

GOBIERNO EN FUNCIONES Y “DESPACHO ORDINARIO DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS”

**Del paradigma de la “prorrogación” de funciones
al de la “conversión” orgánica***

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. MI INTERÉS POR EL TEMA. SISTEMÁTICA QUE VOY A UTILIZAR AQUÍ**
 - 1. Un tema que me viene interesando desde hace años**
 - 2. Sistemática que utilizaré**
- III. EL GRUPO NORMATIVO**
 - 1. El grupo normativo estatal**
 - 2. La regulación del Gobierno en funciones en el ordenamiento jurídico de las Comunidades Autónomas**
 - 2.1. Estatutos de Autonomía**
 - 2.2. Leyes reguladoras del Gobierno y Administración de las Comunidades Autónomas anteriores a la Ley [estatal] 50/1997**
 - 2.3. Leyes autonómicas reguladoras del cese del Gobierno y del Gobierno en funciones posteriores a la Ley [estatal] 50/1997**
- IV. UNA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA 3ª DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE DECLARA QUE LA DENEGACIÓN DE INDULTO POR UN GOBIERNO EN FUNCIONES NO EXCEDE DEL DESPACHO ORDINARIO DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS**
 - 1. Antecedentes de hecho**
 - 1.1. Acuerdo de 26 de marzo del 2005, de Consejo de Ministros (que había cesado "tras la celebración de elecciones generales" -el 14 de marzo del 2005-) que deniega el indulto solicitado por 149 penados, y que es recurrido por uno de ellos**
 - 1.2. El Presidente de la Sala 3ª del Tribunal Supremo acuerda que pase al Pleno de la misma el recurso formalizado por el interesado**
 - 1.3. La magistrada ponente, disconforme con el parecer de la mayoría, solicita ser sustituida y así se acuerda**
 - 2. Cuestión que se debate en este pleito y argumentos de las partes**
 - 2.1. El problema de fondo**
 - 2.2. Argumentos del condenado que solicita el indulto**
 - 2.3. Argumentos del defensor y representante de la Administración del Estado**

* Comentario a la sentencia de 2 de diciembre de 2005, del Pleno de la Sala 3ª (de lo contencioso-administrativo) del Tribunal Supremo (recurso ordinario 161/2004).

3. Doctrina establecida por la sentencia del Pleno

3.1. Datos de los que -según el voto decisorio de la mayoría- hay que partir para interpretar el artículo 21 de la Ley 50/1997, del Gobierno

(i). La duración de la interinidad puede ser larga

3.1.1. El Gobierno cesante debe seguir gobernando hasta que sea sustituido efectivamente por el nuevo, porque España no puede quedarse sin Gobierno ni siquiera unas horas

3.1.2. La interinidad que produce el cese de un Gobierno puede extenderse a lo largo de varias semanas o incluso de varios meses

3.2. Datos de los que -según el voto decisorio de la mayoría- hay que partir para interpretar el artículo 21 de la Ley 50/1997, del Gobierno

(ii). Lo que puede hacer el Gobierno mientras goza de la confianza del Parlamento y lo que no puede hacer un Gobierno en funciones

3.2.1. La función constitucional del Gobierno consiste en dirigir la política interior y exterior del Estado, y en estrecha relación con ella, la defensa del Estado

3.2.2. Exceden del despacho ordinario los actos del Gobierno en funciones que impliquen dirección de la política interior o exterior o que condicionen, comprometan o impidan la que deba establecer el nuevo Gobierno

3.3. Qué debe entenderse -según el voto decisorio de la mayoría- por "despacho ordinario de los asuntos públicos"

3.4. Aplicación de lo que antecede al caso analizado

3.4.1. La denegación del indulto solicitado no excede del despacho ordinario de los asuntos públicos porque ese acto se dicta en ejercicio de una potestad sustancialmente gubernamental, se circunscribe a un supuesto específico, y no es idóneo para trazar la dirección política

3.4.2. Que la denegación (o, en su caso, el otorgamiento) del indulto es un acto normal del Consejo de Ministros se confirma cuando se tiene en cuenta el gran número de indultos que se resuelven cada año por el mismo

3.5. De cómo en esta sentencia el Tribunal Supremo introduce una restricción al criterio que había establecido en la sentencia de la sección 6ª, de 20 de septiembre del 2005 (recurso contencioso-administrativo 123/2004), y así lo declara expresamente

V. ANÁLISIS DEL VOTO PARTICULAR CONCURRENTES Y DE LOS VOTOS PARTICULARES

1. Un voto concurrente que, en realidad, es doblemente discrepante

1.1. El artículo 21.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, plantea serias dudas de inconstitucionalidad por lo que el Pleno debió plantear cuestión de inconstitucionalidad

1.2. Teniendo que optar entre aceptar los argumentos de la minoría discrepante o los de la mayoría, el magistrado que formula este voto se adhiere al parecer de ésta

2. Fundamentos que, de forma aislada o coincidente con quienes formulan voto discrepante o se adhieren a uno de ellos, se manejan por la minoría

2.1. Naturaleza del Gobierno en funciones

2.1.1. El Gobierno en funciones carece de representatividad parlamentaria, y ello impone una interpretación restrictiva de la expresión "despacho ordinario de los asuntos"

2.1.2. Existen supuestos en que el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, y "despacho ordinario de los asuntos" excluye cualquier acto que pueda ser considerado como político

2.2. Naturaleza de los actos de un Gobierno en funciones

2.2.1. La naturaleza política o administrativa de los mismos no depende de la frecuencia mayor o menor con que se produzcan

2.3. Naturaleza del acto de indulto (i). Enseñanzas que proporciona la exposición de motivos de la vieja -que no antigua- Ley de 18 de julio de 1870

2.3.1. Prerrogativa de la Corona que, por serlo, excluye la ligereza y la irreflexión en su otorgamiento

2.3.2. El indulto tiene todos los efectos de una sentencia ejecutoria

2.4. Naturaleza del acto del indulto (ii). Acto político que, como tal, no forma parte del haz de competencias de un Gobierno en funciones

2.4.1. El indulto es un típico acto político de gracia o perdón de la pena, no de justicia

2.4.2. En cuanto acto político, el indulto está excluido del haz de competencias del Gobierno en funciones, el cual sólo tiene competencias administrativas, y aun éstas únicamente en lo necesario

2.5. Lo que en este pleito se discute no es sólo si el "Gobierno en funciones" es competente para denegar el indulto sino, más ampliamente, si puede o no pronunciarse sobre una petición de indulto, tanto si el contenido de esta petición es positivo (otorgamiento) como negativo (denegación)

3. Relación de esta sentencia con la de la sección 6ª de 20 de septiembre del 2005: ¿la complementa o la contradice?

VI. COMPARTO EL PARECER DE LA MINORÍA Y AÑADO UN PAR DE IDEAS CON PRETENSIÓN DE PARADIGMA SUSTITUTORIO DEL QUE -DE FORMA MÁS O MENOS EXPLÍCITA- SE HA MANEJADO EN EL DEBATE

1. Un debate judicial de altura, prácticamente silenciado en la sentencia, y que, afortunadamente, hemos podido conocer a través de los votos particulares

2. Fundamento y naturaleza del Gobierno en funciones

2.1. El "por qué" (causa eficiente) y el "para qué" (causa final) de un "Gobierno en funciones"

2.2. El problema de la naturaleza del Gobierno en funciones. Propuesta de un nuevo paradigma

2.2.1. El Gobierno en funciones es un órgano -esto es: un centro de competencias- creado ad hoc utilizando una técnica análoga a la empleada por el art. 65 LRJAP-PAC para la conversión de los actos administrativos

2.2.2. Digresión necesaria sobre las consecuencias del cese del Gobierno

2.2.3. De cómo el paradigma de la conversión orgánica, que propongo, hace inteligible un mecanismo que el paradigma de la prorrogación no alcanza a explicar

3. Algunos principios o reglas doctrinales que avalan la opinión de la minoría sobre la necesidad de interpretar con un criterio restrictivo, la expresión "despacho ordinario de los asuntos públicos"

4. Una última referencia al problema de la naturaleza jurídica del indulto

VII. FINAL

1. Las posiciones defendidas ante el Pleno han sido tres

2. El paradigma de la "conversión" jurídica hace todavía más nítida la corrección de la postura que sostiene la minoría discrepante, y la robustece

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 106 LOPJ dispone que "en los casos en que la Ley no disponga otra cosa bastarán tres magistrados para poder formar Sala". Con esta regla se puso fin a una vieja polémica jurisprudencial sobre la composición de las Salas de justicia, una polémica que se planteó principalmente en el ámbito penal¹.

A su vez, el artículo 197 formula una excepción a esta regla general, disponiendo 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 administración de justicia".

Como ahora se verá, la sentencia del Tribunal Supremo, de la que ahora voy a dar noticia se ha dictado por el Pleno, en virtud de la decisión dictada por el Presidente de la Sala de lo contencioso-administrativo.

La sentencia es ya importante, sin más, por la doctrina que en la misma se establece, doctrina que -como dice la misma sentencia- da "un nuevo paso en el proceso de definición, a partir de las previsiones constitucionales y legales, del estatuto [sic] del Gobierno en funciones", siguiendo "el camino que para precisararlo [abrió la sentencia de la sección 6ª, de la sala 3ª del Tribunal Supremo] afrontando cuestiones antes no resueltas por la jurisprudencia, pues las ha planteado una Ley reciente [la Ley 50/1997, del Gobierno] que utiliza conceptos necesitados de interpretación".

Esa doctrina que la sentencia establece aparece ya resumida en el recuadro que, siguiendo una práctica ya hoy usual, aparece en la cubierta del texto de la misma que se incorpora al programa informático de la Sala sentenciadora. Me parece oportuno empezar transcribiendo ese resumen, pues -por la claridad y la concisión con la que, sin merma de la complitud, está redactado- permite obtener un conocimiento suficiente de su contenido y alcance. Dice así ese resumen:

"Impugnación del acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de marzo de 2004 denegatorio de la concesión de indulto. Gobierno en funciones. Despacho ordinario de los asuntos públicos. Artículos 21.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Exceden del despacho ordinario los actos del Gobierno en funciones que impliquen dirección de la política interior o exterior o que condicionen, comprometan o impidan la que deba establecer el nuevo Gobierno. Sólo caso por caso puede apreciarse qué actos del Gobierno en funciones tienen esa virtualidad. La denegación del indulto solicitado no excede del Gobierno ordinario".

Pero la verdadera importancia de la sentencia -eso creo, al menos- deriva del alto nivel doctrinal que, por lo que puede entreverse a través de su lectura y de la de los votos, uno concurrente de Espín Templado (doblemente discrepante como luego diré) y cuatro discrepantes (tres de ellos individuales -Puente, Bandrés, Garzón- y otro conjunto -Sieira, Lecumberri y Robles, al que se adhieren Peces y Frías), alcanzó el debate.

La Sala estuvo integrada por el Presidente -Trillo Torres- y 29 magistrados (entre ellos los que han formulado voto o se han adherido al voto conjunto, presumiblemente redactado este último por la ponente inicialmente designada, Sra. Robles Fernández, aunque aparezca firmado, en primer lugar, por el Presidente de la sección a la que pertenece dicha magistrada).

1. En este sentido, la STS (sala 2ª de lo penal) de 25 de noviembre de 1989 dijo ya que "este Tribunal, de acuerdo con el apotegma *sapientum est mutare consilium* [es propio del sabio cambiar de opinión], en las sentencias de 12 de junio de 1986, y de 18 de septiembre y 11 de noviembre de 1987, declaró que sea la que sea la pena que sea pedida por las acusaciones, la Audiencia Provincial podrá constituirse válidamente con tres magistrados".

Sustituyó luego a ésta, que renunció a serlo, por no compartir el criterio de la mayoría, el magistrado Lucas Murillo de la Cueva.

II. MI INTERÉS POR EL TEMA. SISTEMÁTICA QUE VOY A UTILIZAR AQUÍ

1. Un tema que me viene interesando desde hace años

Mi interés por el concreto problema de fondo que ha tenido que abordar el Pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en esta sentencia -si un Gobierno en funciones tiene potestad para decidir sobre la procedencia de dar o denegar un indulto- viene de lejos: de la segunda mitad de la década de los sesenta del pasado (j) siglo XX, en que inicié la publicación de una obra colectiva sobre *Procedimientos Administrativos Especiales*, cuyo volumen primero apareció en 1967, y en el que aparecía un trabajo escrito por José Morán del Casero, Técnico de Administración Civil, encargado del Registro Civil Central del Ministerio de Justicia, y cuyo título era "Los procedimientos especiales en materia de Gracia del Ministerio de Justicia", y donde el autor, -advirtiendo que aplazaba para un trabajo posterior el estudio de los procedimientos relativos al Registro Civil y los de nacionalidad- estudiaba tres grupos de procedimientos: el de indulto, el de legitimación de hijos por concesión soberana, y los procedimientos relativos a grandezas y títulos nobiliarios -advirtiendo, asimismo, que de los de este tercer grupo, los estudiaba todos, pese a que, en ocasiones, no tienen carácter graciable².

Al problema de la naturaleza del Gobierno en funciones me referí ya, brevemente, en un trabajo que, con el título "El Gobierno de España y la Administración "general" del Estado", publiqué en la *Revista Jurídica de Navarra*, 24 (julio-diciembre 1997) 117-189; incorporado luego a los *Comentarios a la LRJAP-PAC*, Ed. Civitas, 2ª ed. De 1999, y 3ª edición de 2004. Allí sostuve que el Gobierno en funciones es una unidad orgánica distinta del Gobierno *stricto sensu*, esto es del Gobierno que, por no estar incurso en ninguna de las causas de cese, sigue gozando de la confianza del Parlamento (o, para ser más exacto, de la del Congreso según el ordenamiento español).

Son estas motivaciones las que me han impelido a llevar a cabo este trabajo que -innecesario es decirlo- no pretende ser una monografía sobre el Gobierno en funciones, pues no pasa de ser una exposición de los resultados de una segunda reflexión mía sobre tan enigmática unidad orgánica.

"¿Qué hace Vd. Maestro, encaramado en esa roca?", preguntaba a Nietzsche cierta andariega montañera que por la senda subía. "Cazando pensamientos, señora mía". Pero, sabido es, no obstante, que no sólo en tan aireados parajes es posible practicar esa incruenta modalidad venatoria en que se afana el intelectual. Y como de esa índole es también el quehacer del magistrado, pues no es el suyo, evidentemente, trabajo de la mano, no puede sorprender que en un debate de altanería -como el habido en esta ocasión- se hayan dado a cazar bandadas de pensamientos que capturados quedaron en la red de la escritura formalizada por el ponente y por quienes redactaron los votos particulares. Pensamientos que, incluso después de ser aprisionados son capaces, desde la silente soledad sonora de lo escrito, de levantar otras bandadas de pensamientos nuevos en quienes por vocación y por profesión hemos optado por hacer nuestra -con firme propósito de no alejarla nunca de nosotros- "la funesta manía de pensar".

2. Este volumen primero (1967) y los dos tomos del volumen segundo (1969) se publicaron en la Serie "Estudios Administrativos", por la Escuela Nacional de Administración Pública (Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios) que tenía su sede en el edificio de la antigua Universidad, fundada por el Cardenal Cisneros en Alcalá de Henares. Era yo entonces, por oposición, Profesor Numerario de Procedimiento administrativo en dicha Escuela de funcionarios del Estado.

Y es eso lo que a mí me ha acaecido: que, leyendo esta sentencia y sus escolios discrepantes, me he visto obligado a pensar pensamientos nuevos que confirman a la par que completan, los que expuestos ya tenía en esos trabajos que he citado.

2. Sistemática que utilizaré

Para facilitar la comprensión del debate habido, y que esos textos reflejan, me ha parecido necesario dedicar un primer apartado al grupo normativo estatal, transcribiendo literalmente, los dos preceptos que regulan el Gobierno en funciones en ese ámbito: el artículo 101 CE y el artículo 21 de la Ley 50/1997, del Gobierno [de España]. Así lo haré para que el lector tenga a la vista siempre estos dos textos a los que, una y otra vez, se va a hacer referencia tanto en la sentencia, como en los votos particulares.

Como quiera que la Ley 50/1997 es posterior a casi todas las regulaciones de esta materia que habían hecho las Comunidades autónomas, y son las Comunidades autónomas las que "han ido haciendo camino al andar", y como los autores de esa ley estatal son quienes han podido -y también sabido- aprovechar las enseñanzas que de esas precedentes regulaciones se puede obtener, me ha parecido necesario hacer una referencia, lo más breve posible, a esas regulaciones, como también a las de las Comunidades autónomas que se demoraron en regular la materia.

Una exposición que haré por orden cronológico de aparición de las correspondientes normas.

Prescindo, en cambio, porque me parece innecesario a los efectos aquí pretendidos, de las soluciones que ofrece el Derecho comparado, sin perjuicio de que pueda hacerse después alguna referencia concreta a alguna de esas regulaciones foráneas. Y es lo que se hace en algunos votos particulares³.

Antes de exponer mi opinión sobre los problemas que suscita la regulación que hace el artículo 21 de la Ley (estatal) 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno [de España] sobre esa unidad orgánica -instrumental y transitoria- que es el Gobierno en funciones, y después de leer detenidamente la sentencia del Pleno y cada uno de los votos particulares formulados a la misma, tanto el que se califica de concurrente como los discrepantes, he procedido a exponer por separado lo que me ha parecido que constituye el "contenido esencial" tanto de aquélla como de éstos.

Por lo que hace a la sentencia, cuyo discurso se sigue con facilidad pues está bien ordenado, recojo los fundamentos que sustentan la doctrina que establece, y a continuación desmenuzo los elementos que integran esta doctrina, para terminar exponiendo la aplicación que hace de la misma a la cuestión de fondo. Después de analizar el llamado -impropiamente- voto concurrente, paso a analizar los votos discrepantes, para lo cual -y puesto que, con matices, la línea argumental de todos ellos es coincidente en muchos aspectos- los agrupo por temas, sin perjuicio de individualizar el discurso de cada uno.

La transcripción de los correspondientes textos va precedida de una rúbrica que comprime -confío que sin merma de su inteligibilidad- lo esencial de cada uno de ellos.

Advierto ya también que aunque el problema que abordó el Pleno en esta sentencia hace referencia a una competencia exclusivamente estatal -denegación de un

3. Una exposición clara y suficiente de la regulación de esta materia en el Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea puede leerse en la monografía de Enrique GUILLÉN LÓPEZ, *El cese del Gobierno y el Gobierno en funciones en el ordenamiento constitucional español*, Premio Blas Infante de Estudios e Investigación, ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, especialmente págs. 61-63.

Cfr. también Enrique ÁLVAREZ CONDE: "El Gobierno en funciones", *Documentación administrativa*, 246-247 (septiembre 1996-abril 1997) 191-218.

indulto-, muchos de los problemas que se tratan tienen validez general. Y con ello estoy queriendo decir que la sentencia tiene también interés para eventuales problemas que pueden plantearse en el futuro en relación con situaciones de cese de un Gobierno de Comunidad autónoma.

III. EL GRUPO NORMATIVO

1. El grupo normativo estatal

Como queda ya anticipado este grupo normativo estatal está integrado, en lo que es específico del tema del que me estoy ocupando, por estos dos preceptos:

Artículo 101 CE:

"1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.

2. El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno".

Artículo 21, Ley 50/1997, del Gobierno:

"1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.

2. El Gobierno cesante continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno con las limitaciones establecidas en esta Ley.

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.

4. El Presidente del Gobierno en funciones 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.

5. 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.

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".

2. La regulación del Gobierno en funciones en el ordenamiento jurídico de las comunidades autónomas

2.1. Estatutos de Autonomía

Como en tantas otras cuestiones, el Estatuto de Autonomía del País Vasco -que fue el primero que se publicó- ha servido de modelo a los Estatutos de la mayor parte de las Comunidades autónomas en la materia a que me estoy ocupando, un Estatuto que, a su vez, reprodujo el texto del artículo 101 CE.

Así, la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, Estatuto del País Vasco, dispuso esto en su artículo 31:

"1. El Gobierno vasco cesa tras la celebración de elecciones del Parlamento, en el caso de pérdida de la confianza parlamentaria o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.

2. El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno".

De los restantes Estatutos de Autonomía, únicamente tres se apartan de este modelo: Cataluña (LO 4/1979, artículo 37.1; Valencia (LO 5/1982, art. 17.2) y Castilla y León (LO 4/1983, art. 16.2) que se remiten a una ley posterior.

Y como incluso la norma modelo del Estatuto vasco -al igual que el 101 CE- son manifiestamente insuficientes para orientar los múltiples problemas que la práctica plantea, no puede sorprender a nadie, que hayan sido las leyes de los Parlamentos de las Comunidades autónomas que han regulado la estructura y funciones de los respectivos Gobiernos (en su caso, también, su Administración) las que hayan ido abriendo camino, en ocasiones, con manifiesto acierto.

2.2. Leyes reguladoras del Gobierno y Administración de las Comunidades Autónomas anteriores a la Ley [estatal] 50/1997

La primera en publicarse de estas leyes es también vasca: la Ley 7/1981, de 30 de junio, cuyo artículo 13, después de reiterar en su número 1 lo que sobre las causas de cese del presidente (*lehendakari*) decía el Estatuto establece dos reglas del máximo interés: cuál es la finalidad que se pretende conseguir dejando en funciones a un Presidente y a un Gobierno que ya ha cesado, y por otro lado regula la institución del Presidente en caso de fallecimiento o incapacidad de éste.

La primera regla -que años después va a pasar al artículo 21 de la Ley estatal 50/1997- se contiene en el mismo número 2 del artículo 13:

"... el *Lehendakari* cesante y su Gobierno continuarán en el ejercicio de sus funciones a fin de garantizar el buen funcionamiento de la Administración y el adecuado traspaso de poderes hasta la toma de posesión del nuevo *Lehendakari*...".

Véase, descrito con toda precisión, el quehacer distintivo -los fines institucionales, que de esta manera suele decirse también-, que en cuanto unidad orgánica, se asigna a quien fue Presidente y a los integrantes de su Gobierno que, por el cese de aquél dejaron de serlo: "garantizar el buen funcionamiento de la Administración", por un lado, y garantizar, por otro lado, "el adecuado traspaso de poderes" al nuevo Gobierno.

La segunda regla aparece en el inciso final de ese artículo 13.2 y en el artículo 14 que prevé la solución a un supuesto no contemplado ni en la Constitución, ni en el Estatuto Vasco: fallecimiento o incapacidad del Presidente. De darse uno de estos supuestos, el Gobierno no cesa, sino que se produce la cesación del Presidente que será sustituido por el Vicepresidente o, de haber varios, el más antiguo (cfr. art. 14.1).

Todavía contiene otras dos reglas este artículo 14: la primera, es la de que el *Lehendakari* en funciones no podrá plantear moción de confianza, pero tampoco podrá

plantearse moción de censura contra él (número 2); la segunda establece que el Lehendakari en funciones ejercerá las demás facultades y potestades del Lehendakari (un precepto -entiendo- cuya interpretación deberá hacerse en conexión con aquellos dos fines institucionales a que responde esa interinidad), y la que ya estaba en el Estatuto y, antes de éste, en el artículo 111 CE, de que desempeñará el cargo hasta tanto tome posesión el nuevo Lehendakari (número 3).

A esta Ley vasca, siguieron estas otras -anteriores todas ellas a la Ley estatal 50/1997- regulando la materia que nos ocupa, en los preceptos que se indican:

- La Ley Foral 23/1983, de 11 de abril, reguladora del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Foral de *Navarra* (art. 30). (Como luego se verá, esta Ley Foral ha sido sustituida por la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente).

- La Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de *Madrid* (art. 17).

- La Ley 2/1984, de 7 de junio, del Gobierno y Administración de *Extremadura* (art. 19), que reproduce la descripción del fin distintivo o institucional que, por primera vez, había formulado el Gobierno vasco.

- La Ley 6/1984, de 5 de julio, del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de *Asturias* (art. 12).

- La Ley 6/1986, de 21 de julio, del Gobierno y Administración de *Andalucía* (art. 13).

- La Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de *Murcia* (art. 12).

- La Ley 3/1995, de 8 de marzo, de Régimen Jurídico del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de *La Rioja* (esta Ley deroga la Ley 4/1983, del Presidente y del Consejo de Gobierno⁴).

- La Ley 2/1997, de 28 de abril, (anterior como se ve en unos meses a la Ley 50/1997, que es de 27 de noviembre) de Régimen Jurídico del Gobierno y la Administración Pública de la Diputación General de *Cantabria*, cuyo artículo 28 contiene también una descripción del fin distintivo del Gobierno en funciones, que añade un dato más que subraya el carácter, no sólo transitorio sino instrumental de este órgano:

Artículo 28. "1. El Consejo de Gobierno continuará actuando en funciones tras la publicación del Decreto de cese, con las limitaciones establecidas en la Constitución, en el Estatuto de Autonomía y en esta Ley, *debiendo limitarse a adoptar las decisiones que requiere el funcionamiento normal de los servicios públicos y a propiciar el adecuado desarrollo de formación del nuevo Consejo de Gobierno.*

2. En ningún caso, el Consejo de Gobierno en funciones puede presentar Proyectos de Ley a la Asamblea Regional de Cantabria, someterse a la cuestión de confianza o ser objeto de una moción de censura.

3. Las delegaciones legislativas otorgadas por la Asamblea Regional quedan en suspenso durante todo el tiempo que el Consejo de Gobierno esté en funciones".

- La Ley 7/1997, de 5 de septiembre, (anterior en menos de 3 meses a la Ley 50/1997), del Consejo de *Castilla-La Mancha* (art. 18) que, reproduciendo literalmente

4. En la monografía de GUILLÉN LÓPEZ que se cita en la nota precedente se presta especial atención a esta Ley 3/1995 de La Rioja (cfr. pp. 66-67).

lo que decía la anterior Ley 8/1985, de esa misma Comunidad Autónoma⁵, regula en términos parecidos a la ley cántabra citada la materia de la que me estoy ocupando.

2.3. Leyes autonómicas reguladoras del cese del Gobierno y del Gobierno en funciones posteriores a la Ley [estatal] 50/1997

Con posterioridad a la Ley [estatal] 50/1997 se han dictado las siguientes leyes del tipo del que estamos hablando:

- La Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las *Islas Baleares*, que se ajusta a las previsiones de la Ley estatal

- La Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y Administración de la Comunidad de *Castilla y León* que, aunque incorpora las reglas sobre despacho ordinario y de urgencia, omite la determinación del fin distintivo de un Gobierno en funciones (art. 22).

- La Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente, en la que puede leerse lo siguiente⁶:

"Artículo 6. *Cese y continuación en funciones.*

1. El Gobierno de Navarra cesará cuando cese su Presidente de conformidad con el artículo 27.1 de esta Ley Foral.

2. No obstante, el Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, y facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo, limitándose su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos de su competencia, y sin que en ningún caso pueda ejercer la iniciativa legislativa, salvo supuesto de urgente necesidad o de interés general debidamente justificados, quedando asimismo en suspenso las delegaciones legislativas otorgadas por el Parlamento de Navarra, con excepción de las referentes a los Decretos Forales Legislativos de armonización tributaria".

IV. UNA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE DECLARA QUE LA DENEGACIÓN DE INDULTO POR UN GOBIERNO EN FUNCIONES NO EXCEDE DEL DESPACHO ORDINARIO DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS

1. Antecedentes de hecho

1.1. Acuerdo de 26 de marzo del 2005, de Consejo de Ministros (que había cesado "tras la celebración de elecciones generales" del 14 de marzo del 2005) que deniega el indulto solicitado por 149 penados, y que es recurrido por uno de ellos

Dice la sentencia de la que estoy dando noticia:

5. Es la tercera ley de esta clase que se publica en esta Comunidad Autónoma; la primera fue la Ley 3/1984 y la segunda Ley 8/1985.

6. Sobre esta reciente regulación cfr. Ángel J. GÓMEZ MONTORO, "El Gobierno de Navarra", en la obra colectiva *El Gobierno y la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Comentarios a las Leyes Forales 14 y 15/2004, de 3 de diciembre*, dirigida por José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA, edita Gobierno de Navarra, Pamplona 2005, págs. 99-147; y Juan Cruz ALLI ARANGUREN, "El Presidente del Gobierno de Navarra", en la misma obra colectiva, págs. 149-197.

"El Consejo de Ministros celebrado el 26 de marzo de 2004 adoptó el acuerdo de denegar el indulto solicitado por ciento cuarenta y nueve penados. Entre ellos estaba don F. H. G. a quien la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid condenó, por su Sentencia nº 71/2002, de 22 de febrero, a la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a multa de 200.000 pesetas. Todo ello por considerarle autor de un delito contra la salud pública del artículo 368 del Código Penal. Inadmitido por la Sala Segunda de este Tribunal Supremo mediante Auto de 24 de abril de 2003 el recurso de casación del Sr. F. H. G., ganó firmeza la Sentencia de instancia.

El 25 de julio de 2003, en solicitud dirigida al Ministro de Justicia, el ahora recurrente pidió el indulto. También pidió al Tribunal sentenciador la suspensión de la ejecución de la condena en tanto se resolvía, a lo que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid accedió, con el parecer favorable del Ministerio Fiscal, por Auto de 12 de agosto de 2003.

Incoado el expediente de indulto nº 86/2003, el Ministerio Fiscal se opuso a su concesión. Y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid emitió informe desfavorable al respecto. Todo lo cual consta en el expediente administrativo" (F. J. 1º).

1.2. El Presidente de la Sala 3ª del Tribunal Supremo acuerda que pase al Pleno de la misma el recurso formalizado por el interesado

Dice también la sentencia:

"El Presidente de la Sala, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por estimarlo necesario para la Administración de Justicia, acordó que el presente recurso pasara a ser conocido por el Pleno de la Sala Tercera.

Mediante providencia de 26 de septiembre de 2005 se señaló para votación y fallo el día 24 de noviembre de 2005, en que han tenido lugar" (A. H. 8º y 9º).

Excede a los límites de este comentario jurisprudencial analizar la naturaleza de esta potestad que el citado artículo 197 LOPJ atribuye al Presidente de los Tribunales de Justicia colegiados. Por ello, me limito a apuntar -como mera hipótesis dialéctica necesitada de demostración, por tanto- que estamos ante una potestad avocatoria que puede ejercitar el Presidente de oficio o a instancia de otros componentes del Tribunal.

Asimismo diré -y esto no como hipótesis, sino como convicción personal- que la práctica que se ha instaurado en esta Sala 3ª de no convocar al Pleno a los eméritos es *contra legem*, y contradice también el principio de igualdad de trato a los magistrados que, previa solicitud y por ser de la Carrera Judicial, pasan a esa situación después de jubilados.

En todo caso, este y otros problemas han ido emergiendo a medida que se va prestando atención a esa bruma que envuelve al magistrado emérito. Algunos de esos problemas van solucionándose por sentencia judicial -en mi caso, del Juzgado Central de lo contencioso-administrativo, nº 2, de Madrid, que contra el parecer del Ministerio de Justicia, declaró que, puesto que prestan idéntica función y soportan la misma carga de trabajo, tienen derecho al mismo trato retributivo-.

Es de esperar que algún día el órgano con competencia para ello acabe aprobando el *Estatuto del Emérito*, tanto tiempo demorado. Y lo digo públicamente ahora que, por haber cumplido la edad de 75 años -y habiendo pasado a esa situación de emérito

en 25 de agosto del año 2000, situación en que he permanecido durante cinco años-nadie puede calificarme de "parte interesada".

Y digo más: el problema que planteo es sólo un aspecto de otro más amplio: el de la jubilación automática por cumplimiento de edad, un problema que no suele ser tenido por tal -la jubilación, como la muerte, es algo que le ocurre a los demás-, y sobre el que ha alertado desde las páginas de "El País", de Madrid, Luis Rojas Marcos, psiquiatra y ex presidente del Sistema de Sanidad y Hospitales Públicos de Nueva York, en un artículo que lleva por título *La Ley y la Edad*, un artículo que merece ser leído por aquéllos que todavía -felizmente- conservan "la funesta manía de pensar" y no están dispuestos a renunciar a ella. Un artículo en que, entre otras cosas, se lee esto:

"Legislaciones que marginan a personas por la fecha de su nacimiento también olvidan que en los países de Occidente el 80% de la población mayor de 70 años goza de buenas condiciones físicas y mentales [...].

Para mí, el aspecto más nefasto de *este tipo de preceptos que discriminan a las personas por su edad es que en el fondo no se diferencian mucho de aquellos estatutos injustos y crueles que segregan a individuos por su raza, por su sexo, o por sus creencias religiosas*".

1.3. La magistrada ponente, disconforme con el parecer de la mayoría, solicita ser sustituida y así se acuerda

Como es sabido, el artículo 260 LOPPJ, prevé que "todo el que tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, formular voto particular, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada por el Tribunal con los que estuviere conforme" (número 1).

Asimismo dispone que este voto particular, firmado por su autor, "se incorporará al libro de sentencias y se notificará a las partes junto con la sentencia aprobada por mayoría" (número 2, inciso primero), añadiendo que: "cuando, de acuerdo con la ley, sea preceptiva la publicación de la sentencia, el voto particular, si lo hubiere, habrá de publicarse junto a ella" (número 2, inciso segundo). En lo que resulte aplicable, lo dicho en el número 2 será aplicable "respecto de los autos decisorios de incidentes".

Pues bien, en la sentencia del Pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de la que aquí doy noticia, han disentido de la sentencia aprobada por la mayoría, un total de ocho magistrados, entre ellos la magistrada inicialmente designada como ponente, pues, una vez debatido suficientemente el caso,

"se celebró la votación y fallo acordados, en cuyo acto la Ponente Excm. Sra. doña Margarita Robles Fernández solicitó la designación de otro distinto para sustituirla, en razón de que no participaba del criterio mayoritario de la Sala, a lo que se accedió en el propio acto, encomendando el Presidente de la Sala la redacción de la Sentencia al Magistrado Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva" (A. H. 10º).

2. Cuestión que se debate en este pleito y argumentos de las partes

2.1. El problema de fondo

"En efecto, la cuestión aquí debatida afecta a uno de los elementos reglados del acuerdo recurrido: la competencia del Gobierno en funciones para adoptarlo porque, tal como se desprende de lo que se ha expuesto, la solución de la controversia planteada en este proceso exige establecer, en pri-

mer lugar, cuál es el ámbito de decisión que corresponde al Gobierno en funciones y, después, determinar si cabe dentro de él la que tomó el Consejo de Ministros el 26 de marzo de 2004 y consistió en la denegación del indulto solicitado por el recurrente. El problema surge porque el artículo 21 de la Ley 50/1997, que regula, precisamente, el Gobierno en funciones, dice que estará sometido a las limitaciones establecidas por ese texto legal y que "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". Así, pues, como aquí no se ha planteado la urgencia, ni tampoco la presencia del interés general al que se refiere el artículo 21.3 de aquella Ley, se trata de saber en qué consiste ese despacho ordinario de los asuntos públicos que se presenta como el contenido natural de las funciones del Gobierno cesante y qué relación guarda con él el ejercicio de la facultad de indulto" (F. J. 4º, párrafo 3º).

2.2. Argumentos del condenado que solicita el indulto

"Don F. H. G. considera que el acuerdo del Consejo de Ministros que rechazó su solicitud de indulto es nulo de pleno Derecho porque fue adoptado por un órgano que carecía de competencia para ello. Llega a esa conclusión a partir del artículo 21, apartados 1 y 3, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, del artículo 62 i) de la Constitución y de la interpretación recogida en la Sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2002 (recurso 166/2001) para la que el indulto es una prerrogativa real de gracia cuya concesión o denegación se conforma como un acto no sujeto al Derecho Administrativo por lo que solamente puede ser revisado en sus aspectos puramente procedimentales. Así, sostiene que, al tratarse de una prerrogativa discrecional y no requerir motivación, la concesión o denegación del indulto no puede considerarse como acto ordinario de gobierno de los que puede realizar el Gobierno en funciones al amparo de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 50/1997, por lo que carece de validez cualquier acuerdo adoptado en el Consejo de Ministros en funciones que conceda o deniegue un indulto total o parcial" (F. J. 2º).

2.3. Argumentos del defensor y representante de la Administración del Estado

"El Abogado del Estado afirma que el acuerdo impugnado es conforme a Derecho. Para justificar su posición examina el artículo 21 de la Ley 50/1997 y nos dice que el Gobierno en funciones es un Gobierno limitado legalmente en su cometido que, normalmente, ciñe su actuación al despacho ordinario de los asuntos públicos. Y que los apartados 4, 5 y 6 de ese precepto resuelven el problema de definir qué es lo que puede y lo que no puede hacer. A juicio del Abogado del Estado, de ellos se infiere una clara discriminación dentro de las facultades gubernamentales entre las legislativas y las no legislativas, pues mientras las primeras están prohibidas, las segundas forman parte de la gestión ordinaria que puede afrontar el Gobierno en funciones. De este modo, continúa, se establece una regla general de pertenencia de los asuntos públicos a la gestión ordinaria "de la que, sólo por excepción, exceden aquellos (...) que por su singularidad o sus efectos, puedan considerarse "extra muros" de las facultades atribuidas a un Gobierno "en funciones".

A partir de aquí, la contestación a la demanda explica que entre los asuntos ordinarios se incluye el acuerdo del Consejo de Ministros que ha denegado el indulto. Recuerda la regulación vigente del mismo y subraya que el ejer-

cicio del derecho de gracia corresponde al Consejo de Ministros y que su decisión, cualquiera que sea su sentido, no es susceptible de control aunque sí es fiscalizable el procedimiento seguido para adoptarla. De ahí deduce que es irrelevante el marco en que se tome, es decir que el Gobierno se halle o no en funciones, porque siempre permanece invariable su libertad estimativa. Por tanto, observa que, "ni por su naturaleza, ni por las características del procedimiento seguido, puede decirse que la denegación del indulto exceda del ámbito de facultades reservado al Gobierno en funciones" por la Ley que lo regula. Conclusión que refuerza señalando que ésta no es una de las facultades que le prohíbe y que, si se repara en las circunstancias que rodean la solicitud de indulto denegada, habrá que reconocer que la decisión del Consejo de Ministros fue absolutamente razonable y que ningún motivo hay para pensar que hubiera sido distinta de haberse adoptado por el nuevo Gobierno" (F. J. 3°).

3. Doctrina establecida por la sentencia del Pleno

3.1. Datos de los que -según el voto decisorio de la mayoría- hay que partir para interpretar el artículo 21 de la Ley 50/1997, del Gobierno (i). La duración de la interinidad puede ser larga

3.1.1. El Gobierno cesante debe seguir gobernando hasta que sea sustituido efectivamente por el nuevo, porque España no puede quedarse sin Gobierno ni siquiera unas horas

Para interpretar la Ley 50/1997, del Gobierno [de España] hay que partir del artículo 101 CE, el cual deja claro dos cosas: desde cuándo y hasta cuándo debe estar actuando el Gobierno en funciones. Y esto lo expresa la sentencia con estas palabras (que no son las literales del precepto constitucional, sino más bien una interpretación del mismo):

"Debemos empezar por esta última previsión porque nos sitúa ante una exigencia constitucional bien explícita: *el Gobierno cesante debe seguir gobernando hasta que sea sustituido efectivamente por el nuevo*. La Constitución es tajante, ordena al Gobierno que continúe ejerciendo sus funciones tras su cese y no excluye expresamente ninguna de entre las que quiere que sigan siendo ejercidas. Se comprende sin dificultad que *España no puede quedarse sin Gobierno ni siquiera unas horas*. También que el hecho de que no se establezcan constitucionalmente límites explícitos a la actuación del Gobierno en funciones no quiere decir que no existan pues la propia naturaleza de esta figura, cesante y transitoria, conlleva su falta de aptitud para ejercer la plenitud de las atribuciones gubernamentales. Sin embargo, el silencio del artículo 101 del texto fundamental sobre las eventuales restricciones del cometido del Gobierno en funciones después de haber impuesto su existencia e, incluso, el hecho de que no se remita a tal efecto a la Ley, a diferencia de lo que hace en otras hipótesis, nos han de advertir sobre el sumo cuidado con el que ha de afrontarse la tarea de definir qué es lo que no puede hacer" (F. J. 5°, párrafo 2°).

3.1.2. La interinidad que produce el cese de un Gobierno puede extenderse a lo largo de varias semanas o incluso de varios meses

"De la regulación constitucional cabe extraer otros datos que debemos tener presentes a la hora de interpretar la Ley pues configuran el contexto en el que se encuentra el Gobierno en funciones. Tal es el caso de su dura-

ción en el tiempo. Son varios los supuestos que determinan el cese del Gobierno según el artículo 101.1 de la Constitución: la celebración de elecciones generales, la pérdida de la confianza parlamentaria en los casos previstos por la Constitución, la dimisión y el fallecimiento de su Presidente. El interregno que se abre como consecuencia de la verificación de estas circunstancias solamente será breve, en principio, cuando prospere una moción de censura porque su aprobación, al mismo tiempo que supone la retirada de la confianza a un Presidente del Gobierno, comporta la investidura del que figuraba como candidato alternativo en ella, de manera que en pocos días puede producirse la toma de posesión del nuevo Gobierno.

En cambio, en las demás hipótesis, *la interinidad* que producen *puede extenderse a lo largo de varias semanas e, incluso, de varios meses si procediera la disolución de las Cortes Generales* prevista en el artículo 99.5 de la Constitución. Esta posibilidad no se ha dado hasta ahora, pero la experiencia autonómica, a partir de normas, en general, muy parecidas a las del artículo 99, ofrece ejemplos en los que se ha prolongado considerablemente un Consejo Ejecutivo en funciones.

En consecuencia, el Gobierno puede permanecer en funciones un período de tiempo significativo" (F. J. 6º).

3.2. Datos de los que -según el voto decisorio de la mayoría- hay que partir para interpretar el artículo 21 de la Ley 50/1997, del Gobierno (ii). Lo que puede hacer el Gobierno mientras goza de la confianza del Parlamento y lo que no puede hacer un Gobierno en funciones

3.2.1. La función constitucional del Gobierno consiste en dirigir la política interior y exterior del Estado, y en estrecha relación con ella, la defensa del Estado

"[...] la *función constitucional del Gobierno*. De la que ha de desempeñar el que está en plenitud de sus facultades tras haber completado el proceso de su formación. Esa función *no es otra que la dirección de la política interior y exterior y, en estrecha relación con ella, la defensa del Estado*. Esos son los cometidos con los que el artículo 97 de la Constitución singulariza la función gubernamental y para cuya realización atribuye al órgano Gobierno la dirección de la Administración Civil y Militar y le encomienda la función ejecutiva y la potestad reglamentaria.

La *dirección* de la política general, que *es la misión principal del Gobierno, trae causa del programa que el candidato a su Presidencia defendió ante el Congreso de los Diputados y mereció el apoyo de su mayoría* (artículo 99 de la Constitución). *Programa que, a su vez, procede del que las fuerzas políticas que otorgaron su confianza al candidato a la Presidencia, presentaron ante los ciudadanos y logró el apoyo de sus votos*. Naturalmente, ese marco político de actuación no queda definitivamente fijado en ese momento y puede suceder que, por distintas razones, el Gobierno llegue a apartarse en diversa medida de la línea aprobada en el momento de la investidura. El sistema parlamentario permite una actualización permanente de la relación de confianza a través de su normal desenvolvimiento o con el recurso a algunas instituciones previstas en la Constitución como el referéndum consultivo (artículo 92) o la cuestión de confianza (artículo 112). En cualquier caso, mientras persista la relación de confianza entre el Congreso de los Diputados y, a través de su Presidente, el Gobierno, a este corresponde la dirección política de España. Así, *gobernar para la Consti-*

tución, es dirigir el país a partir de las orientaciones definidas por el Presidente del Gobierno (artículo 98.2 de la Constitución) con el apoyo de la mayoría parlamentaria formada democráticamente por los españoles" (F. J. 8º, párrafos primero y segundo).

3.2.2. Exceden del despacho ordinario los actos del Gobierno en funciones que impliquen dirección de la política interior o exterior o que condicionen, comprometan o impidan la que deba establecer el nuevo Gobierno

"Pues bien, si esto es lo que debe hacer el Gobierno que se forma, es, al mismo tiempo, lo que no puede hacer el Gobierno en funciones porque *el cese ha interrumpido la relación de confianza* que le habilita para ejercer tal dirección y *le ha convertido en un órgano cuya composición debe variar necesariamente en el curso de un proceso* constitucionalmente regulado, de una duración necesariamente limitada en el tiempo, *del que surgirá una nueva relación de confianza y un nuevo Gobierno.*

Así, pues, el Gobierno en funciones ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya. *El cese priva a este Gobierno de la capacidad de dirección de la política interior y exterior a través de cualquiera de los actos válidos a ese fin, 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" (F. J. 8º).

3.3. Qué debe entenderse -según el voto decisorio de la mayoría- por "despacho ordinario de los asuntos públicos"

"[...] De cuanto acabamos de decir en el fundamento anterior se deduce que ese despacho no es el que no comporta valoraciones políticas o no implica ejercicio de la discrecionalidad. Tampoco el que versa sobre decisiones no legislativas, sino el que no se traduce en actos de orientación política.

De este modo entendida, o sea interpretada conforme a la Constitución, se despejan las dudas que pudiera ofrecer la conformidad con el texto constitucional de las normas legales que sujetan a límites la actuación del Gobierno en funciones cuando aquél no ha dispuesto expresamente ninguno. Por lo demás, situados en esta perspectiva, es posible apreciar que el mismo legislador asume esa interpretación porque en el apartado quinto del artículo 21 se preocupa por prohibir al Gobierno en funciones aprobar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado (a) y presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado (b). Es decir, la Ley prohíbe al Gobierno en funciones utilizar los principales instrumentos de orientación política, pues los Presupuestos Generales del Estado no son sino la traducción en términos de ingresos y gastos de la dirección política que el Gobierno quiere llevar a la práctica en el ejercicio de que se trate. Y las leyes que, según el Preámbulo de la Constitución, son la expresión de la voluntad popular y proceden casi exclusivamente de la iniciativa gubernamental, introducen en el ordenamiento jurídico las normas que responden a las orientaciones que prevalecen en el electorado y, por tanto, en las Cortes Generales. Por eso, son uno de los cauces típicos

de expresión de la orientación política decidida por el Gobierno y asumida por las Cortes Generales.

A parecidos resultados conduce, por lo demás, el apartado sexto de este artículo 21 de la Ley 50/1997, que deja en suspenso las delegaciones legislativas mientras el Gobierno esté en funciones por haberse celebrado elecciones generales. Además, este apartado es relevante porque introduce en la regulación legal una diferencia de régimen jurídico en atención a la causa determinante de la entrada en funciones del Gobierno. Circunstancia esta que refuerza las consideraciones antes realizadas sobre la necesidad de examinar caso por caso y asunto por asunto los que han de considerarse incluidos en el despacho ordinario y los que, por quedar fuera de él, no pueden ser abordados por el Gobierno en funciones de no existir urgencia o demandarlo el interés general contemplado en el artículo 21.3 de este texto legal.

La aprobación del proyecto de Presupuestos Generales del Estado, el ejercicio de la iniciativa legislativa y la emanación de los decretos legislativos no son los únicos actos de orientación política prohibidos al Gobierno en funciones. La misma Ley 50/1997, en el apartado cuarto de su artículo 21, veda al Presidente en funciones proponer al Rey la disolución de una o de ambas cámaras de las Cortes Generales, presentar la cuestión de confianza o proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo, todos ellos actos de clara orientación política. Esto significa que la línea divisoria entre lo que el Gobierno en funciones puede y no puede hacer no pasa por la distinción entre actos legislativos y no legislativos, sino por la que hemos señalado entre actos que no conllevan dirección política y los que la expresan [...] (F. J. 9º).

3.4. Aplicación de lo que antecede al caso analizado

3.4.1. La denegación del indulto solicitado no excede del despacho ordinario de los asuntos públicos porque ese acto se dicta en ejercicio de una potestad sustancialmente gubernamental, se circunscribe a un supuesto específico, y no es idóneo para trazar la dirección política

"Llegados a este punto y siendo notorio que, tras la celebración el 14 de marzo de 2004 de las elecciones generales que inauguraron la Octava Legislatura, se produjo el cese del Gobierno y pasó a estar en funciones en virtud de lo dispuesto por el artículo 101.1 de la Constitución, debemos examinar si la denegación del indulto solicitado por don F. H. G. es un acto que puede considerarse incluido o no en el despacho ordinario de los asuntos públicos tal como lo hemos acotado. Para saberlo es menester indagar sobre el significado del indulto desde la perspectiva de la dirección política de la que venimos hablando.

El indulto está previsto en el artículo 62 i) de la Constitución que lo incluye entre las atribuciones del Rey. No obstante, de acuerdo con los principios que informan la Monarquía parlamentaria, esa potestad no es ejercida materialmente por el Jefe del Estado, sino por el Gobierno que es a quien la Ley a la que se remite ese precepto encomienda adoptar la decisión correspondiente. El ejercicio del derecho de gracia es, pues, una facultad sustancialmente gubernamental. Pero el texto fundamental añade otra previsión de especial importancia: la prohibición expresa de que el legislador autorice los indultos generales. Así, pues, es claro que su significación, en principio, tiene un carácter particular y concreto.

La regulación legal del indulto está recogida en la Ley de 18 de junio de 1870, modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero. Su exposición de motivos precisa bien su alcance y subraya, que se refiere solamente a los indultos particulares, la importancia que han de tener a los efectos de la decisión que deba adoptar el Consejo de Ministros, los hechos y circunstancias del caso concreto, sobre los que debe extenderse la motivación que ha de contener el Real Decreto en que se manifieste. Motivación que deberá contemplar, especialmente, las consecuencias que haya de producir bajo el aspecto de la justicia, de la equidad y de la conveniencia social, pues son extremos cuyo estudio impone la Ley. Por tanto, el indulto comporta una decisión circunscrita a un supuesto específico: el del reo al que se refiere, ya lo haya solicitado él o sean otros quienes lo hayan pedido en su nombre, entre los que puede estar el mismo Tribunal sentenciador, tal como lo prevén el artículo 20 de esta Ley y el artículo 4.3 del Código Penal.

El acuerdo del Consejo de Ministros que resuelve una solicitud de indulto no es, en principio, dadas las características con las que está concebido en nuestro ordenamiento jurídico, un acto idóneo para trazar la dirección política que la Constitución asigna al Gobierno. Es verdad que puede responder a una determinada política criminal, la seguida por el que lo dicta, pero no tiene la entidad de los actos de orientación política que la Ley 50/1997 excluye expresamente del concepto de despacho ordinario de asuntos públicos. Si desde estas consideraciones generales pasamos al examen de las características del acuerdo impugnado, forzoso será concluir 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" (F. J. 10°).

3.4.2. *Que la denegación (o, en su caso, el otorgamiento) del indulto es un acto normal del Consejo de Ministros se confirma cuando se tiene en cuenta el gran número de indultos que se resuelven cada año por el mismo*

"En efecto, el acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2004 denegó la solicitud de indulto de don F. H. G. Eso significa, por un lado, que dejó inalterados los efectos de la Sentencia firme de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid que condenó al recurrente. Por otro lado, que no ha mermado las facultades del nuevo Gobierno que puede resolver lo que considere procedente sobre ese indulto si, en virtud de las normas legales que lo regulan, vuelve a ser sometido a su consideración.

Además, no se pronunció dicho acuerdo sobre la solicitud del Sr. H. G. solamente, sino que también lo hizo, siempre en el mismo sentido denegatorio, sobre las de otros ciento cuarenta y ocho penados, siendo de advertir que la del recurrente, presentada el 25 de julio de 2003, llevaba el número de expediente 86 de ese año. Eso significa, no sólo que resolver sobre peticiones de indulto forma parte de la actividad normal del Consejo de Ministros, ya que los expedientes de indulto son numerosos, sino que *difícilmente cabe distinguir en ese conjunto de decisiones denegatorias una actividad de orientación política* como la que hemos dicho que nuestro ordenamiento jurídico excluye de la noción de despacho ordinario de los asuntos públicos. Desde luego, nada se aprecia en ese sentido del expediente y de lo que se ha alegado en el presente proceso.

En consecuencia, se impone la desestimación del recurso contencioso-administrativo" (F. J. 11°).

3.5. De cómo en esta sentencia el Tribunal Supremo introduce una restricción al criterio que había establecido en la sentencia de la sección 6ª, de 20 de septiembre del 2005 (recurso contencioso-administrativo 123/2004), y así lo declara expresamente

"Por último, es preciso explicar la relación que guarda esta Sentencia con la que dictó la Sección Sexta de esta Sala el 20 de septiembre de 2005, en el recurso contencioso-administrativo 123/2004.

En esa ocasión fue estimado un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de abril de 2004 que resolvió conceder la extradición a las autoridades de Italia de doña R. S. K., identificada como doña A. P. en su pasaporte británico. Extradición pasiva considerada procedente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. La Sentencia llega a la estimación y consiguiente anulación de ese acuerdo por dos caminos que le llevan a la misma conclusión. Por un lado, se fija en el artículo 6.2 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, conforme al cual, cuando la extradición ha sido declarada judicialmente procedente, ese pronunciamiento "no será vinculante para el Gobierno que podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales de España". Observa la Sentencia que en ese caso el Gobierno debe hacer un juicio de valor para apreciar si concurre o no alguna de estas circunstancias. Por eso, dice que el Gobierno en funciones, al pronunciarse sobre la procedencia de la extradición pasiva, "ejercita siempre 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 la soberanía nacional le corresponde en orden a conceder o denegar la extradición pasiva".

Por otro lado, la Sentencia de 20 de septiembre de 2005 interpretó los artículos 101.2 de la Constitución y 21 de la Ley del Gobierno en el sentido de que por gestión del despacho ordinario de los asuntos públicos ha de entenderse 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, como no mediaba urgencia ni se apreciaban razones de interés general en el acuerdo impugnado, concluyó que el Gobierno se extralimitó al resolver sobre la extradición pasiva.

De las dos líneas de razonamiento que acabamos de resumir, ninguna consideración hemos de hacer sobre la interpretación del artículo 6.2 de la Ley 4/1985, ya que este precepto es ajeno al presente proceso, pues versa sobre el indulto y no sobre la extradición pasiva. En cuanto a la que descansa en la Ley del Gobierno, es evidente que los razonamientos que hemos expuesto en los anteriores fundamentos *suponen una restricción del criterio seguido por esa Sentencia para establecer el sentido del artículo 21.3 de la Ley 50/1997, ya que, tal como se ha dicho, no 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.*

Al resolver ahora de este modo, *damos un nuevo paso en el proceso de definición, a partir de las previsiones constitucionales y legales, del estatu-*

to del Gobierno en funciones. *La Sentencia de 20 de septiembre de 2005 abrió el camino* para precisarlo, afrontando cuestiones antes no resueltas por la jurisprudencia, pues las ha planteado una Ley reciente que utiliza conceptos necesitados de interpretación. Precisamente, *por eso, podemos ahora, tras un examen detenido de los problemas* y argumentos puestos de manifiesto entonces, así como de los que ahora se han suscitado y de las normas y los principios constitucionales aplicables, *avanzar en esa tarea para llegar a las conclusiones que se han explicado*" (F. J. 12°).

V. ANÁLISIS DEL VOTO PARTICULAR CONCURRENTES Y DE LOS VOTOS PARTICULARES

1. Un voto concurrente que, en realidad, es doblemente discrepante

1.1. El artículo 21.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, plantea serias dudas de inconstitucionalidad por lo que el Pleno debió plantear cuestión de inconstitucionalidad

El magistrado Espín Templado, que es también Catedrático de Derecho constitucional, defendió ante el Pleno la necesidad de plantear cuestión de constitucionalidad. Su exposición está dividida -a diferencia de lo que suele ser la práctica común en estos casos- no en distintos fundamentos de derecho, sino en cuatro apartados con numeración arábica cuyas rúbricas respectivas son éstas: 1. Sobre los actos del Gobierno; 2. Sobre la Ley 50/1997 y su artículo 21; 3. Sobre la *ratio decidendi* de la sentencia; y 4. Conclusión.

Lo esencial de su argumentación se contiene en los siguientes párrafos:

"Pues bien, me parece evidente que en lo que respecta a las potestades que derivan directamente del texto constitucional y que se corresponden con las funciones de los poderes del Estado, *el legislador sólo puede imponer aquellos límites que deriven de la propia Norma constitucional, sea explícita o implícitamente*. Lo contrario es asumir indebidamente una posición cuasi constituyente y afectar de manera irremediable al equilibrio de poderes y al adecuado ejercicio por éstos de sus funciones constitucionales tal como queda diseñado por la Constitución.

En particular y en lo que al Gobierno cesante respecta, el preámbulo de la Ley 50/1997 ya avanza que la regulación supone una novedad. El problema es que *el Gobierno cesante se encuentra expresamente regulado en el artículo 101 de la Constitución y que ni allí ni en ningún otro precepto constitucional se contempla limitación expresa alguna de sus facultades*, sino tan sólo la obligación positiva de continuar "en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno" y sin remisión alguna a la ley. Y resulta difícil extraer una limitación implícita al ejercicio genérico de sus potestades al Gobierno en funciones del resto de preceptos constitucionales.

Las razones de este silencio constitucional son, a mi juicio, bastante claras, y la Sentencia del Pleno menciona dos de ellas aunque sin extraer las debidas consecuencias: por un lado, la imposibilidad de que el Estado se encuentre en ningún momento con un Gobierno "limitado"; por otro, la enorme diversidad de situaciones constitucionales comprendidas bajo el concepto de un Gobierno en funciones según el artículo 101.1 de la Constitución (elecciones generales -con o sin cambio de mayoría parlamentaria-,

dimisión -que puede ser por enfermedad y no por dificultades políticas o parlamentarias- o fallecimiento del Presidente, y pérdida de la confianza parlamentaria). A lo cual hay que añadir una tercera y decisiva razón, que es la opción de la Constitución de reservar a la dinámica de las relaciones entre los poderes constitucionales un ámbito, esencial en un régimen parlamentario, que el legislador no puede reducir ni reconducir a una decisión judicial. Es decir, que en caso de adoptar un Gobierno en funciones decisiones que la corrección política y parlamentaria aconsejaba dejar al futuro Gobierno, en defecto de previsión constitucional expresa deben ser el control parlamentario y la apelación al electorado los medios a emplear para denunciar semejante comportamiento.

La reducción de ese ámbito constitucionalmente reservado al juego político y parlamentario implicaría, llevado al límite, una renuncia de la política que socava los fundamentos del régimen constitucional democrático [...]"

"La conclusión de cuanto antecede es que *la limitación que el legislador ha impuesto a la capacidad de actuar del Gobierno en funciones en el artículo 21.3 de la Ley 50/1997 es dudosamente compatible con la Constitución*, ya que ésta no restringe dicha capacidad de actuar de manera genérica ni explícita ni implícitamente, y dicha limitación sustrae al ámbito de la política del sistema democrático parlamentario toda una serie de decisiones políticas y las somete indebidamente al juicio de los tribunales.

Es verdad que la propia ley contempla la posibilidad de que actos que vayan más allá de la gestión ordinaria de los asuntos públicos puedan ser adoptados "en casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo acredite". Sin embargo es dudoso que esta previsión -por lo demás prudente- sea suficiente como para despejar las dudas de constitucionalidad del precepto. En primer lugar, porque si la restricción de las facultades de actuación del Gobierno en funciones carece de fundamento constitucional, dicha tacha no queda subsanada por la flexibilización de una limitación infundada. Así, aun cuando el precepto permite al Gobierno en funciones adoptar cualquier medida en determinados supuestos, ello no obvia el que se lo impide en el resto de casos, para los que la Constitución nada dice. Y, en segundo lugar porque, como se ha visto, el intento de efectuar una interpretación conforme a la Constitución limitando al máximo el alcance de la restricción legal, conduce a ulteriores problemas interpretativos de nada fácil solución.

[...]

Por todo ello creo que, estando el presente proceso circunscrito a la legalidad de la concesión de un indulto por haber sido otorgado por un Gobierno en funciones, y *dependiendo la respuesta que habíamos de dar de la constitucionalidad del artículo 21.3 de la Ley 50/1997, hubiera sido procedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad* de acuerdo con lo previsto en el artículo 163 de la Constitución y el 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Conviene advertir, por último, que aunque el fallo ha sido desestimatorio e igual destino hubiera sufrido el recurso contencioso administrativo de resultar inconstitucional el precepto aplicado, tanto el fundamento en derecho como la *ratio decidendi* y el propio significado del fallo desestimatorio de nuestra Sentencia hubieran sido sustancialmente diversos, por lo que entiendo que la citada circunstancia no hubiera constituido un óbice procesal para el planteamiento de la cuestión".

1.2. Teniendo que optar entre aceptar los argumentos de la minoría discrepante o los de la mayoría, se adhiere al parecer de ésta

"Como tuve ocasión de exponer en la deliberación -sigue diciendo Espín Templado- a mi entender y por las razones que resumidamente expongo en este voto particular, el artículo 21.3 de la referida Ley en cuya aplicación se funda el fallo de la Sentencia, plantea serias dudas de constitucionalidad, lo que hubiera debido conducir al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, al no compartir tales dudas el Pleno de la Sala, estoy conforme con el fallo desestimatorio del recurso y parcialmente -con las divergencias que se deducen de este voto particular- con los razonamientos que conducen al mismo, por lo que este voto es concurrente con la decisión adoptada".

Lo que, en definitiva, se está defendiendo con esta propuesta de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad es la tesis avalada por un sector de la doctrina (Aguilar, Pérez Tremps y el propio Espín) de la suficiencia de los mecanismos parlamentarios incluidos los usos y prácticas constitucionales para resolver los problemas que se susciten durante la situación de interinidad derivada de la celebración de unas elecciones generales y consiguiente emergencia de una situación de interinidad que de ello resulta. Una solución que es precisamente la que la Ley 50/1997 "una ley inequívocamente limitativa" (por decirlo con palabras de Guillén López), implícitamente rechaza⁷.

A esta tesis de la posible inconstitucionalidad de la Ley 50/1997, y a la de la suficiencia de los controles parlamentarios se da cumplida respuesta, rechazándolo en el voto conjunto de Seira, Robles, Lecumberri:

"La Ley 50/97 tiene su razón de ser en que el Gobierno en funciones resulta incompatible con la idea de ausencia total de límites en el ejercicio de las funciones de gobierno, por cuanto esa ausencia es incompatible con el respeto a los principios esenciales de nuestro sistema democrático de naturaleza parlamentaria y esa es precisamente la razón que justifica la constitucionalidad de la Ley.

La Ley 50/97 a la hora de establecer esos límites optó por la judicialización sin duda por la insuficiencia de los controles parlamentarios, así se infiere de la exposición de motivos cuando habla de lealtad constitucional, sin duda pensando en que tras las elecciones hasta la constitución de las nuevas Cámaras solo funciona la Diputación Permanente y esta no tiene específicas funciones de control del Gobierno en funciones conforme al artículo 78 de la CE" (F. J. 3°).

Por lo que hace a la técnica empleada para formular el voto -un voto concurrente- y aunque era posible operar de otra manera pues no podía abstenerse, resulta chocante que se califique de tal un voto que, en realidad, es doblemente discrepante, ya que ni hace suyo el parecer de la minoría, ni, por su gusto, redactaría una sentencia como la que finalmente se ha aprobado y a la que, sin embargo, acaba adhiriéndose.

2. Fundamentos que, de forma individual o coincidente con quienes formulan voto discrepante o se adhieran a uno de ellos, se manejan por la minoría

2.1. Naturaleza del Gobierno en funciones

7. Cfr. Enrique GUILLÉN LÓPEZ, *El cese del Gobierno y el Gobierno en funciones en el ordenamiento constitucional español*, Premio Blas Infante de Estudios e Investigación, ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, especialmente págs. 73-75.

2.1.1. El Gobierno en funciones carece de representatividad parlamentaria, y ello impone una interpretación restrictiva de la expresión "despacho ordinario de los asuntos"

Con matices variados, este argumento aparece manejado en más de uno de los votos particulares. Así en el voto de Bandrés Sánchez-Cruzat, se dice esto:

"Debo significar, en primer término, que la resolución del recurso contencioso-administrativo concierne a una cuestión de interpretación constitucional, y no a un mero "problema de interpretación legal", como sostiene el Abogado del Estado, al requerirse de esta Sala del Tribunal Supremo que se pronuncie sobre la extensión de las atribuciones de un órgano constitucional, titular del poder ejecutivo, el Consejo de Ministros en situación cesante, que la propia Constitución, en su artículo 101, no resuelve de forma explícita y concluyente, y que, por ello, necesariamente ha de ser abordada, conforme al criterio metodológico impuesto por el principio de unidad de la Constitución, desde la observancia del principio democrático (artículo 1 CE), al producirse la fractura del principio de representatividad, que vincula la formación y continuación del Gobierno a la fiducia del Congreso de los Diputados; en el respeto a los valores de libertad, igualdad y justicia (artículo 1 CE), por interferir la concesión de libertad de una persona penada en el principio de intangibilidad de las decisiones judiciales firmes dictadas en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que se confiere, con carácter exclusivo, a los jueces y tribunales (artículo 117 CE), y significar la quiebra del principio de igualdad en la aplicación del Derecho penal (artículo 14 CE), y tomando, asimismo, en consideración la praxis constitucional del Estado democrático plasmada en usos o convenciones constitucionales y los precedentes del Derecho Constitucional comparado.

Atendiendo a este contexto hermenéutico, la interpretación de la cláusula limitativa de los poderes y atribuciones del Gobierno en funciones ex artículo 21.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno [...], permite inferir la siguiente directiva subconstitucional: un Gobierno en funciones, que tiene limitados sus poderes y difuminada su responsabilidad parlamentaria, no puede acordar decisiones de trascendencia política al deber limitarse, en el ejercicio de sus funciones constitucionales, a asegurar, estrictamente, el regular funcionamiento de los asuntos y servicios públicos.

Esta directriz jurisprudencial [...] encuentra justificación en los precedentes del Derecho Constitucional comparado informadores de la Constitución española, y, significativamente en el artículo 189.5 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976, que refiere que el Gobierno dimisionario "se limitará a realizar los actos estrictamente necesarios para asegurar la gestión de los negocios públicos".

Del carácter restrictivo que reviste la atribución de poderes a un Gobierno en funciones, conforme al ordenamiento constitucional, se desprende una regla o canon de interpretación constitucional, con fuerza vinculante para los órganos judiciales, cuando, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, vengán obligados a realizar el proceso de concretización de las normas constitucionales y legales que precisan y desarrollan las atribuciones gubernamentales, y tengan dudas razonables sobre la aplicación de la noción "despacho ordinario de los asuntos públicos", que impone la interpretación no expansiva de esta cláusula normativa, para preservar el principio de legalidad democrática, de modo que permita diferenciar con precisión la actuación ilícita del Gobierno en funciones cuando ejerza funciones

esenciales de gobierno o de dirección de la política interior y exterior, en la dicción del artículo 97 de la Constitución u otras actuaciones asimilables por su relevancia política, en contraposición a cuando desarrolle funciones ejecutivas, que guarden relación con el ejercicio de las potestades y competencias ordinarias atribuidas a la Administración Civil, cuya superior dirección le corresponde" (F. J. 1º).

En el voto de Garzón se dice esto:

"El sistema democrático español descansa sobre la base de que el gobierno tiene la "confianza parlamentaria". En el Gobierno en funciones no existe esa confianza parlamentaria, por lo que razones básicas de orden constitucional, y otras de derecho positivo, ya citadas, abogan por una interpretación restrictiva de las facultades del Gobierno en funciones.

Este planteamiento es el que me obliga a discrepar de la sentencia mayoritaria cuando afirma que 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.

(Por cierto, la Constitución no ordena en el artículo 101.2 que el gobierno cesante siga ejerciendo las funciones propias de dicho ente -así se dice en el apartado dos del fundamento quinto de la sentencia mayoritaria-. Lo que la Constitución establece es otra cosa muy distinta, aunque fonéticamente muy parecida, el gobierno cesante "continuará en funciones".).

Precisamente porque se carece de confianza parlamentaria es por lo que no es posible llevar a cabo ni "nuevas políticas" ni "las viejas políticas" del gobierno cesado. Si así fuere ¿qué relevancia tiene el cese del gobierno?, ¿qué legitimidad tendrían esas decisiones políticas sin disponer de la confianza parlamentaria?.

En mi opinión los actos prohibidos al gobierno en el artículo 21 de la Ley 50/97 son actos prohibidos en todo caso, para los que no caben las excepciones previstas en el artículo 21.3 de la citada Ley. En definitiva, 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, también serían de su competencia, por razones de urgencia e interés público debidamente justificadas.

Es visto, por tanto, que las razones formales expuestas impiden considerar que el "otorgamiento o denegación del Derecho de Gracia" puede integrarse en el concepto de despacho ordinario de asuntos a que el artículo 21.3 de la Ley 50/97 se refiere" (F. J. 2º).

2.1.2. Existen supuestos en que el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración y "despacho ordinario de los asuntos" excluye cualquier acto que pueda ser considerado como político

En el voto de Puente Prieto se dice esto:

"La Ley del Gobierno no nos ofrece criterios que sirvan para conseguir interpretar sistemáticamente el concepto jurídico indeterminado "despacho

de asuntos" añadiendo el calificativo de "ordinario", pues tan sólo cabe destacar que en esa ley se reitera dicha expresión en el artículo 13.2 de dicha ley para concretar las funciones de los Ministros suplentes, en casos de vacante, ausencia o incapacidad del titular, y que limitan también su actividad al "despacho ordinario de los asuntos de su competencia"; limitación que no se prevé para la suplencia del Presidente que regula el párrafo uno de dicha norma.

Contrariamente, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo sí contiene reiteradas referencias al "despacho de asuntos" (artículos 25.3.d), 41 y 42.3) o "despacho de los expedientes" (artículo 74.2), como concepto vinculado siempre a la tramitación de asuntos administrativos, lo que permite, en nuestra opinión, confirmar la clara vinculación del concepto jurídico indeterminado que intentamos precisar con un mero ámbito administrativo, excluyendo por tanto el estrictamente político. Exclusión que parece resultar lógica si se tiene en cuenta que -en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 50/1.997- el Gobierno en funciones tiene asignado, como objetivo último de toda su actuación, conseguir un "normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno" que ha de sucederle como consecuencia de la pérdida de apoyo parlamentario del anterior.

Entendemos, en definitiva, que ese despacho ordinario de asuntos, en función de la concreción de las funciones constitucionalmente asignadas por la Constitución al Gobierno, excluye, de antemano, cualquier acto que pudiera ser definido como político [...].

Y es que, efectivamente, existen supuestos en que, como declaró la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1.990, el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esa naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse como administrativa. La sentencia citada hace expresa alusión a actos que, "ratione materiae", tienen la calificación de administrativos, y, como tales, sujetos a revisión por esta jurisdicción, lo que permite apuntar a la idea asimismo de actos que por razón de la materia constituyen actos políticos, excluidos por ello en principio de su revisión por la jurisdicción, salvo en lo que se refiere a los elementos reglados de los mismos, como esta Sala viene declarando".

2.2. Naturaleza de los actos de un Gobierno en funciones

2.2.1. *La naturaleza política o administrativa de los mismos no depende de la frecuencia mayor o menor con que se produzcan*

En el voto de Puente Prieto puede leerse esto:

"En nada afecta tampoco a lo anterior el hecho de que el examen por el Gobierno de peticiones de indulto sea frecuente, como lo demuestra en opinión de la Sala la circunstancia de que en el Real Decreto en que se denegó al recurrente se contienen también decisiones denegatorias relacionadas con otros 148 penados, pues ello lo único que demostraría es la improcedencia de la adopción de una decisión en relación con indultos tan numerosos que, evidentemente, podían influir además directamente en la política criminal a asumir por el nuevo Gobierno, teniendo en cuenta que el hecho de que la solicitud formulada por el recurrente el 25 de julio de 2.003 tuviera asignado un número de expediente 86 hace suponer que la denegación del indulto, acordada el 26 de marzo de 2.004, resolvió de golpe más

de la mitad de todas las peticiones formuladas en el año, razón a nuestro entender suficiente también para no justificar el examen, con resultado estimatorio o no, de la petición del indulto por un Gobierno en funciones en relación con un inusual número de solicitudes".

2.3. Naturaleza del acto de indulto (i). Enseñanzas que proporciona la exposición de motivos de la vieja -que no antigua- Ley de 18 de julio de 1870

2.3.1. Prerrogativa de la Corona que, por serlo, excluye la ligereza y la irreflexión en su otorgamiento

En el voto de Garzón se llama la atención sobre esta idea que está ya implícita en la certera suposición que formula Puente Prieto en el párrafo que acabo de transcribir en el apartado precedente:

"La otra cuestión es el análisis del Derecho de Gracia desde el punto de vista sustantivo.

Desde esta perspectiva, me propongo examinar la naturaleza ontológica de este derecho, para, a su vista, decidir sobre su incardinación, o, no, en el "despacho ordinario" de asuntos a que se refiere el artículo 21.3 de la Ley.

Este análisis voy a hacerlo de la mano del legislador de 1870 quién, en la Exposición de Motivos de la Ley 18 de Julio de 1870 modificada por la Ley 1/1988 de 14 de Enero, efectúa diversas consideraciones sobre la naturaleza de ese derecho de indulto.

El legislador empieza justificando la necesidad de regular el ejercicio de gracia de indulto en que su mal uso afecta a: "... la recta Administración de Justicia, el prestigio de los Tribunales, la moralidad y orden público.". Añade que su regulación pretende satisfacer la necesidad fuertemente sentida de quienes exigen con perfecto derecho que: "la garantía judicial de su honra, de su vida y de su fortuna, no pierda su eficacia por una compasión indiscreta y ya intolerable". Sigue afirmando que las gracias generales producen los efectos "de una derogación transitoria de la ley penal".

Explica en la memorable exposición de motivos que la regulación que se propone se dirige a "evitar los males consiguientes a la facilidad exagerada e irreflexiva en conceder las gracias de esta clase".

Después de describir la estructura de la ley advierte que: "El indulto no debe concederse sino con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social. Por esto se prohíben en absoluto y se declara la nulidad de los que se concedan en términos generales y sin determinar la pena que se remite. Los indultos de este modo concedidos llevarán en sí mismos la prueba más incontrovertible de la ligereza o de la irreflexión con que habían sido otorgados" (F. J. 3º).

2.3.2. El indulto tiene todos los efectos de una sentencia ejecutoria

En el mismo voto de Garzón se lee esto:

"Por el indulto vuelve el delincuente a adquirir los siempre importantes derechos de que le había privado justamente la sentencia. Esta sola indicación es suficiente para demostrar cuán necesario es alejar hasta la sombra de la duda sobre los efectos que ha de producir la gracia que se otorgue. En

esta necesidad se halla el fundamento de lo prescrito en los arts. 6, 8, 13, 14, 15, 16 y 18 del proyecto.", y termina este punto afirmando que el indulto una vez concedido "debe tener toda la fuerza de una sentencia ejecutoria".

[...]

Pues bien, si todo esto es así, y los bienes jurídicos implicados en su concesión del indulto son los citados: garantía judicial, vida, honra y patrimonio de las personas, si el indulto es en unos casos una derogación de la ley penal, y, en otros, una especie de "contra-sentencia", si el procedimiento se destina a evitar la irreflexión adornándola de toda clase de garantías y limitando su concesión al Gobierno de la Nación, si todo esto es así, repito, me parece que es obligado concluir que se está en presencia de un acto que no conforma el despacho ordinario de asunto del gobierno.

Si, además, dicho acto es un acto del Rey en el artículo 56 i) de la Constitución, aunque sea un acto debido, me parece que es imposible su tratamiento como un acto de despacho ordinario" (F. J. 3º).

2.4. Naturaleza del acto del indulto (ii). Acto político que, como tal, no forma parte del haz de competencias de un Gobierno en funciones

2.4.1. El indulto es un típico acto político de gracia o perdón de la pena, no de justicia

Se dice en el voto particular de Puente Prieto:

"La razón de ser de que el indulto haya de ser incluido entre los actos políticos, y por ello, excluido de los que corresponden al mero despacho ordinario de asuntos, la encontramos en la propia calificación por la Ley de 18 de junio de 1870 del indulto como privilegio de la Corona en cuanto que supone el perdón -la gracia dice la Ley- de la pena; referencia ésta de tal importancia histórica que se utilizó incluso para denominar al departamento ministerial (Ministerio de Gracia y Justicia) al que correspondía su tramitación.

La excepcionalidad del indulto deriva de sus antecedentes históricos en cuanto en sus orígenes estaba reservado en el Derecho Romano a la máxima expresión del poder soberano constituido en la asamblea del pueblo (a través de la "provocatio ad populum") para pasar ya en la época del Imperio a ser facultad del Emperador ("indulgentia principis") y recuperarse luego, a través de la Monarquía absoluta y hasta nuestros días, como una prerrogativa de la Corona, que la Constitución vigente en su artículo 62.i define como "ejercicio del derecho de gracia".

[...]

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 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 que, desde luego, no aparece sujeto a norma administrativa alguna en su núcleo central, 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" (F. J. 4º).

En el mismo sentido, en el voto de Bandrés Sánchez-Cruzat se afirma:

"La subsunción de esta directiva orgánica-constitucional en el supuesto enjuiciado permite afirmar que el ejercicio del derecho de gracia, que constituye una función constitucional, derivada de su encuadre normativo en el artículo 62 i) de la Constitución, que se atribuye al Rey como Jefe del Estado, es, por naturaleza y en abstracto, una decisión inscribible en la categoría de "actos de especial relevancia y trascendencia política", cuyo designio es autorizar al Gobierno a interferir en la actuación del Poder Judicial y que por ello, debe desestimarse que pueda engarzarse en el concepto de "despacho ordinario de los asuntos públicos" a que alude el citado artículo 21.3 de la Ley 50/1997, del Gobierno, salvo que se acuerde por el Gobierno en funciones con base a justificados motivos de urgencia o cuando se acrediten razones de interés general.

En efecto, debe subrayarse el significado esencialmente político y el carácter excepcional del acto de ejercicio del derecho de gracia conforme a nuestra tradición jurídico-constitucional, objeto de regulación en la Ley provisional de 18 de junio de 1870, aprobada al amparo del artículo 73 de la Constitución, y en cuya Exposición de Motivos, se pronuncia contra el uso generalizado de esta prerrogativa que produciría "efectos de una derogación transitoria de la ley penal" y contra el uso irreflexivo o abusivo en la concesión de indultos particulares, de modo que la regulación responde, para respetar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, a una "necesidad fuertemente sentida por todos los hombres honrados, que exigen con perfecto derecho que la garantía judicial de su honra, de su vida y de su fortuna, no pierda su eficacia por una compasión indiscreta y ya intolerable"" (F. J. 2º).

Y en el voto de Garzón se insiste en la misma tesis:

"En mi opinión es obvio que este texto está exigiendo una interpretación restrictiva de las facultades del Gobierno en funciones porque la esencia de su misión es "facilitar el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes". En lo demás, todos los contenidos son restrictivos, las expresiones "limitará", "despacho ordinario" y "absteniéndose de adoptar" "cualquier "otra medida" obligan a entender que el legislador, queriendo o sin querer, ha regulado un Gobierno en funciones con potestades y facultades que en ningún caso pueden equipararse a las del Gobierno de la Nación, y ello pese a la excepción hecha para los casos de "urgencia", o "interés general", ambos debidamente acreditados" (F. J. 2º).

También el voto conjunto de Sieira, Robles y Lecumberri, con cita abundante de sentencias, y con referencia expresa a concesiones y denegación de indulto relativos a casos cuyo contenido político es tan llamativo que puede percibirlo hasta ese "Juan Español" desinteresado de la política y ayuno de saber jurídico:

"No cabe duda de que las concesiones o denegaciones de indultos pueden constituir junto con otras medidas y actuaciones, instrumentos de política criminal de los gobiernos. El propio art. 4.3 del Código Penal permite incluso a los Tribunales sentenciadores dirigirse al Gobierno de la Nación en solicitud de indulto, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley, resulte penada una acción u omisión, que a juicio del juez o

Tribunal no debiera serlo o cuando la pena sea notablemente excesiva en la prescripción legal, lo que permite en tales supuestos al Gobierno por la vía del indulto, resolver posibles divergencias apreciativas entre los Poderes Judicial y Legislativo.

En la reciente historia de nuestro país, determinadas concesiones y denegaciones de indulto han tenido claras repercusiones políticas, tanto en el ámbito de la lucha antiterrorista entre otras, como en relación a cuestiones de relevancia social, como fueron, a título de ejemplo, las referentes a delitos relativos a la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar. Del mismo modo en momentos históricos de permanente actualidad, determinadas denegaciones de indulto en el año 1.975, en relación a penas de muerte que no fueron conmutadas, comportaron problemas en el ámbito de las relaciones internacionales y conflictos diplomáticos con la Santa Sede y otros países.

El evidente contenido y relevancia política de la valoración para conceder o denegar un indulto en tales supuestos, que se recogen sin ánimo exhaustivo, deviene patente y manifiesto, y hace imposible entender que se trataba de actos de gestión ordinaria ya que además de la motivación política que los presidía constituyen la clara manifestación de una concreta dirección política en cuestiones referidas a temas tan esenciales como lo son la Seguridad del Estado o la defensa nacional" (F. J. 1º).

2.4.2. En cuanto acto político, el indulto está excluido del haz de competencias del Gobierno en funciones, el cual sólo tiene competencias administrativas, y aun éstas en lo necesario únicamente

Así se sostiene en el voto de Puente Prieto:

"Es necesario precisar por último que la exclusión del indulto, como auténtico acto político, de las facultades correspondientes al Gobierno en funciones no supone, sin más, considerar que todas las demás facultades relacionadas con auténticas actuaciones administrativas hayan de entenderse conferidas al Gobierno en funciones, puesto que claramente la Ley limita el objetivo último de toda su actuación en la exposición de motivos a la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno. Ello, y la limitación que supone el empleo del adjetivo "ordinario" que emplea la ley exigirá, en relación con los actos administrativos concretos, un examen caso por caso al objeto de precisar si, efectivamente, con el ejercicio de esas funciones administrativas, en cuanto excedan de ese objetivo, y de ese "despacho ordinario" se está condicionando, limitando o impidiendo el legítimo ejercicio de las mismas por el nuevo Gobierno salido de las urnas y que será el que, al gozar de la confianza del Parlamento, pueda ejercer con plenitud la facultades que constitucionalmente le corresponden" (F. J. 5º).

2.5. Lo que en este pleito se discute no es sólo si el "Gobierno en funciones" es competente para denegar el indulto sino, más ampliamente, si puede o no pronunciarse sobre una petición de indulto, tanto si el contenido de esta petición es positivo (otorgamiento) como negativo (denegación)

En el voto de Garzón se hace constar que:

"Sentada la conclusión precedente, quiero salir al paso de la afirmación tendente a distinguir la decisión de indultar según que el acto final sea denegatorio, o, de otorgamiento. Evidentemente que desde un punto de

vista finalístico el enjuiciamiento de una y otra decisión merecen distinto tratamiento. Pero el problema aquí planteado es de otra naturaleza. La cuestión a decidir es si el "Gobierno en funciones" es competente o no para decidir la solicitud de indulto y con independencia de su contenido, pues parece evidente que no puede afirmarse que es competente para su denegación y no lo es para la concesión.

Quizá late en la posición mayoritaria, a efectos de considerar que la Concesión de Indulto configura el "despacho ordinario" de asuntos, la realidad de la concesión o denegación, en masa, de indultos. El que esta gracia, pese a las cautelas del legislador, se haya convertido en un hecho ordinario y trivial, de uso inmoderado por parte de los sucesivos gobiernos y así viene siendo desde hace muchos años, no modifica la esencia del indulto, que trasciende la de un acto de despacho ordinario tanto por razones formales como materiales, según ya he razonado" (F. J. 3°).

3. Relación de esta sentencia con la de la Sección 6ª de 20 de septiembre del 2005: ¿La complementa o la contradice?

En el voto de Garzón se dice:

"Respecto a la hipotética contradicción entre esta sentencia y la dictada por la Sección Sexta el 20 de Septiembre de 2005, no ofrece dudas, para mí, tal contradicción. La afirmación que se hace en la sentencia de la que discrepo en el sentido de que lo que le está vedado al "Gobierno en funciones", es la decisión de asuntos que impliquen "nuevas orientaciones políticas" no me parece conciliable con la contenida en la sentencia de 20 de Septiembre de 2005, en la que se afirma que el despacho ordinario es 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."

Ciertamente, esta modificación de criterios, en sentencias tan cercanas en el tiempo, y de modo consciente, es preocupante, pero no es infrecuente, pues ya se hizo en la sentencia del Pleno de 20 de Septiembre de 2005 al modificar criterios previos y consolidados sobre la suspensión de las sanciones tributarias" (F. J. 4°).

VI. COMPARTO EL PARECER DE LA MINORÍA Y AÑADO UN PAR DE IDEAS CON PRETENSÓN DE PARADIGMA SUSTITUTORIO DEL QUE - DE FORMA MÁS O MENOS EXPLÍCITA- SE HA MANEJADO EN EL DEBATE

1. Un debate judicial de altura, prácticamente silenciado en la Sentencia, y que, afortunadamente, hemos podido conocer a través de los votos particulares

El número y calidad de los votos particulares discrepantes permite afirmar que el debate habido en el Pleno debió ser complejo; no en el sentido de que fuera difícil de entender sino en el de que debió poner a prueba el conocido buen hacer del Presidente para ordenar el curso del mismo, evitando que la reiteración de alguno de los argumentos empleados hiciera perder de vista los matices de cada una de las intervenciones.

Cabe presumir que algo de esto debió ocurrir con las extensas y pormenorizadas referencias que se hacen a la exposición de motivos de la Ley reguladora del ejercicio

de la Gracia de Indulto de 18 de junio de 1870, modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero, en tres de los votos particulares.

Cierto es que las exposiciones de motivos carecen de carácter normativo, en sentido verdadero y propio, pero su valor como elemento interpretativo parece innegable. Y así lo tiene dicho la jurisprudencia. Valga al respecto, lo que puede leerse en la STS de 21 de mayo de 1984, sala 1ª de lo civil (Ar. 2499):

"Aun cuando las exposiciones de motivos no pueden ser alegadas como tesis central de casación al amparo del artículo 1692 de la Ley Procesal, ya que no tienen valor de norma, constituyen siempre un elemento importante en orden a la interpretación de la Ley, al permitirnos conocer la *mens legislatoris* para poder llegar a la *ratio legis* -véanse SS. de 25 de febrero de 1943 (Ar. 140) y 14 de octubre de 1965 (Ar. 4441)-; además, a través de ellas se ofrecen al intérprete tanto doctrinario como jurisprudencial, los condicionamientos socioeconómicos, político-morales y técnico-jurídicos que motivaron la ley, contribuyendo a su mejor aplicación".

Siendo esto así sorprende que la sentencia se limite a citar esa Ley en el fundamento jurídico 10º -que he transcrito en el apartado 3. 3, letra C- y a razonar en ese fundamento y en el 11º -que he transcrito también en el mismo apartado-.

¿Es que acaso en el debate habido no se dijo nada de lo que se defiende en el voto particular que tuvo que redactar la magistrada inicialmente designada -Margarita Robles- y que ha redactado junto con otros dos magistrados de su sección -Sieira, Presidente de la misma y Lecumberri-, voto al que se adhieren otros dos magistrados -Peces Morate y Frías Ponce- de otra sección?

Porque -entre otras cosas- en ese extenso voto particular se dice esto:

"Para resolver lo que ha de entenderse por despacho ordinario nos parece esencial en primer lugar afirmar que no compartimos la tesis mayoritaria de que la función de dirección de la Administración es un instrumento al servicio de la dirección política y la defensa del Estado. Las tres funciones dirección de la política interior y exterior, dirección de la Administración y defensa del Estado son situadas en la Constitución como funciones del Gobierno sin subordinación de una a otra, por tanto es función del Gobierno tanto la dirección de la política interior y exterior como la dirección de la Administración y la defensa del Estado. Las tres son funciones esenciales e interrelacionadas entre sí, de tal manera que las dos primeras deben responder a la finalidad de defensa del Estado. El funcionamiento de la Administración, sin perjuicio de los principios de objetividad al servicio de los intereses generales y sometimiento a la Ley y al Derecho que proclama el artículo 103, ha de servir para la obtención de los objetivos establecidos por la política interior y exterior. La dirección política debe facilitar el cumplimiento por la Administración de los principios establecidos en el artículo 103 de la Constitución.

No creemos en consecuencia que pueda sostenerse que las funciones del Gobierno se concretan solo en 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".

Y en ese mismo voto particular -cuyos razonamientos podrán no compartirse, pero habiendo sido, como tuvieron que serlo evidentemente, planteados en el Pleno hay que desmontar- se puede leer también esto:

"De cuanto hasta aquí se ha dicho resulta:

Que según reiterada jurisprudencia de esta Sala la concesión o denegación del indulto, constituye una manifestación de la prerrogativa real de gracia. En la medida en que con la concesión de un indulto se puede interferir en el principio de división de poderes, se requiere una valoración por parte del Gobierno de circunstancias de diversa índole que permitan llegar a una resolución en relación a su concesión o denegación.

Que por tal razón resulta indiferente, a los efectos que aquí importan, que el indulto sea concedido o denegado, pues para llegar a la decisión final, el Gobierno debe hacer una valoración y ponderación de circunstancias diversas, siempre desde el prisma político que debe presidir la actuación del Gobierno.

Que hay una experiencia histórica suficientemente contrastada en el sentido de que las concesiones y también denegaciones de indulto, pueden ser utilizadas como instrumento de dirección política con consecuencias importantes tanto en el ámbito nacional, como incluso con proyección internacional. No es admisible otorgar o negar competencias a un Gobierno en funciones para valorar la conveniencia o inconveniencia de un indulto y pronunciarse finalmente sobre él, según que el solicitante del derecho de gracia fuera alguien con cualquier género de proyección pública o social o careciera de ella, o en función de la naturaleza o relevancia social del propio delito cometido.

Que aún cuando no es el único, la política relativa a la concesión o denegación de indultos puede ser utilizada como instrumento de política criminal de cualquier Gobierno, permitiendo el propio artículo 4.3 del Código Penal que el Gobierno pueda, al pronunciarse sobre la concesión o denegación de indulto, resolver sobre posibles divergencias entre el Poder legislativo y judicial, en relación a un determinado tipo penal.

Que aún cuando el art. 101 de la Constitución no fija limitaciones al Gobierno en funciones, el art. 21 de la Ley 50/97, no puede reputarse contrario a dicho precepto.

Que de la tramitación parlamentaria de dicha ley, esencial para la interpretación auténtica de la norma, de lo que expresamente se recoge en su Exposición de Motivos y del respeto al principio de lealtad constitucional, resulta que el objetivo último de la actuación de un Gobierno en funciones debe ser la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno sin paralizar la que resulte indispensable actuación administrativa.

Que el ejercicio del Derecho de Gracia es susceptible de control parlamentario .

Que el control jurisdiccional ha de limitarse a los aspectos reglados de carácter formal.

Que tanto la concesión como la denegación de indulto puede generar efectos irreparables.

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 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"

Bien está -no puede ser de otra manera- que la sentencia, antes de entrar en el análisis del tema de fondo, se haya dotado de los "pertrechos interpretativos que encontramos en la Constitución" (así se dice en el F. J. 9º) para examinar la Ley del Gobierno, pero lo que no podía la sentencia es hacer decir al artículo 101 lo que no dice.

Porque lo que dice el artículo 101 CE es esto:

"1. *El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales*, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.

2. *El Gobierno cesante continuará en funciones* hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno".

Y lo que dice la sentencia de la que estoy dando noticia en el F. J. 5º, párrafo segundo, es lo siguiente:

"Debemos empezar por esta última previsión porque nos sitúa ante una exigencia constitucional bien explícita: el Gobierno cesante debe seguir gobernando hasta que sea sustituido efectivamente por el nuevo. La Constitución es tajante, ordena al Gobierno que continúe ejerciendo sus funciones tras su cese y no excluye expresamente ninguna de entre las que quiere que sigan siendo ejercidas. Se comprende sin dificultad que España no puede quedarse sin Gobierno ni siquiera unas horas".

Y a renglón seguido hace dos puntualizaciones -y a éstas nada tengo que objetar-:

a) Que "la propia naturaleza de esta figura, cesante y transitoria, conlleva su falta de aptitud para ejercer la plenitud de las atribuciones gubernamentales".

b) Que, implícitamente, al no precisar restricción alguna y al no hacer remisión alguna a la ley, el artículo 101 CE nos está advirtiendo "sobre el sumo cuidado con el que ha de afrontarse la tarea de definir qué es lo que no puede hacer".

Pues bien, *lo que no dice la Constitución* es que el Gobierno (o Consejo de Ministros, que es lo mismo, aunque otra cosa parezca resultar de la Ley 50/1997)⁸ cesante debe seguir *gobernando* (que es gerundio de altanería) ni que la Constitución "ordena al Gobierno *que continúe ejerciendo sus funciones*".

Lo que la Constitución dice es que el Gobierno *continuará en funciones* hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.

Dos expresiones -*continuar funcionando* y *continuar en funciones*- semánticamente vecinas pero de diferente significado. Espero demostrarlo en lo que sigue.

2. Fundamento y naturaleza del Gobierno en funciones

2.1. El "por qué" (causa eficiente) y el "para qué" (causa final) de un "Gobierno en funciones"

8. Sobre este problema cfr. *Revista Jurídica de Navarra*, 24 (1997) 117-189, especialmente páginas 143-146 donde me ocupo del mismo, y cuyo análisis resultaría inoportuno -por razones evidentes- pues excedería de los límites de esta noticia jurisprudencial.

La exposición de motivos de la Ley 50/1997 del Gobierno [de España] pone especial énfasis en destacar que:

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

Recuérdese que el artículo 101 de la Constitución dice dos cosas: que "el Gobierno cesa tras la celebración de las elecciones" y que, en tanto se constituye y toma posesión el nuevo Gobierno, ese "Gobierno cesante continuará en funciones" hasta ese momento.

Pues bien, lo que viene a decirnos el párrafo que he transcrito de la exposición de motivos de la Ley 50/1997 es, en primer lugar, que esa "posición constitucional" que aquel artículo 101 atribuye al que esa ley llama "Gobierno en funciones" -y la regulación que también esa ley hace del mismo-, se apoya, *se basa*, descansa, en suma: tiene su fundamento germinal, su "por qué" en el principio de lealtad constitucional ("con base en...", ese principio, dice el texto transcrito); un principio del que se hace frecuente uso en los últimos años y con el que se quiere expresar la necesidad -consustancial a un sistema democrático- de que las fuerzas políticas actúen siempre con limpieza. El juego limpio, el *fair play* es también una exigencia constitucional de carácter general que, en el caso concreto de un Gobierno en funciones se traduce en que "el objetivo último de su actuación" -y, por tanto, su fundamento terminal, su causa final, su "para qué"- es *facilitar "el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo"*. Y por ello tiene también el deber de limitar "*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" (art. 21.3).

2.2. El problema de la naturaleza del Gobierno en funciones. Propuesta de un nuevo paradigma

2.2.1. *El Gobierno en funciones es un órgano -esto es: un centro de competencias- creado ad hoc utilizando una técnica análoga a la empleada por el art. 65 LRJAP-PAC para la conversión de los actos administrativos*

A primera vista podría pensarse que estamos ante una simple suplencia, es decir, ante la sustitución provisional de los futuros -innombrables también, porque no son conocidos y, en cualquier caso, no han sido designados todavía- titulares del nuevo Gobierno por los del Gobierno cesante. Pero, esta explicación no parece convincente porque lo que *prima facie* se aprecia es un verdadero órgano -el Gobierno en funciones- el cual ejercita durante un cierto tiempo -el que media entre la celebración de las elecciones y subsiguiente cese del Gobierno, y el momento de la formación y toma de posesión del nuevo Gobierno- unas competencias de mera gestión, ejercicio que, a su vez, viene impuesto por la situación de excepcionalidad que supone el que no haya sido todavía nombrado un nuevo Gobierno, cuyo número de miembros, por lo mismo, ni siquiera se conoce.

Por ello me parece que la unidad jurídica que más se aproxima -e incluso coincide- con la que estoy analizando es la *sustitución interorgánica* la cual se da siempre

9. Cfr. F. GONZÁLEZ NAVARRO, "Delegación, sustitución y avocación en la nueva legislación local", en la obra colectiva *Tratado de Derecho municipal* (dirigida por S. Muñoz Machado), ed. Civitas, tomo I, 1988, especialmente págs. 258-269.

que, por razones excepcionales previstas en el ordenamiento jurídico, un órgano ya existente o de creación *ad hoc* asume temporalmente la totalidad o parte de las competencias de otro órgano distinto⁹.

Y es que el Gobierno en funciones no es, ni puede ser, el Gobierno saliente, puesto que éste ha cesado ya. El Gobierno en funciones es un órgano colegiado *ad hoc*, compuesto por las mismas personas que integraban el ya extinguido Gobierno saliente, que sólo puede ejercer normalmente las puras funciones de gestión que sean indispensables para que el país siga funcionando, a más de aquellas otras encaminadas a facilitar el traspaso de poderes. Y la prueba de que es un órgano distinto, un órgano *ad hoc*, es que se le prohíbe tanto a este órgano, como tal, como a su presidente ejercer determinadas funciones que son propias del Gobierno y de su presidente, y se le atribuyen otras nuevas, que no tenía, ni podía tener: preparar y llevar a cabo "un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo".

No ignoro que en las exposiciones al uso la explicación teórica que se utiliza es la de la *prorogatio* -vocablo latino que, con doble erre, ha pasado a ser *prorrogación* en español-. Es ése un modelo o paradigma que, al parecer se toma de la doctrina italiana, acriticamente aceptado por la mayoría de los constitucionalistas, pero que no comparto. Y no sólo porque el paradigma que propongo permite ver las cosas de otra manera y obviar muchas de las dificultades que plantea la *prorogatio*, sino porque me parece más concorde con la realidad.

Por eso debo añadir a lo que vengo sosteniendo desde el año 1997 -y con ello doy un paso más en la comprensión del fenómeno- que estamos ante una unidad jurídica que *mutatis mutandis* es análoga, aunque no idéntica a la conversión de los actos administrativos que regula el artículo 65 LRJAP-PAC, que dice esto:

"Art. 65. *Conversión de actos viciados*. Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste".

El mecanismo de esta conversión de un acto viciado en un acto distinto es el siguiente¹⁰:

- Presupuesto: un acto nulo o anulable.
- Requisito *sine qua non*: concurrencia de los elementos de un acto administrativo distinto.
- Resultado: perfección de un nuevo y diferente acto administrativo.

Pues bien, *mutatis mutandis*, cambiando lo que sea necesario cambiar, en el caso de un Gobierno cesante que pasa a convertirse en un Gobierno en funciones estamos, precisamente, ante esto, ante una unidad orgánica que se llama *conversión*.

Cuando estudié¹¹ el artículo 65, hice notar que el principio de la conservación del acto administrativo -que es el que suele invocarse para explicar la unidad jurídica de la conversión- resulta insuficiente para tal finalidad, siendo el principio (o regla) de la economía jurídica el que ofrece una explicación más satisfactoria.

Ocurre, en efecto, que la conversión es sólo esto: *conservación* -no de un acto-, sino *de los restos* de un acto anterior que ha muerto para hacer con ellos otro acto nuevo... cuando ello es posible. Y escribía yo entonces:

10. De la conversión del acto administrativo me he ocupado en mi *Derecho administrativo español*, tomo III, *El acto y el procedimiento administrativo*, ed. Eunsa, Pamplona 1997, págs. 484-488.

11. En el trabajo citado en la nota 9, y también en el que cito ahora en el apartado 2 de este trabajo mío.

"En definitiva: la operación de conversión del acto administrativo, si a algo se parece es a la *construcción de una balsa con los restos del barco* que ha naufragado. Se comprenderá, por ello, que no hay conservación del acto, del mismo modo que en el ejemplo que acabo de citar no hay conservación del barco naufragado. Como tampoco es correcto hablar, como a veces se hace, de salvación del acto. Y el mismo ejemplo nos lo hace ver claro. Con la balsa se salvan -o lo intentan- los naufragos: nunca el barco".

Trasladémonos ahora del mundo de los actos al de la organización administrativa, y se verá que la situación es semejante: un órgano el Gobierno que cesa y que es sustituido por un órgano *ad hoc*, el Gobierno en funciones que se integra, por múltiples razones -economía de medios personales y reales- por quienes formaban parte del anterior Gobierno.

No poca sorpresa puede -quizá- causar la lectura de estos decires míos. Incluso adivino alguna sonrisa displicente, reveladora de escepticismo, cuando no de rechazo total a este paradigma sustitutorio que estoy proponiendo.

Pero, no menos sorprendido quedará ese crítico lector -y por crítico, verdadero lector- cuando "con estos pertrechos interpretativos" -por decirlo con las palabras que emplea la sentencia comentada (F. J. 9º), lea este párrafo de la misma sentencia (F. J. 8º) donde se dice esto:

"... porque el *cese* ha interrumpido la relación de confianza que le habilita para ejercer tal dirección y *le ha convertido en un órgano cuya composición debe variar* necesariamente en el curso de un proceso constitucionalmente regulado de una duración necesariamente limitada en el tiempo, del que surgirá una nueva relación de confianza y un nuevo Gobierno".

Léase este párrafo despaciosamente, tráiganse a la vista, si necesario fuera, los preceptos constitucionales y legales que sustentan ese texto y se comprobará que, explícita o implícitamente, está diciendo lo que ahora se verá.

2.2.2. *Digresión necesaria sobre las consecuencias del cese del Gobierno*

El cese del Gobierno, cualesquiera que sea su causa¹², origina las siguientes consecuencias:

- Interrumpe la relación de confianza que le liga con el Parlamento (artículos 99.3 y 100), inhabilitándole para la dirección de la política de España (art. 98.2, en relación con el 97, ambos de la Constitución).

- Provoca la *conversión de aquél* -el anterior Gobierno que, como tal, ha dejado de existir- y *al que la Constitución llama* -porque lo es- "*Gobierno cesante*" (art. 101.2) en un órgano distinto -pues diferentes son sus competencias, por más que sean idénticos sus medios personales y materiales y al que la Ley del Gobierno llama "*Gobierno en funciones*" (rúbrica de su título IV, y art. 21).

Este "Gobierno cesante" ("Gobierno en funciones" en la terminología de la Ley del Gobierno) *empieza a actuar al día siguiente de la celebración de las elecciones*¹³, y "*continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno*" (art. 101.2 CE).

12. Celebración de elecciones generales, pérdida de la confianza parlamentaria y dimisión o fallecimiento del Presidente (art. 101 CE). No hay cese del Gobierno en caso de incapacidad del Presidente (supuesto no contemplado en la Constitución), pues le sustituye el Vicepresidente.

13. Según la opinión mayoritaria en la doctrina el comienzo del cese se inicia al día siguiente de la celebración de las elecciones y no en el día de la proclamación oficial por la Junta Central Electoral del resultado de las mismas.

- Queda así abierto un proceso -dice, y dice bien, el párrafo de la sentencia que estoy analizando- constitucionalmente regulado, y de duración necesariamente limitada en el tiempo (arts. 99 y 100 CE), para, en su caso, otorgar la confianza al candidato a la Presidencia propuesto por el Rey, después de consultar a los representantes de los Grupos políticos con representación parlamentaria (art. 99 CE).

Los trámites de este *proceso político*¹⁴ no está precisados en la ley. Y es bueno que así sea. Guillén López, en ese trabajo suyo que reiteradamente vengo citando aquí, editado en 2002 -recuérdese-, o sea, cinco años antes de la vigente Ley del Gobierno, aporta estos datos que me parece importante reproducir:

"El legislador ha tenido en cuenta el sinsentido de establecer cauces estrictos de comunicación entre Gobierno cesante e *in pectore*, esto es, la inverosimilitud de regular este aspecto que depende para su eficacia precisamente de su informalidad. A través de qué modo se lleven a cabo los contactos, de forma oral o escrita, al más alto nivel o por medio de interlocutores de menor relevancia, es algo que excede de la norma, que abriga sólo un interés: que la actividad del órgano en funciones no vaya más allá de la que le corresponde a un órgano no representativo. Considerando en toda su valía esta "dejación" de la ley por los aspectos formales, se puede resaltar que en la práctica el traspaso de poderes ha seguido una pautas procedimentales pactadas por los actores intervinientes entre las que destacan las siguientes: en primer lugar, de la coordinación de las operaciones se han ocupado dos comisiones, una del Gobierno en funciones (en la última ocasión en que el Gobierno cambió de signo presidida por el ministro de la Presidencia) y otra del Gobierno entrante (cuyo titular en la misma coyuntura fue D. Francisco Álvarez Cascos). En cada ministerio se encargó, además, a una comisión que llevara a cabo la gestión en su departamento, considerando la especial relevancia del traspaso en ministerios tales como Economía, Justicia, Interior, Defensa y Asuntos Exteriores. Una práctica especialmente importante tras las elecciones de marzo de 1996 fue la impulsada por orden expresa del Presidente del Gobierno en funciones de informar de cualquier decisión que se tomara al titular de la comisión designada por el partido político con más posibilidades de gobernar" (pág. 76).

Este proceso terminará, normalmente, con el otorgamiento de la confianza al candidato por el Congreso y la subsiguiente toma de posesión del Presidente y posterior nombramiento por el Rey de los restantes miembros del Gobierno a propuesta de su Presidente (art. 100).

Puede ocurrir, no obstante, que, transcurrido el plazo de dos meses, a contar de la primera votación de investidura, ningún candidato haya obtenido la confianza del Congreso, en cuyo caso el Rey disolverá ambas Cámaras con el refrendo del Presidente del Congreso (art. 99, 4 y 5).

2.2.3. De cómo el paradigma de la conversión orgánica, que propongo, hace inteligible un mecanismo que el paradigma de la prorrogación no alcanza a explicar

14. Hace años que -haciendo mía la tesis de Ballbé- vengo sosteniendo que el proceso - puede ser, y en ocasiones debe ser- instrumento para el ejercicio de cualquier función pública: judicial, legislativa, administrativa y política. Lo cual no me impide reconocer que el instrumento, al que por antonomasia, se denomina proceso, es el que sirve de instrumento para el buen ejercicio de la función judicial. De todo esto me he ocupado con extensión en múltiples ocasiones; la más reciente los *Comentarios a la LRJAP-PAC (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, de los que somos autores -con reparto individualizado de los diversos artículos- J. GONZÁLEZ PÉREZ y yo, 3ª ed., Thomson-Civitas, tomo I, 2003, pp. 41-71.

Pues bien, precisadas -porque me era necesario hacerlo- las consecuencias derivadas del cese del Gobierno, debo retomar la argumentación -truncada por esta digresión- sobre la naturaleza del llamado Gobierno en funciones y también Gobierno cesante.

No estamos ante un mero cambio de nombre, sino ante la *transformación de un órgano -esto es, de un centro de competencias- en otro órgano distinto*. Los medios personales y materiales del Gobierno anterior (que, como tal órgano, ha muerto por haberse visto privado de ese elemento vital que lo sustenta y vivifica, que es la confianza parlamentaria), se aprovechan para crear un órgano *ad hoc*, con nuevas y distintas competencias y con las de pura administración del órgano anterior e incluso otras de mayor porte de ese órgano extinguido, en algunos casos. Y como quiera que los elementos personales y reales del nuevo órgano son los mismos del precedente y, en cambio, sus funciones difieren en aspectos muy importantes, estamos ante un supuesto de *conversión orgánica*.

Por adelantarme a posibles objeciones no voy a dar excesivo valor al hecho -innegable en cualquier caso- de que la sentencia que vengo comentando ha dicho que, en virtud del cese, el Gobierno *se ha convertido* en un Gobierno en funciones. Podría tratarse de un mero giro estilístico.

Pues bien, si así fuera -esto es: aunque los redactores de la sentencia que ha dado pie a este comentario no hubieran querido decir lo que entiendo que ha dicho-, habrían hablado con absoluta precisión. Porque lo que hay es eso: la aparición de un órgano cuya función principal, verdaderamente distintiva, la verdaderamente importante e identificadora, cumplida la cual se extingue, es la de "*facilitar* [sic] el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo" (art. 21.3, inciso primero).

Esta es su función distintiva, el fundamento terminal -"objetivo último", dice la exposición de motivos de la Ley 50/1997-, causa final, el "para qué" de su existencia. Y nótese que no estoy diciendo -y tampoco lo dice la ley- que el Gobierno en funciones transfiera sus potestades al nuevo Gobierno. Lo que el Gobierno en funciones tiene que hacer, aquello para lo que se crea, es facilitar ese traspaso, el cual tiene lugar cuando el Congreso otorga la confianza al candidato, con la posterior toma de posesión del Presidente y nombramiento por el Rey, a propuesta del Presidente, de los restantes miembros del Gobierno (art. 100 CE).

Y porque las cosas son como estoy diciendo es por lo que las funciones del Gobierno en funciones no son las de gobernar en sentido verdadero y propio, sino que:

- "limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos" (art. 21.3, inciso segundo), y

- deberá abstenerse "de adoptar cualesquiera otras medidas" con dos únicas excepciones: "los casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general" (art. 21.3, inciso tercero) que -por lo mismo- deberá justificar y explicitar adecuadamente (pues de lo contrario no habría razones sino -todo lo más- "razonadas sin razones").

Y como esto es así -y no puede ser de otra manera- Juan Cruz Alli Aranguren - que posee un saber experimental del problema, pues ha sido Presidente de la Comunidad Foral de Navarra, y también un saber teórico, por ser Profesor titular de Derecho administrativo en la Universidad Pública de Navarra- en un trabajo de recientísima publicación (acaba de ponerse a la venta, en este mes de diciembre, la obra colectiva que lo contiene, y que he citado más arriba), comentando la regulación de esta materia en ese Antiguo Reino, que es análoga a la estatal, concluye diciendo:

"Por tanto su labor [la del Presidente] se limita a las representativas y de dirección de la gestión gubernamental de los recursos ordinarios, sin tomar

decisiones que, aunque no estén prohibidas por el artículo 28.2, supongan unos compromisos impropios de la temporalidad del ejercicio de sus funciones y de la situación de transición a otro mandato" (pág. 193).

3. Algunos principios o reglas doctrinales que avalan la opinión de la minoría sobre la necesidad de interpretar con un criterio restrictivo, la expresión "despacho ordinario de asuntos públicos"

Un argumento que utiliza la sentencia del Pleno para apoyar su tesis de que no debe postularse -y, mucho menos, aceptarse- una interpretación restrictiva es el de que "la interinidad que produce el cese del Gobierno puede extenderse a lo largo de varias semanas e, incluso, de varios meses si procediera a la disolución de las Cortes Generales prevista en el artículo 95.5 CE" [F. J. 6º, transcrito en el apartado 4. 3. A, b)].

El argumento no es nuevo, como lo prueba el hecho de que ya había sido rebatido por la doctrina. Enrique Guillén López, en su premiada monografía que es de 2002, había salido ya al paso de este argumento con estos otros tres de signo inverso y, para mí, perfectamente convincentes:

- Ciertamente es que "cuanto más tiempo dure la situación de prórroga, mayor será la necesidad de satisfacer el interés general y, en consecuencia, más importante el cometido del Gobierno cesante" y, consiguientemente, de que deba actuar con prudencia. Pero, a este innegable aserto, que es de Revenga, autor de otra monografía sobre el Gobierno en funciones, añade Guillén esta correlativa puntualización: "*A más tiempo, mayor ceñimiento a la noción más estrecha¹⁵ de despacho ordinario*". Y añade -como puede verse, abundando en la restrictiva o limitadora: "Habida cuenta que la dilatación en el proceso de formación del nuevo Gobierno implica graves dificultades para alcanzar un mínimo consenso entre las diversas fuerzas políticas debe ser algo más que un criterio de prudencia el que el Gobierno que actúe lo haga llevado por el cumplimiento de los actos unánimemente imprescindibles"¹⁶.

- En la misma línea de interpretación restrictiva, Satrústegui, haciéndose eco de la doctrina italiana, ha defendido la aplicación de un *criterio general de autocontención del órgano excepcional* [o sea: del Gobierno en funciones], diciendo que¹⁷:

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

- Con origen en el derecho administrativo francés, y asumido luego por un sector de la doctrina italiana, Guillén López trae a colación este tercer criterio, principio o regla: el de *continuidad de la actividad pública necesaria*. He aquí sus palabras¹⁸:

"El despacho ordinario parte de la indefectibilidad de la labor de Administración en su sentido más tradicional (como conjunto de medios humanos y técnicos al servicio de un fin previamente fijado) en nuestro Estado social contemporáneo, un Estado que para la salvaguarda exclusiva del interés general tiene reservadas constitucionalmente amplias esferas de actividad que debe ejercer sin solución de continuidad. El marco contextual en el que

15. Leo y escribo "estrecha" donde el texto del autor dice "expresa". Puede tratarse de una errata. En el improbable caso de que no lo fuera, yo mantendría la corrección, que es lo que se deduce de lo que añade a continuación y reproduzco inmediatamente en el texto de este trabajo mío.

16. E. GUILLÉN LÓPEZ, *El cese del Gobierno y el Gobierno en funciones...*, cit, pág. 87.

17. Tomo la cita de GUILLÉN LÓPEZ p. 87 de su monografía.

18. *Ibidem*, pág. 82.

nos encontramos es el de un Gobierno que después de cesado tiene que actuar de modo que no se resienta la eficacia en el cumplimiento de aquellas funciones que dan sentido al Estado. La gestión del despacho ordinario de los asuntos públicos aparece entonces, como una manifestación del principio de "continuidad de la actividad pública necesaria", un principio acuñado en el Derecho administrativo francés, con el objetivo de reducir el ámbito competencial del órgano al fin señalado".

4. Una última referencia al problema de la naturaleza jurídica del indulto

Como la sentencia parte de la convicción de que los actos que exceden de los de "despacho ordinario" son únicamente los que son "idóneos para trazar la dirección política", su conclusión denegatoria del indulto es coherente. Pero, añade luego esto que deja traslucir que el debate habido había conseguido, al menos, hacer que un resquemor de duda anidase incluso en quienes integraban la mayoría. La prueba es que se consideró necesario añadir que "puede responder [¿su denegación? ¿su concesión? ¿una y otra decisión, según los casos?] a una determinada política criminal, la seguida por el que lo dicta, pero no tiene la *entidad* [sic] de los actos de *orientación* [sic] política".

Y consciente de lo oscuro del argumento, y como antes había dicho que para aplicar la doctrina que establece es necesario examinar caso por caso, añade que "si desde estas consideraciones generales pasamos a las consecuencias del acuerdo impugnado, forzoso [sic] es concluir que a través de él no se produjo ninguna directriz política que condicionara, comprometiera o impidiera las que pudiese tomar el nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales del 14 de marzo del 2004". Santo y bueno. Pero, como ese análisis del caso concreto no aparece realizado en la sentencia, al final resulta, que la única razón que se nos da es la de que como la sala sentenciadora se había opuesto al indulto solicitado, y en la aquí comentada el indulto se deniega, no se ha alterado la sentencia condenatoria.

Pues bien, como tengo la impresión de que el problema -más tarde o más temprano- tendrá que ser replanteado, voy a añadir dos opiniones doctrinales sobre la naturaleza del indulto.

En el trabajo de José Morán Del Casero -escrito, no se olvide, en 1967- que he citado en la nota 2, se puede leer lo siguiente¹⁹:

"La posibilidad de impugnar un acto de indulto en vía de recurso debe considerarse excluida. No tenemos noticia de que en España se haya producido recurso alguno en esta materia. En Francia suelen citarse algunos intentos. El *arrêt Gugel*, de 30 de junio de 1993, tiene los antecedentes siguientes: el soldado Gugel, por vía de hecho contra un oficial fue condenado a muerte, pero el Presidente de la República le indultó, conmutándole la pena en la de 20 años de reclusión; el agraviado interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto de indulto, y el *Conseil d'Etat*, sin ser demasiado explícito declaró la inadmisibilidad del recurso, que la doctrina interpretó en el sentido de que el indulto debe ser considerado como un acto de gobierno. Apartándose de tal motivación el *arrêt Gombert*, de 28 de marzo de 1947, declaró la inadmisibilidad de otro recurso semejante, fundándose en que tales actos "se refieren a la ejecución de penas impuestas por órganos del orden jurisdiccional". Esta tesis ha sido criticada por la doctrina

19. José MORÁN DEL CASERO, "Los procedimientos de gracia en el Ministerio de Justicia", cit., págs. 204-205 por nota.

que continúa sentenciando el carácter de acto político del Gobierno que el indulto tiene".

Guillén López, en esa monografía suya que aquí he citado varias veces, dedica un apartado a analizar el que llama ámbito material del despacho ordinario (págs. 82-107). Distingue siete grupos de funciones del Gobierno ex artículo 97 CE, las cuales, a su vez, pueden separarse en dos grandes grupos: las de dirección política (interior, exterior, administración civil, administración y defensa del Estado) y la función ejecutiva (en general y reglamentaria).

Entre aquéllos y éstas sitúa las funciones que se encuentran a caballo [*sic*] entre la dirección política y la función ejecutiva. Y como ejemplo de este grupo intermedio se refiere específicamente al indulto.

Para el autor (y por las razones que apunta, entre ellas la trascendencia de la concesión de esta medida de gracia que supone la extinción irrevocable de la responsabilidad penal o, al menos, de su consecuencia más importante: la pena): "el indulto debe aparecer como una de las medidas afectadas por el cese del Gobierno", debiendo, en consecuencia, poner "en cuarentena" esta función durante el tiempo en que el Gobierno esté en funciones".

Importa reproducir las palabras con las que termina la referencia -breve, pero clara- que dedica al indulto. Porque lo que dice es esto:

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

Si es cierto el dato estadístico al que vagamente se refiere de la "no ralentización" que cita -y que yo no he considerado necesario comprobar, dada la índole de este trabajo mío, mera noticia de una sentencia polémica- no sería la primera vez que un Gobierno en funciones se ha pronunciado sobre una petición de indulto -siquiera sea en sentido desestimatorio-. La del caso aquí analizado: pérdida de las elecciones del 14 de marzo del 2004: ciento cuarenta y nueve peticiones de indulto denegó ese Gobierno en funciones.

La sentencia que aquí estoy analizando -aunque sólo fuera por eso- merecía ser dada a conocer. Y la duda que me asalta es ésta: ¿mantendrá en el futuro el Tribunal Supremo la doctrina -discutible y discutida- que en esta sentencia ha sentado?

VII. FINAL

1. Las posiciones defendidas ante el Pleno han sido tres

El análisis de los votos particulares que he hecho en el apartado 5 de este comentario permite conocer que a lo largo del debate fueron tres las posturas que se defendieron en el Pleno en relación con este asunto:

a) La sostenida por el magistrado y catedrático de Derecho constitucional Espín Templado, en ese voto suyo que llama concurrente, aunque en realidad es doblemente discrepante, porque ni comparte la posición de la minoría, ni tampoco la de la mayoría, por más que, habiendo rechazado el Pleno su propuesta de que se planteara cuestión de inconstitucionalidad, acabó adhiriéndose al parecer de la mayoría.

A juicio del citado magistrado, la regulación del Gobierno cesante se contiene en el artículo 101 CE, sin que ni en ese artículo, ni en ningún otro precepto constitucional

se contemple ninguna limitación expresa de sus facultades, por lo que la Ley 50/1997 que las establece es de dudosa constitucionalidad.

b) La posición de la minoría discrepante (frontalmente discrepante tendríamos que decir, para diferenciarla de esa otra que se califica de concurrente) se contiene en cuatro votos particulares individuales que, citados por el orden en que aparecen unidos a la sentencia son éstos: tres votos individuales que, respectivamente, firman los magistrados Puente, Bandrés y Garzón; un cuarto voto que es el de la magistrada Robles que inicialmente fue designada ponente y que, al ver rechazada su propuesta por la mayoría de magistrados integrantes del Pleno de la Sala, solicitó ser sustituida por otro magistrado, como así ocurrió; conjuntamente con ella firman dos de sus compañeros en la sección 6ª, a la que ella está adscrita, y que son: el magistrado Sieira, Presidente de la sección (que, por serlo, aparece firmando el primero) y el magistrado Lecumberri; a ese voto conjunto se adhirieron también dos magistrados de otra Sección: Peces Morate y Frías Ponce.

Según el parecer de estos ocho magistrados un Gobierno en funciones, precisamente porque sus componentes han dejado de ser miembros de un Gobierno puesto que no existe ya Gobierno en el sentido estricto con que ese significante se maneja en los artículos 97-100 de la Constitución; -y que esto es así y no puede ser de otra manera se demuestra con el argumento irrefutable de que no cuentan ya con la ineludible habilitación que es inherente a la confianza que, en su día, le otorgó el Congreso- no puede pronunciarse sobre la procedencia de denegar u otorgar indultos, potestad de carácter fronterizo, a caballo entre la función ejecutiva y la de dirección política.

c) La posición de la doctrina mayoritaria se resume en estas afirmaciones:

- Exceden del despacho ordinario los actos del Gobierno en funciones que impliquen dirección de la política interior o exterior o que condicionen, comprometan o impidan la que puede establecer el nuevo Gobierno.

-Sólo caso por caso puede apreciarse qué actos del Gobierno en funciones reúnen esas características y, por tanto, exceden del despacho ordinario. [Esta solución casuística que proclama la sentencia en dos ocasiones por lo menos (F. J. 8º, inciso final, y F. J. 9º, inciso final), y que es también la que se recoge en el resumen del contenido doctrinal de la sentencia que figura en la carátula, aparece luego modulada en el sentido de que en caso de duda hay que inclinarse por la tesis favorable a la posibilidad de que el Gobierno en funciones pueda resolver una solicitud de indulto].

2. El paradigma de la “conversión” jurídica hace todavía más nítida la corrección de la postura que sostiene la minoría discrepante, y la robustece

Un paradigma es una teoría de teorías, una teoría matriz (capaz de engendrar nuevas teorías, por tanto), en definitiva "un nuevo modo de ver las cosas que, por lo mismo, permite verlas de distinta manera", permitiendo extraer de los hechos, iluminados así por una luz nueva, conclusiones que son nuevas también.

Y, por eso, mientras el paradigma de la *prorrogación* (en latín, *prorogatio*) parece que tiende a favorecer una interpretación extensiva del sintagma "despacho ordinario", el paradigma de la *conversión* que aquí propongo -paradigma matriz que permite descubrir el que se describe como "principio de la continuidad pública necesaria" y el "principio de a mayor tiempo [de duración de la interinidad] mayor ceñimiento a la noción estricta de "despacho ordinario"- reclama, en cambio, una interpretación restringida de esa expresión.