

Gobierno y administración

por el Académico de Número

Excmo. Sr. D. FERNANDO GARRIDO FALLA (*)

I. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

1. *Los preceptos constitucionales*

La Constitución dedica al tratamiento del Gobierno, y de la Administración una serie de preceptos de entre los que deben subrayarse los siguientes: art. 97 y art. 103,1. Dicen así:

Art. 97.—«El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes».

Art. 103,1.—«La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

De la comparación entre estos dos preceptos se desprenden una serie de ideas que se examinan a continuación.

(*) Sesión del 28 de noviembre de 1989.

2. *El poder ejecutivo*

Frrente al principio de «unidad de poder y coordinación de funciones» proclamado enfáticamente en el Art. 2,II de la derogada Ley Orgánica del Estado, es obvio que nuestra Constitución se basa en el principio de separación de poderes. Paradójicamente, sin embargo, los clásicos tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) ni se enumeran, ni siquiera —con la excepción del judicial— se nombran con tal terminología. Lo único que se nos dice en este Art. 97 es que el Gobierno «ejerce la potestad ejecutiva». ¿Quiere decir entonces que es el Poder ejecutivo? La contestación a esta pregunta requiere dos precisiones: en primer lugar, hay que valorar lo que la afirmación supone a la vista de nuestros anteriores textos constitucionales; en segundo lugar, hay que determinar si hay algo doctrinalmente ya admitido y, sin embargo, no incorporado por la Constitución.

Describiendo el proceso histórico de la separación de poderes, hemos afirmado en otra ocasión que «así como los Poderes legislativo y judicial se forman con las competencias que se han ido arrancando de manos del antiguo monarca absoluto, en cambio, el Poder ejecutivo es justamente lo que queda en manos de aquel monarca una vez realizadas las antedichas sustracciones». «Se deduce de aquí —continuábamos diciendo— el carácter residuario del Poder ejecutivo, que debe ser muy tenido en cuenta para comprender el tipo de funciones que le corresponden».

La evolución constitucional española demuestra cumplidamente cuanto se acaba de decir. La Constitución de 1812 significa, aparte de atribuir a las Cortes (con el Rey) «la potestad de hacer las Leyes» (Art. 15) y a los Tribunales la de «aplicar las Leyes en las causas civiles y criminales» (art. 142), la fundamental identificación del Rey con el Poder ejecutivo, como se desprende de los Arts. 16 y 170:

«La potestad de hacer ejecutar las Leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las Leyes».

Significativamente, la Constitución de 1869 afirmaba —empleando ya la clásica terminología— que

«El Poder ejecutivo reside en el Rey, que lo ejerce por medio de sus Ministros».

Y la Constitución de 1876 vuelve a repetir, en su Art. 50, la fórmula de la de 1812.

Hasta aquí, pues, la identificación «Poder ejecutivo-Rey» está en la base de la organización estatal; y está también la creencia de que el ejecutivo sigue siendo el «poder nuclear» o residuario, por lo que se explica el texto del Art. 172 de

la Constitución de 1812, que enumera las 12 «restricciones de la autoridad del Rey», que son correlativas garantías de los derechos ciudadanos. Y se explica, asimismo, que ningún precepto constitucional se refiera al Gobierno y sus competencias, pues, en definitiva, éste no es sino el *instrumento* a través del cual el Rey ejerce sus atribuciones es decir, la misma concepción que inspiró el Art. 13 de la Ley Orgánica del Estado:

«El Jefe del Estado dirige la gobernación del Reino *por medio* del Consejo de Ministros».

El cambio se produce con la Constitución Republicana de 1931, que configura al Presidente de la República como Jefe de Estado (art. 67) —es decir, por encima, teóricamente, de los distintos Poderes, pero prácticamente sin el Poder ejecutivo— y al Gobierno como algo diferente (art. 86: «El Presidente del Consejo y los Ministros constituyen el Gobierno»), al que realmente compete (aunque sin utilizarse la expresión) el Poder ejecutivo (artículo 90). Esta situación se confirma curiosamente —no obstante la vuelta a la forma monárquica— con la Constitución actual; pues ahora el Rey resulta absolutamente desprovisto de Poder ejecutivo y éste se confía en bloque al Gobierno en virtud del Art. 97 que comentamos,

3. *Gobierno y Administración: la potestad reglamentaria*

Si quisiésemos extraer una conclusión del razonamiento anterior, sería básicamente la siguiente: la progresiva despersonalización del Poder, que significa el constitucionalismo decimonónico, ha conducido a la configuración de un Jefe del Estado (Rey o Presidente de la República) desprovisto de Poderes ejecutivos (especialmente en las Monarquías constitucionales; pues el caso de las Repúblicas presidencialistas es diferente) y a la identificación del Gobierno con el Poder ejecutivo. El esquema a desarrollar sería el siguiente: 1) El Gobierno como *instrumento* del Poder ejecutivo del Monarca; 2) El Gobierno «independiente» del Monarca, se vale como *instrumento* de la Administración; 3) En fin, la Administración se «independiza» del Gobierno.

Empero, para que esta última afirmación sea cierta resulta necesario matizar qué papel juega la Administración en nuestro Ordenamiento constitucional. Con independencia de que nos remitamos desde ahora a lo que diremos sobre el Art. 103, debemos dejar establecidas ciertas conclusiones que se desprenden de la simple comparación de ambos preceptos (Arts. 97 y 103) y cuya rica problemática no pueden desdeñarse.

a) La primera conclusión sería la de que Gobierno y Administración son dos conceptos diferentes, como se desprende del simple hecho de que la Constitución emplee dos términos también diferentes. Desde un punto de vista subjetivo u orgánico, esta impresión se confirma si tenemos en cuenta que el Art. 98

establece la composición del Gobierno, y por su parte, el artículo 103,2 remite a la Ley la composición de los órganos de la Administración.

Esto choca, por de pronto, con la legislación anteriormente vigente. Como es sabido, el Art. 2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, no derogada *in toto*, hace una enumeración de «los órganos supremos de la Administración del Estado» que comienza nada menos que con el Jefe del Estado y continúa con el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas, el Presidente del Gobierno y los Ministros. Es obvio que esto ha quedado derogado, cuando menos por cuanto se refiere al Jefe del Estado, pero ¿y en cuanto al resto del precepto?, ¿acaso el Gobierno —y por tanto, sus componentes— no constituyen cabalmente el vértice de la pirámide administrativa?

b) Una segunda conclusión sería, que el Gobierno dirige y que, por tanto, la Administración obedece. O sea —y vista ahora la cuestión desde una perspectiva objetiva, de la naturaleza de la función— que el Gobierno desarrolla una actividad política o principal y la Administración una actividad administrativa o subordinada.

Sin embargo, ¿acaso no es cierto que el Gobierno produce también actos administrativos? Hay toda una serie de expedientes administrativos que se elevan para su resolución al Consejo de Ministros (es decir, al Gobierno) y que están obviamente sometidos a revisión de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; luego si esto es así —es decir, si el Gobierno administra—, ¿cómo negar que, desde el punto de vista objetivo, sea Administración? Según la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para que exista un acto político o de gobierno exento de fiscalización, ha de darse un doble requisito; subjetivamente, ha de emanar del Consejo de Ministros o Gobierno, y además, objetivamente, ha de tratarse de actos políticos por su naturaleza, «cómo son los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar» (art. 2,b).

Por otra parte, la terminología al uso no reserva en exclusiva el vocablo «política» a la actuación del Gobierno, ya que frecuentemente se habla de la política fiscal del Ministerio de Hacienda o de la política de precios agrícolas del Ministerio de Agricultura.

c) En tercer lugar, observemos que, según el Art. 97, el Gobierno «ejerce la función ejecutiva», lo cual parece postular la paralela afirmación de que el Gobierno es el Poder ejecutivo. Ahora bien, ¿sólo el Gobierno?, porque entonces, ¿qué es lo que la Administración hace al actuar y servir a los intereses generales?; ¿no es ésta una actividad de ejecución? Y si ejecuta la Ley con potestad suficiente para ello, ¿no será porque es también Poder ejecutivo?

d) Una nueva afirmación del Art. 97: el Gobierno ejerce la potestad reglamentaria.

En segundo lugar, y también, en relación con esto, una serie de necesarias aclaraciones. Por lo pronto, que no es ésta la única actividad normativa del Gobierno; pues la Constitución le habilita asimismo para dictar Decretos legislativos (art. 85) en uso de delegación conferida por las Cortes Generales (art. 82), y

también para legislar provisionalmente en forma de Decretos-leyes (artículo 86). ¿Se quiere decir con esto que no existe la potestad reglamentaria de la Administración? Esta sería la conclusión obvia de una interpretación constitucional que condujese a la rigurosa y tajante distinción entre Gobierno y Administración, pero ya estamos viendo las dificultades que se oponen a una tal interpretación. Por el contrario, lo que parece pertinente deducir es que la potestad reglamentaria es una potestad administrativa cuyo uso está reservado cabalmente al órgano supremo de la Administración, es decir, al Gobierno, que ejerce función administrativa, tanto cuando dicta actos administrativos singulares, como cuando dicta reglamentos.

II. LA ADMINISTRACIÓN COMO INSTITUCIÓN

1. *La institución administrativa*

La historia constitucional, es pues, en definitiva, la historia de la despersonalización del poder; el Monarca absoluto pasa a ser Rey constitucional y se identifica inicialmente con el Poder ejecutivo en un sistema de separación de poderes; posteriormente, el Poder ejecutivo se aloja en el Gobierno y el Monarca se convierte en árbitro o moderador de poderes... sin ningún poder especial en sus manos. En fin, el último paso en el proceso de racionalización del poder lo constituye la separación entre Gobierno y Administración. Es ésta la tesis que pretendemos probar, frente a la concepción de la Administración como «aparato» del Gobierno. Obviamente, cada una tiene sus riesgos: la una puede conducir al «burocratismo», la otra, a la politización de la función pública.

Y de nuevo hemos de conectar con lo que dijimos anteriormente, cuando llegamos a la paradójica conclusión de que, por una parte, la Administración está subordinada al Gobierno (artículo 97), pero, por otra, aparece como algo (tanto subjetiva como objetivamente) independiente de él, que actúa con fuerza propia, directamente subordinada a la Ley y al Derecho (artículo 103). Quizá la explicación de esta aparente paradoja se encuentre en el carácter institucional de la Administración Pública, en el sentido que el institucionalismo tiene en el Derecho Público a partir de M. Hauriou.

Ahora bien, ¿qué es una institución? Por supuesto, una institución no es una persona jurídica. El Ejército no es una persona jurídica en nuestro Ordenamiento positivo, pero es una institución. El Ministerio del Ejército no lo es; tampoco tiene personalidad jurídica propia; es un órgano dentro de la persona jurídica estatal. La Magistratura es una institución y tampoco tiene personalidad jurídica, ni la Magistratura, ni el Poder judicial, que es la denominación que tiene en la Constitución española. La Universidad es una institución, pero además es una persona jurídica, pues la personalidad se la concede el Ordenamiento jurídico vigente. ¿Cuáles son entonces las notas que definirían la institución? A mi juicio, fundamentalmente las siguientes:

a) Por lo pronto, que la institución realiza en su actuación una apropiación de los fines que persigue.

Cuando se habla de la Administración como «instrumento», se está negando entonces su concepción institucional. La Administración como «aparato» significa que la Administración es instrumental con respecto a la actuación política y, consiguientemente, la Administración es medial en cuanto al conseguimiento de estos fines. Cuando una Administración, en cambio, asume como propios los fines que persigue, entonces estamos precisamente institucionalizando la Administración, concibiéndola como institución.

Como el propio Art. 103.1 de la Constitución se desprende, esos fines son «los intereses generales». La delicada operación de detraerlos del más abstracto conjunto de los fines del Estado (¿el bien común?) y atribuirlos como propios a la Administración es, en definitiva, *institucionalización*.

b) La segunda nota es que la institución actúa con una fuerza propia para alcanzar sus fines.

La Administración actúa, en efecto, con una fuerza propia para alcanzar esos fines; con una fuerza, si se quiere rutinaria, que la hace funcionar mediante un movimiento de inercia con el que se consigue nada menos que lo siguiente: superar las crisis políticas de Gobierno. El dato de cómo las crisis de Gobierno en los países evolucionados no paralizan la marcha de la Administración y el funcionamiento de los servicios públicos, constituye la prueba definitiva de una Administración institucionalizada. Advirtamos, sin embargo, que ni en Física ni en Política, se ha inventado el movimiento continuo: si el Gobierno desaparece definitivamente, una de dos: o la Administración también se para, o su burocracia (civil o militar) se hace cargo del Gobierno.

c) En fin, una tercera nota sería la siguiente: la institución se rige por reglas propias de comportamiento, que es cosa distinta a decir que la institución (o concretamente la Administración pública en cuanto institución) está sometida a Derecho.

Por el hecho de ser institución tiene sus propias reglas de conductas; es predecible lo que va a pasar. Conociendo bien una institución, son previsibles sus reacciones a la vista de un hecho concreto. Lo que puede ocurrir en el Ejército por ejemplo, cuando un militar profesional tiene un cierto comportamiento, o la reacción de la Universidad ante la conducta de un profesor (cada vez menos predecible, puesto que la Universidad como el Ejército, sufre cabalmente un proceso de desinstitucionalización) son ejemplos de lo dicho. ¿Qué eran los Tribunales de Honor, sino exactamente una prueba definitiva de que cada institución tiene unas reglas propias de comportamiento? Lo que ocurre es que, a veces, las normas autonómicas de la institución chocan con el orden jurídico (heterónimo) impuesto por el Estado. Y cuando esto ocurre, prevalece obviamente el Derecho estatal. He aquí la explicación del art. 26 de la Constitución, prohibiendo los Tribunales de honor.

Hay, pues, un efecto positivo de la institucionalización de la Administración,

su capacidad de funcionamiento cuando el Gobierno falta, a pesar de que teóricamente es el Gobierno el que la dirige.

Pero, en contra, se produce una segunda consecuencia más discutible: que el principio de subordinación, consagrado en el art. 97 de la Constitución, puede cuartearse. Lo cual nos reconduce al problema de la tensión entre el Poder político y el Poder administrativo o burocrático. Quien conozca el funcionamiento de la Administración pública habrá podido percibir hasta donde puede llegar esta tensión; una tensión que, en teoría, debe resolverse obviamente a favor del Gobierno, porque el Poder político es el que está legitimado políticamente, mientras que el Poder administrativo es algo que genera la Administración por el hecho de ser una institución.

2. *El precio de la neutralidad política de la Administración y de la neutralidad administrativa del Gobierno: la «eficacia indiferente».*

El tema es no solamente importante, sino que, a mi juicio constituye la clave de las relaciones entre el Gobierno y la Administración: ¿Se puede admitir la primacía de la actividad política que significa el ejercicio del gobierno y, al mismo tiempo, defender la conveniencia de que sea una institución la Administración pública?

Al enfrentarme con este tema, he contestado en otras ocasiones de la siguiente forma: hay que garantizar la neutralidad política de la Administración, pero, al mismo tiempo, hay que garantizar también la neutralidad administrativa del Gobierno.

La neutralidad política de la Administración, desde luego, ha preocupado a los redactores de la Constitución. En el Art. 103,1 se dice que la Administración pública «sirve con objetividad los intereses generales». No es una frase que haya aparecido casualmente al redactar el precepto; está puesta con toda intención. Y si no fuese así, podría afirmarse que los redactores tuvieron un momento de inspiración ajeno a su propia reflexión y que acertaron, porque ahí está la clave de la neutralidad política que a la Administración se exige, lo cual se completa en el párrafo tercero cuando se dice que la Ley, al regular el Estatuto de los funcionarios públicos, establecerá el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. Objetividad, término que se emplea en el párrafo primero del Art. 103; imparcialidad, en el párrafo 3 del propio artículo, demuestran la preocupación por garantizar lo que hemos llamado «neutralidad política de la Administración».

¿Y la neutralidad administrativa del Gobierno? Parece que ha preocupado menos a los redactores de la Constitución, pero también está contemplada en el propio Art. 103,3 cuando se dice que la Ley regulará el Estatuto de los funcionarios públicos; pues desde el momento en que se está apuntando a una función pública profesionalizada —aunque no se emplee la palabra, se desprende de este precepto— se está, evidentemente, garantizando este principio. Basta con subrayar que la neutralidad política de la Administración determina en ésta

una forma típica de actuar en cuanto institución, a la que en otra ocasión he llamado «la eficacia indiferente».

Esta es, naturalmente, una terminología convencional con la que, ante todo, debe aludirse al «talante» que la Administración, como institución, y los funcionarios, como titulares de los órganos administrativos, deben tener en el ejercicio de sus funciones para la consecución de sus fines. Este talante debe ser un talante de eficacia, como el precepto constitucional exige, en el siguiente sentido: que el funcionario ha de ser eficaz (el principio de eficacia lo consagra el art. 103,1) en su gestión, abstracción hecha del partido político en el poder. Cuando el gobernante sabe que los funcionarios que tiene inmediatamente a sus órdenes actúan para conseguir el buen funcionamiento del servicio público, ajenos a cualquier idea de satisfacer los programas políticos del partido que él representa o, al contrario, de sabotearlos, entonces es cuando el funcionario justifica su condición de funcionario profesional inamovible. Cuando el Gobierno laborista inglés subió al poder en 1945 y se encontró con una *administrative class* procedente de las Universidades más conservadoras del país, la gran interrogante era la respuesta de estos funcionarios a una política innovadora, que no era la tradicional política del país en muchos campos (por ejemplo, en materia de nacionalizaciones). Efectivamente, la *administrative class* salió absolutamente fortalecida de la prueba: la Administración burocrática inglesa demostró ser exactamente esto, una institución que actuaba con eficacia indiferente.

En fin, añadamos que una función pública profesional únicamente es posible consagrando el principio —como el Art. 103,3 hace— de que el acceso a la función pública se realizará de acuerdo con el «mérito y capacidad» de los aspirantes; un procedimiento cuya verificación va íntimamente ligada en nuestra tradición administrativa al sistema de oposiciones (que tan curiosa como incomprensiblemente fué recientemente objeto de los más pintorescos ataques). La evolución de una Administración joven, como la de los Estados Unidos de América, desde el *spoil system* al *merit system*, resume la diferencia que media entre una burocracia politizada y una Administración institucionalizada.