poder de configuración plural, para ejercer la función jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado “en nombre del Rey”) no tienen acceso al conflicto de atribuciones según el artículo 59.3 LOTC y los conflictos posibles entre Jugados y Tribunales y otros órganos del Estado tienen previstos otros cauces procedimentales en los que no tiene cabida el propio Consejo» (FJ. 5).

Ello viene a suponer, obviamente, que la utilización del procedimiento conflictual previsto en la LOTC no resultará aplicable a los supuestos en que el conflicto se plantee entre Gobierno y Tribunales, ni siquiera (bien como sujeto activo o pasivo del conflicto) a través del Consejo General del Poder Judicial. Quizás otra interpretación de la LOTC hubiera hecho posible que la vía del conflicto de atribuciones ante el Tribunal Constitucional tuviera una aplicación más amplia en las contiendas competenciales entre Tribunales y Gobierno, de forma que la jurisdicción constitucional pudiera desempeñar (como ocurre por ejemplo en Italia) (52) un papel relevante en este campo. Tras la línea interpretativa seguida en la Sentencia en el caso *Poder Judicial I* esa posibilidad quedó cerrada.

Como consecuencia, los medios de resolución de las diferencias competenciales entre Gobierno y Tribunales (y, en lo que aquí interesa, los instrumentos de defensa de las competencias gubernamentales frente a la eventual injerencia de órganos judiciales) han de buscarse en las disposiciones de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales. Se trata de una Ley que ha sido objeto de considerables críticas, comenzando por su propia denominación (53), y que introduce un mecanismo conflictual del que en alguna ocasión ha podido afirmarse que «resulta inadecuado y hace peligrar nuestro sistema de justicia y de configuración constitucional de los poderes del Estado, si se emplea fuera de los estrechos límites de actuación para los que fue concebido» (54). Y, al menos en dos ocasio-

(52) Ver por ejemplo, para el caso italiano, MARÍA ANTONIA TRUJILLO RINCÓN: *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*, Madrid, 1995, págs. 136-139, y A. J. GÓMEZ MONTORO: *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, 1992, págs. 166 y sigs.

(53) Ver por ejemplo, BLANCA LOZANO: «El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la administración», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 91 (1996), págs. 437 y sigs.

(54) BLANCA LOZANO: «El sistema...», *cit.*, pág. 439.

nes, en que el procedimiento de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales ha sido empleado por el Gobierno para enfrentarse a alegadas vulneraciones competenciales por parte de órganos jurisdiccionales, no han faltado sectores de la doctrina que han considerado que el empleo inadecuado de la Ley de Conflictos estaba dando lugar a una vulneración de principios básicos del Estado de Derecho.

Valga señalar que en el primero de los casos referidos, caso que dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Conflictos de 14 de diciembre de 1995, el Ministro de Defensa planteó un conflicto de jurisdicción frente a la petición por parte del Juez Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional de que se le entregasen diversos documentos clasificados como secretos (55) y tanto el planteamiento como la resolución del conflicto (que dio la razón al Gobierno) fueron objeto de crítica, por considerarse forzado el primero (56), y «un obstáculo a la plenitud de jurisdicción del juez penal» (57) el segundo. En cuanto al segundo caso, se originó por un planteamiento, por parte del Ministerio de Justicia, de un conflicto de jurisdicción frente a la aplicación, por parte del Tribunal Supremo, de un Decreto de indulto a un juez condenado por prevaricación. De nuevo, tanto el planteamiento del conflicto como la sentencia que lo resolvió (58), fueron objeto de considerables críticas (59). En ambos supuestos no deja de originar dudas la adecuación de la Ley de Conflictos de Jurisdicción para la resolución de conflictos que enfrenten al Gobierno y los Tribunales, y, muy particularmente, el Tribunal Supremo. No debe olvidarse que, si bien la Ley se refiere a conflictos entre la Administración y los Tribunales, y confiere legitimación activa a los Ministros y no al Gobierno como tal, esos conflictos pueden plantearse (como en los casos que se examinan) en defensa de competencias gubernamentales de dirección política.

(55) Ver sobre este caso, LUIS-M. DíEZ PICAZO: «El secreto de Estado en el proceso penal (a propósito de la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995)», en *La Ley*, 15 de enero de 1996.

(56) BLANCA LOZANO: «El sistema...», *cit.*, pág. 440.

(57) RAMÓN PARADA VÁZQUEZ: «Recensión» al libro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Democracia, jueces y control de la Administración», en *Revista de Administración Pública*, 139 (1996), págs. 525 y sigs., pág. 536.

(58) Sentencia del Tribunal de Conflictos 6/2001, de 13 de junio (caso *Gómez de Liaño*).

(59) En este caso, obviamente, el contexto ideológico-partidista del debate era diverso del correspondiente a la Sentencia de 1995. Una amplia información sobre el desarrollo del caso y su incidencia en la opinión pública puede encontrarse en J. L. PÉREZ FRANCESCH y F. DOMÍNGUEZ GARCÍA: «El indulto como acto de Gobierno: una perspectiva constitucional (especial análisis del "caso Liaño")», en *Revista de Derecho Político*, 53 (2002), págs. 25-73. Para un detenido análisis de la sentencia, ver C. AGUADO RENEDO: «Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: El caso Gómez de Liaño», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 63 (2001), págs. 279-308.

Una primera razón para estas dudas deriva de la falta de precisión en lo que se refiere al objeto del procedimiento de conflictos, falta de precisión que deja abierta la vía a interpretaciones posiblemente no acordes con la finalidad de la ley. Esta parece pretender que, en presencia de dos procedimientos abiertos, judicial y administrativo, referentes al mismo objeto, y mutuamente excluyentes, un órgano «neutral» (el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción) decida cuál es el precedente, actuando, como gráficamente se ha dicho, como «guardaguas» (60), mostrando cuál de las dos vías en presencia ha de seguirse (61). Sin embargo, en los dos casos citados, la utilización del procedimiento de conflictos por parte del Gobierno (62) aparece como una fórmula para recurrir, fuera de los cauces procesales previstos por la ley, una decisión judicial, sin que exista un procedimiento administrativo «alternativo» abierto que justifique el planteamiento del conflicto. La confusa dicción del art. 7 de la Ley (63) no facilita una interpretación unívoca de la misma.

En lo que atañe concretamente al empleo del procedimiento de conflictos de jurisdicción para que el Gobierno defienda su esfera de competencias frente a posibles extralimitaciones judiciales, no deja también de plantear dudas, en cuanto a su compatibilidad con lo dispuesto en el artículo 117.1 y 3 CE, la misma composición del Tribunal de Conflictos, integrado en su mitad por miembros no pertenecientes al Poder Judicial, y que, sin embargo, y como se ha visto en la práctica y de acuerdo con la interpretación que se ha efectuado de la Ley Orgánica de Conflictos de Jurisdicción, han debido revisar (y revocar) decisiones de órganos judiciales. Ello se hace aún más problemático cuando la decisión que se ve invalidada (como ocurre en la STCJ de 2001) es una decisión del Tribunal Supremo dictada en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, frente a lo que establece la Constitución en cuanto a que el Tribunal será el «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes». En el caso citado, una

(60) BLANCA LOZANO: «El sistema...», *op. cit.*, atribuye esta expresión a E. García de Enterría.

(61) Véanse, por ejemplo, los gráficos ejemplos que ofrece L. MARTÍN REBOLLO en su «Introducción» al texto de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales, en la colección de textos *Leyes Administrativas* (Pamplona, varias ediciones).

(62) Aun cuando sea formalmente un Ministro el que plantee el conflicto, por cuanto éste se plantea entre la Administración (no el Gobierno) y un órgano jurisdiccional.

(63) «No podrán plantearse conflictos de jurisdicción a los Juzgados y Tribunales en los asuntos judiciales resueltos por auto o sentencia firmes o pendientes sólo de recurso de casación o de revisión, salvo cuando el conflicto nazca o se plantee con motivo de la ejecución de aquellos o afecte a facultades de la administración que hayan de ejercitarse en trámite de ejecución». Para un comentario, en relación con la aplicación de este precepto al caso Gómez de Liaño, ver C. AGUADO: *Op. cit.*, pág. 309.

decisión del Tribunal Supremo (64) se vio invalidada por la de otro órgano que no sólo actuaba como órgano superior al Tribunal Supremo en un asunto ya decidido por éste, sino que, además, no se integra, como se señaló, en el poder judicial.

A la vista de ello, cabría quizás someter a crítica la decisión adoptada en su momento (primero en sede constituyente, y posteriormente en sede legislativa) de excluir la resolución de los conflictos entre Gobierno y órganos jurisdiccionales de las competencias del Tribunal Constitucional. Al parecer, ello se debió a la consideración de que en último término este tipo de contiendas carecería de la entidad suficiente para someterlas a procedimientos ante este órgano (65). Y así debería de ser, si se hubiera seguido una interpretación de la Ley que efectivamente limitara su aplicación a colisiones entre Administración y órganos jurisdiccionales, referidas a auténticos conflictos entre procedimientos, administrativos y judiciales, en marcha. Desde el momento en que en el sistema de conflictos de jurisdicción se incluyen reclamaciones competenciales del Gobierno (sea cual sea su veste formal) frente a decisiones judiciales, incluso del Tribunal Supremo, parece que el procedimiento de la Ley Orgánica de Conflictos de Jurisdicción se revela como inadecuado, por las razones someramente expuestas. Posiblemente una reforma de la LOTC, en el sentido de encomendar al Tribunal Constitucional el conocimiento de aquellos supuestos en que se ve afectada la competencia gubernamental (y no meramente la de la Administración) por una actuación judicial *ultra vires* podría resolver las dudas, y acallar las críticas que resultan de la actual regulación contenida en la Ley Orgánica de Conflictos de Jurisdicción.

(64) ATS de 18 de enero de 2001.

(65) Así, L. MARTÍN RETORTILLO, refiriéndose a su experiencia como Senador en el proceso constituyente, y a la propuesta de incluir los conflictos de jurisdicción en la competencia del Tribunal Constitucional, expone al respecto que: *«No me pareció razonable tal postura y así lo hice ver aunque sólo sea por una razón muy clara en mi opinión: había que defender al Tribunal Constitucional de pequeñas encomiendas sin excesiva trascendencia de modo que se reservara su energía para asuntos de mayor relieve. No es que las contiendas de la LCJ no tengan importancia, que sí la tienen, y mucha. Pero lo que sucede es que no son de tal entidad como para ser residenciadas ante el Tribunal Constitucional»* («Conflictos Constitucionales de competencia y de atribuciones», en VV.AA.: *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, vol. I, págs. 211-249, pág. 223).

