

Gobierno y Administración: Una reflexión preliminar

I

Enfrentarse, a la altura de los tiempos que corren, con un tema como el que evoca el rótulo que preside estas páginas, es algo que puede parecer sorprendente, cuando no inexplicable. Y quizá resulte más insólito aún que el que el autor comience reconociendo que no sólo respeta tal apreciación, sino que la comparte. Ello justifica la necesidad de una explicación previa acerca de la razón de ser de estas líneas: no se trata, ciertamente, de dar cuenta de su causa concreta e inmediata —que sólo se halla en mi debilidad ante los amistosos requerimientos del coordinador en este número de la revista—, sino de advertir acerca de las dificultades objetivas que ofrece el desarrollo de este tema; desarrollo que, además, por fuerza, ha de ser sucinto.

Es inútil gastar energías en ponderar la importancia objetiva que posee esta cuestión. Hablar de Gobierno y Administración supone interrogarse por el papel que debe asignarse al aparato administrativo en el esquema organizacional de un Estado democrático. O, dicho de una forma más explícita, supone plantearse nada menos que el problema de la distribución del poder en el seno de la estructura pública que concentra en sus manos la mayor cuota de poder dentro del Estado; que es, a su vez, la organización más poderosa que la historia ha conocido. La enojosa reiteración en que se incurre es, en verdad, inevitable: tras el rótulo teórico se halla, dicho simplemente, el problema del Poder, con mayúscula.

En contraste con su importancia, el tema sobre el que pretendemos reflexionar posee serios aspectos negativos, que explican —aunque en modo alguno justifican— el que la doctrina haya eludido sistemáticamente enfrentarse al mismo: es cierto que los análisis tradicionales han venido a conferir a este binomio el poco atrayente aspecto de tratarse de una vieja cuestión académica, tópica y aburrida, muy poco propicia a la brillantez; y lo es también que una consideración sumaria del problema puede desembocar en un discurso político puro y simple o, lo que es quizá peor, en un conjunto de obviedades ridículas.

Creo, sin embargo, que, en el fondo, la aversión teórica por esta materia tiene su origen en sus propias dificultades objetivas. Como todos los grandes conceptos de la Teoría del Estado o del Derecho Público, los de Gobierno y Administración son susceptibles de ser examinados desde perspectivas tan diversas como difíciles de separar en la práctica. Dicho muy esquemáticamente, la problemática de este par de conceptos puede ser abordada tanto desde la perspectiva del ser, de la realidad, cuanto desde la del deber ser, de la búsqueda de nuevos modelos más perfectos; puede, también, ser considerada desde una óptica meramente jurídica o por el contrario, si se nos permite la expresión, politológica; y es también notorio, por último, que ambas nociones pueden ser consideradas como conceptos organizativos o funcionales. La mezcla de todos estos planos —mezcla, que no consideración simultánea, pero independiente— suele llevar a resultados no sólo metodológicamente inaceptables, sino también esterilizadores de toda discusión racional.

Es obvio que un trabajo que no pretende ser sino la reflexión introductoria a una revista, con el contenido que ésta posee, no puede, ni de lejos, intentar abarcar todas estas perspectivas: bastante tiene con intentar despejar algunas de las perplejidades que el tema suscita en su propio autor. Y, para ello, resulta inevitable circunscribir el objeto de análisis a un problema previo, de carácter estrictamente conceptual: si, como juristas, hemos de partir del condicionante obligado de nuestro texto constitucional, la cuestión prioritaria a plantearse radica en cuál sea el concepto de Gobierno y Administración de que la Constitución (CE) parte; una cuestión que, a nuestro entender, dista mucho de estar claramente resuelta.

De modo intuitivo, toda la doctrina del Derecho Público surgida a raíz del texto constitucional de 1978 ha venido partiendo implícitamente de la premisa de considerar los conceptos de Gobierno y de Administración como nociones de significado puramente organizativo: una y otra expresión harían referencia, inequívocamente, a órganos —o complejos de órganos— de la estructura estatal, a los que se presupone distintos y perfectamente diferenciables.

Las razones históricas de este planteamiento conceptual son claras. Por lo que al Gobierno se refiere, es evidente que el contenido semántico que esta expresión ha adquirido, entre nosotros, en los últimos decenios, se refiere a un órgano determinado, en el que culmina el típicamente llamado Poder Ejecutivo: esto es, más o menos precisamente, al colectivo formado por los ministros y la persona que los lidera (Jefe de Estado, Presidente). El significado del concepto de Administración pública, por el contrario, no ha gozado de idéntico consenso: sin embargo, el predominio absoluto de que han gozado en la doctrina jurídico-administrativa las tesis que podríamos llamar genéricamente subjetivistas (la Administración como organización, como persona jurídica o como ordenamiento) ha conducido a resultados idénticos.

No es menos evidente, sin embargo, que este planteamiento —en el que, avancémoslo ya, hay mucho de correcto— ha suscitado problemas diversos, relativos a la determinación, en concreto, de cual sea la integración y límites de una y otra estructura organizativa.

II

Que la CE se refiere al Gobierno (del Estado, claro está) como una realidad fundamentalmente orgánica, es la evidencia misma: son múltiples y, por ello, de cita innecesaria, los preceptos constitucionales que lo consideran como sujeto de acciones o como titular de competencias. No es menos patente, sin embargo, que su composición sólo se encuentra parcialmente determinada por el artículo 98.1 CE: según su inciso final, constituyen el Gobierno, además del Presidente, los Vicepresidentes y los Ministros, «los demás miembros que establezca la ley». Esta cláusula abierta obliga a formularse un doble orden de interrogantes: primero, si la ley, en efecto, ha integrado otros cargos en el órgano gubernamental (A); y segundo, si el concepto de Gobierno es unitario, o admitiría, en hipótesis, dentro del marco constitucional, una variedad de manifestaciones orgánicas (B).

A) La respuesta que la legislación ordinaria da a este interrogante es, en verdad, ambigua. Tanto la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE) como la de Organización de la Administración Central del Estado (LOACE) no se refieren claramente al Gobierno como concepto orgánico, utilizando, en cambio, la expresión «Consejo de Ministros» (1). Ninguna de estas normas, por otra

(1) Por lo que se refiere a la LRJAE, su artículo 2 dispone que son *órganos* superiores de la Administración del Estado el Jefe del Estado, *el Consejo de Ministros*, las Comisiones Delegadas del Gobierno, el Presidente del Gobierno y los ministros; y el Capítulo I de su Título II, al enumerar las competencias de estos órganos, vuelve a referirse al Consejo de Ministros, no al Gobierno. Por su parte, la LOACE sigue un criterio semejante: su artículo 1 habla del Gobier-

parte, declara abiertamente cuáles sean, en concreto, los cargos unipersonales que integran el órgano concretamente denominado «Gobierno». Y, adicionalmente, el artículo 4.1 LOACE dispone que «el Presidente, el Vicepresidente o Vicepresidentes y los Ministros se reunirán en Consejo de Ministros y en Comisiones Delegadas del Gobierno». A la vista de estos preceptos cabría formular, al menos, dos hipótesis: 1) el «Gobierno» es un órgano distinto del «Consejo de Ministros»; 2) «Gobierno» y «Consejo de Ministros» son expresiones sinónimas.

1) La hipótesis que distingue entre Gobierno y Consejo de Ministros no tiene más apoyo que el particularmente débil de la utilización alternativa que los textos mencionados hacen de una y otra expresión (2). Sin embargo, los argumentos que podrían esgrimirse en contra de la misma —aparte de los que veremos en el epígrafe siguiente— son muy serios: el primero y más importante de ellos, la grave indeterminación a que lleva.

En efecto, aceptando la hipótesis de que la expresión «Consejo de Ministros» hiciera referencia exclusiva al órgano formado por el Presidente, el (o los) Vicepresidente(s) y los Ministros, habría que preguntarse acerca de cuál sea la composición del «Gobierno», como órgano distinto de aquél. Este interrogante admite, claro está, dos respuestas, según se admita que el «Gobierno» es un órgano de composición más restringida o más amplia que el «Consejo de Ministros».

La primera de estas respuestas plantea, de entrada, la dificultad insuperable de que ninguno de los textos legales a que venimos haciendo alusión (tampoco la CE, desde luego) hace referencia, ni siquiera indiciaria, a ningún órgano que reuniese al Presidente y a un número reducido de Ministros (o de otras autoridades); tal órgano, formalmente al menos, no existe, pues. Resta sólo, en consecuencia, la segunda respuesta: esto es, la de que la LOACE habría procedido a hacer uso, en efecto, de la remisión constitucional, integrando en el órgano denominado «Gobierno» a otras autoridades; lo cual obliga de inmediato a preguntarse cuáles sean éstas. A título de mera hipótesis, cabría suponer que, en virtud de la LOACE, habrían entrado a formar parte

no; pero el artículo 4.1 vuelve a utilizar la expresión Consejo de Ministros para referirse al colectivo formado por el Presidente, el Vicepresidente y los Ministros.

(2) I. DE OTTO y PARDO, en su trabajo «La posición constitucional del Gobierno», *DA* 188, 1980, p. 145, justificaba esta posición argumentando que, en otro caso, «se produciría la contradicción de que aquellos miembros del Gobierno en quienes no concurrese la condición de ministros no ostentarían tampoco la primera». El argumento, como ya hemos dicho en otro lugar, carece por completo de fuerza lógica, por cierto, si se tiene en cuenta que el Presidente (ni tampoco, necesariamente, el Vicepresidente) es, desde luego, un Ministro y, sin embargo, forma parte del Consejo de Ministros, de modo indudable. «Consejo de Ministros» es una expresión convencional histórica, pero que en modo alguno puede tomarse como indicativa o condicionante de la calidad de sus miembros.

del Gobierno (aunque no del Consejo de Ministros), además del Presidente, el Vicepresidente y los Ministros, las autoridades de nivel inferior mencionadas en sus artículos 6 y 9 (fundamentalmente, Secretarios de Estado, Secretarios Generales y Subsecretarios). Sin embargo, las consecuencias a que llevaría la aceptación de esta hipótesis son *a priori* rechazables. En efecto:

— De aceptarse esta hipótesis, resultarían de aplicación particularmente difícil, si no imposible, múltiples preceptos constitucionales: sin entrar en un detalle innecesario, supondría que la totalidad de las decisiones que la CE encomienda al «Gobierno» habrían de ser tomadas colegiadamente en reuniones masivas de todas las autoridades mencionadas; y no podría contraargumentarse diciendo que la CE quiere hacer referencia al Consejo de Ministros cuando habla, en estas ocasiones, del Gobierno, a menos de aceptar que ambas expresiones son sinónimas y de echar por tierra el fundamento de la tesis que estamos analizando.

— La interpretación constante que en la práctica se hace del concepto «Gobierno» a efectos constitucionales es abiertamente contradictoria con esta hipótesis: por no citar sino un ejemplo, el cese automático de los miembros del «Gobierno» que tiene lugar tras la celebración de elecciones generales (art. 101.1 CE) sólo se produce respecto de las autoridades enumeradas en el artículo 98.1, no respecto de los restantes altos cargos de los Departamentos.

— La propia LOACE se cuida mucho de calificar a estas autoridades como miembros del Gobierno, lo que, a tenor del artículo 98.1 CE, hubiera sido imprescindible: antes bien, su artículo 8.1 los denomina, con precisión, como «órganos superiores de los Departamentos ministeriales».

— La opción empleada por la LOACE sería escasamente racional si se tiene en cuenta que, además de los mencionados en ella, existen en la Administración múltiples altos cargos —Directores Generales— cuya importancia cualitativa (por razón de sus competencias) es muy superior a la de los Subsecretarios, figura en la que es apreciable una tendencia hacia lo meramente doméstico y a su ocupación por funcionarios de elevada cualificación. Quedarían, así, fuera del Gobierno, numerosos cargos que, de hecho, participan en la función de *indirizzo politico*, e integrados en el mismo, por el contrario, cargos de relevancia política menor.

— Esta tesis resultaría, a la postre, contradictoria con lo dispuesto por el propio artículo 98.1 CE, que inequívocamente establece una reserva de ley en orden a la incorporación al Gobierno de órganos distintos de los que expresamente enumera; y ello sería así habida cuenta de que el artículo 12 de la LOACE otorga al Gobierno (*id est*, a nor-

mas reglamentarias) la competencia para la creación, modificación, refundición y supresión de determinados cargos, entre los que se encuentran, justamente, los Secretarios de Estado, los Secretarios Generales y los Subsecretarios. Como no es lógico suponer que la LOACE quiso pasar por alto tan notoria reserva de ley, es obligado concluir que sus redactores no consideraban a estas autoridades como integrantes del Gobierno (3).

Todos los elementos de juicio apoyan, pues, la opinión de que no fue la intención de la LOACE la incorporación al «Gobierno» de autoridades de nivel inferior a los Ministros. La enumeración de las autoridades departamentales que se hace en su artículo 6 no parece tener, por el contrario, más función que la propia de una norma organizatoria en sentido estricto: esto es, la de crear concretas autoridades, no órganos en abstracto, ni menos aún reconfigurar el órgano gubernamental.

2) Por exclusión, pues, no cabe sino reafirmarnos en la primera de las hipótesis antes formuladas, que parte de la identidad material entre los conceptos de «Gobierno» y de «Consejo de Ministros». Sin necesidad de aludir ahora a la práctica constitucional constante, resulta notorio que la CE otorga un significado idéntico a ambas expresiones, las cuales se emplean alternativamente por razones puramente estilísticas; a lo sumo, quizá, la fórmula «Consejo de Ministros» parece utilizarse, en ocasiones, para aludir a las reuniones o sesiones de trabajo que el Gobierno celebra.

Así se deduce, por ejemplo, de la comparación entre los artículos 87.1 («la iniciativa legislativa corresponde al Gobierno...»), 88 («los proyectos de ley serán aprobados en el Consejo de Ministros...») y 134.3 («El Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos...»). Si la potestad de iniciativa legislativa se plasma, como es obvio, en la aprobación y remisión a las Cortes de proyectos de Ley, parece indiscutible que la CE emplea las expresiones «Gobierno» y «Consejo de Ministros» como tácitamente equivalentes. Y a la misma conclusión se llega, por ejemplo, a la vista del apartado 3 del artículo 116 («El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros...»): si

(3) Este argumento podría replicarse, en apariencia, diciendo que lo único que la LOACE habría hecho es integrar en el Gobierno a los cargos en abstracto (todos los Secretarios de Estado, etc.), en tanto que lo único que se remitiría a la potestad reglamentaria es la creación de figuras concretas de estas categorías abstractas, quedando reservada a la Ley la existencia misma de estas categorías o la adición de otras nuevas, también integrantes del órgano gubernamental. Aun sin desprestigiar por completo la fuerza de este argumento, tampoco puede dejar de reconocerse que incurriría en una petición de principio, dado que la LOACE no dice en lugar alguno que los Secretarios de Estado, los Secretarios Generales y los Subsecretarios, *en abstracto*, forman parte del Gobierno: se limita a enumerar nominativamente concretas autoridades departamentales.

«Gobierno» y «Consejo de Ministros» fueran dos órganos diferentes, el precepto constitucional incurriría en una notoria contradicción *in terminis* (4).

B) Podría pensarse, sin duda, que resulta innecesaria tan detallada argumentación para demostrar algo de por sí evidente. Su justificación, sin embargo, es otra. En realidad, las tesis que han especulado con la eventual diferenciación entre los conceptos de «Gobierno» y «Consejo de Ministros» no hacen sino tratar de buscar resquicios que permitan dar salida a necesidades organizativas no contempladas, en la actualidad, en nuestros textos legales y constitucionales; el problema es que, en mi opinión, lo hacen por una vía equivocada.

Caben pocas dudas, en efecto, acerca de la necesidad de enriquecer y flexibilizar las modalidades organizativas del escalón gubernamental: pocos son quienes dudan que la actual composición del Gobierno-Consejo de Ministros resulta excesivamente amplia y rígida para la toma de determinadas decisiones; y que, por el contrario, excluye del mismo proceso a autoridades cuya presencia en las reuniones del Gobierno sería poco menos que imprescindible en otros casos. Pero estas necesidades pueden ser cubiertas —por supuesto, normativamente— sin que para ello haya de acudir a artificios interpretativos sobre expresiones constitucionales; el si y el cómo pueda hacerse es algo que ofrece problemas diversos según se trate de constituir órganos de composición más amplia (1) o más reducida (2).

1) La constitución de un órgano de composición más amplia de la que nominalmente expresa el artículo 98.1 CE no ofrece dificultades constitucionales de ningún tipo, habida cuenta de la amplísima remisión a la ley que este precepto contiene. Hay que advertir, no obstante, que en un correcto ejercicio de esta remisión debiera evitarse todo tipo de rigidez: no hay necesidad alguna, en efecto, de diseñar un solo órgano (un «Gobierno ampliado») de composición fija. Mucho más razonable sería prever distintas *configuraciones complementarias del núcleo gubernamental* (Presidente, Vicepresidentes y Ministros) *en función del tipo de asuntos o materias a tratar*; las cuales, por lo demás, tampoco sería necesario que se contuvieran en una única norma legal. No se trata, por supuesto, de dejar en manos del Presidente (o del «Gobierno estricto») la potestad de decidir libremente qué personas pueden incorporarse, en cada supuesto concreto, al Gobierno; aparte de que ello haría imposible el funcionamiento de cualquier Gabinete de coalición, tal solución entraría en conflicto con la exigencia de ley que la CE impone.

(4) Por su parte, las motivaciones estilísticas de la dualidad terminológica (necesidad de evitar la repetición del término «Gobierno») son palmarias en los artículos 112 y 115.1 CE. Y, finalmente, el significado implícito de la fórmula «Consejo de Ministros», como sesión o acto de reunión del Gobierno, es palpable en los artículos 62.f) y g), 88 y 116.3.

Y una idéntica flexibilidad ha de predicarse respecto de la condición de las personas concretas que pudieran formar parte de las citadas configuraciones complementarias del Gobierno: la CE no exige (ni prohíbe) que la integración del Gobierno se efectúe en base a categorías o niveles abstractos, por lo que nada se opone a que la Ley prevea la integración en el Gobierno, por ejemplo, de unos determinados Secretarios de Estado y no de los restantes. Tampoco impone que las sucesivas integraciones complementarias del Gobierno sigan un rígido orden jerárquico: podrían, así, integrarse en él —siempre sectorialmente— Directores Generales o Delegados del Gobierno, pero no Secretarios de Estado. Como tampoco exige, por último, que se trate siquiera de autoridades estrictamente estatales: nada impide, a mi entender, que el presidente de la FEMP formara parte del Gobierno a efectos de la discusión y aprobación de los textos normativos sobre régimen local, ni que se integraran en el mismo los Presidentes de las Comunidades Autónomas para el debate de los asuntos o proyectos directamente afectantes a las mismas (posibilidad esta última, por cierto, a la que algún día habrá que dar salida).

2) Tampoco ofrece especiales dificultades la constitución de órganos de composición más restringida que la del actual Gobierno: no las ofrece en el terreno constitucional, pero tampoco en el de la inventiva. No hay necesidad alguna, en efecto, de ponerse a imaginar supuestos Gabinetes o Gobiernos restringidos —nuevamente de composición rígida—, habida cuenta de la existencia de la figura de las Comisiones Delegadas del Gobierno, suficientemente consagrada ya en la práctica.

El problema, claro está, radica en que tales órganos de composición restringida (llámense Comisiones Delegadas o de otra forma) no pueden considerarse jurídicamente como «Gobierno»: la CE constituye aquí, a nuestro entender, un obstáculo infranqueable. Las decisiones que la CE encomienda al Gobierno (o Consejo de Ministros, tanto da) deben ser adoptadas necesariamente, por el colectivo de —todas— las personas mencionadas en el artículo 98.1, sin posibilidad de exclusión alguna. Esta precisión es, creo, capital para deshacer los equívocos que gravitan desde hace largo tiempo sobre las Comisiones Delegadas del Gobierno, a las que pesan como una losa sus calificativos de «Delegadas» y «del Gobierno»: las citadas Comisiones no son, para empezar, «Gobierno», sino órganos diferentes del mismo (lo que explica y justifica el que puedan crearse por Decreto (5), en contraste con la reserva de Ley que la CE establece a efectos de la configuración del Gobierno). Y tampoco tienen por qué considerarse formalmente como «Delegadas», lo que coarta implícitamente la atribución directa

(5) Artículo 4.2 de la LOACE.

a las mismas de competencias propias: es evidente que estas Comisiones pueden ejercer funciones delegadas por el Gobierno, como lo es también que podrían desempeñar otras a título propio.

Un empleo ágil e imaginativo de la figura de las Comisiones Delegadas, pues, puede servir perfectamente para cubrir la necesidad de órganos materialmente gubernamentales de composición reducida; máxime si se tiene en cuenta que su regulación actual ha roto ya las rigideces jerárquicas que, en cuanto a su composición personal, atentan aún las posibles fórmulas previstas en hipótesis para la ampliación del Gobierno (6).

III

La determinación, en segundo lugar, del concepto de Administración Pública desde la perspectiva organizativa a que estamos aludiendo suscita problemas de entidad similar a los de la noción de Gobierno, aunque de muy diversa naturaleza.

Ya inicialmente, debemos advertir que un intento de fijación, siquiera sea provisional de este concepto, no debe verse gravado apriorísticamente por la secular polémica teórica acerca de la noción de Administración Pública como objeto principal del Derecho Administrativo; polémica que, aunque en un correcto planteamiento, no debería ser totalmente ajena a los problemas a que aquí aludimos, debemos dejar ahora a un lado. Lo que aquí está en juego son cuestiones mucho más pragmáticas, que podemos reducir a tres: a qué organizaciones son aplicables los principios que enunció el artículo 103.1 de la CE; cuál sea el régimen de control jurisdiccional de sus actos, y cuál sea el régimen jurídico material de su actividad.

Pues bien, las dificultades que plantea la concreción material del concepto utilizado por el artículo 103.1 de la CE se refieren a un amplio número de supuestos (7). Veamos alguno de los más relevantes.

A) Primer problema, el de la inclusión o no en dicho concepto del propio Gobierno. Un razonamiento rápido, basado en la contraposición que el propio Título IV CE hace entre Gobierno y Administración, llevaría a una respuesta negativa. Sin embargo, las consecuencias prácticas que tal contestación acarrea deben conducir, creo, a un

(6) Así lo demuestra la participación en las mismas de cargos de nivel inferior a Ministro, como Secretarios de Estado (*vid.* art. 4 del Real Decreto 3234/1981, de 29 de diciembre).

(7) No nos referimos, desde luego, a la leve polémica provocada por la discutible ubicación sistemática del artículo 103: la opinión de que sus normas no son sólo aplicables a la Administración del Estado, sino también —por aplicación directa o analógica, que tanto da— a las restantes Administraciones territoriales, así como a sus personificaciones instrumentales de Derecho Público, puede tenerse hoy por pacífica.

rechazo unánime: ello supondría que el Gobierno no estaría obligado a actuar, en ningún caso, con arreglo a los principios de objetividad, imparcialidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación; que la fiscalización jurisdiccional de sus actos por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa sería, al menos, cuestionable; y que las normas del ordenamiento jurídico-administrativo tampoco le vincularían, salvo en la medida en que previesen expresamente su sujeción a las mismas.

La polémica, por descontado, sería inútil, simplemente por ausencia de contraparte: nadie defiende, creo, tal conclusión. Antes bien, es opinión pacífica la de que el Gobierno es también, a ciertos efectos, Administración Pública. Pero ello no deja de suscitar dificultades. Una, la de que, de aceptarse tal cosa, habría que concluir que la noción de Administración Pública excede de lo puramente organizativo: si el Gobierno «es» Administración en una parte de sus actividades, parece obvio que el concepto de Administración hace referencia a una función o un tipo de actividades, no a una organización; aunque la objeción podría salvarse, momentáneamente, alegando que el Gobierno forma parte de pleno derecho de la Administración Pública en sentido orgánico, si bien algunas de sus actividades son de otra naturaleza, o se encuentran sometidas a otras ramas del Derecho y a otro tipo de controles jurisdiccionales. Pero resta, por descontado, la segunda y principal dificultad, cual es —y aquí volvemos a topar, muy a nuestro pesar, con el problema dogmático que antes quisimos orillar— la de la fórmula o criterio que permita distinguir, dentro del conjunto de los actos del Gobierno, los que realiza como Administración y los que lleva a cabo como órgano constitucional en sentido estricto.

Excede de toda posibilidad razonable intentar abordar, dentro de los límites de este trabajo introductorio, un examen, ni aun somero, de una y otra dificultad, cuya inagotable problemática —sobre la que, he de confesarlo lealmente, mis ideas no están en absoluto claras; como las de casi nadie, por cierto— habrá de quedar para mejor ocasión. Habré de limitarme, por tanto, a dos rápidos apuntes, relativos a otras tantas cuestiones singulares.

Primero, la necesidad, a mi juicio, de abordar los problemas de régimen jurídico de la doble actividad —política y administrativa— del Gobierno desde una perspectiva analítica. Dicho de otro modo: los interrogantes acerca de la aplicación de los principios del artículo 103 CE, del control jurisdiccional y del régimen jurídico material de una y otra actividad no pueden ni deben ser resueltos necesariamente en bloque, en base a un solo criterio: de la misma manera que entiendo indiscutible la existencia de los denominados actos políticos (y de inmediato volveré sobre ello), me parecería absurdo afirmar que, en el desempeño de su actividad no administrativa, el Gobierno no estuvie-

ra obligado a «servir con objetividad los intereses generales», ni a actuar con eficacia y coordinación, ni a cumplir norma alguna del ordenamiento jurídico público (por ejemplo, las de carácter presupuestario). Cada uno de estos problemas puede recibir, pues, respuestas diferentes, no condicionadas por criterio apriorístico alguno de carácter general.

Y segundo, como antes advertí, que me parece llegada la hora de proceder a revisar la opinión generalizada acerca de la inexistencia de los denominados actos políticos del Gobierno, en cuanto actos excluidos del conocimiento de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Que tales actos existen es la evidencia misma; algo tan notorio como la necesidad de su reducción a límites estrictos. Olvidado ya, felizmente, el empleo expansivo de esta noción por parte de los Gobiernos y de la jurisprudencia del anterior régimen político, podemos volver a reconocer, sin herencias históricas gravosas, que existen acciones del Gobierno que no deben ser razonablemente fiscalizadas por la Jurisdicción contenciosa: la disolución de las Cámaras y la subsiguiente convocatoria de elecciones; la remisión de un proyecto de ley al Parlamento o su retirada; la declaración de alguno de los estados excepcionales previstos en el artículo 116 CE; y la decisión de suscribir un tratado internacional o de hacer uso de los poderes conferidos por el artículo 155 CE son, entre otros muchos, ejemplos manifiestos de este tipo de actos, ante los que es inútil cerrar los ojos.

Y es inútil por la sencilla razón de que la Jurisdicción contencioso-administrativa no es la sede funcionalmente adecuada para enjuiciar la legalidad o constitucionalidad de tales actos: no porque pertenezcan a ramas del Derecho distintas del Administrativo, que tanto da (también la Jurisdicción contenciosa aplica la Constitución, que no es, evidentemente, Derecho Administrativo), sino por la sencilla razón de que no debe exigirse de órgano alguno una actuación de nivel superior a aquéllas para las que ha sido estructuralmente concebido. Por muy independiente y objetiva que sea esta Jurisdicción (que lo es, y lo ha demostrado en reiteradas ocasiones), habrá de convenirse con nosotros que no es lógico ni proporcionado echar sobre los hombros de una judicatura profesional, llamada primordialmente a aplicar el Derecho, la responsabilidad de tomar decisiones de Estado, que sustituyan a las del máximo órgano ejecutivo del país, en base a argumentaciones que, no por haber de ser revestidas de razonamiento jurídico, dejan de ser materialmente políticas y voluntaristas. Cargar con esta competencia a la Jurisdicción contenciosa, en beneficio exclusivo de un cierto entendimiento del derecho a la plena tutela judicial tiene, a mi entender, más inconvenientes que ventajas: a la larga, no puede llevar sino a convertir a los Tribunales ordinarios en una Jurisdicción política y no estrictamente aplicadora del Derecho (no sólo en estos asun-

tos, sino también en todos los demás de su competencia) o, lo que sería paradójico, a asegurar la virtual impunidad fáctica de estos actos, muchos de los cuales pasarían indemnes por el trámite del control jurisdiccional. Dicho lisa y llanamente, no se puede pedir a un profesional de la magistratura que por un sueldo nunca exorbitante ponga en peligro su imagen personal, su carrera y su tranquilidad familiar mediante heroicidades diarias, que nadie agradece a la larga, tales como anular una convocatoria de elecciones o el nombramiento de vocales del Consejo General del Poder Judicial.

Todo lo dicho no empece, por descontado, para reconocer la necesidad de satisfacer plenamente las exigencias que se derivan del artículo 24 CE; exigencias cuya cobertura, probablemente, no debe venir dada por la Jurisdicción contencioso-administrativa, sino por el Tribunal Constitucional, que parece a todas luces una sede mucho más idónea para la fiscalización de este tipo de actos. Para ello sería necesaria, desde luego, una reforma de su Ley Orgánica, habida cuenta de la dificultad de canalizar los eventuales recursos por la vía de amparo, cuando los actos impugnados no vulnerasen ninguno de los derechos fundamentales que permiten su apertura.

B) El segundo problema, no menos conocido y glosado en alguno de sus aspectos, es el relativo a la denominada actividad administrativa de los órganos constitucionales. Que estos órganos no forman parte, en sentido organizativo, de la Administración Pública, es un dato notorio: cuestión distinta es la respuesta que, desde otros parámetros, deba darse a las cuestiones prácticas a las que antes me referí.

Tales cuestiones no pueden darse, desde luego, por resueltas: ni siquiera tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la solución competencial que ésta ha dado a la más urgente de dichas cuestiones, la del control jurisdiccional de dicha actividad (arts. 58 y 74). No lo está por completo, ciertamente, en lo que se refiere a este concreto aspecto del control jurisdiccional, del que resta por precisar nada menos que el ámbito de la fórmula «en materia de personal y actos de administración». Y tampoco lo está, en modo alguno, en lo que afecta a las dos cuestiones restantes: aun dando por supuesto que algunos de los principios del artículo 103.1 CE sean también aplicables a las organizaciones administrativas al servicio de estos órganos constitucionales (por ejemplo, los de objetividad, eficacia y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; no, por cierto, el de descentralización), resta aún el espinoso problema del régimen jurídico material aplicable a los referidos «actos de administración»: esto es, el de la posibilidad de aplicar o no, siquiera por vía supletoria o de analogía, las normas generales del ordenamiento administrativo, en defecto, en su caso, de disposiciones propias dictadas en uso de su posición de

autonomía (o, alternativamente, su sometimiento al ordenamiento común).

En cualquier caso, y retornando a una perspectiva teórica, la existencia de esta actividad administrativa de los órganos constitucionales vuelve a poner en cuestión —y sin fácil réplica ahora— un entendimiento meramente orgánico o subjetivo de la noción de Administración Pública; tanto desde una perspectiva teórica cuanto desde la pura y simple interpretación del artículo 103 CE.

C) Algo absolutamente semejante cabe decir respecto de la impropriadamente denominada, en nuestra opinión, Administración corporativa. No pretendemos entrar aquí, claro está, en el problema teórico de su calificación, que para nosotros es claro. Mucho menos, en el complejísimo tema de su delimitación, cuyas dificultades crecen día a día: el ordenamiento español ha experimentado una inusitada proliferación de entidades mixtas, tanto corporativas como fundacionales, que se mueven en una zona gris entre lo público y lo privado; entidades muchas veces singulares, que desempeñan tareas de interés estrictamente privado, sin perjuicio de ostentar también funciones o potestades públicas, cuyo régimen respectivo (tanto en el aspecto material como en el impugnatorio) es de una ambigüedad insuperable (8).

Nuevamente aquí aparecen, en toda su intensidad y sin fácil solución, las cuestiones de régimen a que venimos aludiendo desde el comienzo de este epígrafe: si los principios proclamados por el artículo 103.1 CE vinculan la actividad administrativa de estas entidades (y, en caso afirmativo, cuáles de ellos: sería realmente problemática la aplicación de los meramente estructurales, como los de jerarquía, descentralización y desconcentración); si los actos dictados en el ejercicio de tales funciones o potestades públicas están sometidos al control jurisdiccional, por los mismos Tribunales y procedimiento que los emanados de las Administraciones territoriales; y si la emanación de tales actos se halla sujeta a normas jurídico-públicas o a disposiciones de otra naturaleza. A todo lo cual se suma la dificultad de identificar cuál sea el ámbito de esta actividad administrativa: dificultad que es en ocasiones insuperable, si se tiene en cuenta que las normas atributivas de tales funciones o potestades públicas no califican a éstas como tales, apareciendo frecuentemente como tareas punto menos que naturales de las respectivas entidades.

(8) No nos referimos a las entidades más o menos tipificadas (Colegios Profesionales, Cámaras, Asociaciones y Federaciones deportivas; cuyo régimen, por otra parte, dista mucho de estar claro en muchos aspectos), sino a otras múltiples entidades de *status* indefinido, cuyo régimen resulta, a veces, literalmente indefinible: por no citar sino unos pocos ejemplos para la reflexión, piénsese en los casos de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, la Cruz Roja Española o la Organización Nacional de Ciegos.

D) Para no alargar más esta ya reiterativa exposición, baste con aludir a la también creciente especie de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas sometidas en su actuación al Derecho privado, ya se trate de personificaciones constituidas en forma de sociedad mercantil, o de entes de forma pública, pero sujetas al Derecho privado.

La problemática que ofrecen unas y otras entidades es distinta. La de las sociedades públicas *strictu sensu* (esto es, las constituidas en forma de sociedad mercantil o cooperativa) no plantea dificultades en el plano del régimen jurídico material, ni en el de su control jurisdiccional. Más dudoso, en cambio, es el problema de su vinculación por alguno de los principios del artículo 103 CE: en particular, por los de objetividad y eficacia. Desde luego, parece que el problema no puede resolverse por el expeditivo sistema de negar su pertenencia al campo de las Administraciones Públicas: si en algún caso está justificada la operación de «levantar el velo de la personalidad», éste puede ser paradigmático. Al menos teóricamente, las Administraciones territoriales constituyen —o asumen— estas empresas por razones de interés público, por lo que difícilmente puede aseverarse que su actuación puede desvincularse completamente del mismo (aun habiendo de someterse, claro está, a las reglas del mercado): la forma y el régimen jurídico, meramente instrumentales, no pueden constituir una patente de corso para actuar estrictamente como empresas de titularidad privada.

De similar contextura son los problemas que plantean las entidades constituidas en forma pública, pero sometidas genéricamente al Derecho privado, a las que se refiere el artículo 6.2.b) de la Ley General Presupuestaria (estén o no sometidas a ella): un colectivo en vertiginoso crecimiento durante los últimos años y que constituye uno de los fenómenos más sugestivos que ofrece el Estado contemporáneo; también, por cierto, uno de los más inquietantes, en cuanto versión administrativa, podríamos decir, del viejo mito del Dr. Jeckyll y Mr. Hyde.

Nuevamente hemos de remitir a otra ocasión el examen de la problemática general de estas entidades; entidades que, en su inmensa mayoría, son titulares de potestades inequívocamente públicas (9), que contrastan vivamente con su sometimiento genérico al Derecho común. Desde el punto de vista de su calificación, su condición de Administraciones Públicas no nos ofrece duda de ningún tipo: en este caso, el régimen jurídico material a que se encuentran sujetas es un aspecto meramente instrumental, por lo que toda su actividad se encuentra sometida a los principios generales del artículo 103 CE. Plantea mayores di-

(9) Así, entre otras, el Banco de España, RENFE, el Ente Público RTVE (nombre, por cierto, digno de la mejor literatura de terror), el Consejo de Seguridad Nuclear, los Fondos de Garantía de Depósitos, el Patrimonio Nacional y la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

ficultades, sin embargo, el régimen de ejercicio de las potestades públicas que ostentan, así como el procedimiento y órgano competente para su fiscalización jurisdiccional: no es insólito que alguna de estas entidades invoque su genérico sometimiento al Derecho privado para pretender ejercer con absoluta libertad y discrecionalidad las potestades públicas de que es titular, así como para defender la exclusión del conocimiento de tales actos por la Jurisdicción contencioso-administrativa. Una vez más se impone, pues, un desglose analítico de las actividades de tales entes a los efectos que acaban de mencionarse, semejante al que cabe hacer a propósito de las denominadas Administraciones corporativas: un desglose de no menor complejidad y en el que, desde luego, todo o casi todo está por hacer.

IV

Recapitemos. Como hemos podido comprobar, el análisis del ordenamiento administrativo español suscita muy serias dudas a la hora de interpretar, con arreglo al mismo, los dos conceptos fundamentales sobre los que se apoya el Título IV de la CE; y dudas, por lo demás, de sentido opuesto, según se refieran a uno y otro concepto. La noción de Gobierno, hemos podido comprobar, es básicamente organizativa, en tanto que la de Administración Pública es, cuando menos, mixta: hace referencia, primariamente, a unas determinadas organizaciones que admiten globalmente esta calificación, pero también a sectores de la actividad de otras múltiples, públicas y privadas, que no lo son en absoluto.

Tal conjunto de constataciones resulta, evidentemente, desazonadora para una mente proclive a la claridad y a la simetría. Por ello mismo, es necesario evitar las tentaciones de racionalización, cualquiera que sea la dirección en que se produzcan. De ellas aludiré a dos.

A) Por lo que se refiere al plano del Gobierno, la tentación racionalista puede venir por la vía de un intento de hacer coincidir las estructuras organizatorias de índole jurídica con los resultados del análisis político. Desde el punto de vista de la teoría política, es innegable que carece de sentido, globalmente, trazar una línea divisoria entre los Ministros y los demás «altos cargos» de la Administración; línea divisoria que llevaría a considerar a los Ministros (colectivamente considerados; no uno a uno, individualmente) como «Gobierno» y a los secretarios de Estado, por ejemplo, como «Administración». Si el término «gobierno» (ahora con minúscula) se entiende en el sentido de colectivo que participa efectivamente en la toma de decisiones políticas fundamentales, es notorio que existen múltiples cargos que no serían gubernamentales desde una óptica jurídico-formal, pero que poseen

una relevancia y una capacidad de influencia muy superior a la de bastantes Ministros.

Más aún, resulta notorio que la distinción que intuitivamente funciona en nuestra cultura política engloba en una misma categoría a todo el conjunto de altos cargos, de Presidente del Gobierno a Director General; categoría que se contrapone al conjunto de cargos ocupados por funcionarios profesionales. El conjunto de altos cargos, nombrados y separados libremente en base a relaciones de estricta confianza, forma parte de un colectivo sociológica y psicológicamente distinto del que integran los funcionarios, la imprecisamente denominada «clase política» o «clase dirigente». Aunque sea en un nivel de meros principios, la sensación generalizada es que las decisiones y las directrices, la participación en el poder, provienen de dicho estamento.

No cabe descartar, por ello, la posibilidad de una tendencia a manipular las nociones constitucionales, en orden a aproximar o incluso igualar las nociones jurídica y política de «Gobierno», otorgando aquella condición formal a todo el conjunto de los «altos cargos» o a una parte importante de ellos; bien que con distintos efectos, según los escalones jerárquicos. No advierto cuáles serían los efectos benéficos que se derivarían de una medida de esta naturaleza, aparte de los de satisfacer un afán de simetría entre el Derecho y otras ramas del conocimiento; y, por el contrario, sus inconvenientes en el puro terreno jurídico me parecen ostensibles, tanto desde el punto de vista de su choque con la tradición semántica cuanto desde el de su compatibilidad con las normas constitucionales; por no hablar de la tendencia «desadministrativizadora» que conllevaría.

Todo ello sin tener en cuenta, por lo demás, que el concepto político de «Gobierno» resulta extremadamente lábil y discutible: de un lado, porque, puestos a incluir en una «órbita gubernamental» a todas las personas dotadas de facto de capacidad de influencia política, habría que ampliar indefinidamente el círculo para incluir a sujetos sin la menor responsabilidad pública, como los dirigentes de los sindicatos y asociaciones patronales, los presidentes o consejeros delegados de las principales entidades financieras, y aun a algunos intelectuales de relieve. Y, de otro, porque, guste o no, es un hecho sociológicamente constatable en nuestro país que la pertenencia al órgano jurídicamente conocido como Gobierno ha terminado creando una división cualitativa en el seno del colectivo de los altos cargos; a pesar de las excepciones singulares que en páginas atrás señalábamos, es inevitable constatar que la condición de Ministro, con independencia de su acervo de poder real, ha devenido socialmente distinta de la de los restantes cargos políticos. No hay razones serias, pues, para proceder a una manipulación de los conceptos jurídicos tradicionales; a lo sumo, para matizarlos o perfeccionarlos, en la forma que más arriba indicamos.

B) Por su parte, la tentación racionalizadora por vías extensivas no es menos evidente en lo que afecta al concepto de Administración, como lo revela de modo concluyente la evolución del concepto de Administración corporativa. Las extraordinarias dificultades —quizá insolubles en un plano general— que plantea una concepción funcional de la Administración o de la actividad administrativa pueden empujar en la línea de extender esta condición a quienes no lo son, ni deben serlo, en modo alguno. No cabe ocultarse que este fenómeno extensivo puede encubrir, además, intereses cuando menos discutibles: no son excepcionales los casos de entidades originariamente privadas que van provocando la acentuación progresiva de sus caracteres públicos hasta instalarse en un cómodo terreno de nadie que asegura determinados privilegios o monopolios y en el que, a cambio de una más o menos vagorosa calificación pública, se garantiza una libertad de funcionamiento con arreglo al Derecho privado.

En este orden de cosas, pues, no está de más recordar la necesidad de restaurar de algún modo la tradicional línea divisoria entre Estado y sociedad, que no por decimonónica debe condenarse de antemano. El que tal línea divisoria no tenga la nitidez de antaño no supone un imperativo en orden a hacerla desaparecer total y definitivamente, administrativizando todas aquellas estructuras privadas que, de uno u otro modo, vienen a realizar actividades aparentemente públicas o de un cierto interés público (que son prácticamente todas en un sistema político en el que al Estado, por definición, nada de lo que es humano le es ajeno); lo cual sería menos lógico aún cuando asistimos a ese pasmoso fenómeno de esquizofrenia pública, en la que el Estado huye de sí mismo, desgajando de su estructura competencias inequívocamente públicas para encomendarlas a organizaciones a las que no sólo se devuelve al régimen jurídico privado, sino que, más aún, se las dota de independencia funcional frente a las propias autoridades matrices. Por supuesto, nada impide efectuar una brillante interpretación racionalizadora de ambos fenómenos opuestos (publicación de lo privado-privatización de lo público), explicándolos como un reajuste posmoderno de las tradicionales fronteras entre la sociedad y el Estado. Pero, aun a riesgo de parecer absurdamente reacio a un presunto «sentido de la historia», es obligado señalar que tales fenómenos, globalmente considerados y con todas las excepciones que se quieran, son profundamente regresivos: baste advertir que tienen un perfecto paralelo, como en otra ocasión he señalado, con la evolución que marcó el tránsito del Bajo Imperio a los oscuros tiempos medievales.

La restauración de esta línea divisoria no es ciertamente fácil, en cuanto debe iniciarse por una definición, por parte de los poderes administrativos, acerca de cuáles sean o hayan de ser sus funciones y responsabilidades típicas; de cuáles haya de desempeñar por sí mismo, y

cuáles quepa confiar a manos privadas —que deben seguir siéndolo—, bajo el oportuno sistema de controles. Los cultivadores del Derecho administrativo sentimos una particular alergia hacia tal género de procesos definitivos basados en criterios funcionales: sabemos bien de su extrema dificultad, cuando no de la práctica imposibilidad de alcanzar con ellos soluciones fáciles y claras. Pero la realidad es como es, y de nada sirve resistirse a ella: el concepto —constitucional, como el teórico— de Administración es una noción ambigua. Instalémonos, pues, en la ambigüedad, y preparémonos para afrontarla y manejarla, sin intentar adaptarla drásticamente a nuestros particulares criterios de simetría.