



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Título del Trabajo Fin de Grado:

El control político del gobierno en funciones

Presentado por:

Pablo Sánchez Rodríguez

Tutelado por:

Paloma Biglino Campos

Valladolid, 24 de julio de 2019

Resumen:

El presente trabajo tiene por objeto el análisis del momento de cese del Ejecutivo estatal, el periodo conocido como gobierno en funciones. Este estudio se centra sobre todo en el control parlamentario, en concreto en sus instrumentos y actuaciones. Durante esta etapa, el control parlamentario cobra aún más importancia que durante el resto de la legislatura debido a que normalmente el gobierno en funciones coincide con momentos de agitación política. La regulación del gobierno en funciones es también objeto de estudio en el trabajo pues es una pieza fundamental en esta fase, en ella se recogen sus aspectos básicos y las limitaciones que acarrea para el Ejecutivo entrar en este periodo. Para complementar a esa regulación, en el trabajo se aborda la jurisprudencia relativa a este momento del gobierno para intentar delimitar de un modo preciso su campo de actuación. En último lugar, se trata este mismo tema brevemente en clave autonómica ya que se dan las mismas condiciones que en el ámbito nacional pero en contextos diferentes como son las comunidades autónomas.

Palabras clave:

Control parlamentario, gobierno en funciones, confianza parlamentaria, responsabilidad política.

Abstract:

The present essay has the purpose of analyzing the national government cease, the period is best known as caretaker government. This analysis focus mainly on the parliamentary control, especially on the mechanisms and actions. Along this time, parliamentary control becomes more important than the rest of the term because normally caretaker government takes place at the same time as political excitement. Caretaker government's regulation is another part of the essay's studies, after all is a fundamental piece in this stage where the basic aspects and limitations for the Government during this period are gathered. To complement the regulation, the essay deals with caretaker government's case law to attempt to mark out its area of actuation. At last it addresses the same topic but in regional field because it shares the same conditions as the national field but in different context.

Key words:

Parliamentary control, caretaker government, parliamentary trust, politic responsibility.

Índice

Introducción.	4
1. El control del gobierno en funciones.	5
1.1 Causas.	6
1.2 Límites del gobierno en funciones.	9
2. El control político.	14
2.1 La sentencia del Tribunal Constitucional.	19
3. El control jurídico: la jurisprudencia del Tribunal Supremo.	28
3.1 La STS 5639/2005, de 20 de Septiembre (Sala 3ª, Sección 6ª).	29
3.2 La STS 8303/2005, de 2 de Diciembre (Sala 3ª Pleno).	32
3.3 La STS 2602/2013, de Mayo (Sala 3ª, Sección 4ª).	45
4. El gobierno en funciones en las CCAA.	48
5. Conclusiones.	54
Bibliografía.	56

Introducción

Tras un periodo de gobierno en funciones de más de diez meses debido a una situación política convulsa y tensa, esta etapa ha pasado a estar más presente en la sociedad. El Ejecutivo en funciones es un aspecto fundamental del desarrollo democrático que normalmente pasa desapercibido para la opinión pública puesto que hasta ahora, esta fase del gobierno no se había alargado tanto ni había sido tan problemática. No obstante, en estos días agitación política, ha adquirido cada vez más importancia y por ello resulta conveniente proceder a su estudio y análisis para una mayor comprensión al respecto.

Dentro de la figura del gobierno en funciones como concepto, en este trabajo, el análisis está enfocado hacia el control parlamentario, ya que considero que es una parte fundamental para poder entender no solo la regulación y los límites, sino la razón misma del periodo en funciones. Para lograrlo, hay que estudiar los aspectos más importantes del gobierno en funciones comenzando por su regulación, que normas regulan esta figura, en que situaciones y como se aplica. Estas normas son las que delimitan el campo de actuación del Ejecutivo en este momento y las que dotan de instrumentos y herramientas para realizar el control parlamentario que de otra forma serían ineficaz. El control en sí mismo, su aplicación y efectividad es el siguiente paso en este trabajo de manera que, junto con la legislación tenemos una visión de conjunto de lo que es el gobierno en funciones. Pero si las normas que regulan esta etapa delimitan las actuaciones del Ejecutivo, el trabajo de los Tribunales es el de revisar actos concretos y determinar si el Gobierno puede realizarlos o por el contrario no puede ejecutarlos por estar en esta fase. Mediante el estudio de la jurisprudencia es posible ver qué actuaciones entran dentro de las competencias del gobierno en funciones o si hay normas que no lo permiten.

Por último, este trabajo se detiene, sin entrar en profundidad, en el gobierno en funciones en las Comunidades Autónomas. Teniendo en cuenta las características de estas entidades que ocupan el territorio nacional nos encontramos con una organización muy similar a la del gobierno estatal y que cuenta con unas instituciones de gobierno y administración muy parecidas. Por ello nos encontramos con que en cada C.A. hay una serie de normas para organizar la actividad administrativa y gubernativa de entre las cuales destacamos las Leyes de Gobierno. Cabe destacar también que las CC. AA, por el número de ellas que hay, han pasado por situaciones que no se han dado a nivel estatal y, gracias a esto, nos encontramos multitud de supuestos que aportan gran variedad a lo que ha ocurrido en la dinámica nacional.

1. EL CONTROL DEL GOBIERNO EN FUNCIONES

El gobierno en funciones es un periodo que responde a la necesidad de continuar con la labor ejecutiva y de la administración hasta la toma de posesión del nuevo Ejecutivo. Tiene su fundamento en la Constitución en el artículo 101.2 y está regulado más detalladamente en la Ley de Gobierno 50/1997 de 27 de noviembre. Esta fecha tan tardía implica que hubo un buen número de legislaturas en las que este aspecto no estaba regulado detalladamente antes de la Ley mencionada. Anteriormente hubo un Proyecto de ley en 1995 que no prosperó posiblemente debido al cambio de Gobierno ocurrido en 1996. Felipe González, Presidente del Gobierno en esos años (1995), convocó elecciones cuando Jordi Pujol, líder de CiU, retiró su apoyo para los Presupuestos Generales de 1996 así como los escándalos del GAL, Mariano Rubio, Roldán, Filesa, Ibercorp, Perote, Garzón, Cesid y fondos reservados que tenía el gobierno de González. El proyecto de Ley se presentó en noviembre de 1995 y contó con hasta cuatro ampliaciones de enmiendas, la última daba de plazo hasta el 7 de febrero del año siguiente y las elecciones de ese mismo año tuvieron lugar el 3 de marzo de 1996. La proximidad de estas elecciones fue quizás la causa de que no saliera adelante. Previamente al de 1995, hubo otro Proyecto de Ley en 1980 durante el gobierno de Unión de Centro Democrático (UCD) que fue la primera vez que se intentó regular la figura del Gobierno en funciones, pero fue retirado en marzo del año 1981 por acuerdo del Consejo de Ministros del momento. El proyecto de 1995 fue la base del aprobado en 1997 en muchos aspectos y posiblemente más completo que su sucesor en algunos de los puntos tratados. Uno de ellos era la suplencia del Presidente del Gobierno en ciertos casos, que podía ser temporal o permanente e incluso motivo de cese en caso de darse la situación de incapacidad permanente; o la condena penal como causa de cese del Presidente.

Durante los años en los que hubo un vacío legal, las actuaciones de los gobiernos de turno tuvieron, según Alicia González Alonso: “un carácter auto-restrictivo mientras se encontraban en funciones”¹, además estos periodos no eran especialmente largos. No ocurrió así en el ámbito autonómico, donde muchas de las Leyes de Gobierno autonómicas ya habían sido aprobadas e incluso se habían llegado a dar supuestos que estas leyes debían regular² y que de haberse dado en el ámbito estatal no habrían encontrado regulación alguna. Ha de tenerse en cuenta el panorama político de la época, hasta hace no mucho dominado

¹GONZALEZ ALONSO, Alicia. 2005, “El gobierno en funciones”, *El gobierno: problemas constitucionales*. Coordinado por Manuel Aragón Reyes y Ángel José Gómez Montoro, pag 513-562.

² Véase el caso del Presidente de Cantabria J. Hormaechea que continuó en funciones durante siete meses tras la condena del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

por dos grandes partidos acompañados por una serie de partidos nacionalistas que hacían las veces de bisagras entre ellos. Esto desembocó en que no una necesidad apremiante de regular esta figura, ya que la mayoría de asuntos podían resolverse mediante pactos o concesiones. En contraste con esto, encontramos la situación actual donde la igualdad de fuerzas provoca bloqueos y situaciones de inmovilidad política como la vista durante la XI legislatura.

1.1 Causas que determinan el inicio del gobierno en funciones

Las causas que establecen el cese del gobierno se encuentran recogidas en el artículo 101.1 de la Constitución y el artículo 21.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, reguladora del Gobierno. En estos artículos se recoge lo siguiente: “el Gobierno cesa tras la declaración de elecciones generales, en los casos de la pérdida de confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente”. En ambos artículos se enumeran las mismas causas, casi como si fuera una copia de uno a otro, aunque esto pueda parecer una duplicidad en la técnica legislativa, hay que entender que la Ley de Gobierno se redacta con el propósito de desarrollar y esclarecer los conceptos que en la Constitución quedan en duda o tienen necesidad de interpretación. Por ello, la repetición exacta de las causas en el artículo 21.1, no es a mi parecer un defecto si no un punto de referencia para continuar desarrollando la regulación de esta etapa del Ejecutivo. Todas ellas giran de alguna forma en torno a la figura del Presidente del Gobierno, esto no es ninguna casualidad ya que esta figura es el eje central de los gobiernos en los sistemas parlamentarios actuales. Para entender esto, simplemente podemos acudir al proceso de investidura y formación de gobierno en nuestro país, donde la Cámara debe dotar de su confianza a un candidato propuesto por el Rey y es el Presidente, que ha obtenido esa confianza, el que finalmente elige a los miembros de su gobierno. Es por este motivo que la limitación y motivos de cese del Ejecutivo se centran en la figura del Presidente y en sus atribuciones; este tema será visto detenidamente más adelante.

La primera de las causas citadas anteriormente se refiere a las elecciones al Congreso de los Diputados que, con carácter general y como establece el art 68.4 de la Constitución, se producen cada cuatro años o por la disolución de la Cámara ya sea por decisión del Presidente del Gobierno o por llegar a ese límite de cuatro años mencionado anteriormente. Esta potestad del presidente, aparentemente discrecional, es otra de las muestras que reflejan la

importancia que tiene en nuestro sistema parlamentario este cargo. Hay autores³ que critican este quizás excesivo funcionamiento presidencialista del sistema parlamentario que puede verse por ejemplo en la investidura, donde será el Presidente el que deba ganarse la confianza del Parlamento y no los miembros de su equipo de gobierno. Al hilo de lo expuesto, la facultad del Presidente para disolver las Cámaras se encuentra regulada en el artículo 115 de la Constitución, que no permite la disolución cuando se encuentre en trámite una moción de censura ni tampoco cuando no haya pasado un año desde la anterior disolución a no ser que se dé la situación del artículo 99.5. El cese del Gobierno debido a la celebración de elecciones generales se entiende que es al día siguiente de su celebración y es cuando empiezan las limitaciones del artículo 21 de la Ley de Gobierno. Este cese no necesita de ningún acto formal por parte del Presidente saliente pero si debe enviar al Rey el Real Decreto de cese que ha de ser refrendado por el Presidente saliente.

Una segunda cause de cese del Gobierno es la pérdida de la confianza parlamentaria, esto es, atendiendo al artículo 101 de la Constitución, a la moción de censura y a la cuestión de confianza. Estos son los instrumentos que muestran si el gobierno posee la confianza del Congreso de los Diputados. Si la moción de censura prospera o la cuestión de confianza fracasa se entiende que el gobierno no goza de esa confianza y ese Gobierno deberá cesar. Cabe preguntarse si la interpretación de la pérdida de confianza parlamentaria del artículo 101 de la Constitución puede considerarse extensiva en el sentido de ampliar los supuestos por los que el gobierno no tiene la confianza de la Cámara, por ejemplo el rechazo del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado u otra votación en un tema de suma importancia en ese momento. Entre los autores que han tocado este tema y contribuido a la doctrina entienden que: “conforme al sistema de parlamentarismo racionalizado no es posible hacer una interpretación flexible del artículo 101 de la Constitución por lo que únicamente puede entenderse que cuando prospera alguno de los mecanismos formalmente establecidos en la Constitución para derrocar al gobierno que son la moción de censura y la cuestión de confianza”⁴.

La siguiente causa establecida en la Constitución es la dimisión del Presidente del Gobierno, que provoca el cese de los demás miembros del gobierno. Esto lo debe hacer el Presidente exclusivamente, por supuesto una decisión de tal calibre se presume motivada, y los motivos

³ SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, 1996, “El Régimen Parlamentario y sus enemigos (Reflexiones sobre el caso español)”, *Revista de estudios políticos*, N° 93, págs. 17-39

⁴GONZALEZ ALONSO, Alicia. 2005, “El gobierno en funciones”, *El gobierno: problemas constitucionales*. Coordinado por Manuel Aragón Reyes y Ángel José Gómez Montoro, pag 513-562.

que tenga el Presidente podrán variar, no existe una lista de motivos tasada que permita la dimisión. Sobre si el Presidente debe comunicar sus motivos, la Constitución no dice nada aunque se entiende que las razones para la dimisión del Presidente del Gobierno estarán suficientemente razonadas y motivadas aunque, insisto, en que no tiene obligación alguna en dar una explicación detallada de las mismas. Se puede entender que esto no puede ocurrir de la noche a la mañana sin dar una sola explicación y razones de “cortesía constitucional” obligarían al Presidente a dar explicaciones ante el Congreso de los Diputados, el Rey o a la propia ciudadanía. La forma de dimitir debe realizarse comunicando esta decisión al Rey y que este acepte esa dimisión. Esto se extrae del artículo 62. d) de la Constitución, una vez aceptada debe publicarse un Real Decreto de cese del Presidente, así como de los miembros del Gobierno. Hasta el momento de la publicación del Real Decreto de cese, el Presidente puede revocar su intención de dimitir y continuar en el Gobierno. La única dimisión producida durante el periodo de la Constitución de 1978 a nivel nacional ha sido la de Adolfo Suarez en 1981, tras lo cual resultó investido Leopoldo Calvo-Sotelo. Sin embargo, en los gobiernos autonómicos esto ha sucedido en más de una ocasión, siendo la dimisión de Cristina Cifuentes en la Comunidad de Madrid la última en ocurrir.

Finalmente nos encontramos con el fallecimiento del Presidente del Gobierno, que ofrece pocas preguntas al respecto. Por suerte y en parte debido a la juventud de nuestro sistema parlamentario, no se ha dado aún en nuestro país. Una situación parecida que sin embargo no aparece recogida en el artículo es la incapacidad del Presidente, ya sea temporal o permanente. No hay mención alguna al respecto mientras en algunos ordenamientos autonómicos sí que aparece previsto este supuesto así como en el Proyecto de Ley de Gobierno de 1995. No hay mención alguna a la incapacidad como causa de cese del Presidente, aunque sí que hay un artículo del Proyecto de Ley de Gobierno de 1995, el número 23, que establece que en caso de enfermedad, ausencia o vacante las funciones del Presidente las ejercerá el Vicepresidente, con esto parece que se arregla en parte el problema de la incapacidad puesto que el lenguaje utilizado, vacante o ausencia, abarca esta posibilidad. Sin embargo esto que puede ser una solución para el problema de la incapacidad, se convierte en un nuevo dilema interpretativo según M. Satrustegui⁵ así como otros autores como A. Gallego Abanitrarte y A. Menéndez Rexach⁶, en el momento en que el fallecimiento puede

⁵SATRUSETGUI, Miguel, 1996, “El cese del Gobierno y el Gobierno cesante”, *Comentarios a la Constitución Española de 1978, vol.VIII*, Ó. Alzaga Villaamil, Madrid, p. 347.

⁶ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENENDEZ REXACH, Ángel, 1998, “Artículo 97. Funciones del Gobierno”, *Comentarios a la Constitución Española de 1978 Tomo VII*, Coordinado por O. Alzaga Villamil, Madrid. Pags 45-208

ser el motivo de esa vacancia pero no está incluido en los supuestos de suplencia. Al igual que en las demás causas de cese será necesaria la publicación de un Real Decreto de cese. Esta norma, deberá estar refrendada por el Vicepresidente o en su lugar el Ministro que haya ocupado el lugar del Presidente del Gobierno.

1.2 Límites del gobierno en funciones

La Ley de Gobierno 50/1997 de 27 de noviembre establece una serie de limitaciones a la actuación del Gobierno que se encuentre en funciones mientras que la Constitución no marca una serie de límites explícitos. Esto quiere decir que antes de la entrada en vigor de esta Ley, los gobiernos en funciones no tenían una norma que marcara los límites de actuación puesto que no estaba todavía regulado, aunque se tenía la costumbre de auto limitar la actividad a los asuntos cotidianos y, en la medida en que los hubiera, a los asuntos urgentes, como de hecho se ha incorporado en la Ley mencionada, algo que en palabras de Alicia González Alonso “es una costumbre constitucional existente en otros países de nuestro entorno”⁷⁷. Estos límites son aplicables al Ejecutivo en cuanto cesa y pasa a estar en funciones hasta el momento en que deje de estarlo, esto es, hasta que el nuevo Gobierno pueda formarse efectivamente. Estos límites como ya hemos dicho se encuentran en el artículo 21 de la Ley de Gobierno de 1997, en concreto comienzan en el artículo 21.3: “El gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo y limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas”. Con la imposición de este límite, se busca una limitación a los asuntos ordinarios de la Administración y que todo siga funcionando hasta la llegada del nuevo Ejecutivo. Lo que los gobiernos pasados hacían por auto-contención, ahora aparece regulado en esta norma para que actúe como muro de contención a los sucesivos gobiernos.

El objetivo de este precepto es bastante simple y consiste en no comprometer al siguiente gobierno en el ejercicio de sus objetivos. Para ello el artículo se encarga de limitar los actos del gobierno en funciones, junto con los siguientes puntos del artículo, a los del día a día, a que no continúe desarrollando su programa político en el tiempo de descuento, por usar una

⁷⁷GONZALEZ ALONSO, Alicia. 2005, “El gobierno en funciones”, *El gobierno: problemas constitucionales*. Coordinado por Manuel Aragón Reyes y Ángel José Gómez Montoro, pags 513-562

metáfora deportiva. En el mismo precepto se da la posibilidad de que, ante un hecho inusual o una situación de emergencia, dado el carácter de estos hechos, el gobierno en funciones pueda actuar y no se encuentre atado de manos, tal y como se esperaría de un gobierno en plenitud de funciones. Debido a ese carácter urgente o de emergencia, la actuación del gobierno deberá ser justificada. Pese a esto, este artículo tiene un gran problema, y ese es la indeterminación de la que son exactamente los asuntos ordinarios, urgente o de interés general. Este problema no es casual ya que es el propio legislador el que lo crea con esa redacción intencionada, con el fin de establecer una especie de marco que el gobierno en funciones no pueda traspasar por el hecho de tener tal condición y no estar prevista su permanencia en el tiempo puesto que tiene fecha de caducidad⁸; y en sentido contrario, ofrecerle un espacio lo suficientemente amplio que le permita continuar realizando las funciones estatales con la mayor normalidad posible ya que, de alargarse la situación de interinidad, las complicaciones derivadas del funcionamiento de un gobierno son más probables. Tras esta primera restricción que funciona como una limitación genérica por la ambigüedad de su redacción, el siguiente apartado del artículo se centra en la figura del Presidente del gobierno y los actos que no puede realizar durante el gobierno en funciones. Así, el 21.4 establece que: “El Presidente del gobierno no podrá ejercer las siguientes facultades: a) Proponer al Rey la disolución de alguna de las Cámaras o de las Cortes Generales. b) Plantear la cuestión de confianza. c) Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo”. La disolución de las Cámaras según apunta L. López Guerra queda anulada en la mayoría de los supuestos de cese por la propia regulación constitucional de la materia; “esta exclusión resulta del mandato del artículo 99, en cuanto a la apertura del procedimiento de investidura de un nuevo Presidente del gobierno...”⁹, con esto podemos ver que aunque siempre es mejor que las normas sean claras al respecto de lo que dicen para evitar problemas interpretativos, en este caso la propia formulación del proceso de investidura del Presidente en la Constitución ya descarta que el Gobierno en funciones se ejerza esa potestad. Además, la disolución de las Cámaras mediante la facultad del Presidente otorgada por el artículo 115 de la Constitución implica la celebración de elecciones fijando una fecha para las mismas en el decreto de disolución. Por ello retirar esta facultad al Presidente durante el gobierno en funciones, aunque reiterativo como mencionaba antes, es

⁸ Artículo 101.2 Constitución: El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.

⁹ LOPEZ GUERRA, Luis María. 2011, “Gobierno en funciones”, *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo II.: Organización general y territorial del Estado*. Coordinado por César Aguado Renedo y Manuel Aragón Reyes, páginas 192-195

también una forma de evitar conflictos de atribuciones o contradicciones entre diferentes normas o entre artículos o preceptos de una misma norma. En el caso de que el Presidente quisiera conocer el apoyo que tiene dentro de la Cámara, este puede proponer una cuestión de confianza para saberlo. Gracias a esta atribución puede renovar la relación de confianza que mantiene con el Congreso de los Diputados siempre que la cuestión de confianza prospere, de no ser así, la consecuencia del fracaso de la cuestión de confianza será el cese del Gobierno. Este instrumento durante el gobierno en funciones no tiene sentido usarlo ya que para que se dé la situación de interinidad, el Gobierno ha de haber cesado, ya se ha perdido esa confianza, de un modo u otro y, por otra parte en alguna de esas causas, como la dimisión o fallecimiento del Presidente, ni siquiera podría plantearse puesto que es una facultad específicamente asociada a su figura. En el caso del referéndum la propia configuración de este instrumento establecido en el artículo 92.1 de la Constitución, implica que sea usado en “decisiones políticas de especial trascendencia” por lo que utilizar esta facultad entra en conflicto con lo dicho en el punto 3 de este artículo en cuanto a el “normal desarrollo y despacho ordinario de los asuntos públicos” que debe tener un gobierno en funciones.

El hecho de que el Presidente tenga la prohibición de ejecutar una serie de actos demuestra la importancia que tiene esta figura en la estructura gubernamental y como deben limitarse sus actuaciones con el fin de facilitar la transición entre gobiernos. Sin embargo, hay una serie de actos que no dependen exclusivamente del Presidente sino del Gobierno en sí mismo y son estos los que trata el artículo 21.5 que dice lo siguiente: “El gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades: a) Aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado. b) Presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado”. En este caso, el establecimiento de una serie de límites obedece de nuevo a lo establecido en el punto tercero de este mismo artículo, no comprometer al futuro Gobierno con decisiones que podrían afectar al desarrollo del programa político o que directamente le puedan ser perjudiciales. La Ley de Presupuestos Generales del Estado es uno de los medios por no decir el más importante de todos los que tiene un Ejecutivo, en cuanto a prioridades una vez ha sido investido el Presidente de turno. Los Presupuestos son vitales para que el nuevo gobierno pueda desarrollar sus objetivos no ya a corto plazo, puesto que la dotación presupuestaria es en principio para un solo año, sino también a largo plazo ya que permite comenzar proyectos que tendrán lugar durante toda la legislatura. En los primeros compases del periodo democrático hasta los años recientes, prácticamente todos

los Gobiernos han tenido mayorías¹⁰, más o menos amplias, que les han permitido aprobar esta Ley para poder desarrollar su agenda política. En el caso particular de un gobierno en funciones, no tiene sentido que un Gobierno cesante apruebe los presupuestos del año siguiente si ni siquiera goza de la confianza de las Cámaras, y, en el caso de que el mismo Gobierno saliera elegido, este tendría la posibilidad de hacerlo al comienzo de la nueva legislatura. Hay que recordar que en el caso de los presupuestos hay previsto una prórroga de los anteriores presupuestos en el artículo 134 de la Constitución si no se consiguen los apoyos para aprobar una nueva Ley durante ese periodo. En el caso de la prohibición de presentación de proyectos de ley por parte del Gobierno, esta prohibición viene motivada por la incoherencia de que un gobierno en funciones quiera continuar con su proyecto político cuando ha sido cesado. Mediante la proposición de leyes, que recordemos es una prerrogativa atribuida al gobierno, este desarrolla su proyecto político y esto no es lo que se espera de un Ejecutivo que se encuentra en sus últimos momentos y cuyo objetivo es que el siguiente gobierno pueda realizar, ahora sí, esa agenda política con la mayor normalidad posible y sin contratiempos ocasionados por el anterior Ejecutivo. El único caso en que quizás este límite pueda ser sobrepasado es ante una situación de urgencia o de interés general que a su vez se encuentre motivada, conceptos bastante indeterminados que vuelven a reconducirnos al punto 21.3 que como ya habíamos dicho. Aun así, esto puede ser solucionado mediante los Decretos-Leyes, aunque puede encontrar otro obstáculo si el objeto de ese decreto fuera una materia reservada a una norma de rango superior.

Finalmente, como expone el artículo 21.6: “Las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes Generales quedarán en suspenso durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales.” Para empezar con este punto hay que determinar donde se encuentra regulada la delegación legislativa, esto es, en el artículo 82 de la Constitución el cual establece que, para esta delegación, para la formación de textos articulados, es necesaria una ley de bases que regule todos los aspectos relativos a esta delegación. El ejercicio de esta delegación deberá seguir lo establecido en el

¹⁰Véase en la página web oficial del Congreso de los Diputados, las composiciones de los respectivos Gobiernos en cada legislatura en el Congreso de los Diputados (Mayoría absoluta 176 escaños): I Legislatura: (UCD- 168escaños), II Legislatura: (PSOE – 202 escaños), III Legislatura: (PSOE – 184 escaños): IV Legislatura: (PSOE – 175 escaños), V Legislatura: (PSOE - 159 escaños), VI Legislatura: (PP – 156 escaños), VII Legislatura: (PP – 183 escaños), VIII Legislatura: (PSOE – 164 escaños), IX Legislatura: (PSOE – 169 escaños), X Legislatura: (PP – 186 escaños). A partir de la XI Legislatura el Congreso se ha fragmentado en múltiples grupos que aspiran a la presidencia con lo que las antiguas mayorías, en ocasiones absolutas, con las que los Gobiernos podían aprobar la Ley de PGE sin muchos problemas han dado a lugar a una necesidad de pactos y acuerdos entre estas formaciones para conseguir aprobarla.

Reglamento del Congreso de los Diputados en los artículos 151 a 153 donde se marcan las pautas a seguir de utilizarse esta prerrogativa. En lo que respecta al artículo 21.6 esto supone que esa ley de bases entra en suspenso únicamente cuando se da la causa de cese de convocatoria de elecciones. Esta regulación, en principio, no tiene mucho sentido ya que no hay que olvidar que el artículo 21.3 establece un límite a los asuntos que debe tratar un Gobierno en situación de interinidad. Con este precepto, se está delimitando el rango de sus actuaciones sea cual sea la causa de cese; que se retire la capacidad de dictar textos articulados o refundidos a un Gobierno que en principio ya se encuentra limitado anteriormente en otra parte del mismo artículo, puede considerarse reiterativo. Lo dispuesto en el artículo 21.6 diferencia y destaca al cese por celebración de elecciones de todas las otras causas de modo que, el gobierno en funciones pierde aún más atribuciones cuando se produce esta causa de cese. Según algunos autores como Enrique Guillen López “hemos de entender ante todo que la causa última de que se suspendan las delegaciones después de los comicios es la inexistencia del órgano que otorga la delegación y, en consecuencia, la imposibilidad de que el gobierno pueda rendir cuenta del uso que de ella ha realizado...”¹¹, con lo que tendría sentido que el precepto redujese este efecto a únicamente cuando se da esta causa de cese aunque posteriormente este mismo autor atribuye esto mismo a una mala técnica legislativa a la hora de redactar el precepto. Por otra parte Alicia G. Alonso¹², ofrece otra interpretación al establecer que este precepto, más que un límite para el gobierno en funciones, constituye una garantía para las Cortes con respecto a la delegación legislativa. Según esta autora, la clave para entender este precepto es la facultad que tienen las Cortes para renunciar a esta delegación legislativa en cualquier momento. Cuando se dan las otras causas de cese previstas por el artículo 101 de la Constitución para el inicio del gobierno en funciones, las Cámaras no se han disuelto, por lo que si se pretende derogar las leyes de bases o leyes para la refundición de textos legislativos podrían hacerlo. Por otro lado, si se da el supuesto de cese por celebración de elecciones generales, el Parlamento se encontraría disuelto y de tener que retirar la delegación legislativa deberá hacerlo la Diputación Permanente que para la autora no es el órgano más apropiado para ello y quedaría únicamente el gobierno con el ejercicio de esta potestad. De esta opinión es M^a Rosa Ripollés¹³ al entender que unas nuevas Cámaras

¹¹GUILLEN LOPEZ, Enrique, *El cese del Gobierno y el Gobierno en Funciones en el Ordenamiento Constitucional Español*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2002, pag 117.

¹²GONZALEZ ALONSO, Alicia. 2005, “El gobierno en funciones”, *El gobierno: problemas constitucionales*. Coordinado por Manuel Aragón Reyes y Ángel José Gómez Montoro, pags 513-562, pag 555

¹³RIPOLLES SERRANO, Maria Rosa, 2017, “Gobierno en funciones y control parlamentario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 109, pags 155-183.

no son las adecuadas para el control de la legislación delegada y que “podría suponer alguna dificultad añadida el control adicional de la legislación delegada por el Congreso, cuando así lo establezcan las leyes de delegación, por la sucesión de gobiernos en el ejercicio de esta delegación”. Este artículo añade una limitación más, y de gran importancia, a las atribuciones del gobierno en funciones pero únicamente cuando el motivo de cese sea la celebración de elecciones.

Con estos cuatro puntos del artículo 21 de la Ley 50/1997 se limita la actuación del gobierno en funciones, cada uno de los puntos enfocado en un aspecto o facultad que reduce la capacidad de actuar cuando se encuentra en esta situación en la que por las características de la misma no debe tomar grandes decisiones que afecten al devenir del próximo Ejecutivo. Ninguna de estas limitaciones es producto del capricho del legislador, sino que todas son atribuciones que de ejecutarse durante el gobierno en funciones supondrían una gran sacudida al panorama político y perturbarían las posibilidades de un traspaso de poderes tranquilo.

2. EL CONTROL POLITICO

El concepto de control parlamentario parte de la premisa de que nos encontramos ante un sistema parlamentario en el cual una serie de sujetos u órganos actúan, cada uno desde su posición, como partícipes de este control y otros como sujetos del mismo. En este sentido es importante dejar claro que las instituciones que intervienen en el control son, el Gobierno y las Cortes Generales. El concepto de control abarca una serie de cuestiones: la información que debe tanto obtener las Cortes como la que debe proporcionar el Gobierno, la fiscalización de actuaciones de gobierno, así como la imposición de límites a estas últimas por parte de las Cámaras y la garantía que supone esta potestad para terceros que entren en juego y puedan verse afectados por los actos del gobierno. Con estas pinceladas nos hacemos una idea de lo que consiste a grandes rasgos el control parlamentario en el que profundizaremos a continuación.

Para empezar, debemos comenzar recordando que, una de las particularidades del sistema parlamentario es que entre el gobierno y el Parlamento debe existir una relación de confianza

que nace en la sesión de investidura con intención de permanecer así durante toda la legislatura. Cuando esta confianza se pierde, el Gobierno está obligado a presentar su dimisión y facilitar que un nuevo ejecutivo pueda establecer esta relación de nuevo. En nuestra Constitución viene recogida en el artículo 1.3 donde se establece que la forma del Estado español es la monarquía parlamentaria. Como indica Elviro Aranda, dicha regulación es una “formulación compleja” para su comprensión, puesto que reconoce dos instituciones del sistema político español que parecieran contradictorias: la Monarquía y el sistema parlamentario¹⁴. Al hilo de lo expuesto anteriormente en cuanto al funcionamiento del sistema parlamentario, el control parlamentario del Gobierno vale, entre otras cosas, para conocer si esa confianza sigue existiendo o por el contrario es necesario renovarla ya sea mediante elecciones o mediante alguno de los mecanismos propuestos por la Constitución y para que la Cámara, compuesta por los representantes de la población, esté informada de las actividades del Gobierno.

Una de las ideas más recurrentes y gráficas del control en la democracia representativa es la que relaciona a los órganos estatales de forma que tanto unos como otros se doten de equilibrio que haga que los poderes gubernamentales se encuentren balanceados. Esta es la fórmula clásica de pesos y contrapesos que podemos encontrar en los órganos del poder ejecutivo y el poder legislativo fundamentado en las teorías de Montesquieu: “Porque no se puede abusar del poder, es preciso que el poder frene al poder”¹⁵. Con esta simple afirmación podemos entender de una manera simple y precisa el funcionamiento aparente de lo que debe ser o al menos intentar ese control y que ha sido reflejado en numerosos escritos constitucionales de manera más acertada en algunos casos y mucho más laxamente en otros. Esta idea la recoge la Constitución en el artículo 66, el primero del Título III acerca de las Cortes Generales en su punto número 2 al enumerar las competencias de las Cámaras, este es el artículo que define y configura esta institución. La norma que recoge el control parlamentario es la Constitución, concretamente varios de los artículos del Título V (artículos 108 a 116) referentes a las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales. En estos artículos aparecen descritos los múltiples instrumentos de que disponen las Cámaras para hacer efectivo ese control y facultades y deberes de cada una de las instituciones para con el otra. Mediante el uso de estas potestades nos encontramos un sujeto activo (Congreso de los

¹⁴ARANDA ALVAREZ, Elviro, 2007, “Transformaciones en los instrumentos de control parlamentario”, *Teoría y realidad constitucional*, N° 19, 2007, págs. 105-134

¹⁵MONTESQUIEU, 1748, “El espíritu de las leyes vertido al castellano con notas y observaciones por Siro Garcia del Mazo”, Tomo I, 1906, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, págs 236-238

Diputados) y uno pasivo (Gobierno), es un mecanismo unidireccional en el que el sujeto pasivo únicamente podrá responder a esos actos o no hacerlo, pero en ningún caso podrá utilizar los mismos medios contra el sujeto activo. La responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento, independientemente de si este se encuentra con plenos poderes o sin embargo esta en funciones, se encuentra en el artículo 108 de la Constitución. Este artículo especifica que el Gobierno de turno deberá aclarar los asuntos referentes a su agenda política ante el Congreso de los Diputados. Del mismo modo en el artículo siguiente, el 109, recoge la facultad de las Cámaras y Comisiones a obtener información del Gobierno, así como la ayuda que necesiten del Gobierno o de las autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas, esta facultad la deben ejercer los Presidentes de las Cámaras o de las Comisiones. Esta atribución se dispone para el buen desempeño de la labor parlamentaria, para obtener la información o documento requerido se debe cumplimentar una solicitud a través de la Presidencia de la Cámara correspondiente, y la Administración deberá proveer la información o exponer al Presidente de la Cámara las razones que impiden proporcionar esta información. Seguidamente el artículo 110, faculta a las Cámaras o Comisiones la potestad de reclamar la presencia de miembros del Gobierno y en el sentido contrario los miembros del gobierno tendrán acceso a las sesiones de las Cámaras y Comisiones como también podrán hacerse oír en las mismas. En las comparecencias por parte de miembros del Gobierno, no es necesario que sean miembros de la Cámara, solo que pertenezcan al Ejecutivo y en caso de incomparecencia, no habrá sanción penal alguna. Resulta extensivo este requerimiento a miembros de la Administración, aunque no aparezca recogido explícitamente en el artículo 110, todas las comparecencias requieren de un procedimiento concreto según se trate del Pleno de la Cámara o de Comisiones. A continuación, el artículo 111 otorga a las Cámaras la posibilidad de realizar preguntas e interpelaciones a los miembros del Gobierno, las cuales podrán dar lugar a una moción donde la Cámara exprese su posición al respecto. Las preguntas e interpelaciones están sujetas a una serie de reglas para su uso y están diferenciados según el tema del que se quiera la información y el propósito de la respuesta. Las preguntas se utilizan para recabar información sobre temas concretos, pueden ser orales o escritas, estas últimas son las más frecuentes, y llevan aparejadas una serie de requisitos de forma a la hora de realizarlas como la duración o a quien van dirigidas que se recogen en el Título IX del Reglamento del Congreso de 1982 y en el Título VI del reglamento del Senado de 1994. Las interpelaciones, a diferencia de las preguntas, se usan para conocer de temas de gran calado político o de contenido amplio, pueden ser de contenido urgente y al igual que las preguntas, tienen una serie de formalidades a la hora de hacerlas. Se encuentran recogidas

en los mismos Títulos, tanto en el Reglamento del Congreso como en del Senado. Todos los elementos descritos en estos artículos son los considerados instrumentos de control ordinarios o instrumentos de control-información en contraposición con los instrumentos de control-sanción o de responsabilidad política. Estos instrumentos en la práctica son los más utilizados y los más útiles, aunque no lo parezca, cada pregunta, interpelación o requerimiento por poner algunos ejemplos, proporcionan información a los miembros de las Cortes Generales para que puedan desempeñar la función de control. Hay que tener en cuenta que la posición de las Cortes Generales es desigual frente a la del Gobierno, ya que, de no tener estos medios, los diputados de ambas Cámaras no podrían de ningún modo realizar esta función efectivamente.

Los siguientes artículos (112 a 114) -con las particularidades del artículo 115 que trata la disolución de las cámaras, y el 116 acerca de los estados de alarma, excepción y sitio- tratan los instrumentos de control-sanción de que dispone el Congreso de los Diputados son la moción de censura y la cuestión de confianza.

Aunque en este título encontramos los mecanismos de control más frecuentes y quizá los más importantes, no son los únicos que hay en la Constitución. La elaboración de la Ley de Presupuestos Generales del Estado se encuentra en el artículo 134. Esta ley tiene suma importancia ya que con ella se aprueban los gastos que se realizarán en el año siguiente y también incluye los ingresos que obtendrá el Estado mediante los impuestos estatales, esto supone en la mayoría de casos la posibilidad o no de que un Gobierno pueda llevar a cabo sus objetivos a lo largo del año próximo. El procedimiento de aprobación de esta Ley incluye el examen de la misma por las Cortes Generales, la posibilidad de enmiendas y un debate antes de la aprobación de la misma. Por todo ello, las Cortes Generales, y más concretamente el Parlamento, tienen un gran control sobre el Gobierno y una gran fuente de información acerca de los destinos del erario público en manos del Ejecutivo. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el gobierno no tenga los apoyos suficientes en ambas Cámaras y no consiga aprobar esta Ley antes de que comience el siguiente año natural, de darse esta situación, el gobierno estaría obligado a continuar con los presupuestos de ese año, hayan sido aprobados por ese Gobierno o no.

Por último, se encuentra la iniciativa legislativa, regulada en el Título III de la Constitución concretamente en el artículo 87, se divide en dos tipos de posibles propuestas que pueden ser: proposiciones de ley y proyecto de ley. La diferencia entre uno y otro es básicamente quien la impulsa; si lo hace el Gobierno entonces es un proyecto de ley el cual tiene una serie

de ventajas frente a la proposición de ley, por ejemplo, en los tiempos ya que el Ejecutivo puede retenerlas durante 30 días hasta que sean tomadas en consideración. Las proposiciones de ley serán las que presenten los grupos parlamentarios, las Comunidades Autónomas o mediante iniciativa popular. En ambos casos durante el proceso de aprobación hay un periodo de enmiendas a los textos, así como debates para su aprobación donde participan todos los grupos parlamentarios y que tiene carácter público. Aunque esto no es estrictamente un mecanismo específico de control como los que hemos descrito (Congreso-Gobierno) si puede considerarse una forma de control-información indirecto de que disponen las Cámaras nada desdeñable si tenemos en cuenta toda la actividad parlamentaria durante cualquier legislatura. La posibilidad de influir en un proyecto de ley o proposición de ley, mediante el proceso de enmiendas al añadir o suprimir parte del texto que no se quiera incluir en la norma final y la posibilidad de participar en el debate para su aprobación, suponen una gran fuente de información para los miembros de la Cámara. Si bien es cierto, que la situación más frecuente es que los Grupos Parlamentarios que no forman parte del gobierno no puedan influir en exceso, más allá de alguna pincelada en el texto de la norma, la simple participación de estos Grupos ya puede considerarse como una medida para obtener información útil para ejercer la labor de control.

Además de en la Constitución, encontramos preceptos que aluden al control parlamentario en otras normas, si bien es cierto que lo establecido en estas no son más que unas notas con poca extensión. Es ilustrativo ver que no solo en la Constitución se han ocupado de resaltar la importancia del control parlamentario y jurisdiccional de los actos del Gobierno y como esta función de control es uno de los pilares fundamentales para el equilibrio de poderes. Hay que ir a la Ley 50/1997 del 27 de noviembre del Gobierno, a su artículo 29¹⁶ para descubrir que el Gobierno no tiene libertad absoluta de actuaciones, todas ellas deberán estar sujetas tanto a la Constitución como al ordenamiento jurídico restante, es decir, no puede saltarse las leyes vigentes en aras de cumplir su programa político realizando actos o tomando decisiones contrarias a las normas. Todos los actos y omisiones del Ejecutivo podrán ser

¹⁶ Artículo 29 de la Ley 50/1997 del 27 de noviembre, de Gobierno: 1. El Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación. 2. Todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales. 3. Los actos, la inactividad y las actuaciones materiales que constituyan una vía de hecho 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. 4. La actuación del Gobierno es impugnable ante el Tribunal Constitucional en los términos de la Ley Orgánica reguladora del mismo.

cuestionados y controlados políticamente por las Cortes Generales ya que es en estas últimas donde recae la legitimidad del Gobierno y como decíamos anteriormente son las Cámaras las que mediante la relación de confianza con el Presidente dotan de poder real al Gobierno. Finalmente, en este artículo se establece que todos los actos del Ejecutivo son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa y ante el Tribunal Constitucional según lo que dispongan las Leyes que regulan cada uno de los tribunales. Todo esto no tiene nada que ver con el control de las Cámaras al gobierno, pero al aparecer regulado todo en un mismo precepto se da a entender que ambas instituciones actúan como contrapesos del poder ejecutivo, delimitando, controlando y frenando sus actuaciones cuando sea necesario. Todos los elementos descritos constituyen las herramientas de que disponen en las Cortes Generales para cumplir efectivamente con la función de control y que no se quede en una atribución meramente decorativa.

Cuando el Ejecutivo está en funciones, dadas su situación de interinidad y temporalidad, el control adquiere otras caras, puesto que su capacidad de actuación, a diferencia de cuando el Gobierno se encuentra en plenitud de funciones, se encuentra limitada por el artículo 21.3 de la Ley de Gobierno. En esta situación el control parlamentario adquiere aún más relevancia que cuando goza de todas sus atribuciones y no se encuentra limitado. La capacidad de maniobrar del Gobierno se ve reducida por lo establecido en la Ley de Gobierno y por tanto los actos que puede ejecutar serán menos numerosos. De este modo el trabajo que deben realizar las Cortes Generales será más sencillo. Sin embargo, es en este periodo que su labor debe ser más exhaustiva para que el Gobierno saliente no ponga trabas al entrante, aunque se dé la situación de que Ejecutivo saliente y entrante sean el mismo. Por ello los instrumentos de control-sanción para la exigencia de responsabilidad política como la moción de censura pierden todo su sentido y ganan en importancia los medios de control-información.

2.1 La Sentencia 124/2018, de 14 de noviembre de 2018 del Tribunal Constitucional

En un sistema parlamentario de gobierno, es el poder legislativo el que legitima al ejecutivo para poder gobernar. Este principio deriva del concepto de soberanía nacional recogido en la Constitución española en el artículo 1 en su punto segundo¹⁷ por el cual solamente los

¹⁷ Artículo 1.2 de la Constitución española: La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

parlamentarios serán elegidos directamente y sin intermediarios por el pueblo y será necesario contar con la “confianza” depositada en el Parlamento para que el Gobierno pueda ejercer su función. Por ello es requisito indispensable que el Presidente del Gobierno, que es la figura en la que aglutinan las atribuciones del poder ejecutivo, debe obtener la confianza del Congreso de los Diputados de forma expresa. Así nos encontramos con el aspecto positivo de esta relación Gobierno-Parlamento que podríamos llamar “confianza” del lado contrario, en el lado negativo de esta relación encontramos la “responsabilidad política”, este concepto viene a ser la retirada de esa confianza por parte de la Cámara al Gobierno de turno que la haya perdido en el proceso de la labor ejecutiva o por consecuencias de su labor administrativa que lleva aparejado el poder Ejecutivo. En este punto nos encontramos con una relación en la que el Congreso de los Diputados actúa como sujeto activo pues son los diputados elegidos directamente por el pueblo, como decíamos antes, quienes recogen esa soberanía popular e invisten al Presidente, que actúa como sujeto pasivo, con su confianza para que este forme gobierno, lo que se traduce en legitimidad para ese Ejecutivo a través de la figura presidencial. Respecto a esta dualidad de sujetos el autor italiano Damiano Nocilla¹⁸ hablando sobre este mismo tema en el ordenamiento jurídico italiano apunta que “...tanto la representación política como la responsabilidad presuponen la existencia de dos sujetos, esto es, de una relación intersubjetiva, en la que los dos términos son siempre los mismos: los gobernantes, de un lado, que representan y responden; y los gobernados, del otro, que son representados y ante los cuales se responde. Poder y responsabilidad van, de hecho, de la mano por lo que cuando un sujeto atribuye a otro el poder político, del que es titular, surge casi automáticamente el problema de la responsabilidad del beneficiario ante el concedente?”. Antes de continuar debo hablar del Presidente y su posición preferente en el depósito de la confianza de la Cámara en su persona para luego proceder a la formación de gobierno. En la Constitución hay previstos dos procedimientos para la investidura, el ordinario recogido en el artículo 99 de la Constitución, en caso de que dimita o fallezca el Presidente y tras la celebración de elecciones; y otro procedimiento de carácter extraordinario recogido en el artículo 113 que prevé una moción de censura constructiva. Veremos el proceso de investidura ordinario ya que la moción de censura es un instrumento en el que me detendré más adelante. Comienza este proceso con las consultas del Rey a los representantes de los diferentes grupos parlamentarios surgidos tras las elecciones o los que hubiera en caso de dimisión o fallecimiento en esa legislatura. El Rey deberá proponer tras esto a un candidato

¹⁸ NOCILLA, Damiano, 2018, “Breves notas sobre representación y responsabilidad política”, *Revista de derecho constitucional europeo*, N.º. 29.

que goce del favor de estos grupos para lograr la confianza de la Cámara que le permita ser investido, este candidato puede no ser miembro de la Cámara puesto que la Constitución no lo exige. Tras la propuesta, que debe estar refrendada por el Presidente del Congreso, la Cámara debe pronunciarse sobre el candidato otorgándole o denegando esa confianza mediante una votación en la que se necesitara mayoría absoluta de votos a favor. Si no la obtiene entonces 48 horas más tarde comienza una nueva votación en la que solo será necesaria una mayoría simple de votos a favor; los parlamentarios en ambas votaciones podrán votar a favor, en contra o abstenerse y el candidato deberá exponer antes de la primera votación su programa político y además pedir la confianza al Congreso; si el candidato no consiguiera esa mayoría simple entonces se entiende que no ha logrado obtener la confianza del Congreso y deberá ser propuesto otro candidato por el Rey a no ser que en el plazo de dos meses ningún candidato consiga ser investido. En ese caso el Rey decretara la disolución de ambas Cámaras y la celebración de nuevas elecciones. La única vez en toda la historia que esto ha ocurrido fue en 2016 cuando el candidato Pedro Sánchez perdió ambas votaciones, fue el segundo candidato propuesto por el Rey ya que el primer candidato propuesto por el Rey, Mariano Rajoy que había salido vencedor de las elecciones pero sin unos apoyos claros, declino la propuesta; anteriormente el Presidente José Luis Rodríguez Zapatero fue investido en segunda vuelta con mayoría simple en 2008 y ya entonces esa investidura fue considerada como una anomalía en el desarrollo político de nuestro país. Años más tarde se repitió el mismo suceso con la investidura de Mariano Rajoy en octubre de 2016 cuando no consiguió la mayoría absoluta en primera votación, logrando una mayoría simple en segunda vuelta gracias a la abstención del Partido Socialista que era la segunda fuerza política de esa legislatura. Si el candidato obtiene la mayoría de votos favorables en cualquiera de las votaciones, entonces este candidato resultará investido con la confianza del Congreso de los Diputados y procederá a formar Gobierno; el nombramiento formal lo llevara a cabo el Rey mediante Real Decreto que será refrendado por el Presidente del Congreso. Con este proceso se está otorgando al Presidente legitimidad plena para desarrollar el programa político que considere y nombrar a los miembros de su gobierno comenzando por los Ministros que serán las personas con una responsabilidad política más reducida pero los que a efectos prácticos y funcionales serán los que ejecuten la mayoría de actos y directrices del Gobierno pues serán los encargados de cumplir con ese programa político.

Aquí debo hablar de una responsabilidad política subsidiaria entre el Presidente y los miembros de su Gobierno. El Presidente cuando es investido de la confianza de la Cámara tiene plenas facultades para formar Gobierno e incluso estructurarlo a su manera. Al elegir a

las personas que desempeñaran los cargos de rango ministerial está transmitiendo a estas personas, la confianza que ha sido depositada en él o ella. Esto sucede de igual modo, aunque siempre de forma más diluida si avanzamos en esa distribución jerárquica establecida con las personas situadas por debajo de los ministros, por ello son responsables ante quien les ha colocado en ese cargo y en última instancia son responsables ante el Presidente que es garante último de la confianza vertida por la Cámara. Es en este aspecto, en la responsabilidad política subsidiaria, donde reside el objeto de este concepto o al menos de donde podemos extraer una explicación más detallada del mismo. Atendiendo al carácter objetivo de la responsabilidad política debemos entender esta como una respuesta a una conducta, es decir una consecuencia negativa ante la relación Congreso-Gobierno debido a un acto, una decisión o un comportamiento. Por tanto, serían objeto de la responsabilidad política los actos que hacen que se desencadene contra el causante del hecho o contra el responsable que estaba a cargo, puesto que ellos son los que han sido investidos con esa “confianza” a diferencia de sus subordinados. Como aclaración, cuanto más alto se está dentro de la jerarquía interna de, por ejemplo, el Ministerio de interior, más responsable se es políticamente por las decisiones y actuaciones llevadas a cabo. Esto tiene como consecuencia, que cualquier decisión o acto llevado a cabo por alguien que se encuentre por debajo de una posición de dirección, véase un Secretario de Estado; el responsable políticamente de esa decisión o acto será quien ostente la posición más alta, en este caso el Secretario de Estado. Esto es así debido a la presunción de que los superiores en rango, son concedores de las decisiones tomadas bajo su dirección. Es interesante en este sentido la valoración que hace el autor Joaquín García Morillo¹⁹ comparando la responsabilidad política de los miembros del Ejecutivo con la responsabilidad penal: “este es, sin duda, una de los más relevantes rasgos distintivos de la responsabilidad política no frente a la jurídica en general —pues es claro que se puede ser jurídicamente responsable de actos de un tercero— sino frente a la responsabilidad penal en concreto. De ahí que, si un subordinado comete un delito, su superior no pueda ser —por ese sólo hecho, se entiende— penalmente responsable y sí pueda, sin embargo, ser políticamente responsable. Con todo, también es patente que no cualquier actuación ajena puede dar lugar a una responsabilidad política propia”, con este extracto de su obra en la que compara la responsabilidad penal con la responsabilidad política se puede hacer uno a la idea de las diferencias que existen entre ambas a pesar de que en ocasiones estén relacionadas.

¹⁹ GARCIA MORILLO, Joaquín, 1998, “Responsabilidad política y responsabilidad penal”, *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 18, N° 52, págs. 81-110

Este concepto está ligado intrínsecamente al control parlamentario del que hemos hablado antes y a los instrumentos que la Constitución provee para ello. La responsabilidad política como he dicho consiste en una respuesta y esta llega mediante los instrumentos de control-sanción con los que retirar esa confianza depositada en el Presidente puesto que es el receptor principal de la misma. Es el artículo 108 de la Constitución española el que determina la responsabilidad del Gobierno ante el Congreso y este último además de los mecanismos para controlar al Gobierno puede exigir responsabilidades políticas mediante la moción de censura y la cuestión de confianza.

Estos dos instrumentos no están en manos de la Cámara, solo la moción de censura está disponible para esta parte ya que la cuestión de confianza es una prerrogativa exclusiva del Presidente que puede utilizar cuando el convenga. Ambos instrumentos sirven para medir la confianza de la Cámara en el Gobierno aunque desde perspectivas diferentes puesto que el origen de cada uno es distinto. En efecto, la cuestión de confianza será propuesta por el Presidente tras la consulta con el Consejo de ministros y le sirve al Gobierno para salir reforzado tras la votación o para cesar a ese Gobierno, mientras que la moción de censura es utilizada por la oposición en la Cámara para cesar al Ejecutivo. Esta tiene algunos requisitos específicos como ser propuesta por una décima parte del Congreso, requerir motivación y un candidato que en caso de prosperar será investido Presidente del Gobierno. Con esto se pueden ver las diferencias entre ambas y el hecho de que son instrumentos contrapuestos ya que, si por ejemplo, la cuestión de confianza fracasa, se produce el cese del gobierno y sin embargo para que se produzca el mismo efecto con la moción de censura, esta debe prosperar. A pesar de todo, los dos instrumentos tienen en común que no pueden ejercitarse durante el gobierno en funciones. Está vetado su uso por la propia naturaleza de estos instrumentos, ambos instrumentos buscan o un cambio de Gobierno como es la moción de censura o bien reforzar la posición del Gobierno que proponga una cuestión de confianza. Con esto me refiero a que el periodo en funciones de un Gobierno es un periodo transitorio, no previsto para prolongarse en el tiempo, con un objetivo claro como es el traspaso de poderes al siguiente Ejecutivo, en el que no se busca desarrollar la agenda política,... y todo esto va en contra de las pretensiones de quien proponga cualquiera de los dos instrumentos descritos. Más allá de la prohibición expresa en el artículo 21 de la Ley de Gobierno del uso de la cuestión de confianza por el Presidente durante el gobierno en funciones está el objetivo de este instrumento que no es adecuado para ese momento. La moción de censura, aunque no aparezca limitación alguna al respecto de su uso durante el gobierno en funciones en

ninguna norma, tampoco procede su uso puesto que es un periodo que busca una renovación en el Ejecutivo al igual que la propia moción.

Una reciente sentencia del Tribunal Constitucional trata en profundidad la relación entre responsabilidad política y control parlamentario. Estoy hablando de la Sentencia 124/2018, de 14 de noviembre de 2018. Para situar el contexto del país, en ese periodo nos encontramos con las elecciones el 20 de diciembre de 2015 en las que, aunque el Partido Popular fue el partido que más escaños obtuvo, no consiguió los apoyos para una mayoría que le permitiera formar Gobierno y de hecho el líder de esta formación, Mariano Rajoy, ni siquiera se presentó a la investidura sino que fue el líder de la formación que había obtenido más escaños por detrás del Partido Popular el que se presentó. Ambas votaciones fracasaron y se convocaron nuevas elecciones que tuvieron lugar el 26 de junio de 2016. En estas elecciones, de nuevo, el Partido Popular se alzó con la mayoría de escaños pero no con los suficientes para una mayoría en solitario, ni siquiera con la unión con otras fuerzas políticas de similar ideología. De hecho, en esos momentos y tras una primera votación de investidura del candidato Mariano Rajoy, se produjo otro fracaso por no alcanzar la mayoría absoluta. Se preveía otro fracaso y unas terceras elecciones, pero en segunda vuelta, la mayoría del Partido Socialista se abstuvo y con ello pudo finalmente ser investido. Pese a todo, el Gobierno de la decimoprimer legislatura era un Gobierno débil, a diferencia de la décima legislatura en la que el Partido Popular había gobernado con una holgada mayoría. Finalmente, y tras una moción de censura que fracasó en primer lugar, el Ejecutivo tuvo que cesar debido a una segunda moción de censura que aglutinó, esta vez sí, a todas las fuerzas parlamentarias que no apoyaban al Gobierno del Partido Popular y quedó investido como Presidente del gobierno el líder del Partido Socialista, Pedro Sánchez. Tenemos pues que, en el tiempo en que cesa el Gobierno de la décima legislatura y el momento en que finalmente fue investido el Presidente Mariano Rajoy, el 29 de octubre de 2016, pasaron exactamente 314 días en los que el gobierno de España estuvo en funciones. Es en estos momentos cuando se producen los hechos ocurridos y que se juzgan en la Sentencia que a continuación repasaré.

En este periodo, el Grupo Parlamentario Socialista solicita la comparecencia urgente del Ministro de Defensa en funciones para que les informe acerca de los acuerdos y asuntos relativos a la reunión de Ministros de Defensa de la OTAN del 10 y 11 de febrero del 2016 y sobre una operación naval contra la crisis de refugiados en el mar Egeo. El día 10 de marzo el Ejecutivo comunicaba su decisión de no satisfacer la petición ya que, según el criterio del Gobierno y el aval de un informe, no se podía someter al Gobierno a iniciativas de control

puesto que no hay una relación de confianza entre el gobierno en funciones y la Cámara. El Gobierno en este informe declara que el Parlamento, mediante los mecanismos de control, sólo puede exigirle responsabilidad política al gobierno cuando este goce de la confianza de la propia Cámara. En segundo lugar, alega que ese control podría considerarse “fraude de constitución” puesto que se intenta controlar con nuevos diputados a un gobierno de la anterior legislatura y finalmente que el Gobierno, atendiendo al artículo 21 de la Ley 50/1997, solo puede ser controlado por los jueces. El día que debía comparecer el Ministro este no apareció en la sesión de la Comisión y días más tarde se plantea una propuesta de conflicto de atribuciones suscrita por todos los Grupos parlamentarios a excepción del Grupo Popular. La propuesta fue admitida a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional y seguidamente se presentaron varios escritos de alegaciones por parte de la Secretaria de las Cortes y el Senado mediante sus letrados y por parte de la Abogacía del Estado. El Tribunal en su análisis de los fundamentos jurídicos procede a resolver unas cuestiones previas al fondo del asunto. En primer lugar, la petición de la Abogacía del Estado para la inadmisión del conflicto de atribuciones por falta de legitimidad de la Mesa de la Diputación permanente para plantearlo. En este punto el Tribunal señala el criterio reiterado en las otras ocasiones (SSTC 192/2000, de 13 de julio, FJ 3; 148/2012, de 5 de julio, FJ 2, 210/2012, de 14 de noviembre, FJ 2 62/2017, de 25 de mayo, FJ 2; y 16/2018, de 22 de febrero, FJ 3) que resulta de aplicación en este caso, y se remite a lo establecido en la LOTC, en el artículo 73 y siguientes. Este artículo no requiere expresamente dos acuerdos del Pleno del órgano constitucional para poder plantear el conflicto de atribuciones como establecía la interpretación de la Abogacía del Estado, el Tribunal entiende que del artículo 72 de la misma Ley se extrae que “no es necesario un segundo acuerdo por el Pleno sino solamente que el órgano afirme que actúa en el ejercicio constitucional y legal de sus atribuciones o en el transcurso de un plazo sin identificar”. Por tanto, la decisión tomada por el Pleno del órgano constitucional acorde al artículo 73 de la LOTC no supone un vicio a la hora de plantear un conflicto de atribuciones. La solicitud de inadmisión formulada por el Estado es desestimada por lo expuesto. La Abogacía del Estado solicitaba, también, la inadmisión del conflicto por indeterminación de su objeto y de sus pretensiones ya que el conflicto conforme al artículo 73 LOTC se ha de plantear respecto a “decisiones”, actos concretos que resulten en un menoscabo competencial. El Tribunal rechaza esta pretensión de nuevo porque el conflicto de atribuciones “tiene por objeto una vindicación de competencia suscitada por uno de los órganos constitucionales mencionados en el art. 59 LOTC a consecuencia de actos y

decisiones de otro órgano constitucional...”²⁰, por lo que cumple los requisitos del artículo 73 para presentar la demanda. Finalmente, la última cuestión previa resuelta por el Tribunal es la relativa a las situaciones previas en las que el gobierno en funciones fue excluido de los mecanismos de control mediante un “uso parlamentario acreditado”. Desmonta el Tribunal este argumento de la Abogacía del Estado contestando que las circunstancias no eran ni mucho menos las mismas que las de este conflicto ya que los precedentes citados ocurrían en los inicios de legislaturas que había gran certeza de cumplir con la investidura, conforme a lo establecido en el artículo 99 de la Constitución y que en este caso lo relevante es la no previsión de una investidura cercana.

A partir de este punto pasamos a ver los motivos principales de este conflicto de atribuciones. Ya expuestos anteriormente los hechos que han dado lugar a este supuesto, el Tribunal pasa al motivo principal de la disputa que no es otro que la negativa del gobierno debido al criterio esgrimido contra una función de control. El criterio del Gobierno es el que ha provocado este conflicto al impedir que la Cámara ejerza una función que tiene como suya y el objetivo del Tribunal será determinar si el gobierno en funciones debe someterse a la función de control para no dañar dicha potestad de la Cámara. Los preceptos constitucionales comprometidos en este asunto son principalmente el artículo 66 y en menor medida el 110, el 1 y el 99. A continuación el Tribunal presenta la “teoría del control” que se condensa en el siguiente párrafo de la sentencia: “El concepto de Constitución democrática va ineludiblemente ligado a la existencia de un régimen de “checks and balances”²¹ (pesos y contrapesos) entre los diferentes poderes del Estado. La Constitución es norma y no pura entelequia, solo en la medida en que exista control de la actividad estatal y en tanto que el sistema de control entre los poderes del Estado forme parte del propio concepto de Constitución. El carácter democrático de la Constitución requiere no sólo una organización constituida a partir del principio democrático como legitimador originario en la emanación de la Norma Fundamental, sino también la propia ordenación del Estado constitucional desde el principio democrático, de tal suerte que quede garantizada la libertad del soberano y sea efectivo el control del poder”²². El Tribunal determina la cuestión fundamental del conflicto, una vez resueltos todos los aspectos adyacentes y esta cuestión no es otra que el criterio presentado por el Gobierno de si puede este someterse a iniciativas de control estando en funciones, en el momento en que el Ejecutivo no tiene una relación de confianza

²⁰ Fundamento de derecho Segundo

²¹ Fundamento de derecho Cuarto

²² Fundamento de derecho Cuarto

con la Cámara; y si esto supone una vulneración de las atribuciones del Congreso de los Diputados. Para esta tarea, el Tribunal pasa a analizar los artículos antes mencionados comenzando por el artículo 1 de nuestra Constitución, donde se establece la forma parlamentaria del gobierno, así como los artículos 66, 99, 100, 112, 113, 114 y 99 para dar una visión de conjunto del sistema parlamentario de Gobierno. La forma de gobierno parlamentaria se basa en la relación de confianza entre Gobierno y la Cámara que se inicia con la investidura, pero la función de control no se identifica completamente con esta relación, del mismo modo, tampoco se puede extraer ese mismo sentido de la Constitución. El Tribunal pasa a estudiar con más precisión la función de las Cortes Generales ya que la Constitución no ofrece un concepto preciso sino que enumera los instrumentos, el Tribunal entiende que, aunque hay una gran relación entre la relación de confianza y la función de control, no siempre se podrá asociar un concepto al otro. De este modo ofrece una serie de razones por las que esta función de control es perfectamente aplicable cuando la relación de confianza no existe y el Gobierno se encuentra en funciones; la primera de estas razones es que la forma parlamentaria de gobierno lleva aparejada esta función de control y no puede limitarse en ningún caso ya que la Constitución no lo prevé así; en segundo lugar la función de control corresponde a las Cortes Generales y no solamente al Congreso de los Diputados. Por otra parte la relación de confianza solo se establece con este último órgano por lo que la función de control no puede limitarse por la inexistencia de esta relación; y por último, puesto que no todos los elementos de control buscan una ruptura de la relación de confianza, sino que hay una serie de instrumentos cuyo objetivo es fiscalizar u obtener información, no puede excluirse estos últimos de su uso, exista o no relación de confianza. Otro aspecto de este asunto es la actividad del gobierno en funciones que, atendiendo al artículo 29 de la Ley 50/1997, establece que sus actos y omisiones siempre estarán sometidos al control político de las Cortes Generales, actividades que serán, en este caso, el despacho ordinario de asuntos públicos como establece el artículo 21 de la Ley anterior. Esta actividad no cesa por ejemplo en el ámbito de la política exterior cuando el Gobierno es sujeto de derecho internacional. Por este y los motivos anteriores el Tribunal afirma que “no se puede negar a las Cortes Generales el ejercicio de la función de control que les atribuye el art. 66.2, basándose en que el gobierno en funciones no desarrolla actividad, en la medida en que, como hemos constatado, sigue desarrollándola. La actividad del gobierno en funciones no impide la función de control ex art. 66.2 CE. La cuestión no es si el gobierno en funciones está sometido al control del Parlamento, que lo está, sino en el alcance de dicho control”²³.

²³ Fundamento de derecho Octavo

Finalmente, el Tribunal aborda el fondo del conflicto, el criterio del Gobierno y si este se apoya en la Constitución o sin embargo supone un detrimento de la función de control de la Cámara. Este criterio es rechazado completamente por las mismas razones que han sido desarrolladas a lo largo de la sentencia, primero porque el control está implícito en la forma de gobierno parlamentario y su uso corresponde a las Cortes Generales, aunque no haya relación de confianza; en segundo lugar no todos los instrumentos de control requieren de la relación de confianza para su uso y en último lugar, como el gobierno en funciones está realizando actividad de Gobierno, esta no puede quedar sin control.

Como conclusión el Tribunal no entiende que se pueda negar esta función de control en el caso planteado pues es una atribución de la Cámara que no hace otra cosa que ejercer su función de control. El Tribunal añade que, de no cumplirse esta función, se produciría un perjuicio del “derecho a ejercer la función parlamentaria” y del “derecho de participación ciudadana”. Por esto falla estimando el conflicto de atribuciones y por tanto declara que el criterio del gobierno vulneró la atribución del Congreso de los Diputados recogida en el artículo 66.2 de la Constitución. En esta resolución del Tribunal Constitucional encontramos el ejemplo perfecto entre control parlamentario del gobierno en funciones y el concepto de responsabilidad política. En ella se puede ver las diferencias del uso de la función de control en las diferentes etapas del Gobierno. Durante el gobierno en funciones los instrumentos de control-sanción pierden su uso y solo caben los instrumentos de control-información como en este caso las comparencias de miembros del Gobierno.

3. EL CONTROL JURIDICO: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En este apartado me centrare en analizar cómo los limites determinados por las normas que he ido desgranando en los apartados anteriores de este trabajo, a pesar de que en muchas ocasiones no dan lugar a duda o su interpretación es aparentemente clara, pueden ser precisados gracias a la labor jurisdiccional de los Tribunales y en este caso, el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo, más concretamente sus competencias, composición y organización aparecen reguladas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en los artículos 53 a 61 sexies y también en el Título VI referente al Poder Judicial en la Constitución. Cabe destacar de estos artículos el 123 que dota a esta institución con el más alto rango dentro de los órdenes jurisdiccionales²⁴. Tal y como indicaba antes, este Tribunal ha sido protagonista a la hora de establecer nuevos muros a la actuación de los gobiernos en funciones, aplicando e interpretando el artículo 21.3 de la Ley de Gobierno cuando establece “el despacho ordinario de los asuntos públicos”. Han sido tres las sentencias emitidas sobre este tema y no porque no se hayan dado más situaciones al respecto, sino por ser estas las que han dado lugar a sentencias relevantes en la materia. Dichas resoluciones son la STS 5639/2005, de 20 de septiembre (Sala 3ª, Sección 6ª), la STS 8303/2005, de 2 de diciembre (Sala 3ª Pleno) y la STS 2602/2013, de 28 de mayo (Sala 3ª, Sección 4ª).

3.1 La STS 5639/2005, de 20 de septiembre (Sala 3ª, Sección 6ª)

Antes de comenzar con un resumen de la misma o siquiera explicar que aspectos de esta resolución son interesantes, creo que es necesario comentar el contexto en que fueron dictadas, tanto esta como la STS 8303/2005, de 2 de diciembre (Sala 3ª Pleno). Los hechos que dan pie a estas sentencias ocurren durante el periodo en funciones del Gobierno de 2004, presidido por José María Aznar, en concreto en las decisiones tomadas durante Consejos de Ministros. El cambio de Gobiernos de este año fue especialmente dramático y recordado debido al ataque terrorista ocurrido el once de marzo de ese año, tres días antes de las elecciones que iban a tener lugar. Este hecho provocó que el periodo en funciones fuera más corto de lo habitual. Durante este tiempo se tomaron varias medidas que podían ir más allá de las posibilidades de actuación del gobierno en funciones, como por ejemplo la desclasificación de varios documentos del Centro Nacional de Inteligencia que guardaban relación con el atentado. Uno de los sucesos que iban a tener lugar durante esos días era el nombramiento de dos magistrados del Tribunal Constitucional a propuesta del Gobierno cuyas plazas debían ser renovadas aunque dicha decisión se aplazó para después de las

²⁴ Artículo 123.1 Constitución: 1. El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

elecciones a la espera de los resultados que el partido en el Gobierno podía llegar a obtener²⁵; del mismo modo se detuvo el relevo de las tropas desplazadas a Irak y se esperó al resultado de las elecciones para tomar la decisión. En ambos casos se puede decir que, ante la duda de actuar o tomar estas decisiones que pudieran ser controvertidas e incluso cuestionadas debido al carácter saliente del Gobierno en ese momento, esa inactividad fue acertada por parte del gobierno en funciones.

Con todo este contexto se producen los hechos que dan lugar a la primera sentencia, que tiene su fundamento en un recurso presentado contra el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se decidía la entrega de la recurrente a las autoridades italianas de conformidad con la providencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la fecha de 26 de abril de 2004. La recurrente entiende que ese acuerdo es nulo pues esta decisión es una “decisión política internacional” pues implica una “deliberación sobre el fondo del asunto y que siendo la extradición un proceso incidental de un proceso sancionador debe aplicarse el principio non bis in ídem”. La Abogacía del Estado responde a esta argumentación haciendo alusión de las competencias del Gobierno en funciones según el artículo 21 de la Ley 50/1997 y a las facultades atribuidas por el artículo 6.2 de la Ley 4/1985 de extradición pasiva y entiende que esta decisión responde a una gestión ordinaria de los asuntos públicos.

El Tribunal no comparte la tesis de la Abogacía del Estado ya que la concepción de “la extradición pasiva como acto de soberanía en relación con otros Estados” es el Estado el que deberá denegarla o concederla, sin entrar en los aspectos procesales o técnico penales que corresponden a los Tribunales. La extradición se encuentra regulada en la Ley 4/1985 del 21 de marzo sustituyendo a la Ley de Extradición de 26 de diciembre de 1958, que era la que recogía esta materia. En esta Ley, más acorde a los estándares requeridos por los convenios europeos sobre el tema, se encuentra regulada tanto la extradición pasiva como la activa y la entrega. De ella al Tribunal le interesa el artículo seis de la misma, que establece que, si el Tribunal competente denegase la extradición, esta no podrá realizarse, pero, si el Tribunal establece que la extradición es procedente, será el Gobierno quien tenga la última palabra y podrá denegarla en el ejercicio de su soberanía nacional por las razones que estime oportunas o concederla de acuerdo con el Tribunal. Este artículo viene a decir que una decisión contraria al criterio del Tribunal por parte del Ejecutivo, constituye un ejercicio de

²⁵Véase las memorias del Tribunal Constitucional, así como el ciclo de renovaciones previsto para ese año durante el mes de abril. Los Reales Decretos que designan los nombramientos fueron finalmente publicados en junio de ese año con un Gobierno diferente.

soberanía por parte del mismo. Así mismo, el punto cuarto de la exposición de motivos es bastante claro en cuanto a si el Gobierno debe realizar la extradición aun si el Tribunal lo considera procedente: “Se establece la facultad del Gobierno de no proceder a la extradición, aun habiéndola considerado procedente el Tribunal en base al principio de reciprocidad, soberanía, seguridad, orden público y demás intereses de España”. Para el Tribunal Supremo, cuando el Gobierno en funciones deniega una extradición declarada por los Tribunales, “está ejercitando una facultad de valoración de los intereses nacionales que conlleva un juicio político que excede de la gestión ordinaria de los asuntos públicos y priva al futuro Gobierno de una decisión política que en el ejercicio de su soberanía nacional le corresponde en orden a conceder o denegar la extradición pasiva”. El Tribunal entiende que “la gestión administrativa ordinaria, ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos, salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones de interés general que justifiquen la adopción de medidas de otra naturaleza”, y en este caso no ve que se hayan dado esas circunstancias de urgencia o interés general que debían ser acreditadas para tomar este tipo de decisiones, por tanto, el gobierno en funciones se extralimitó en el ejercicio de sus facultades y competencias al decretar la extradición. En consecuencia, el Tribunal estima el recurso de la demandante y anula la extradición decretada por el Acuerdo del Consejo de Ministros.

Desde la perspectiva del Tribunal, las decisiones tomadas en un acuerdo del Consejo de Ministros deban ser consideradas actos de soberanía y por ello, actos que quedan fuera de la gestión ordinaria que tiene encomendada el gobierno en funciones. En cuanto esas decisiones adquieren un carácter político, pasan a ser esas decisiones pasan a ser actos extraordinarios del gobierno en funciones y no deben ser realizados por el gobierno saliente, sino por el siguiente que deba entrar. Esto es un argumento un poco capcioso, en mi opinión, ya que cualquier acto realizado por un gobierno, en el momento que sea, puede ser tomado por una decisión política en tanto que afecta a alguien o algo del modo que sea. En realidad, hay muy pocos actos que no puedan ser tomados por políticos, y en este caso y como veremos más adelante en la siguiente resolución, una extradición o un indulto son actos que pueden ser vistos como políticos muy fácilmente. De la Sentencia parece desprenderse la idea de que los actos de soberanía ejercidos durante el periodo de interinidad del Ejecutivo, de tener carácter político, caerán fuera del despacho ordinario y deberán ser considerados actos extraordinarios fuera de la competencia del gobierno. En la práctica, habría que estar al caso concreto y analizar ese matiz (por parte de los Tribunales) de si un acto tomado durante esta etapa es considerado ordinario según su carácter político o no del mismo. En cualquier caso,

soy de la opinión de que tanto extradiciones como otros actos (veremos los indultos en la siguiente Sentencia) deben venir de decisiones tomadas por los Tribunales y no por los gobiernos, que son cambiantes y tienen criterios y objetivos distintos a los de los Tribunales. Cabe destacar una Nota Informativa de la Vicesecretaria Técnica del Ministerio de Presidencia de 17 de marzo del año 2000, donde se establecen una serie de actos que entran dentro de las competencias propias del despacho ordinario de los asuntos públicos entre las que se encuentran las extradiciones y los indultos.

Esta ha sido, hasta el momento, la única sentencia que ha anulado una decisión de un gobierno en funciones por considerarse que se había extralimitado en sus competencias o ámbito de actuación. No obstante, esta resolución abría las puertas a muchas otras en el sentido de que, por primera vez, se limitaba una actuación que, aunque pueda considerarse de carácter político, siempre era tenida por administrativa. Debido a esto, otro gran número de actuaciones tenían posibilidades de ser llevadas ante los Tribunales, y, con esta resolución, era posible que terminara favorablemente para el demandante.

3.2 La STS 8303/2005, de 2 de diciembre (Sala 3ª Pleno)

Esta sentencia tiene su origen en el Consejo de Ministros, en la reunión que tuvo lugar el 26 de marzo de 2004 cuando denegó el indulto al recurrente. Como detalle característico de esta resolución, hay que resaltar que este recurso fue conocido por el Pleno de la Sala Tercera en aplicación por el Presidente del artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁶.

Antes de reproducir un resumen de lo expuesto por el Tribunal en la sentencia, voy a dar unas pequeñas notas acerca del indulto puesto que es el motivo de este asunto. El indulto es una medida de gracia por la que se anulan parcialmente o totalmente las penas de los condenados en firme y es otorgado por el Rey mediante propuesta del Ministro de Justicia y que ha sido previamente deliberado por el Consejo de Ministros. Con el indulto, se extingue la responsabilidad penal, no el delito que se haya cometido que es la diferencia entre este y la amnistía que sí cancela los antecedentes. Se encuentra regulado en la Ley de 18 de junio de

²⁶ Este artículo establece lo siguiente: “Ello, no obstante, podrán ser llamados, para formar Sala, todos los Magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la administración de Justicia.” En referencia al artículo 196 que dice: “En los casos en que la ley no disponga otra cosa bastarán tres Magistrados para formar la Sala”

1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, que ha sido modificada en varias ocasiones siendo una de esas reformas más importantes la Ley Orgánica 1/1.988 de 14 de enero, del Código Penal. Para poder ser indultado hay que pedirlo mediante un escrito al Ministro de Justicia y puede hacerlo tanto la persona condenada, en su nombre, como cualquier familiar, conocido o persona interesada, en nombre de aquel y pueden promover ese indulto el Tribunal sentenciador, el Tribunal Supremo, el Ministerio Fiscal, el Juez de Vigilancia Penitenciaria y el gobierno. Hay una serie de requisitos para poder obtenerlo y es que, una vez obtenido, no suponga un perjuicio a una tercera persona o cause daño a sus derechos y que en caso de que el delito cometido por el reo sea de los perseguibles a instancia de parte se deberá escuchar a la parte que fue perjudicada. Por otro lado hay otras condiciones según las cuales no es posible ser indultado. En este caso quien no haya sido condenado en firme, no se encuentren a disposición del Tribunal sentenciador para cumplir la condena que les ha sido asignada y los reincidentes en el mismo delito por el que hayan sido condenados por sentencia firme²⁷. La concesión del indulto no responde a una serie de pasos que deben seguirse y después se obtiene, es una facultad potestativa que puede darse o no. Debido a este carácter ha sido muy criticado, tanto su uso como su existencia, así como el uso político y partidista que puede darse a este instrumento. Siempre ha habido mucha polémica si el Ejecutivo debe poseer esta facultad o el uso que se hace de él. Si ya de por sí esta potestad da lugar a controversia, el uso de esta durante el gobierno en funciones no lo es menos ya que durante un gobierno en funciones, limitado en sus atribuciones y cuyo único objetivo es el de que todo transcurra con normalidad hasta que llegue el siguiente Gobierno, es incluso más controvertido el uso de los indultos. La doctrina se ha pronunciado sobre ello en numerosas ocasiones por ejemplo en palabras de Javier Sánchez-Vera para quien “el “derecho de gracia” no es más que una supervivencia clemente que ha llegado hasta nuestros días, y, en sus manifestaciones más generales, adolece de motivaciones netamente políticas. No se trata más que, en definitiva, de una renuncia expresa al ejercicio del poder punitivo del Estado, fundada en razones de convivencia política,...”²⁸ y como más concretamente en relación al gobierno en funciones Enrique Guillen López comenta: “La discrecionalidad, la imposibilidad de alcanzar las más altas consecuencias del control, y la irreparabilidad son

²⁷ Todo lo expuesto viene resumido de los artículos de la propia Ley que regula el indulto

²⁸SANCHEZ-VERA GOMEZ TRELLES, Javier, 2008, “Una lectura crítica de la Ley de Indulto”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N°2, pags 1-32, pag 9

argumentos más que suficientes como para poner “en cuarentena” esta función durante el tiempo en que el gobierno esté en funciones.”²⁹

Un caso llamativo fue el indulto que fue concedido en el año 2000 a cerca de mil quinientas personas, el cual fue considerado por los medios del momento como (casi) general y provocó una gran controversia debido a que entre los indultados, junto con muchos insumisos del servicio militar, se encontraban varias condenados por corrupción y prevaricación, de ahí que se criticase debido al carácter político de estos indultos.

Retomando la sentencia, el recurrente expone que el Acuerdo del Consejo de Ministros no es válido ya que el órgano que lo adoptó no tenía la competencia para hacerlo e invoca el artículo 21 de la Ley 50/1997 y una interpretación de una sentencia anterior (recurso 166/2001) en la que se establece que el indulto es un acto discrecional y no es un acto ordinario que pueda realizar el gobierno en funciones. La respuesta a esto del Abogado del Estado es que el Acuerdo es conforme a Derecho ya que el Acuerdo del Consejo de Ministros no constituye un acto extraordinario puesto que la concesión o denegación del indulto le corresponde a este órgano, no puede decirse que el gobierno este excediendo su ámbito de competencias.

El Tribunal contesta primero que son ellos los competentes para conocer de los actos gubernamentales y seguidamente pasa a analizar el artículo 21.3 de la Ley de Gobierno, esto es, el concepto de “despacho ordinario de asuntos públicos” y dentro de este concepto jurídico indeterminado donde se encuentra “el ejercicio de la facultad de indulto”. Llega a la conclusión de que el Estado debe tener un gobierno en todo momento, de que “España no puede quedarse sin Gobierno ni siquiera unas horas”³⁰; pero que sus atribuciones deben tener restricciones dado su carácter transitorio pero que el artículo 101 no establece límite alguno, solo enumera los supuestos de cese del Ejecutivo y que determinan que este periodo puede extenderse en el tiempo. Seguidamente establece cuales son las atribuciones de un Gobierno en plenitud de facultades de las cuales destaca la “dirección de la política general”, la cual puede cambiar si este lo decide así, pero que depende de la relación de confianza que se establece con el Congreso de los Diputados para poder ejercitarse plenamente. Por ello, un gobierno en funciones, aquel que no tiene esa confianza de la Cámara, no puede ejercitar esas funciones “ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices

²⁹ GUILLEN LOPEZ, Enrique, *El cese del Gobierno y el Gobierno en Funciones en el Ordenamiento Constitucional Español*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2002, pag 104.

³⁰ Fundamento de derecho Quinto

políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya” y “de manera que será preciso examinar, caso por caso, cuando surja controversia al respecto, si el discutido tiene o no esa idoneidad en función de la decisión de que se trate, de sus consecuencias y de las circunstancias en que se deba tomar”³¹. Tras establecer este punto, el Tribunal procede a aclarar la expresión del artículo 21.3 de la Ley de Gobierno “despacho ordinario de los asuntos públicos”, el cual es un concepto jurídico indeterminado que necesita ser aclarado. Analizados los otros puntos de dicho precepto el Tribunal llega a la conclusión de que, en ese mismo número, en los apartados cuarto, quinto y sexto se está retirando al gobierno en funciones de sus principales instrumentos con los que determinar la orientación política de sus actuaciones al igual que el Presidente se encuentra despojado de importantes atribuciones también. Por lo tanto es la misma Ley 50/1997 la que está dando claridad a este concepto oscuro mediante esos límites y mediante la significación política de los actos que puede realizar el gobierno en funciones. Por ello confirmar la afirmación del recurrente limitaría en gran medida la capacidad del Gobierno para seguir el mandato de la Constitución. “En definitiva, el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse”³². A continuación pasa a centrarse en si el indulto se encuentra incluido entre los actos de despacho ordinario observando su regulación en la Constitución, artículo 62 i), donde determinan que es una potestad gubernamental y no del Jefe del Estado; también la regulación propia del indulto en la Ley de 18 de junio de 1870, modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero; en su exposición de motivos se concreta el alcance y destaca la importancia de los hechos y las circunstancias del caso concreto y que el indulto debe dirigirse contra el supuesto específico al que la petición se refiera. El Tribunal llega a la conclusión de que el Acuerdo del Consejo de Ministros quizás no sea el acto idóneo para resolver una solicitud de indulto pero que “a través de él no se produjo ninguna directriz política que condicionara, comprometiera o impidiera las que debiera tomar el nuevo gobierno surgido de las elecciones generales del 14 de marzo de 2004”³³. En consecuencia, la negativa a la solicitud del recurrente junto con las otros 148 penados constituye parte de la actividad corriente de un gobierno, este en funciones o no, y que puesto que es una

³¹ Fundamento de derecho Octavo

³² Fundamento de derecho Noveno

³³ Fundamento de derecho Decimo

actividad habitual la resolución de expedientes de indulto, esto no tiene connotación política. Así pues el recurso es desestimado, no sin antes referirse a la sentencia anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo 5639/2005, de 20 de Septiembre, Sala 3ª, Sección 6ª; la cual iba en sentido contrario al que va esta sentencia ya que su interpretación tanto de lo que es un acto de orientación política y de lo que consideraba como “despacho ordinario de los asuntos públicos” era mucho más laxo en contraste con la sentencia que nos ocupa en este momento. En esta sentencia “es la presencia de una motivación o juicio políticos lo que excede a la gestión ordinaria de los asuntos públicos a la que se refiere ese precepto, sino la adopción de decisiones que, por su contenido en las circunstancias concretas en las que se toman, impliquen una nueva orientación política o condicionen, comprometan o impidan la que deba adoptar el nuevo Gobierno”³⁴. Con las dos sentencias se pretende la precisión a través de la jurisprudencia de los conceptos tratados en ambas.

Este sería a grandes rasgos un resumen de lo resuelto por el Pleno de la Sala y las conclusiones a las que llegó. Sin embargo, muchos de los miembros de este Pleno precisaron mediante numerosos Votos particulares sus opiniones que discrepan o matizan lo acordado en el Pleno.

El primero de los Votos particulares está firmado por el Magistrado D. E. Espín Templado quien no comparte la interpretación realizada por el Pleno en cuanto a la constitucionalidad del punto tercero del artículo 21 de la Ley de Gobierno aunque comparte el fallo del recurso. Primero de todo el Magistrado plantea la diferencia entre ciertos actos del Gobierno ordenados por la Constitución y que no pueden estar controlados por la jurisdicción contencioso-administrativa que normalmente son “actos de relación con otros poderes del Estado” y otros, que, si pueden considerarse bajo este control o del que el legislador haya determinado, todo esto con el fin de evitar un “gobierno de los jueces”.

Seguidamente, el Magistrado hace referencia a los artículos 97 y 101 de la Constitución. Mientras que el artículo 97 de la Constitución expresa las atribuciones básicas que el Gobierno tiene asignadas para realizar durante toda la legislatura; el artículo 101, regula los supuestos de cese del gobierno en esta norma y como no establece límite alguno acerca de ningún acto, solo el mandato de continuar con las obligaciones hasta la toma de posesión del siguiente. El Magistrado entiende que “el legislador sólo puede imponer aquellos límites que deriven de la propia Norma constitucional, sea explícita o implícitamente”³⁵. Seguidamente

³⁴ Fundamento de derecho Duodécimo

³⁵ Voto particular D. Espin Templado. Punto segundo

no comparte la interpretación del Pleno que establece que los actos de carácter político no deben ser ejecutados por un gobierno en funciones ya que además de limitar la maniobrabilidad del Ejecutivo, con esta interpretación se está dando pie al control jurisdiccional contencioso administrativo de actos que no debería controlar. Concluye con la reflexión de que el artículo 21.3 de la Ley de Gobierno es incompatible con la Constitución, así como los siguientes puntos del mismo artículo, los puntos 4 y 5, y cree que habría sido procedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

El siguiente de los Votos lo firma el Magistrado Don Agustín Puente Prieto, quien discrepa del criterio mayoritario del Pleno. Comienza realizando un repaso a los puntos de los fundamentos de derecho de la Sentencia a raíz de las interpretaciones hechas acerca del artículo 21 de la ley 50/1997 y su relación con el artículo 97 de la Constitución. Para el Magistrado hay una clara diferencia entre los actos políticos y los actos administrativos y “de esa distinción constitucional resulta, por tanto, que en la configuración del Gobierno en la Constitución no es que, como se afirma en la sentencia, al Ejecutivo se le atribuya por ésta como misión exclusiva, la dirección de la política interior y exterior y en estrecha relación con ella la defensa del Estado, ya que al mismo corresponde también la dirección de la Administración civil y militar, sin que esta segunda función pueda entenderse como un mero instrumento para la realización de la primera, puesto que la redacción del artículo 97 en sus términos literales no responde a esa interpretación y en él se sitúan ambas funciones en plano de igualdad sin subordinación instrumental de la segunda a la primera”³⁶. El magistrado a continuación expresa las dificultades de no ver motivación política en los actos de un Gobierno y como la propia Ley 50/1997 no ofrece, tampoco, un criterio para distinguir esos asuntos de los que debe estar a cargo un gobierno en funciones. Prosigue diciendo que ese despacho ordinario no admite ningún acto considerado como político y que la doctrina ofrece mecanismos para distinguir esa función política de la función administrativa, para ello se basa en una tesis que determina qué actos son políticos dependiendo de la materia que versen y por ello los indultos lo son, ya que son decisiones esencialmente políticas.

Explica el magistrado la razón de la clasificación del indulto dentro de la categoría de acto político a través de su desarrollo histórico y sobre todo por su naturaleza jurídica, “es precisamente esta calificación del acto, positivo o negativo, como acto político lo que excluye la necesidad de motivación del mismo, puesto que dicha exigencia solamente es predicable de auténticos actos administrativos y al objeto de permitir la efectividad de la tutela judicial

³⁶ Voto particular Don Agustín Puente Prieto. Punto tercero.

y la posibilidad del ejercicio del control por los Tribunales de dichas decisiones discrecionales, motivación que no es predicable del acto de concesión o denegación del indulto, gracia o perdón, aun cuando sí existan naturalmente elementos reglados por la Ley reguladora del mismo en relación con la competencia y el procedimiento, constituyendo todo ello características configuradoras del auténtico acto político, excluido por ello y a nuestro entender de los actos de gestión relacionados con el despacho ordinario de asuntos a que se refiere el artículo 21 de la Ley 50/1.997...”³⁷. Por esta razón, para el Magistrado, no es posible considerar el indulto como acto meramente administrativo. Concluye con un repaso a la Sentencia del 20 de septiembre de 2005 encuadrando ambos supuestos, indulto y extradición, como actos típicos políticos. Entiende que el criterio utilizado entonces es aplicable a este mismo supuesto y que la cotidianeidad de ambos actos no excluye su clasificación como actos políticos, así como propone la exclusión de los indultos como posible acto de un gobierno en funciones.

El siguiente Voto particular lo firma el Magistrado Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, quien discrepa con la decisión del Pleno porque considera que la denegación del indulto no comporta una acción que condicione la actividad de un futuro gobierno, comparte lo establecido en la sentencia en referencia a “que el cese del gobierno «priva a este de la capacidad de dirección de la política interior y exterior a través de cualquiera de los actos válidos a ese fin»”³⁸ pero debe ser completado con arreglo al “telos” atendiendo a la posición de temporalidad del Gobierno. A continuación expresa la problemática en la interpretación constitucional por la que el Tribunal Supremo debe estar aclarando preceptos de la Constitución que limitan la capacidad de actuación del órgano ejecutivo y llega a la conclusión de que el gobierno en funciones no puede tomar decisiones de trascendencia política y que esta directriz es la que deben seguir los tribunales cuando tengan dudas, en casos similares a la hora de interpretar el concepto de “despacho ordinario de los asuntos públicos”.

Para el magistrado, el indulto es una prerrogativa de carácter excepcional cuyo uso debe ser limitado, como establece la exposición de motivos de la norma donde se regula, e incluso suprimirse como algunas corrientes piden. Su uso, de naturaleza política no debe considerarse como despacho ordinario por lo dicho y porque afecta a la división de poderes establecida en el Estado, porque puede “condicionar y comprometer decisivamente la acción del futuro Gobierno”. Finaliza el Voto cuestionando la competencia del Consejo de

³⁷ Voto particular Don Agustín Puente Prieto. Punto cuarto.

³⁸ Voto particular D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat. Punto primero.

Ministros en la facultad de conceder indultos a no ser que concurran motivos de urgencia o interés público y por ello estimar el recurso del recurrente.

El siguiente Voto particular es el del Magistrado Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero quien se propone determinar si “un gobierno en funciones puede denegar un indulto”, y para ello analiza las facultades que le corresponden y después determinar si la concesión o negativa a un indulto es una facultad de un Gobierno interino. Para lo primero comienza a analizar las normas que regulan esta figura ejecutiva que son artículo 101.2 C.E., y Título IV, artículo 21 de la Ley 50/1997 de 27 de Noviembre sobre Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, así como los textos relevantes que en la Constitución regulan el Derecho de Gracia, artículo 62 i) del texto constitucional. Comienza con el artículo 21.3 de la Ley 50/1997 y en opinión del magistrado el artículo pretende obtener una interpretación restrictiva del mismo ya que busca un normal traspaso en el Ejecutivo; busca un límite para ese concepto indeterminado que es el despacho ordinario de los asuntos públicos y concluye que con esa redacción se está refiriendo a lo que el magistrado llama actos de trámite, esto es, autorizar, sancionar, contratar, etcétera; que no tengan especial trascendencia y cuando la tengan deberán responder a criterios de urgencia o interés general. Por otro lado el Magistrado confronta dos de las argumentaciones realizadas por el Pleno. La primera, que atendiendo a las causas de cese, las competencias de ese Gobierno sean distintas. Criterio que el propio Magistrado desmonta alegando que las causas por las que se llega al periodo en funciones no afectan a las competencias del gobierno, pero, que se llega a esta conclusión por la redacción ambigua del artículo 21.3. La segunda que no puede limitarse las competencias del Ejecutivo en ese momento de interinidad que las establecidas constitucionalmente, el magistrado aquí afirma que no puede extraerse limitación alguna de la redacción de la Constitución pero tampoco se puede hablar de inconstitucionalidad del artículo 21 de la Ley 50/1997. Prosigue, exponiendo que el sistema democrático español se basa en que el Ejecutivo debe tener la “confianza” del Congreso de los Diputados y, puesto que el gobierno en funciones no la tiene, no debería llevar a cabo ninguna política. En opinión del magistrado “el gobierno en funciones tiene vedados, en todo caso, los actos que el artículo 21 de la Ley 50/97 prohíbe y los de dirección política; una segunda categoría serían los actos ordinarios constitutivos de la función administrativa cuya realización le está permitida, y, finalmente, los actos de esta naturaleza administrativa de especial relevancia...”³⁹.

³⁹ Voto particular D Manuel Vicente Garzón Herrero. Punto segundo.

A continuación valora la naturaleza del indulto y si corresponde su clasificación dentro del “despacho ordinario de asuntos públicos”, para ello analiza la Exposición de motivos de la Ley 18 de Julio de 1870 modificada por la Ley 1/1988 de 14 de enero y el procedimiento de concesión del indulto. En su opinión, la pregunta que debemos hacernos, es si un gobierno en funciones es competente para la concesión o denegación de un indulto. Para el Magistrado la respuesta a esta pregunta es que no, ya que esta decisión tiene una gran trascendencia política y repercusión social a pesar de que se trate con los un gran número de indultos de manera corriente y habitual. Acaba su Voto con un repaso al cambio de criterio en esta sentencia en contraste con la sentencia dictada por la Sección Sexta el 20 de septiembre de 2005, cambio de criterio que no cree casual y que preocupa al magistrado. Por lo expuesto cree que debió ser estimado el recurso y no desestimado como estableció el Pleno.

Para acabar, el último Voto particular es formulado por un conjunto de Magistrados que son los siguientes: Excmo. Sr. Don José Manuel Sieira Míguez, Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Martí, y la Magistrada Excmo. Sra. Dña. Margarita Robles Fernández, al que se adhieren los Magistrados Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate y Excmo. Sr. D. Emilio Frías Ponce. En este voto los Magistrados creen que el recurso debió ser estimado y discrepan con lo dictado por el Pleno en la Sentencia. Para ello comienzan analizando la Exposición de motivos de la Ley reguladora del ejercicio de la Gracia de Indulto de 18 de Junio de 1.870, modificada posteriormente por Ley 1/1988 de 14 de Enero donde concluyen, tras un repaso de la misma, que los indultos, su concesión o negativa, puede ser parte de la política criminal de un Gobierno y ponen de ejemplo la lucha antiterrorista o la objeción de conciencia en nuestro país. En dichos casos las motivaciones políticas eran patentes por lo que considerar que aquellos indultos pudieran ser actos de gestión ordinaria es imposible de entender; en este mismo sentido se manifiestan numerosas sentencias de la misma Sala y Sección del Tribunal Supremo citadas en el Voto particular. El siguiente punto en el análisis de los Magistrados es el artículo 101 de la Constitución apoyándose en la Ley 50/1997 que desarrolla este mismo artículo como así afirman los firmantes del Voto; afirman que, aunque el artículo 101 de la Constitución no ofrece limitación de las atribuciones del Gobierno en funciones hay que interpretar que las competencias no pueden ser las mismas que cuando tiene plenitud de capacidades y la plena confianza de los ciudadanos. En referencia a la Ley 50/1997 declaran que es el instrumento que tiende a desarrollar el artículo 101 de la Constitución y repasan como fue el desarrollo de esta Ley y como los grupos parlamentarios que intervinieron mediante enmiendas afectaron a su desarrollo y acaban ofreciendo una definición de lo que consideran despacho ordinario que más tarde ampliaran. De este modo

“...su margen de actuación se conformaría por una serie de atribuciones que podrían encuadrarse dentro del concepto de administración o de "continuidad de la actividad pública necesaria" y siempre con el objetivo último de la consecución, en línea con lo recogido en la Exposición de Motivos de la Ley, de un normal desarrollo del traspaso de poderes al nuevo Gobierno y más cuando el nuevo Ejecutivo va a ser de signo político diferente”⁴⁰.

Finaliza el Voto enunciando una serie de similitudes en el artículo 21.3 de la Ley 50/1997 con sus homólogos en Derecho comparado, concretamente normas del Derecho francés, portugués e italiano, aunque no iguales como reiteran ya que en los textos franceses e italianos no hay espacio para actuaciones urgentes. Tras esto proceden a dar una definición más amplia de lo que ha de entenderse por “despacho ordinario”. Los Magistrados no creen que las funciones del Ejecutivo sean únicamente “la dirección de la política y la defensa del Estado prescindiendo de la dirección de la Administración que le encomienda así mismo el artículo 97 de la Constitución”⁴¹. También entienden que debe diferenciarse entre actos políticos y administrativos y dentro de estos los ordinarios y los que, aunque administrativos, tienen carga política. Continúan los Magistrados exponiendo que la labor administrativa es necesaria en todo momento, sea cual sea la situación del Gobierno, ya que es una labor necesaria, a pesar de lo cual no se debe ejecutar ni siquiera actos administrativos que supongan una valoración política de los mismos, en la medida que impidan al nuevo Gobierno realizar sus propias valoraciones a no ser que haya razones de urgencia o interés general. Del mismo modo opinan al respecto de la Ley de Presupuestos Generales y la proposición de Proyectos de Ley al Congreso de los Diputados. A diferencia de la tesis de la sentencia, en tanto en cuanto ambos instrumentos son actos de dirección política, ni por razones de urgencia se pueden ejercer. Retoman en este punto los magistrados el indulto en el ordenamiento español, su naturaleza y su regulación para llegar a la conclusión de que no es un acto inscribible dentro de la gestión ordinaria, así como una intromisión en el poder judicial. Concluyen entre otras reflexiones “que el ejercicio del Derecho de gracia constituye un residuo del poder absoluto del Soberano, una injerencia del Poder ejecutivo en el Poder Judicial y una excepción al mandato del artículo 118 de la Constitución. Que por ello la interpretación de la expresión "despacho ordinario de los asuntos públicos", debe ser realizada con arreglo a las reglas básicas interpretativas del derecho constitucional, de tal forma que en el caso de dudas la interpretación ha de ser siempre restrictiva, circunscribiéndose a lo que son propiamente actos de administración, máxime cuando como

⁴⁰ Voto particular conjunto. Punto segundo.

⁴¹ Voto particular conjunto. Punto tercero

ha ocurrido en el caso de autos, circunstancia de la que no se puede hacer abstracción, el gobierno ha perdido la confianza de los ciudadanos al no haber ganado el partido que le sustentaba, las elecciones generales”⁴² y por lo cual consideran que el recurso debió ser admitido.

Esta Sentencia supone un antes y un después en la doctrina del Tribunal Supremo ya que a partir de entonces y como se ve en la anterior Sentencia (STS 5639/2005, de 20 de septiembre, Sala 3ª, Sección 6ª) la argumentación cambia completamente y pasa a ser seguida por toda la Sección en asuntos de esta índole que tengan que ver con el gobierno en funciones. No es casual tampoco que fuera tan discutido el resultado de esta Sentencia como se puede ver por el gran número de Votos particulares que fueron emitidos, así como por el gran número de magistrados firmantes de los mismos. Hay que tener en cuenta que los Magistrados integrantes del Tribunal que dicta la Sentencia del 20 de septiembre también intervienen en la que se analiza en este apartado y todos ellos figuran entre los firmantes de los Votos particulares. Uno de los aciertos de la Sentencia es ofrecer algo de claridad y consenso en el concepto de “despacho ordinario de los asuntos públicos”, ya que todo el asunto de fondo gira alrededor de este dilema, es decir, si un indulto puede considerarse dentro de este concepto; para ello procura definir los límites que dan en las escasas normas que regulan la figura del gobierno en funciones (fundamentalmente artículos 101 y artículo 21 de la Ley 50/1997) así como otras que no regulan la figura propiamente pero si influyen en ella como el artículo 97 de la Constitución, al establecer las atribuciones del Gobierno. La definición que arroja el Tribunal sobre el concepto es más bien un criterio por el que podemos entender actos comprendidos dentro del concepto y actos que quedan fuera de él; Se puede, pues, afirmar que el “despacho ordinario de los asuntos públicos” son aquellos actos que no comprometan o condicionen al futuro Gobierno ni que establezcan directrices de carácter político. Por otro lado, es complicado no observar matices políticos en los actos de cualquier Gobierno aunque para determinarlo haya un relativo margen de apreciación. Esto no debe obstaculizar la labor del gobierno pues como dice el mismo Tribunal “España no puede quedarse sin gobierno ni siquiera unas horas...”. Por ello y para determinar que se cumple todo lo anterior, el Tribunal ofrece la solución de examinar caso por caso para saber cuáles de estos actos ejecutados por el Ejecutivo entran dentro de la definición dada por el Tribunal a excepción de los actos realizados por su carácter “urgente” o de “interés general”.

⁴² Voto particular conjunto. Punto tercero

A pesar de esta solución ofrecida por la Sentencia, en los votos particulares se encuentran interesantes valoraciones y apreciaciones. Entre ellos nos encontramos con los Votos particulares de los magistrados Sr Garzón y Sr Bandrés, quienes entienden que el concepto ofrecido por el Pleno no es satisfactorio y proponen un concepto de despacho ordinario más restringido. El Magistrado Sr Garzón aboga por la posibilidad de llevar a cabo únicamente los actos administrativos más básicos, lo que excluye que el Gobierno pueda llevar a cabo ni siquiera las políticas del gobierno cesado. El Magistrado Sr Bandrés propone un criterio similar al mantener la continuidad exclusiva de la administración pública, esto es, asegurar estrictamente el funcionamiento de servicios y asuntos de dominio público, debido a la limitación de poderes de que disfruta el gobierno en funciones y su quasi inexistente responsabilidad ante las Cámaras; y de igual modo el Voto conjunto de los Magistrados Sres Sieira, Lecumberri y Robles, al que se adhirieron los Magistrados Sres Peces y Frias, establece que el ámbito de actuación de un gobierno en funciones debe ser el de la administración, distinguiendo actos plenamente administrativos, que pueden tener motivación política, y otros puramente administrativos. El objetivo de estas actuaciones debe ser la normal sucesión de Gobiernos. Merece la pena destacar también los Votos particulares de los Magistrados Sr Agustín Puente Prieto y Sr Eduardo Espín Templado, el primero propone una clasificación seguida por el Estado francés aunque ya en desuso, de clasificar los actos políticos según materias por lo que, por ejemplo, las relaciones internacionales entrarían dentro de esta categoría de actos y estarían prohibidas para el gobierno en funciones; y finalmente el Voto del segundo de los Magistrados, va más allá de lo que cabría esperar viendo los anteriores al plantear la inconstitucionalidad de los límites impuestos por el artículo 21 Ley 50/1997 por no derivar estos de los recogidos en la Constitución.

El Tribunal casi al final de la Sentencia, toca el tema de los indultos, que es en principio el asunto principal del supuesto, y si estos constituyen actos de significado político o suponen una nueva orientación para el futuro Gobierno y por tanto si forma parte de ese despacho ordinario de los asuntos públicos del que hablábamos anteriormente. El Tribunal busca respuesta a este interrogante en la regulación y significado del indulto y razona que, puesto que los indultos se tramitan y gestionan de manera particular, más que de dirección política son instrumentos mucho más adecuados para dirigir una determinada política criminal. Por esta misma razón no pueden suponer un menoscabo en la maniobrabilidad del futuro gobierno. Destaca por último el Tribunal que este indulto en particular fue rechazado, junto con muchos otros, al mismo tiempo lo que quita todo ápice de orientación política a la decisión de denegarlos. De diferente modo opinan los Magistrados firmantes de los Votos

particulares quienes a excepción del magistrado Sr Eduardo Espín Templado, no comparten el criterio del Tribunal. El magistrado Sr José Manuel Bandrés considera el indulto como un acto esencialmente político, que puede afectar con gran trascendencia al siguiente Ejecutivo, por lo que debe ser una atribución de la que pueda responder sin limitaciones en sede parlamentaria mediante un control político así como un de control jurisdiccional. El magistrado Sr Garzón y el magistrado Sr Puente opinan de manera similar en sus respectivos Votos, en el sentido que consideran el indulto como un acto de esencia puramente política. En cualquier caso un gobierno en funciones no debe tener este tipo de atribuciones; y por último el Voto conjunto de los Magistrados Sres Sieira, Lecumberri y Robles al que se adhirieron los Magistrados Sres Peces y Frias, opinan que el indulto no puede considerarse entre los asuntos propios del “despacho ordinario”, a no ser que se den motivos de “urgencia” o “interés general” como base de la auto-contención esperada por un órgano que se encuentra en unas características funcionales concretas.

Mención final merece la última parte de la Sentencia cuando alude a la Sentencia 5639/2005, de 20 de septiembre, Sala 3ª, Sección 6ª. En ella, como se vio, se daba una situación parecida sólo que en lugar de tratar de indultos, lo hace de una extradición. En ella el Tribunal ofrecía una versión diferente de la alcanzada en la que nos ocupa ahora, pues consideraba que el gobierno se extralimita al pronunciarse sobre la extradición y por ello contravenía lo establecido en el 21.3 en cuanto a que aquello no podía considerarse “despacho ordinario”; el Tribunal en esta Sentencia se ocupa de confirmar su criterio de interpretación del concepto “despacho ordinario” y se asegura de que es que será utilizado en casos similares. Se trata por lo tanto de un cambio de dirección jurisprudencial en toda regla, que determinará las futuras actuaciones (como veremos) de este órgano cuando le toque enfrentarse a casos similares. Cabe decir acerca de esta Sentencia 5639/2005, de 20 de septiembre, que aunque ofrezca una solución más o menos satisfactoria acerca del concepto jurídico indeterminado, los actos que quedan fuera o dentro del mismo habrán de ser determinados caso por caso, con lo que no despeja completamente las dudas acerca de qué actos puede realizar un Ejecutivo en periodo de interinidad ya que deberán ser, de nuevo, los Tribunales los que deban despejar esa duda. Por otra parte el Tribunal en este caso creo que hace oídos sordos a los argumentos que buscan sacar de las atribuciones de los gobiernos en funciones tanto los indultos como las extradiciones. Se excusa el Tribunal con el número de estas situaciones que gestionan, pareciendo así que el número de los mismos equivale a cotidianidad y por ello no entra a valorar los actos mismos. Ambos, en mi opinión y apoyándome en los argumentos tanto de la Sentencia 5639/2005, de 20 de Septiembre, Sala 3ª, Sección 6ª; como

de los Votos particulares que han sido vistos, son actos de gran trascendencia política que afectan, no solo al devenir de la política criminal de cualquier gobierno, sino a la política del futuro Ejecutivo a través de las competencias propias de un Gobierno establecidas en el art 97⁴³ de la Constitución, al ser actos que, el indulto en el ámbito de la política interior y la extradición en el de la política exterior, suponen una determinada orientación política establecida por un órgano cuyo objetivo no es otro que el de aguantar la situación y continuar hasta la toma de posesión del siguiente Ejecutivo.

3.3 La STS 2602/2013, de 28 de mayo (Sala 3ª, Sección 4ª)

La sentencia que nos ocupa es consecuencia de un recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1744/2011 de 25 de noviembre que modificaba el Real Decreto 641/2009, de 17 de abril en el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte. La parte que interpone el recurso es la Asociación de Ciclistas Profesionales y la argumentación del recurso es la siguiente: "el procedimiento de elaboración del Real Decreto impugnado "se ha realizado con el único fin de eludir el cumplimiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2011 ", pues la Administración: "1) ni ha realizado el trámite de audiencia según se establece en la legislación vigente, 2) ha motivado sobre una premisa errónea la urgencia para la aprobación de ese Real Decreto, y 3) ha sido aprobado por el gobierno en funciones, cuando no se daban ninguno de los motivos previstos en la legislación para hacerlo"⁴⁴. De igual modo se reclama el contenido material del Real Decreto relacionado con la regulación del dopaje en nuestro país, en concreto las siguientes normas, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, en relación con el 10.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; y también al artículo 6.2 de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, del Dopaje. El Real Decreto modifica el artículo 6.2 de la Ley Orgánica y permite los controles en horario nocturno justificando medicamente esta decisión por motivos de salud; aunque no nos detendremos en exceso en esta parte ya que la parte que nos interesa de esta sentencia,

⁴³Artículo 97 de la Constitución: El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

⁴⁴ Fundamento de derecho Primero.

es la argumentación del Tribunal en referencia a los motivos de impugnación enunciados anteriormente. Para ello pasamos al Fundamento de derecho tercero que se detiene en el motivo de impugnación número tres, esto es, que el Gobierno cuando publicó el Real Decreto se encontraba en funciones por la celebración de elecciones generales. El Tribunal cita la Sentencia descrita anteriormente (STS 8303/2005, de 2 de diciembre, Sala 3ª Pleno) desde el Fundamento de derecho quinto al noveno, donde se encuentra la aclaración del concepto jurídico indeterminado “despacho ordinario de los asuntos públicos” y en donde se asienta la interpretación del Tribunal Supremo ante este tipo de situaciones. Continúa el Tribunal en este caso, atendiendo a la interpretación de los límites del gobierno en funciones bajo la sentencia antes mencionada. Por ello no puede decirse que la aprobación del Real Decreto comporte nuevas directrices políticas o que condicione el futuro Gobierno sino que se enmarca dentro del “despacho ordinario de los asuntos públicos” sin que para ello sea necesario calificar esta acción como “urgencia” o razón de “interés general”.

El Tribunal pasa a ocuparse del siguiente motivo de la impugnación que es el cumplimiento de lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2011 y con el artículo 24.1 c) de la Ley 50/1997. Lo establecido por el Tribunal, a tenor de lo que la anterior Sentencia citada describe tras analizar el preámbulo del Real Decreto 1462/2009, dispone que, el uso de un Real Decreto como medio para modificar el Real Decreto 641/2009 era válido debido a la urgencia que había para satisfacer las exigencias del Comité Olímpico Internacional de cara la candidatura de Madrid como anfitriona de los Juegos Olímpicos. Por tanto, una vez que esta candidatura fracasó, se prosigue con la tramitación de la norma para cumplir con el COI y con la Agencia Mundial Antidopaje. Durante la tramitación del Real Decreto la parte actora presenta las alegaciones que estimaron oportunas dentro del plazo para hacerlo, pero, no fueron tenidas en cuenta las últimas presentadas ya que el decimoquinto día del plazo de alegaciones fue aprobado. El Tribunal entiende que, la reducción del plazo de alegaciones aunque la situación de urgencia ya no se dé, no comporta un vicio de procedimiento que dé lugar a la invalidez del proceso. Finalmente, el Tribunal entra a analizar el último de los motivos de la impugnación del Real Decreto que son la inclusión entre las causas médicas que justifiquen un control a realizar el día siguiente: "todas las relacionadas con el antidopaje". El Tribunal llega acude a la Ley Orgánica 7/2006 y conforme con los artículos 1.2, 1.4 y 6.2 de la misma concluye que debido a las dimensiones del dopaje, éticas y de salud, no da lugar que los servicios médicos no pudieran considerar "causa médica" como razón para los controles de salud que prevé el artículo 6.2 si hubieran detectado un riesgo inminente en la salud del deportista. Lo que entienden los magistrados

es que "...la finalidad del control no sea otra que la de prevenir un efecto contrario para la salud; que la causa médica o razón del control esté debidamente justificada; y que el riesgo pueda ser tan inminente que no quepa razonablemente esperar al inicio de la franja horaria que fija dicha norma..."⁴⁵. Por ello no considera el Tribunal que incurra en vicio de ilegalidad como así lo afirma el recurrente y por todo esto de igual modo es desestimado el recurso contencioso-administrativo.

En esta Sentencia voy a prescindir comentar los aspectos relativos a los temas del dopaje o la salud. Solo considero necesario decir que comparto las medidas propuestas siempre que impliquen mayor seguridad para la salud del deportista y favorezcan una competición sin adulterar. Con respecto al rema de este trabajo, merece la pena señalar que el Tribunal, ante la invocación del artículo 21.3 de la Ley 50/1997 el Tribunal acude a su propia jurisprudencia y resuelve mediante el criterio formulado en la Sentencia del Tribunal Supremo 8303/2005, de 2 de diciembre, Sala 3ª Pleno, en cuanto al concepto de "despacho ordinario". Este será así siempre y cuando no se establezcan nuevas directrices políticas o condicione al futuro gobierno. En cualquier caso, en esta interpretación se hacía alusión a que debía de ser la jurisdicción quien estudiara "caso por caso" si debía aplicarse este criterio y que actos cuadraban con ese criterio. Por ello, en este caso tras pasar por las manos del Tribunal, este concluye que la aprobación de un Real Decreto para el fin establecido en este caso, modificar una regulación anti-dopaje, no constituye ni mucho menos una extralimitación en las actuaciones que tiene permitido un gobierno en funciones. Se reafirma, así, la posición que tomó el Tribunal Supremo en 2005 cuando ofreció la interpretación del despacho ordinario aplicada en este caso. Pero ante casos similares, se deberá seguir examinando caso por caso ya que la aplicación por sí sola del criterio del Tribunal, no ofrece una solución satisfactoria al debate acerca de los actos políticos.

Estos tres casos son los que han tenido más repercusión para la comprensión de los límites que afectan al gobierno en funciones, puesto que han ayudado a cumplir el objetivo de delimitar el campo de actuación del gobierno en funciones señalando los actos que entran dentro de su competencia e, incluso sentando criterios para reconocer esta serie de actos, como se ha podido ver con la segunda sentencia. Toda esta actividad del Tribunal Supremo ha servido para que el control jurisdiccional complemente al control parlamentario, especialmente en aquellos actos que el órgano legislativo no logra intervenir, por ser estos de baja entidad o porque simplemente son pasados por alto. La labor jurisdiccional cumple así

⁴⁵ Fundamento de derecho Sexto.

un trabajo que entra de lleno en las funciones de control político y que sirven para valorar las actuaciones del gobierno en funciones. Estas resoluciones determinan los actos que a juicio de los Tribunales no corresponden a la tarea del gobierno en funciones pero que la legislación no ha precisado. Sería muy engorroso que la norma que regula esta figura tuviera que dar una lista detallada de actos que el Ejecutivo no puede realizar en este periodo, ya que no puede limitarse en exceso la actividad gubernamental, puesto que no sería práctico ni eficiente el desempeño de las tareas de Gobierno; del mismo modo, no se puede dar libertad absoluta al gobierno en funciones porque cabe la posibilidad de que esa libertad de actuación cause problemas al siguiente Gobierno. La tarea de los Tribunales en último término, es proporcionar al Gobierno, y a todos los que puedan verse afectados, unos criterios e interpretaciones para poder actuar en consecuencia, en caso de que este tipo de actos del Ejecutivo se lleven a cabo.

4. BREVE REFERENCIA AL GOBIERNO EN FUNCIONES EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El sistema de ordenación territorial de España es el de Estado de las autonomías o Estado autonómico, conocido por la doctrina como una suerte de modelo a medio camino entre un Estado centralizado y uno federal. En este tipo de modelo, tenemos por un lado una serie de instituciones centrales con un Parlamento y Gobierno que operan en todo el territorio nacional y, por otro, unas autoridades regionales con menor alcance, con sus Parlamentos y gobiernos respectivos. Sin entrar a analizar ni valorar el modelo de organización territorial, ni sus ventajas o inconvenientes, lo cierto es que tanto la administración como las normas reguladoras de los órganos de gobierno son similares en muchos aspectos. Al funcionar con los mismos órganos que el gobierno central, la regulación y funcionamiento debe tener similitudes y diferencias para que funcionen en relativa armonía, entorpeciendo lo menos posible. De todos estos aspectos comunes, el que ocupa nuestro interés es la figura del gobierno en funciones en el ordenamiento autonómico como figura complementaria a la estatal vista anteriormente y con detalle en este trabajo. En este sentido es importante destacar, que al igual que en el ámbito estatal, existen una serie de límites determinados por Ley a los diferentes Ejecutivos autonómicos. De igual modo, la función de control es

fundamental en los Parlamentos autonómicos con respecto a la acción del Gobierno. Estos gobiernos regionales están sujetos a una serie de normas que regulan tanto su funcionamiento como su propia existencia dentro del marco territorial de España.

Las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas son los Estatutos de Autonomía. Estas normas están reconocidas por la Constitución en el artículo 147.1⁴⁶ para cada Comunidad autónoma y además en los Estatutos se establece la estructura y organización básica que la C. A. tendrá. Para explicar esto, me apoyaré en las palabras de D. Cesar Aguado Renedo⁴⁷ cuando dice que “por básica el Estatuto de Autonomía ha de tener, tendencialmente o en principio, sólo aquellos contenidos que resulten institucionalmente necesarios para la existencia del ente territorial autonómico; tendencialmente, hace referencia a que, no descartándose la existencia de otros contenidos en su seno, los mismos deben ser los menores posibles y, en todo caso, desde luego, tasados.”; a su vez el artículo 147.2⁴⁸ establece los contenidos obligatorios que deberán aparecer en la norma. Entre ellos las competencias asumidas por la Comunidad y una descripción de los órganos institucionales a imagen de los estatales en muchos casos, en otros, con sus respectivas variantes regionales pero que cumplen con las mínimas instituciones requeridas por la Constitución en el artículo 152, que son una Asamblea Legislativa, un Consejo de Gobierno y un Presidente alrededor del cual se organizan las funciones de gobierno. Los Tribunales Superiores de Justicia de las diferentes Comunidades Autónomas, a pesar de ser instituciones singulares en cada una de las regiones, forman parte de las competencias del Poder Judicial como así lo determina la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Los Estatutos no son muy detallados, aunque en ellos se determinan las funciones de las instituciones de las Comunidades. Es por ello que mediante la promulgación de leyes autonómicas se han ido completando y estableciendo una serie de normas para dotar de funcionalidad a las instituciones. Todo esto acorde con las competencias asumidas en el propio Estatuto, competencias que la Comunidad Autónoma puede asumir y que están recogidas en el artículo 148 de la

⁴⁶ Artículo 147.1 de la Constitución española: Dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico.

⁴⁷ AGUADO RENEDO, Cesar. “Acerca de la Naturaleza Jurídica del Estatuto de Autonomía”, Revista española de derecho constitucional, Año nº 17, Nº 49, 1997, págs. 169-195

⁴⁸ Artículo 147.2 de la Constitución española: los Estatutos de autonomía deberán contener: *a)* La denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica. *b)* La delimitación de su territorio. *c)* La denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias. *d)* Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas.

Constitución. Por tanto, tenemos que acudir a estas leyes autonómicas para encontrar la regulación precisa del funcionamiento de las instituciones autonómicas. De entre todas estas normas, las que nos interesan y ocupan serán las Leyes de Gobierno. Estas leyes tienen su homóloga a nivel estatal en la Ley 50/1997 de 27 de noviembre que se encarga de ofrecer un desarrollo legislativo más amplio de todas las competencias, procedimientos, funcionamiento y cese del Gobierno estatal. En el caso de las leyes autonómicas además de lo dicho, se puede encontrar dependiendo de la Ley, como se organiza la Administración regional, relaciones con las diferentes Asambleas Legislativas y régimen de los miembros del Gobierno.

A diferencia de la Ley 50/1997, que opera en relación al gobierno estatal y que hemos visto con detenimiento en páginas atrás en este trabajo, las Comunidades Autónomas redactaron en diferentes momentos de los años 80, 90 y las más tardías a principios de los 2000 sus respectivas Leyes de Gobierno que regulaban los aspectos antes mencionados. Muchas de estas Leyes fueron creadas incluso antes que la Ley estatal por lo que la técnica empleada en su redacción e incluso aspectos y supuestos recogidos difieren de unas a otras y con respecto a la Ley estatal. Voy a detenerme a realizar un pequeño repaso de ellas sin entrar a hacer un análisis exhaustivo y, aunque todas tienen como objetivo la regulación de los diferentes Gobiernos y Administraciones autonómicas, no es difícil observar que en algunas de estas Leyes no recogen algunos supuestos que otros o estén redactados de manera que abarquen más aspectos o incluso menos de los esperados. Algunos de estos supuestos serían por ejemplo el cese por condena penal el cual solo está recogido en unas pocas Comunidades Autónomas. Las Leyes de Gobierno en su regulación del periodo transitorio hasta la elección de un nuevo Gobierno recogen una serie de aspectos similares entre ellas y con la Ley estatal, comenzando con los supuestos de cese de los Gobiernos regionales, los cuales son prácticamente los mismos que los recogidos en la Ley 50/1997. Voy a hacer un pequeño repaso a los supuestos recogidos por todas las Leyes de Gobierno. El primero de ellos es el cese por celebración de elecciones. Este es el más común de todos ellos y es lo que se espera de cualquier legislatura, que acabe mediante comicios por los que se renueva el vínculo que legitima a los Ejecutivos con las Asambleas Legislativas. Al igual que ocurre en el ámbito estatal, es también el supuesto que en principio más dilación en el tiempo se puede esperar en contraste con los demás y su regulación no prevé por ejemplo que se renueve o que incluso se aumente la mayoría que gobernaba hasta la celebración de elecciones. Sin embargo, los decretos de cese que son, del mismo modo que ocurre a nivel estatal, el momento que determina en este caso el fin o principio del gobierno en funciones. Se publican de tal forma que si el Presidente y el Gobierno que cesan son diferentes al que va a tomar posesión, se

publica el decreto de cese y el nuevo nombramiento pero si el Presidente que toma posesión es el mismo, entonces solo se publica el nombramiento.

Como es lógico, en el ámbito autonómico existe el supuesto de la pérdida de confianza que podrá ser, mediante uno de los dos instrumentos de responsabilidad política, es decir, la moción de censura y la cuestión de confianza. El procedimiento de estos mecanismos es idéntico al de su regulación estatal y, a diferencia del ámbito estatal, en las Comunidades autónomas si ha habido más casos en los que se ha dado esta causa de cese. Como ejemplos de este supuesto de cese han habido muchos y en varias regiones, pero quiero destacar las mociones de censura presentadas contra la Presidenta de la Comunidad de Madrid, Cristina Cifuentes en 2017 y 2018 que no prosperaron y la propuesta contra el Presidente de Aragón, Emilio Eiroa (Partido Aragonés) en 1993 por José Marco (PSOE) que si salió adelante y el candidato fue elegido Presidente; curiosamente un año más tarde el Presidente destituido, Emilio Eiroa (Partido Aragonés), propuso una nueva moción de censura contra José Marco (PSOE) que no prosperó.

La dimisión es el siguiente supuesto de cese de Gobierno, supuesto que implica la renuncia del Presidente ya que es una atribución exclusiva de esta figura. La mayoría de las regulaciones al respecto no especifican los motivos por lo que pueda producirse y no todos prevén la suplencia de esta figura durante el periodo en funciones. A continuación tenemos el supuesto de fallecimiento del Presidente. De nuevo, al igual que la dimisión era una “facultad” del Presidente en este caso el fallecimiento del Presidente provoca el cese de todo el Gobierno puesto que él es el nexo entre la Cámara y el gobierno. De la misma forma que en el caso de la dimisión, en algunos ordenamientos autonómicos está prevista la suplencia hasta que el siguiente Gobierno tome posesión. Ligado a estos dos supuestos y recogido en la gran mayoría de las regulaciones está la incapacidad del Presidente que se recoge en todos los ordenamientos autonómicos y sin embargo no aparece recogido en la Ley de Gobierno estatal. El procedimiento para declarar esta incapacidad no es inmediato, suele durar varios meses, en algunos casos se produce una incapacidad transitoria por plazos y si se agotan estos plazos entonces se procede con la incapacitación. La apertura del mismo tiene como origen el propio Gobierno, aunque la decisión es conjunta con el Parlamento autonómico que debe decidir una mayoría cualificada en caso de que se den las circunstancias previstas.

El siguiente supuesto de cese es la condena penal, este supuesto no está recogido en muchos de los ordenamientos pero en las sucesivas reformas de las Leyes de Gobierno se ha ido incluyendo paulatinamente en ellas. En los que si se recoge, como en la Ley de Gobierno de

Cantabria, Cataluña o Castilla y León para que la condena penal suponga una causa de cese, deberá ser firme y que lleve aparejada la inhabilitación temporal o definitiva para el desempeño de cargo público. Uno de los casos más sorprendentes relacionado con este supuesto fue el del Presidente de Cantabria, Juan Hormaechea, Fue condenado en 1994 por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria a una pena de seis años y un día de prisión y siete de inhabilitación por un delito de malversación de caudales públicos y además, siete años de inhabilitación por un delito de prevaricación, pero fue indultado por el Ejecutivo estatal del momento y no llegó a pisar la cárcel. Lo curioso de este caso es que el condenado mantuvo su puesto de Presidente en funciones durante siete meses hasta las elecciones autonómicas ya que el Parlamento autonómico no consiguió ponerse de acuerdo con su sucesor. En una situación similar, se encuentra el supuesto de cese ligado a la pérdida de la condición de diputado autonómico necesaria para poder ser investido Presidente, por lo que de perderla por incompatibilidades del cargo, deberá aquel que se encuentre en esa situación cesar del cargo. Con esto tendríamos los supuestos posibles para llegar al periodo del gobierno en funciones. Del igual modo que con la Ley estatal, resultaría conveniente analizar una por una cada Ley de Gobierno de cada Comunidad Autónoma, lamentablemente en este trabajo es posible realizarlo. Cabe decir, que en la mayoría de Leyes de Gobierno autonómicas no existen grandes diferencias con la Ley estatal, a excepción de las que recogen más supuestos de cese que no son todas. Pueden verse las múltiples diferencias que ofrecen las diferentes leyes autonómicas simplemente por las diferencias de redacción de unas a otras puesto que unas son copias de otras con sus variaciones regionales o de normas de otros estados de nuestro entorno. Esto es así porque para cuando se redactaron muchas de estas leyes no había una Ley estatal que estandarizara un modelo concreto. A pesar de esto, las sucesivas reformas de cada Ley de Gobierno las ha ido actualizando hasta lo que podemos encontrar hoy en día que es una serie de leyes que, al menos en el ámbito del gobierno en funciones, son lo suficientemente completas como para ofrecer soluciones a los problemas que se han ido dando en estos años.

Al igual que a nivel estatal, el gobierno en funciones en el ámbito autonómico tiene el mismo objetivo: continuar con las labores “básicas” de la función de gobierno hasta el traspaso de poderes al siguiente Gobierno. Estos Gobiernos se encuentran limitados en sus atribuciones ya que se busca que puedan seguir desempeñando sus funciones pero sin comprometer al futuro Ejecutivo. De este modo, algunas Comunidades Autónomas han decidido limitar estas atribuciones en las propias Leyes de Gobierno. Nos encontramos, así, con una clasificación

proporcionada por Francisco J. Visiedo Mazón⁴⁹, el cual agrupa a las Comunidades atendiendo a los límites que establecen estas normas, empezando por las que no ofrecen límite alguno como son la Comunidad Valenciana, Galicia, País Vasco y Canarias. El segundo grupo lo forman Asturias y Madrid las cuales solo ofrecen límites en cuanto a que el Presidente no puede plantear la cuestión de confianza, ni ser sometido a una moción de censura mientras se encuentre en funciones. En el siguiente grupo que nos ofrece este autor se encuentran las Comunidades de La Rioja, Aragón y Navarra que, además de los mismos límites que las anteriores, añaden limitaciones al Gobierno cesante. A continuación, el cuarto grupo, el más numeroso de todos, es el que forman las Comunidades de Cataluña, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Murcia, Islas Baleares y Cantabria, que inciden directamente en los límites de potestades legislativas y presupuestarias del gobierno en funciones. Finalmente, el último grupo es de las Comunidades de Andalucía y Extremadura que tienen las normas más detalladas. Por poner un ejemplo del nivel de detalle, la Ley extremeña prohíbe durante el periodo de interinidad del Gobierno la creación de comisiones delegadas del Consejo de gobierno, la aprobación de la estructura orgánica de las Consejerías o, por otro lado, el nombramiento de altos cargos en la Administración regional. Esta clasificación es posible que haya cambiado y alguna de las Comunidades Autónomas que se encontraban en un grupo, fruto de las reformas en estas Leyes, haya cambiado y se encuentre en otro grupo.

Según los autores Francisco Reviriego Picón y Jorge Alguacil Gonzalez-Aurioles⁵⁰ en estas normas encontramos limitaciones en la “delegación legislativa” y “la organización del gobierno y la administración” que se encuentran en hasta diez Comunidades: Andalucía Cantabria, Castilla-La Mancha, Murcia, Navarra, Cataluña, La Rioja, Islas Baleares, Castilla y León y Extremadura; y en cuanto a las limitaciones acerca de la organización del Gobierno y Administración, estas suelen ser limitación del nombramiento y cese de consejeros o altos cargos dentro de la administración o creación de comisiones delegadas de gobierno; estas limitaciones son menos habituales y según los autores anteriormente citados se contemplan en Aragón, La Rioja, Andalucía, Navarra e Islas Baleares.

⁴⁹ VISIEDO MAZON, Francisco J. 2017, Un Gobierno en funciones, no un Parlamento en funciones, *Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones* Coordinado por Elviro Aranda Álvarez

⁵⁰ REVIRIEGO PICON, Francisco y ALGUACIL GONZALEZ-AURIOLES, Jorge, 2010, “La permanencia en funciones del Gobierno en los ordenamientos autonómicos”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid* N.º. 22, págs. 313-340

5. CONCLUSIONES

Con todo lo expuesto en el trabajo, paso a formular las conclusiones alcanzadas:

El Gobierno, tanto el estatal como el autonómico, pasa al finalizar el tiempo que está en el cargo por un periodo que llamamos “en funciones”. En esta etapa, el Gobierno tiene limitadas extraordinariamente sus atribuciones más importantes y su único objetivo es el traspaso de poderes al Gobierno venidero, a pesar de que exista la posibilidad de que el gobierno saliente pueda repetir mandato. A la vista de lo estudiado para realizar este trabajo, esta etapa del gobierno es una parte esencial en la dinámica democrática, en ese tiempo el Ejecutivo se encuentra ampliamente limitado para favorecer las transiciones de los diferentes Gobiernos. Se evita así el cambio abrupto de gobiernos en todos los niveles, el periodo interino de los Gobiernos es siempre un momento delicado en la sociedad y lo es aún más en lo político; con esto se pretende suavizar la más que probable alteración de ambos sectores.

En nuestro país esta figura está regulada por el artículo 101 de la Constitución y el artículo 21 de la Ley 50/1997 de Gobierno. Es en esta última Ley donde se regulan con mayor precisión los límites del Gobierno en ese periodo ya que estas limitaciones son la característica fundamental. Esta regulación fue tardía y no todo lo completa que podría ser, debido a los conflictos de carácter político se fue retrasando su publicación. En palabras de Enrique Alvarez Conde⁵¹ fue concebida como una “ley de mínimos”. Por suerte no fue un problema por la propia situación política de la época y en vista de los gobiernos en funciones más recientes es una suerte que no se demorara su aprobación aún más en el tiempo.

El gobierno en funciones busca el traspaso de poderes como objetivo principal, un periodo de tiempo durante el cual los movimientos del gobierno saliente están muy limitados. Para que esto resulte así, debe haber una serie de limitaciones, como ya hemos visto con la regulación al respecto, y también una serie de controles. El más importante es el control jurisdiccional, ya que es el que más atención recibe; pero el control parlamentario también realiza una labor fundamental fiscalizando las actuaciones del Ejecutivo, recabando

⁵¹ ALVAREZ CONDE Enrique, 1996-1997 “El Gobierno en funciones”, *Documentación administrativa*, N° 246-247, (Ejemplar dedicado a: *El Gobierno y la Administración*), págs. 191-218

información y en último término llevando esas actuaciones a los Tribunales. Por ello, aunque es cierto que esta labor se realiza durante toda la legislatura, es en este momento cuando adquiere aún más importancia, debido a lo delicado que es el proceso de salida del Gobierno. Delicado por lo que supone a nivel político y social, un periodo electoral, una dimisión, un fallecimiento, etcétera; así pues este control está ligado al gobierno en funciones de manera que no puede darse esta situación si no hay garantías de que habrá un control de los actos del Gobierno.

Los Tribunales, cuya actividad ha ido acotando poco a poco el campo de actuación de los diferentes Gobiernos, son fundamentales para entender como estos gobiernos estaban legitimados para realizar una serie de actos u otros. La jurisprudencia al respecto ofrece una visión más clara de lo que puede o no puede hacer un gobierno en funciones y en ese mismo sentido se puede observar la poca actividad que hay en este ámbito. Al ser una coyuntura infrecuente no hay apenas situaciones que sean conflictivas y que den lugar a supuestos que los tribunales tengan que resolver. En este sentido la jurisprudencia al respecto avanza lentamente pero cada vez que se resuelve un asunto se aclaran los conceptos relativos a la regulación del gobierno en funciones, con mayor o menor éxito. He podido observar a lo largo del desarrollo del trabajo que, solamente con las normas que el legislador dispuso para regular el gobierno en funciones, no se llega a comprender el alcance del mismo; por ello la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional me parece de obligada lectura para entender la necesidad de limitación.

En el ámbito autonómico he podido contrastar en el trabajo las diferencias entre las diferentes Leyes de Gobierno. Todas guardan similitudes, pero las que contienen algunas diferencias son aquellas en que se ve una técnica legislativa más desarrollada. Algunas de estas leyes han sido reformadas y se puede apreciar la evolución en la redacción en contraste con las que no lo han sido. Es también interesante resaltar que ha habido más situaciones y conflictos que en el ámbito estatal, por lo que algunas de estas legislaciones han evolucionado a raíz de los sucesos de esta zona. Gracias a eso tenemos una gran variedad de desarrollos que pueden servir de modelos para en un futuro actualizar la Ley estatal y así renovar una redacción necesitada de cambio. El gobierno en funciones es una figura que a pesar de ser inevitable en la dinámica democrática, es un concepto que parece en muchas ocasiones olvidado. La atención de la política y del mundo académico no se ha detenido excesivamente en ello. Es cierto que no hay excesivo material de trabajo acerca de este tema, al menos a nivel estatal, y que por ello los estudios al respecto suelen buscar un análisis comparado con

los ordenamientos del entorno, o directamente pasan a centrarse en las comunidades autónomas que, diferentes posibilidades y más casos que en el ámbito nacional. Sin embargo, aunque crea que es posible la actualización de la regulación existente, creo también que la que hay ahora mismo es lo suficientemente restrictiva y eficaz como para regular los cambios de gobierno sin demasiada dificultad. No obstante, observando que los periodos de gobierno en funciones son cada vez más prolongados y ante la creciente dificultad de investir Presidente del gobierno debido a la situación política, creo que puede ser una buena idea plantearse una reforma de la legislación.

Bibliografía:

- AGUADO RENEDO, Cesar. “Acerca de la Naturaleza Jurídica del Estatuto de Autonomía”, Revista española de derecho constitucional, Año nº 17, Nº 49, 1997, págs. 169-195.
- ARAGON REYES Manuel y AGUADO RENEDO César, 2011, Organización General y Territorial del Estado. *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo II.*
- ARANDA ALVAREZ Elviro, Coordinador, “Lecciones Constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones”, 2ª Parte. El Gobierno en funciones y el Control parlamentario.
- ARANDA ALVAREZ, Elviro, 2007, “Transformaciones en los instrumentos de control parlamentario”, *Teoría y realidad constitucional*, Nº 19, 2007, págs. 105-134.
- ALVAREZ CONDE Enrique, 1996-1997 “El Gobierno en funciones”, *Documentación administrativa*, Nº 246-247, (Ejemplar dedicado a: *El Gobierno y la Administración*), págs. 191-218.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENENDEZ REXACH, Ángel, 1998, “Artículo 97. Funciones del Gobierno”, *Comentarios a la Constitución Española de 1978 Tomo VII*, Coordinado por O. Alzaga Villamil, Madrid. Pags 45-208.

- GARCIA-ESCUADERO MARQUEZ Piedad, 2016, “Gobierno en funciones y función legislativa”, *Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad"*, N.º 11, págs. 101-116-
- GARCIA FERNANDEZ Javier, GOMEZ MONTORO Angel José, MONTILLA MARTOS José Antonio, REVENGA SANCHEZ Miguel, REVIRIEGO PICON Fernando, RIDAURA MARTINEZ María Josefa, SEIJAS VILLADANGOS Esther, 2017, “Encuesta sobre el Gobierno en funciones”, *Teoría y realidad constitucional*, N.º 40, págs. 11-76
- GIMENEZ SANCHEZ, Isabel. M.ª, 2017, La actividad desarrollada por las Cortes en la situación de legislatura fallida y de Gobierno en funciones. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 109, 215-235.
- GONZALEZ ALONSO, Alicia. 2005, “El gobierno en funciones”, *El gobierno: problemas constitucionales*. Coordinado por Manuel Aragón Reyes y Ángel José Gómez Montoro,
- GUILLEN LOPEZ, Enrique, 2002, “El cese del Gobierno y el Gobierno en Funciones en el Ordenamiento Constitucional Español”, *Instituto Andaluz de Administración Pública*.
- MONTESQUIEU, 1748, “El espíritu de las leyes vertido al castellano con notas y observaciones por Siro Garcia del Mazo”, Tomo I, 1906, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, pags 236-238
- NOCILLA, Damiano, 2018, “Breves notas sobre representación y responsabilidad política”, *Revista de derecho constitucional europeo*, N.º 29.
- REVIRIEGO PICON, Francisco y ALGUACIL GONZALEZ-AURIOLES, Jorge, 2010, “La permanencia en funciones del Gobierno en los ordenamientos autonómicos”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid* N.º 22, págs. 313-340.
- REVIRIEGO PICON, Francisco, 2017, “La permanencia en funciones del Gobierno en la doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista española de derecho constitucional*, Año n.º 37, N.º 109, págs. 379-405.
- REVIRIEGO PICON, Francisco, 2006, “Gobierno en funciones y despacho ordinario de los asuntos públicos (las SSTs de 20 de septiembre y 2 de diciembre de 2005)”, *Teoría y realidad constitucional*, N.º 18, págs. 445-486.
- RIPOLLES SERRANO, Maria Rosa, 2017, “Gobierno en funciones y control parlamentario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 109, pags 155-183.

- SANCHEZ-VERA GOMEZ TRELLES, Javier, 2008, “Una lectura crítica de la Ley de Indulto”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N°2, págs 1-32.
- SATRUSSETGUI, Miguel, 1996, “El cese del Gobierno y el Gobierno cesante”, *Comentarios a la Constitución Española de 1978, vol. VIII*, Ó. Alzaga Villaamil, Madrid, p. 347.
- SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, 1996, “El Régimen Parlamentario y sus enemigos (Reflexiones sobre el caso español)”, *Revista de estudios políticos*, N° 93, págs. 17-39
- El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid, N°66, 2016.

Jurisprudencia:

- STS 5639/2005, de 20 de septiembre (Sala 3ª, Sección 6ª).
- STS 8303/2005, de 2 de diciembre (Sala 3ª, Pleno).
- STS 2602/2013, de Mayo (Sala 3ª, Sección 4ª).
- STC 124/2018, de 14 de noviembre de 2018.