

Funciones constitucionales y actos del Gobierno en la Ley

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PROYECTO DE LEY DE 1995. III. LA LEY 50/1997, DE 27 DE NOVIEMBRE: EL ARTÍCULO 5.1. IV. INICIATIVA LEGISLATIVA. V. TITULARIDAD Y ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. VI. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS. VII. CONTROL DE LOS ACTOS DEL GOBIERNO.

I. INTRODUCCIÓN

Comencemos de manera tan natural como recordar lo que dice la Constitución: el artículo 97, para empezar, y luego el resto de su articulado.

A) Su artículo 97 enumera las funciones del Gobierno dividiéndolas en dos grandes bloques.

a) Primero, las cosas que el Gobierno «dirige», y que son tres:

- La política interior y exterior.
- La Administración civil y militar.
- La defensa del Estado.

b) Y luego, otras dos materias en las que la Constitución prefiere hablar de «ejercer» más que de «dirigir», lo que parece aludir a una actuación más directa:

- La función ejecutiva.
- La potestad reglamentaria.

Apenas habrá que decir que hay, sobre todo, dos de esos cometidos —la dirección de la Administración civil y el ejercicio de la función ejecutiva— en los que el tenor literal de la norma no puede llevarnos al equívoco de pensar que el Gobierno tiene poco menos que un monopolio. En seguida, en el artículo 103.1, la misma Constitución, entre los principios de organización administrativa, contiene un mandato de descentralización y aun otro de desconcentración, de suerte que, aun en el seno de la Administración del Estado, parecerían ser los órganos territoriales, y no los centrales, a cuya cabeza está el Gobierno, quienes tendrían que resultar beneficiarios de la mayoría de los poderes.

En síntesis, y para decirlo con palabras obvias: el ámbito real de funciones del Gobierno es menor del que se desprendería de una lectura aislada del artículo 97 de la Constitución.

B) A la inversa, hemos de ir a otros preceptos dispersos por el texto en los que se atribuyen al Gobierno distintas funciones. Así, para empezar, en el plano de lo normativo:

— Artículos 82 y 85: Posibilidad de dictar Decretos Legislativos en uso de una delegación de las Cortes Generales.

— Artículo 86: «En caso de extraordinaria y urgente necesidad (...), dictar disposiciones legislativas *provisionales* que tomarán la forma de Decretos-leyes».

— Artículo 88: Iniciativa legislativa ante el Congreso de los Diputados.

— Artículo 134.1: Monopolio de dicha iniciativa si el Proyecto de Ley es de Presupuestos.

Pero en la Constitución el Gobierno aparece mencionado al hilo de muchas otras cosas, al margen de las tareas de producción normativa. Así, a) puede dirigirse al Tribunal Constitucional para recabar su opinión en relación con los Tratados internacionales (art. 95.2); b) en sus relaciones de control con las Cortes Generales no siempre asume un papel pasivo, como lo prueba el hecho de que su Presidente pueda plantear la cuestión de confianza (art. 112) o incluso proponer al Rey la disolución (art. 115), al margen de la hipótesis, mucho más rutinaria, del artículo 110.2 («Los miembros del Gobierno tienen acceso a las sesiones de las Cámaras y a sus Comisiones y la facultad de hacerse oír en ellas, y podrán solicitar que informen ante las mismas funcionarios de sus Departamentos»); c) El Gobierno es también el titular del poder extraordinario, sobre las Comunida-

des Autónomas, del artículo 155; y d) a él le corresponde designar dos Magistrados del Tribunal Constitucional (art. 159.1).

Estas funciones «extranormativas» tienen, por cierto, muy poco en común entre sí.

En resolución: que nos encontramos ante un conjunto de poderes muy heterogéneos —desde todos los puntos de vista— y que, en lo que concierne a la posibilidad de «formalización» jurídica, admiten muy distintos grados. De esa constatación ha de partirse al analizar la Ley del Gobierno de 1997.

II. EL PROYECTO DE LEY DE 1995

Tenemos como precedente necesario el Proyecto de Ley de 1995.

En él había un Título I («Disposiciones generales») que asumía el empeño, ciertamente meritorio, de introducir formalización jurídica en (algunos de) los poderes enumerados en el artículo 97 de la Constitución.

Así, el artículo 2 se ocupaba de la defensa del Estado; el artículo 3 intentaba tasar los instrumentos de desempeño de algo tan evanescente como la dirección de la política interior y exterior (planes, programas, medidas, directrices, instrucciones y declaraciones); y, por último, el artículo 4, acerca de la función ejecutiva —obviamente, dejando al margen a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales—, indicaba que su ejercicio, lejos de ser directo, tendría lugar «a través de la Administración General del Estado y las organizaciones adscritas a ella».

Junto al Título I, del Proyecto de 1995 nos interesa recordar también ahora el Título V («Del régimen de las funciones constitucionales y actos del Gobierno»), cuyo contenido era, en muy apretada síntesis, el siguiente:

- Artículo 39: Iniciativa legislativa.
- Artículo 40: Potestad reglamentaria.
- Artículo 41: Régimen de los actos.

Y también:

- Artículo 42: Delegación de competencias.
- Artículo 43: Forma jurídica de las decisiones del Gobierno.

Como material interpretativo del texto de 1995 contamos con los *Estudios sobre el Gobierno*, editados en 1996 a cargo de L. PAREJO. En ellos, quiero hacer especial mención a las palabras de A. EMBID acerca del Título V.

III. LA LEY 50/1997, DE 27 DE NOVIEMBRE: EL ARTÍCULO 5.1

Y así podemos entrar ya en la Ley de 1997, objeto directo de nuestra atención actual.

Para empezar, llama la atención la desaparición —pura y simplemente— de lo que en el texto de 1995 era el contenido de los artículos 2 y 4. Sin duda, ha primado la consideración weberiana de la política como algo irreductible a los corsés científicos y, en consecuencia, con formas de ejercicio jurídicamente inasibles.

La Ley contiene una lista de funciones del Gobierno, o del Consejo de Ministros, en el artículo 5.1. Está elaborada, sin duda, a la luz de la Constitución, aunque sólo se han tenido en cuenta aquellos de sus preceptos que resultan atributivos de las potestades por así decir más concretas.

A) El primer bloque de esos poderes recoge los que tienen que ver con la función de creación de normas jurídicas. Son las siguientes cosas:

— a) Aprobar los proyectos de Ley y su remisión a las Cortes.

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

— c) Aprobar los Reales Decretos-leyes y los Reales Decretos Legislativos.

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

— e) Remitir los Tratados Internacionales a las Cortes Generales en los términos previstos en los artículos 94 y 96.2 de la Constitución.

— h) Aprobar los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan. Llama la atención aquí el mantenimiento terminológico de la categoría de los «Reglamentos ejecutivos», que luego no subsiste, como especie diferenciada, en los artículos 23 y 24.

B) Existe un segundo paquete de funciones que de nuevo podemos caracterizar, de manera únicamente negativa, como «extranormativas». Son cuatro cosas tasadas y luego un poder residual:

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

— g) Disponer la emisión de Deuda Pública o contraer crédito, cuando haya sido autorizado por una Ley.

— i) Crear, modificar y suprimir los órganos directivos de los Departamentos ministeriales.

Los «órganos directivos», según el artículo 6.2.B) de la LO-FAGE, son los que están debajo de los «superiores»: de Subsecretario para atrás.

— j) Adoptar programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado.

En fin, corresponde al Gobierno «ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución, las leyes y cualquier otra disposición».

Tal es la lista del artículo 5.1.

La Ley de 1997, sabedora de la extraordinaria heterogeneidad de las cosas, ha dedicado luego muy distinto desarrollo jurídico a unas y a otras.

El actual Título V se equivale materialmente con el homónimo del Proyecto de 1995, aunque el rubro es ahora otro, más expresivo de la casi exclusiva contracción de su atención dentro de ellos sólo a algunas cosas: «De la iniciativa legislativa, de la potestad reglamentaria y del control de los actos del Gobierno».

Del Título V llama la atención, en efecto, la omisión de cuanto tiene que ver con Decretos-leyes, o con Decretos Legislativos, o con los Presupuestos Generales del Estado.

Veamos (con la excepción, por razones de programa, del artículo 25, sobre forma de las disposiciones y resoluciones) cada uno de sus preceptos por separado, aunque principiando con una observación general: aun dentro de los muy selectivos temas tratados, llaman la atención muy poderosamente las omisiones. En lo sucesivo, las presentes páginas van a centrarse sobre todo en ellas, más que en el contenido positivo del texto (por lo común, muy razonable). Y es que no resulta exagerado decir que estamos ante una «Ley de mínimos».

IV. INICIATIVA LEGISLATIVA

El artículo 22 se ocupa de la iniciativa legislativa del Gobierno. El procedimiento, desmenuzado, es el siguiente:

1) Inicio «en el Ministerio o Ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente Anteproyecto».

Es de celebrar que, ya desde el comienzo, sea necesario contar con una «memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar (la futura Ley)», aunque, ya puestos a entrar en las cuentas, también deberían calcularse los beneficios —tributarios, en singular— que se hayan de producir.

2) Intervención previa del Consejo de Ministros.

3) Fase de audiencia, sobre la cual no se dice nada imperativo: su extensión y alcance dependerá de la decisión casuística del Gobierno, a salvo de una enigmática alusión a «dos trámites (...) legalmente preceptivos».

Resulta chocante, en singular, la omisión de toda referencia a la intervención de las Comunidades Autónomas. Lo cierto es que en muchas ocasiones son ellas las «ejecutoras» del material legislativo y por ende las que mejor conocen el terreno. Tampoco hay nada explícito sobre algo tan inevitable como la presencia de los grupos de interés.

4) Una vez cumplidos los trámites que se acuerden, «el titular del Departamento proponente someterá el Anteproyecto, de nuevo, al Consejo de Ministros para su aprobación como Proyecto de Ley».

Todo ello tiene que ver con las circunstancias por así decir normales. Pero también hay un régimen de excepción, a aplicar «cuando razones de urgencia así lo aconsejen»: podrán darse lo que pudiésemos llamar «Proyectos de ley de plano», en cuya tramitación se acumulan y agolpan las tres últimas fases.

En todo caso, el precepto en su conjunto se ciñe a la fase anterior al envío del texto al Congreso de los Diputados (o, por excepción, al Senado). La explicación es sencilla: para la tramitación parlamentaria, las normas relevantes son ya otras, los Reglamentos de las Cámaras. Pero lo cierto es que aun allí el Gobierno sigue siendo el «dueño» del proyecto, política y aun jurídicamente.

Quizá no se haya reparado en el artículo 128 del Reglamento del Congreso de los Diputados: «El Gobierno podrá retirar un proyecto de ley en cualquier momento de su tramitación ante la Cámara, siempre que no hubiera recaído acuerdo *final* de ésta». Sobre los requisitos y condiciones de ese «poder de retirada», es la Ley del Gobierno la que debe hablar. Y no lo ha hecho.

Hasta aquí, la regulación de la iniciativa legislativa gubernamental. Baste tan sólo indicar adicionalmente que se echa en falta toda mención a las normas especiales, que a estos efectos las hay. Así, artículo 131.2 de la Constitución, sobre proyectos de

planificación económica; o artículo 43 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, sobre elaboración del Plan Hidrológico Nacional.

V. TITULARIDAD Y ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Los artículos 23 y 24 tienen ya otro objeto: los reglamentos.

El primero de esos preceptos brega con temas tan clásicos —y tan debatidos— como la titularidad y el alcance de la potestad reglamentaria.

A) En cuanto a la autoría de las normas reglamentarias, sabemos que el artículo 97 de la Constitución, en lo que hace a la Administración del Estado, la atribuye al Gobierno como tal, no a cada Ministro. Aunque el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 135/1992, de 5 de octubre, Fundamento Jurídico 3, se ha mostrado en contra del literalismo: «La desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones, necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma. Efectivamente, la habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el artículo 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos que lo componen y a instituciones como el Banco de España».

La Ley del Gobierno de 1997 deja abierta la posibilidad de normas «infragubernamentales», aunque apenas dice nada de fondo sobre sus requisitos. El apartado 1 proclama que «el ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de acuerdo con la Constitución y las leyes». Y luego el apartado 2 se limita a decir que, tras las «disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros», estarán las contenidas en «Orden Ministerial». Pero sin referencia a ninguna condición material o formal para esta última posibilidad. En singular, no se dice que, para las Órdenes Ministeriales —la llamada potestad reglamentaria «derivada»— se requiera una habilitación legal específica.

B) Alguna mayor determinación de criterio muestra el apartado 2 de este mismo artículo 23, sobre el tema, tampoco pacífico, de la reserva (sobre todo, material) de ley. En España tal vez no hemos sido capaces de teorizar mucho al respecto,

pero, en revancha, seguimos de cerca la polémica alemana de las últimas décadas.

El artículo 23.2, a la hora de decidirse, ha optado por la fidelidad a la doctrina clásica de Otto MAYER, según la cual las barreras son las muy «burguesas» de la libertad y la propiedad. Así, lo que se veda a los reglamentos es:

— La tipificación de delitos, faltas o infracciones administrativas y el establecimiento de penas o sanciones. Todo ello es, como resultado de un diseño en negativo, el contenido de la libertad.

— La imposición de «tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público», por respeto ahora a la propiedad.

Hay hoy otras cuestiones: la ampliación de la reserva de ley a lo organizatorio (art. 103.2 de la Constitución); o las consecuencias de la eventual existencia previa de una norma europea. Sobre todo ello la Ley del Gobierno ha preferido optar por la prudencia.

VI. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS

El artículo 24 se ocupa de una materia de extraordinaria importancia: el procedimiento de elaboración de reglamentos. Sin duda requeriría un análisis mucho más completo que el que estas líneas le van a dedicar.

A la materia subyacen dos problemas constitucionales de gran calado, que, a mi juicio, la Ley de 1997 no ha sabido ver.

A) El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, Fundamento Jurídico 6, declaró que en la competencia estatal del artículo 149.1.18 de la Constitución (bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas o del procedimiento administrativo común) había de incluirse el procedimiento de «elaboración de reglamentos que se dicten en ejecución de las leyes».

Lo que ha de dictarse es, pues, una norma básica, de aplicación universal en lo subjetivo. La Ley del Gobierno, por contra, se ciñe a la Administración del Estado, con lo que, para el futuro, se ha dejado sin resolver de manera expresa el problema de su extensión a otras Administraciones, territoriales o no.

B) El segundo punto de enganche constitucional de la materia está en la directiva de procedimiento del conocido artículo 105.c), que remite a la legislación para regular «la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten».

Frente a la potestad reglamentaria no hay «interesados» en sentido propio. Por eso la Constitución emplea otra palabra, la de «afectados», que, a su vez, pueden serlo directos o no.

Cumplir con el mandato de audiencia será tanto más difícil cuanto mayor amplitud subjetiva tenga la materia concernida. Piénsese en el deber general por excelencia, que es el de contribuir. O en la obligación de todos los varones —hasta ahora— de prestar el servicio militar. En el extremo contrario estaría, *verbi gratia*, una norma reglamentaria sobre los requisitos de fabricación y etiquetación de un objeto que tuviera unos productores contados. Sólo éstos serían los afectados, al menos directa y primariamente.

Tampoco este punto ha sido debidamente ponderado por la Ley de 1997, que, lejos de sentar distinción analítica alguna, se ha contentado con una mención indiferenciada a «los derechos e intereses de los ciudadanos». ¿De todos ellos, necesariamente? ¿Qué se ha de entender por «intereses»?

El procedimiento se contiene en el párrafo c) de este artículo 24.1. Prevé tres cosas: un régimen general, un acortamiento de plazos en casos especiales y una posible omisión. En los siguientes términos:

—«Elaborado el texto de una disposición que *afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos* —?—, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición.»

La opción por una u otra manera de cumplimentar la audiencia no es de fácil predeterminación. Por eso, «la decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia».

Lo más fácil, con todo, será la formulación, expresamente publicitada, de un llamado general, sin discriminar por nombres ni apellidos: «Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición

lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado.»

Tal es el régimen ordinario.

— Lo segundo es el acortamiento de los plazos: «Este trámite (parece ser tanto el de audiencia como el de información pública) podrá ser *abreviado* hasta el mínimo de siete días cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen.» Es el supuesto especial.

— En fin, está el régimen excepcional en sentido propio: «Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan.»

Hasta aquí, la regulación de la presencia ciudadana en las tres hipótesis: la común, la especial y la excepcional.

Del contenido de este artículo 24 acerca del procedimiento de elaboración de Reglamentos nos interesan aún un par de temas de los que la práctica, y sobre todo la posterior conflictividad jurisdiccional, ha mostrado su relevancia.

Uno de ellos es de nuevo el de la intervención de las Comunidades Autónomas. En esta ocasión, el legislador sí se ha planteado el problema, al menos parcialmente. Es el supuesto de «cuando la norma reglamentaria pudiera *afectar* —?— a la distribución de competencias entre el Estado y (¿todas?) las Comunidades Autónomas». La solución, sin embargo, no ha estado en postular su participación directa y sí en arbitrar la presencia de un órgano estatal —el Ministerio de Administraciones Públicas— al que parece quererle atribuir cierto papel de portavoz territorial.

En fin, está el tema, básico en todos los sentidos de la palabra, sobre todo a partir de la Sentencia constitucional de 26 de noviembre de 1992, de la intervención del Consejo de Estado, al menos si se trata de normas reglamentarias «ejecutivas» en el sentido tradicional. Pues bien, el artículo 24.2 se limita a decir que «en todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado *en los casos legalmente previstos*». El reenvío tal vez pueda encontrar justificación en la reserva de Ley orgánica —condición que no tiene el texto actual— del artículo 107 de la Constitución, acerca de las funciones del Consejo de Estado.

VII. CONTROL DE LOS ACTOS DEL GOBIERNO

El artículo 26, último del cuerpo sustantivo de la Ley, se ocupa de un tema eterno en el Estado social y democrático de Derecho: el control de los actos del Gobierno.

Si ésta es toda ella una «Ley de mínimos», a este punto final llega ya casi sin ninguna fuerza. El pomposo rubro del precepto contrasta con lo esmirriado del contenido del artículo 26, que, para empezar, deja fuera todo lo siguiente:

— El Tribunal de Cuentas, pese a su condición constitucional (art. 136) de «supremo órgano fiscalizador».

— El Consejo de Estado, que, de hecho, es también un órgano de control.

— Sobre todo, cuanto tiene que ver con los poderes de supervisión y vigilancia a cargo de la Comisión Europea (art. 169 del Tratado) y del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

El contenido natural de la Ley sufre así un primer adelgazamiento. El estadio siguiente consiste en llegar casi hasta la anorexia, al limitarse el contenido positivo del artículo 26 a una obviedad —para el control político— y un reenvío —para el judicial—:

- «Todos los actos y *omisiones* del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales».

- En fin, el reenvío es el atinente al control judicial contencioso, que, sin la usual referencia limitativa al Derecho Administrativo como sector ordinamental y también sin mención a las inactividades como objeto de verificación, se proclama en los siguientes términos literales: «Los actos del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su ley reguladora».

Queda así concluido este análisis —sumario— de las funciones constitucionales y actos del Gobierno en la Ley del mismo.

**La Ley de
Organización y
Funcionamiento de
la Administración
General del
Estado**

