

El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español.

The judicial review of the Government policy decisions in the Spanish Law.

Benjamin Marcheco Acuña¹

Fecha de Presentación: junio 2015. Fecha de Publicación: septiembre 2015.

Resumen.

Una de las principales polémicas que desde hace décadas ha envuelto a la doctrina, a la jurisprudencia y a los propios legisladores, ha sido la del control jurisdiccional de los actos de naturaleza «política» emanados del Gobierno; cuyos argumentos centrales giran por un lado, alrededor de la necesidad de asegurar la independencia del Ejecutivo en tanto centro de acción política del Estado y, por el otro, la de garantizar el sometimiento de todas las actuaciones del poder público al Derecho, sin ninguna clase de excepción. Este trabajo se propone abordar una revisión de las ideas doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema en el contexto español, con el objetivo de, a partir de hacer un análisis de la concepción del actual Estado de Derecho, avanzar en la superación del concepto de acto político en tanto categoría autónoma que predica la subsistencia de actuaciones del Poder ejecutivo exentas del adecuado control judicial.

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana), Master en Derecho Constitucional (Universidad Internacional Menéndez Pelayo- Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), Master en Especialización en Investigación en Derecho (Universidad de Zaragoza), Master en Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad de La Habana), Licenciado en Derecho (Universidad de Oriente). Docente a Tiempo Completo, Universidad Nacional de Chimborazo, Ecuador. benjamarcheco@gmail.com

Abstract.

One of the main controversies that for decades has wrapped the doctrine, jurisprudence and legislators themselves, has been the judicial review of policy decisions; whose central arguments they revolve on the one hand, about the need to ensure the independence of Executive policymaking, regarding its position as polity head, and on the other, the duty of holding the government legal accountability by the jurisdictional review of all public decision, without any exception. This paper considers a review of the doctrinal and jurisprudential ideas concerning this topic in the Spanish context, in order to progress in overcoming the concept of policy decision as an autonomous category who preaches the keeping of some kind of public action free of jurisdictional review.

Sumario

INTRODUCCIÓN

- I. EL ORIGEN FRANCÉS DEL «ACTO POLÍTICO O ACTO DE GOBIERNO».
- II. LA RECEPCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN ESPAÑA DE LA DOCTRINA DEL ACTO DE GOBIERNO Y SU FORMULACIÓN DURANTE EL PERÍODO 1888-1956.
- III. EL ACTO DE GOBIERNO TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA LJCA DE 1956.
- IV. EL ACTO DE GOBIERNO EN EL ACTUAL MARCO CONSTITUCIONAL. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL GOBIERNO Y SU INCIDENCIA EN LA CONFIGURACIÓN DE LA CATEGORÍA DE LOS ACTOS POLÍTICOS.
- V. LA INFLUENCIA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL EN EL RÉGIMEN DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO.
- VI. LA CONFIGURACIÓN DEL ACTO DE GOBIERNO A PARTIR DE 1998.
- VII. HACIA UN AMPLIO CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO.

Palabras clave

Acto político, gobierno, control jurisdiccional, jurisdicción administrativa, justicia constitucional.

Keywords

Policy decision; government, judicial review, administrative justice, constitutional justice.

INTRODUCCIÓN

Es un hecho hoy indiscutido que la vigencia del Estado constitucional de Derecho tiene como premisa la sujeción todos los poderes públicos directamente a la Constitución y a todo el ordenamiento que ella consagra. Sujeción que significa, «la actuación dentro de los límites de las competencias específicas que a cada uno de ellos le señala la Constitución frente a las competencias atribuidas a los demás órganos constitucionales».²

En la actualidad los sistemas constitucionales han configurado, en sus respectivos textos, una estructura de control destinada a hacer efectivos los postulados del Estado constitucional de Derecho. Dentro de esta estructura, el control jurisdiccional actúa como una última garantía de cierre del sistema, en tanto está destinado a comprobar que la acción de los poderes públicos se ejerza conforme a la Constitución y el ordenamiento entero, y a corregir los posibles excesos.

El control jurisdiccional del ejercicio del poder –y en particularmente en el ámbito de la actividad política– ha sido uno de los más arduos problemas que se ha planteado la doctrina iuspublicista de todos los tiempos. El debate en torno a la conveniencia o no de que pueda someterse a un examen «jurídico» actuaciones de naturaleza «política», es un conflicto que se ha hecho ya duradero en el campo del derecho constitucional y el derecho administrativo desde hace casi dos siglos, y que hasta hoy no ha perdido un ápice de vigencia.

Dos son los elementos esenciales que centran cualquier análisis sobre el tema. Por un lado, la clara posición constitucional Ejecutivo como el centro de la acción política del Estado, y por otro, las exigencias (también constitucionales) de control del poder público, que determina la intervención de una jurisdicción vinculada exclusivamente al Derecho, independiente por tanto, de cualquier actividad de naturaleza política.

² García Pelayo, M. «Estado legal y Estado constitucional de Derecho» en VV. AA. *El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate*, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1986, p. 31

El problema de los actos de gobierno se manifiesta, por tanto, desde dos vertientes; la política, en tanto se trata del control del ejercicio del poder y su control y la jurídica, en tanto se trata de construir ese control mediante técnicas y procedimientos jurídicos y hacer que consista, en definitiva, en el enjuiciamiento por los tribunales. Se sitúa, por tanto, en una zona fronteriza entre lo político y lo jurídico, dos campos cuya delimitación «no puede trazarse con claridad lineal como si se tratara de los límites fronterizos de un mapa».³ Esta característica le hace tener una incidencia directa en el equilibrio institucional de los poderes, por lo que la importancia del debate sobre la categoría es fácilmente apreciable si se piensa en sus repercusiones sobre el concepto mismo de Estado de Derecho.

El control de la actividad política es, al mismo tiempo, un tema común de distintas disciplinas jurídicas, toda vez que se refiere a una actividad del Gobierno que normalmente se estudia desde el derecho político y constitucional, pero al mismo tiempo a un control del poder público por órganos jurisdiccionales ordinarios, cuyo contenido también corresponde al derecho administrativo.

Considerando las anteriores perspectivas, se propone este trabajo abordar una revisión de las ideas doctrinales y jurisprudenciales sobre el control jurisdiccional del acto político en el contexto español, con el objetivo de, a partir de hacer un análisis de la concepción del actual Estado de Derecho, avanzar en la superación del concepto de acto político en tanto categoría autónoma que predica la subsistencia de actuaciones del Poder ejecutivo exentas del adecuado control judicial.

I.- EL ORIGEN FRANCÉS DEL «ACTO POLÍTICO O ACTO DE GOBIERNO»

La noción de acto político o acto de gobierno, es una creación de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y se refiere a un tipo o conjunto de actos realizados por el Poder Ejecutivo que por su naturaleza no se sometían al control de la jurisdicción contenciosa administrativa.

El origen histórico de esta categoría, según la formulación de Duez y que mayoritariamente ha seguido la doctrina, coincide con la época que siguió a la caída del imperio napoleónico y la restauración borbónica en la que el Consejo de Estado, ante los temores de su desaparición, comienza a autolimitar sus competencias jurisdiccionales, restringiéndolas muchas veces en

³ Tomás y Valiente, F. A orillas del Estado, Taurus, Madrid, 1996, p. 62.

favor de los tribunales ordinarios y rechazando el conocimiento de aquellas controversias derivadas de las cuestiones políticas dejándolas a la disponibilidad de la Administración activa.

Según sostiene Duez, tras el retorno de los Borbones el Consejo de Estado comienza a ser fuertemente atacado, de un lado por los liberales, debido a su origen napoleónico⁴; por otro, los ultra monárquicos, que igualmente lo condenan por haber consolidado la situación de los adquirentes de bienes nacionales. Sus atribuciones contenciosas son particularmente las más cuestionadas. Ante este panorama, el Conseil d'État decide espontáneamente limitar su ámbito competencial, disminuyendo considerablemente por un lado en beneficio de los tribunales ordinarios las consecuencias del principio de separación entre las autoridades administrativas y judiciales y por otro, haciendo aparecer la categoría de acto de gobierno, una doble restricción a su competencia, inspirada por su única preocupación política de parecer modesto para permanecer y durar.⁵

La evolución del concepto elaborado por la jurisprudencia francesa, ha pasado por tres concepciones distintas. La primera se refiere a la teoría del móvil político, reconocida explícitamente por primera vez en el arrêt Lafitte, de 1 de mayo de 1822.⁶ En su pronunciamiento, el Conseil d'État sostuvo que:

⁴ Como se conoce, el Consejo de Estado fue creado por inspiración de Napoléon Bonaparte, mediante el artículo 52 de la Constitución del 22 frimario del año VIII (15 diciembre 1799), sustituyendo así al antiguo Consejo del Rey y al sistema creado por las constituciones de 1791 y 1795, que reservaba el control de la legalidad de la actuación administrativa a la propia administración activa. El precepto establecía que: «sous la direction des Consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rediger les projets de lois et les règlements d'administration publique et résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative». Es decir que el Consejo de Estado serviría como órgano de consulta del Ejecutivo, además se encargaría de preparar los proyectos de decisiones que debía tomar el Jefe de Estado y conocería además de los asuntos contencioso- administrativos, aunque la decisión última correspondería al jefe del Ejecutivo. Este sistema de justicia retenida permanecería hasta el año 1872, en que se le reconoce al Consejo de Estado el pleno carácter jurisdiccional.

⁵ Duez, P. Les actes de gouvernement, Ed. Sirey, París, 1935, pp. 30-31.

⁶ Napoleón había concedido a su hermana Paulina Borghese una renta de 670.000 francos, la que posteriormente fue adquirida por el banquero Laffitte. Mediante Ley de 12 de mayo de 1826 se privó a la familia Bonaparte de todos los bienes que hubiese adquirido a título gratuito, entre ellos la citada renta de la princesa Borghese. Laffitte impugnó ante el Consejo de Estado la negativa del Ministerio de las Finanzas de abonarle las cuotas de las rentas vencidas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley. El Consejo de Estado rechazó el recurso evitando entrar en el fondo del mismo, con el argumento de que la reclamación versaba sobre cuestiones políticas que atañían exclusivamente al gobierno. C.E., 1er mai 1822, Laffitte . Roche, G. y Lebon F. Recueil General des arrêts du Conseil d'État. (Rec. Roche- Lebon) Imprimerie et Librairie Administratives de Paul Dupont, Paris, 1840. Tome 3. pp. 202-203

«Los actos llamados “de alta política” son actos de gobierno, que no son susceptibles de ser discutidos vía contenciosa. Esta es la teoría de del móvil político».⁷

Muy simple era el fundamento de esta doctrina, según la cual, independientemente del contenido material del acto, este devendría en acto de gobierno y consecuentemente excluido de revisión jurisdiccional si el fin que movía a los gobernantes a su adopción tenía carácter político.

El arrêt Laffite constituyó el inicio de una construcción jurisprudencial por la que el Consejo de Estado declinaba el conocimiento de los asuntos ligados a los problemas políticos surgidos a partir de la caída de la dinastía napoleónica; jurisprudencia que luego consolidará en ulteriores decisiones sobre otros asuntos de índole política, que sirvieron de fundamento a las primeras interpretaciones dogmáticas sobre el acto de gobierno.⁸

Con la caída del Imperio y el advenimiento de la III República en 1870 se produce un giro en la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la concepción del acto de gobierno. En opinión de Carro y Fernández- Valmayor, las nuevas instituciones y el régimen liberal definitivamente implantado, el desarrollo del espíritu de legalidad, la disminución de la fuerza gubernamental a la caída del régimen imperial, la aparición del sistema de la justicia delegada, fueron factores que provocaron el cambio de orientación hacia el abandono en sede jurisprudencial y doctrinal de la teoría del móvil y la afirmación de una nueva: la llamada teoría de la naturaleza del acto.⁹

⁷ «Les actes dits “de haute politique” sont des actes de gouvernement, qui ne sont pas susceptibles d’être discutés par la voie contentieuse. C’est la théorie du mobile politique». C.E., 1er mai 1822, Laffite Rec. Roche- Lebon. pp. 202-203.

⁸ Al arrêt Laffite, siguieron otros como los ocho relacionados con la Famille Napoleon Bonaparte, de 5 diciembre de 1838, en que los se reafirmaba que «el Consejo de Estado no puede resolver los asuntos que se refieren ya sea a tratados y convenios diplomáticos, sea a actos de gobiernos de que tengan un carácter esencialmente políticos» (Rec. Roche- Lebon, T. VII, 1846, pp. 229- 233), fundamento que retoma en el asunto de los herederos de Napoleón Bonaparte (C.E., 22 agosto, 1839. Rec. Lebon, 1839, p. 459) y de forma similar en el arrêt Prince Louis Napoleon (C.E., 22 de agosto de 1844, Rec. Lebon, 1844, p. 508) y en el famille Orleans, C.E., 18 de junio de 1852, Rec. Lebon, 1852, p. 252). La concepción del acto político se expande posteriormente hacia otro tipo de asuntos ligados al propio momento político, aunque de naturaleza distinta, como las medidas de censura y secuestro de publicaciones de índole política orden interior (arrêt Duc d’Aumale et Michel Lévy, C.E., 9 de mayo de 1867. Rec. Lebon, 1867, p. 472) y las medidas de excepción relativas a la seguridad interior del Estado (C.E, 5 de enero de 1855, Boulé, Rec. Lebon, 1855, p. 18; C.E., 10 de enero de 1856, Deautreville, Rec. Lebon, 1856, p. 29).

⁹ Carro y Fernández- Valmayor, J.L. «La teoría del acto político», Revista de Administración Pública, No. 53, 1967, p. 78

El arrêt Prince Napoléon 19 de febrero de 1875¹⁰ inaugura esta nueva línea jurisprudencial que supuso el abandono de la teoría del móvil político para definir al acto de gobierno. Con él, ya no serían las razones políticas por las que se hubiese dictado el acto las que impedirían al juez administrativo pronunciarse sobre su legalidad.¹¹ En su lugar, precisa Bonnard, se enarboló la teoría de la diferenciación de fondo entre la función de gobernar y administrar: Gobernar era garantizar, mediante actos de principio, la marcha de los servicios públicos y la seguridad interior y exterior. Administrar era asegurar la aplicación diaria de las leyes y el funcionamiento ordinario de los servicios públicos.¹²

Para el propio autor, la vaguedad de estas determinaciones y el hecho de que se hace descansar sobre conceptos jurídicos indeterminados, ha movido a la jurisprudencia francesa a abandonar la idea de ofrecer una definición general del acto de gobierno y optar por una concepción empírica, evaluando caso por caso, quedando en manos del Consejo de Estado decidir, sobre la base de razones de oportunidad y según el objeto a que estaba destinado, cuando se estaba en presencia de un acto de gobierno.¹³ En el derecho francés hoy la concepción del acto de gobierno tiene apenas carácter residual e incluye dos categorías: los que resultan de las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo y los relativos a las relaciones internacionales.¹⁴

¹⁰ El Príncipe Napoléon-Joseph Bonaparte fue nombrado en el grado de general por su primo el emperador Napoleón III. Tras la caída del II Imperio, el gobierno republicano elimina al príncipe de la lista de oficiales generales. El ministro de la Guerra justificó la decisión alegando que el nombramiento «se relaciona con las condiciones específicas de un régimen político desaparecido y que necesariamente pasa por la caducidad». El Príncipe requiere al Consejo de Estado que anule la decisión, porque habría violado los derechos que se derivan de la decisión del Emperador por la que lo nombró general. El Consejo de Estado es competente para pronunciarse sobre la legalidad del acto por el cual el gobierno había retirado al príncipe Napoleón el rango general. Sin embargo, desestimó la petición del príncipe basado en el artículo 6 del senadoconsulto de 7 de noviembre de 1852, que establecía que gratificaciones otorgadas por el Emperador a los miembros de su familia eran revocables. Conseil d'État. Présentation de los grandes fallos. <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/19-fevrier-1875-prince-napoleon.html>. Acceso, 26 enero 2013.

¹¹ Conseil d'État. Présentation de los grandes fallos. <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/19-fevrier-1875-prince-napoleon.html>. Acceso, 26 enero 2013.

¹² Bonnard, R. Précis de Droit Administratif. Recueil Sirey, Paris, 1935 pp. 199-202

¹³ Bonnard, R. Ibidem.

¹⁴ Conseil d'État. Présentation de los grandes fallos. <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/19-fevrier-1875-prince-napoleon.html>. Acceso, 26 enero 2013.

II.- LA RECEPCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN ESPAÑA DE LA DOCTRINA DEL ACTO DE GOBIERNO Y SU FORMULACIÓN DURANTE EL PERÍODO 1888- 1956.

El reconocimiento legal del acto de gobierno aparece en España con la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa de 13 de septiembre de 1888 (Ley Santamaría de Paredes), que definía el contenido de lo contencioso mediante la técnica de cláusula general con determinadas excepciones, entre las que se encontraban «las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan, o de la materia sobre que versen, se refieran a la potestad discrecional» (art. 4.1). El artículo 4.4 Reglamento de la Ley, de 29 de diciembre de 1890, vendría a declarar expresamente que «pertenecen señaladamente a la potestad discrecional» y por lo tanto sustraídas de la jurisdicción contenciosa,

«Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre la que versen, pertenezcan al orden político o de gobierno....»

La mención expresa a los actos del «orden político o de gobierno» que se hiciera en el Reglamento, fue la concreción legal de un concepto que ya había estado desde antes en el pensamiento del legislador – manifestado en los debates parlamentarios y en los proyectos que precedieron a la ley de 1888-¹⁵ y que había sido incorporado por la jurisprudencia¹⁶ en virtud de la interpretación y aplicación del art. 4 de la Ley.

Así, se declaraba que:

«se hallan fuera de la competencia de los tribunales contencioso- administrativos, las resoluciones que se refieren a la potestad discrecional de la Administración, a la cual pertenecen todas las que en sí contengan no a un acto de administración, sino de gobierno a cuyo orden corresponden las determinaciones sobre las competencias de la Administración activa»¹⁷

«los tribunales contencioso- administrativos no pueden conocer de los actos de gobierno propios de la potestad discrecional, según terminantemente prescribe el art.

¹⁵ En el art. 24 del proyecto de Ley jurisdiccional de 26 de enero de 1881 y en el art. 16 del proyecto Sagasta de 22 de julio de 1886. Cfr: Garrido Cuenca, N. El acto de Gobierno, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, pp. 310-311.

¹⁶ La función jurisdiccional en materia contencioso administrativa fue atribuida al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo (de nueva creación) que formaba parte del Consejo de Estado convertido en Sala de Justicia, y a los tribunales provinciales.

¹⁷ Auto de 16-11-1889. Gaceta de Madrid- 12/10/1890, en los mismos términos SSTS 1-10, de diciembre de 1889 Gaceta de Madrid 27-11-1891.

4.1 de la Ley de 13 de septiembre de 1888, siendo por tanto, procedente, la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción»¹⁸

Es de notar que, en esta primera jurisprudencia, aparece un atisbo de conceptualización del acto de gobierno mediante la distinción entre función administrativa y de gobierno. Para el tribunal, el acto de gobierno constituía una manifestación la potestad discrecional de la Administración, pero era distinto del acto «de administración», también discrecional. Es decir, acto administrativo y acto de gobierno eran conceptos distintos y separados, expresión de dos funciones también diferenciables – la mera administración y el gobierno –, aunque estas se manifestasen a través del mismo poder discrecional.

Tanto la ley como el reglamento sufrieron importantes reformas mediante la ley de 22 de junio de 1894, pero la referencia al acto de gobierno como actividad excluida de la jurisdicción, permaneció inalterable.

Con posterioridad a 1894 y hasta 1956 se produjeron otros cambios legislativos importantes que afectaron el régimen jurídico del acto de gobierno configurado en la legislación anterior –que continuó vigente –, pero que en ningún caso cambiaron su esencia, como acto discrecional no fiscalizable en sede judicial.

En 1944, la Ley de la Jefatura del Estado restaura, con algunas modificaciones,¹⁹ el sistema contencioso- administrativo de la Ley de Santamaría de Paredes, suspendido al culminar la guerra civil en 1939. En su artículo segundo dispuso que

«quedan excluidas, como pertenecientes al orden político o de gobierno las resoluciones que la Administración dictare en aplicación y ejecución de las leyes y disposiciones referentes a depuración, responsabilidades políticas, desbloqueo, prensa y propaganda y abastecimientos.»

¹⁸ Para una referencia a la abundante jurisprudencia en este sentido, cfr. Garrido Cuenca, N. El acto de Gobierno, ob. cit., p. 317.

¹⁹ Se restableció ante el Tribunal Supremo el recurso contencioso administrativo contra las disposiciones de la Administración Central en las que concurrían los requisitos del art. 1 de la ley de 22 de junio de 1894, se excluyeron las resoluciones relativas al régimen de personal, excepto las que implicaran separación del cuerpo o de servicio que no fueran por depuración o responsabilidad política, se creó una Sala Cuarta de lo Contencioso Administrativo que compartiría la jurisdicción en esta materia con la Sala Tercera, creada en virtud de la Ley Orgánica del Consejo de Estado (Ley Maura) de 5 de abril de 1904 y estableció una nueva composición para dichas Salas (BOE. No. 83, 23 de marzo de 1944).

El texto de este precepto no significó una formulación legal del concepto de acto político o de gobierno ni su reducción a las materias que taxativamente enumeraba, por el contrario, las normas de 1894 continuaban plenamente vigentes y esta nueva regulación, según entendió la propia jurisprudencia, lo que hace es

«completar la puntualización de las mismas con la mención de las materias relacionadas con la depuración, responsabilidades políticas, desbloqueo, prensa y propaganda y abastecimientos; y es claro que la circunstancia de figurar en la enumeración asuntos que pudieran ser dudosos conceptuar desde luego como de orden económico o monetario, junto con las restantes, lo que patentiza es que, sin eliminar del concepto de acto político los que tradicionalmente se estimaban como tales, lo único que se ha efectuado es una adición legal que en ningún modo puede juzgarse limitativa, sino ampliación de lo ya vigente» (STS 21 de mayo de 1952. Ar. 949)

El principal rasgo distintivo de esta nueva regulación respecto de la anterior, es que aquí la exclusión no se refiere a unos actos de determinada naturaleza sino –como afirma Garrido Cuenca- a un auténtico bloque de materias que lleva implícita una ampliación del propio concepto de orden público, donde encontrará perfecta cabida la sanción de las conductas políticas disidentes con el régimen franquista.²⁰

El decreto de 8 de febrero de 1952, aprueba el texto refundido de las leyes de 1894 y 1944, en cuyo artículo 4 se disponía la exclusión de la jurisdicción contencioso- administrativa de

«las resoluciones que la Administración dictare en ejecución y aplicación de las leyes y disposiciones referentes a la depuración, responsabilidades políticas, desbloqueo, abastecimientos, prensa y propaganda, radiodifusión, cinematografía y teatro».

Resalta como novedoso en esta formulación, la eliminación del concepto de «orden político o de gobierno» como criterio para la exclusión de las materias que menciona. Simplemente se enumera el bloque de materias que se sustraen al control jurisdiccional sin intentar vincularlas al concepto de acto político, aunque es evidente que esta idea es la que subyace en el precepto y así lo reflejó la posterior jurisprudencia.

²⁰ Garrido Cuenca, N. El acto de Gobierno, ob. cit., p. 321.

III.- EL ACTO DE GOBIERNO TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA LJCA DE 1956.

Con un cambio de perspectiva, abandonando la idea de la configuración del acto de gobierno como parte de la potestad discrecional – la que, muy acertadamente no se reconoce que exista de forma absoluta – y asumiendo el criterio de la separación entre función política y función administrativa, el acto de gobierno es retomado en la Ley de la Jurisdicción contenciosa de 1956 exceptuándose también de la revisión judicial. Así, lo refleja claramente la Exposición de Motivos:

«Con este criterio (el del sometimiento al Derecho administrativo) se definen, por exclusión, las cuestiones ajenas a esta Jurisdicción. Entre ellas se incluyen las relativas a los actos políticos, que no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales.»

El extraordinario avance que supuso el reconocimiento legal explícito del control judicial del poder discrecional quedaría disminuido con la exclusión que en la parte dispositiva concretaba el art. 2b) de

«las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa.»

El planteamiento de la Ley era aparentemente bastante claro: los actos políticos del Gobierno son esencialmente distintos de los administrativos, por ello no están sujetos al conocimiento de la jurisdicción contencioso- administrativa que juzga sólo los de esta clase. Para determinar cuáles son los actos políticos no se sigue un criterio finalista, sino de naturaleza. Es decir, los actos políticos lo son no porque con ellos se persiga un fin político, sino porque tienen una naturaleza política distinta de la administrativa. Una naturaleza que es difícil de concretar en una lista cerrada, de ahí que el artículo 2.b) plantee una enumeración ejemplificativa.

Esta nueva perspectiva, mediante la que se arrojaba a los actos políticos de un sector – como el de la discrecionalidad – suponía la imposibilidad – al menos teórica– de que se pudieran juzgar

los elementos separables del acto político que pudieran considerarse como una forma de actividad administrativa.

En lo que se refiere a la interpretación jurisprudencial de la ley, durante los primeros años de vida fue, al decir de Embid Irujo, bien lamentable, pues entre otras cosas se incluyeron dentro de su paraguas de inmunidad actuaciones claramente administrativas²¹. El ejemplo más claro lo constituyeron las sanciones acordadas a consecuencia de actos políticos, es decir, aquellas impuestas por la administración con motivo de la represión de ciertas conductas consideradas de orden público²². Buen ejemplo lo muestra la STS de 15/03/1965:

«se trata de actos peculiares de la función política confiada únicamente a los superiores órganos del Estado...se hace necesario contemplar en cada caso las circunstancias de comisión y de cómo se configure la misma en su alcance finalista, y al aplicar estos patrones de modelación al comportamiento sancionado es ineludible destacar que el Consejo de Ministros estimó la conducta de aquellos multados coadyuvante al estado de agitación a la sazón promovido...y surgidas estas medidas correctoras del ejercicio de una superior función gubernamental amparadora, en su objetivo declarado por el Consejo de Ministros, de la normalidad política y la seguridad interior del Estado, caen dentro del art.2.b) LJCA»

Como se ve, del hilo argumentativo de la sentencia se concluye que el tribunal ha entendido que el acto político lo ha sido no porque su naturaleza fuese tal, sino porque el Gobierno estimó que lo era, recurriendo así a la teoría del móvil político, formalmente descartada en la legislación.

En otro orden, relativo al elemento subjetivo de los actos de gobierno, durante los años inmediatamente posteriores a la promulgación de la Ley, hasta 1960 el TS extendió la calificación a los actos provenientes de órganos inferiores al Gobierno, como es el caso de algunas disposiciones ministeriales.²³ El punto de giro lo constituye la STS de 10/02/1962, en la que se declara que no basta con que el acto sea de naturaleza política, sino que debe caracterizarse además «por la jerarquía del órgano, pues éste ha de ser, precisamente el Consejo de Ministros».

Embid Irujo, A. «La justiciabilidad de los actos de gobierno (de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)» en: VV.AA. Estudios Sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, vol. III, p. 2702.

²² Cfr. Martín Retortillo, L. Las sanciones de orden público en Derecho español, Madrid, Tecnos, 1973, pp. 79 y ss.

²³ Baena del Alcázar, M. Los actos políticos del Gobierno en el derecho español. Servicio Central de Publicaciones, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1978, pp. 30- 31.

Por otra parte, siguiendo interpretaciones muy estrictas de la legislación, la jurisprudencia entendió que los actos dictados por el Gobierno al resolver los recursos administrativos contra las resoluciones) de los órganos inferiores, en cuanto imputables en definitiva plenamente al mismo, podían llegar a constituir actos de gobierno no fiscalizables (SSTS 26/12/1959 y 29/02/1960). Es decir, que un determinado acto típicamente administrativo, en virtud del sistema de recursos podía transformarse en un acto político.

El cúmulo de inconsecuencias en el entendimiento jurisprudencial del acto político – destaca Embid Irujo – es muy grande. «Proviene de un sistema que confunde en realidad lo político y lo administrativo, pero a la hora del control judicial pretende separarlo escrupulosamente. Lo hizo, además, con mala técnica. (...) Sirvió, consiguientemente para la exención jurisdiccional de la actividad de represión política.»²⁴

No cabe dudar entonces que este sistema, tanto en su regulación legal como en su aplicación jurisprudencial fuera motivo de críticas por quienes tenían una visión muy distinta del papel del Derecho en la lucha contra las inmunidades del poder. En uno de sus emblemáticos trabajos, en 1962, afirmaba García de Enterría:

«Proclamar la inmunidad jurisdiccional de la Administración en estas materias, así genérica e imprecisamente llamadas políticas, implica ni más ni menos que consagrar que la Administración puede obrar en las mismas sin límite legal ninguno, incluso atropellando los derechos más elementales y más obvios de los ciudadanos, puesto que no existe medio técnico ninguno, ni de imponerle esos límites legales, ni de exigirle el respeto a esos derechos hipotéticamente atropellados.»²⁵

IV.- EL ACTO DE GOBIERNO EN EL ACTUAL MARCO CONSTITUCIONAL. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL GOBIERNO Y SU INCIDENCIA EN LA CONFIGURACIÓN DE LA CATEGORÍA DE LOS ACTOS POLÍTICOS.

La distinción entre Administración y Gobierno y la capacidad de este último de emitir los actos políticos se hizo patente con la aprobación en 1978 de la Constitución española.

²⁴ Embid Irujo, A. «La justiciabilidad...», ob. cit., p. 2704.

²⁵ García de Enterría, E. «La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», Revista de Administración Pública, 38, 1962, p. 186

En efecto, la Constitución de 1978 dedica una regulación especial al Gobierno en el título IV, «Del Gobierno y de la Administración», y lo define desde un punto de vista orgánico, como un colegio constituido por el Presidente, los Vicepresidentes en su caso, los Ministros y los demás miembros que establezca la ley. (art. 98.1 CE), al que corresponde la dirección de la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado, el ejercicio de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes (art. 97 CE).

La Constitución contempla al Gobierno, – según Sánchez Agesta y Goig Martínez – como un auténtico director de la política estatal, lo que supone que goza de una amplia capacidad de iniciativa en la orientación de la actividad del Estado. «El ejercicio de esta auténtica función de gobierno supone la selección de aquellos aspectos que se consideran prioritarios, el establecimiento de directrices políticas y el impulso de dichas directrices. Dirección equivale, pues, a orientación e impulso y en esta actividad el Gobierno debe realizar una auténtica actividad de relación con otros órganos constitucionales»²⁶.

La descripción constitucional del Gobierno desde la condición directiva, para Parejo Alfonso, «obedece a la pretensión de resaltar el específico papel – central y activo – de éste en la organización y el funcionamiento estatales, como generador, impulsor y dinamizador del proceso de toma de decisiones y garante de la eficacia de las mismas»²⁷. Ello conllevaría, según el propio autor, a una obligada diferenciación (orgánica y funcional) entre Gobierno y Administración, que se produce justamente sobre el eje actividad directiva-actividad dirigida. El Gobierno es la pieza político-directiva (situada en el contexto de los órganos constitucionales generales o nacionales integrantes de la organización directiva del Estado) y la Administración a él subordinada es la pieza burocrático-dirigida (situada en el contexto de la vida social para la realización práctica de los intereses colectivos en relación directa, constante y ordinaria con los ciudadanos) del Poder Ejecutivo.²⁸

²⁶ Sánchez Agesta, L. y Goig Martínez, J. M. «Título IV. Del Gobierno y La Administración», Comentarios a la Constitución Española de 1978, Cortes Generales- Edersa, Madrid, 1998, p. 29.

²⁷ Parejo Alfonso, L. «El Gobierno de la Nación y los Gobiernos de las Autonomías», Documentación Administrativa, No. 188, 1980 p. 139. Apunta asimismo que del tenor literal del artículo 97 CE se desprende que la función ejecutiva y la potestad reglamentaria son poderes más o menos formalizados que «ejerce» el Gobierno para cumplir su función propia, que viene determinada por la dirección de tres elementos: la política (interior y exterior), la Administración del Estado (civil y militar) y la defensa del Estado. Más aún, la ejecutiva y la reglamentaria no agotan la panoplia de potestades de que dispone el Gobierno. La Constitución le atribuye también la de aprobar Decretos-Leyes (potestad legislativa extraordinaria y provisional) y Decretos legislativos (potestad legislativa delegada). Todas ellas pueden ser utilizadas por el Gobierno para cumplir su función de dirección.

²⁸ Parejo Alfonso, L. «El Gobierno de la Nación...», ob. cit., p. 141.

Desde esta perspectiva, es decir, de la consagración del Gobierno como un órgano constitucional inmediato,²⁹ titular de un poder de dirección política derivado directamente de la propia Constitución, la que a lo largo de su articulado le atribuye competencias específicas importantes dentro del esquema institucional, parte de la doctrina se ha encargado de agrupar, aun en forma esquemática, los diversos contenidos de las funciones gubernamentales que se corresponden con esa dimensión política.³⁰ Entre estas se incluirían:

- la dirección política interior y exterior del Estado (art. 97 CE), que comprende la adopción de decisiones en circunstancias de crisis y la iniciativa y negociación de tratados internacionales, o cualquier otro acuerdo de esta naturaleza;
- la iniciativa legislativa (art. 87 CE);
- las relaciones con las Cortes (arts. 110-112 CE) o su disolución y convocatoria de elecciones (art. 115 CE);
- la propuesta de convocatoria de referéndum (art. 92 CE);
- la elaboración de la planificación (art. 131 CE) y la iniciativa presupuestaria (art. 134 CE);
- la emisión de deuda pública y empréstitos (art. 135);
- la intervención en la designación del Fiscal General (art. 124.4 CE) o de los miembros del TC (art. 159.1 CE);
- las propuestas de nombramiento y separación de los miembros del Gobierno (art. 100 CE);
- los poderes extraordinarios sobre las Comunidades Autónomas que incumplan sus obligaciones constitucionales (art. 155 CE);
- y la iniciativa para la reforma constitucional (art. 166 CE).

²⁹ Esa inmediatez se explica, según Ignacio de Otto por dos aspectos: de un lado, porque el Gobierno debe su existencia a la propia Constitución y no a la voluntad de otro órgano; de otro la Constitución contiene los principios básicos que lo regulan, con lo que se diferencia de aquellos otros órganos mediatos que la Constitución se limita a mencionarlos, pero no regula ni su composición ni sus atribuciones. De Otto, I. «La posición constitucional del Gobierno», Documentación Administrativa, No. 188, 1980 p. 142.

³⁰ Garrido Falla, F. Tratado de Derecho Administrativo, 9na. ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 56-57; Fernández Villaverde, F. La protección de los derechos fundamentales, Ed. Montecorvo, Madrid, 1981, pp. 73-74; De Otto, I. «La posición constitucional del Gobierno», ob. cit., pp. 179-181; López Guerra, L. «Funciones del Gobierno y Dirección Política», Documentación Administrativa, No. 215, 1988, pp. 28-30; Díez Picaso, L. M. «La estructura del Gobierno en el Derecho Español», Documentación Administrativa, No. 215, 1988, p. 44; Jimenez Blanco Carrillo de Albornoz, A. «Funciones constitucionales y actos del Gobierno en la Ley», Documentación administrativa, Nros. 246-247, 1996- 1997, pp. 222- 223; Gallego Anabitarte, A y Menéndez Rexach, A. «Artículo 97. Funciones del Gobierno», Comentarios a la Constitución Española de 1978, Madrid, Cortes Generales- Edersa, 1998, pp. 135- 137.

V.- LA INFLUENCIA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL EN EL RÉGIMEN DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO.

La comprensión doctrinal del acto político tras la entrada en vigor de la Constitución.

No cabe dudar la importante influencia que produjo la aprobación de la Constitución en la comprensión del acto político del Gobierno y su control en sede judicial; especialmente a partir de los postulados del paradigmático art. 24.1 CE relativo al derecho a la tutela judicial efectiva y de la interpretación de los principios de legalidad y de interdicción de arbitrariedad consagrados en el art. 9 CE.

Una parte de la doctrina española negará la existencia de zonas de actuación inmunes por su naturaleza al enjuiciamiento jurisdiccional y por tanto entendería tácitamente derogado el polémico art. 2b) de la LJ 1956. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández dirán que «la doctrina del acto político es hoy inútil: en su acepción histórica está hoy superada y aún contradicha por la Constitución; en cuanto explicación de la injusticiabilidad de ciertos actos que no proceden de la Administración como persona, la doctrina resulta innecesaria».³¹

Otros autores³² también se manifestaron adversamente sobre la vigencia del precepto, aunque por regla general admiten la legitimidad de la categoría. Como muestra, Aparicio Perez, desde los principios constitucionales consagrados en los artículos 9.1, 9.3 y 24.1, ha expresado que:

«[e]s obvio que a partir de la regulación constitucional el precepto concreto de la Ley de la Jurisdicción ha quedado derogado. Sin entrar en la polémica de la diferencia entre inconstitucionalidad sobrevenida y derogación resulta bastante claro que nos hallamos ante un caso típico de derogación directa -apreciable, pues, por la jurisdicción ordinaria- por virtud de la disposición derogatoria constitucional en su apartado 3º...el art.2.b) en cuanto va en contra de los postulados constitucionales se ha de entender derogado».³³

³¹ García de Enterría y Fernández, T.R. Curso de Derecho Administrativo. 4ª ed. Civitas, Madrid, 1983, v. I, p. 536.

³² Además de García de Enterría y Tomás Fernández, ya citados Cfr. Garrido Falla, F. Tratado de Derecho Administrativo. 11ª ed. Tecnos, Madrid, 1989, vol. I, p. 385; Jordano Fraga, J. «¿Jaque mate al acto político?», Revista Española de Derecho Administrativo, No. 85, 1997, p. 418; García Llovet, E. «Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas A propósito de la STC 45/1990, de 15 de marzo», Revista Española de Derecho Constitucional, No. 36, 1992, pp. 283 y ss; Sánchez Agesta, L. y Goig Martínez, J. M. «Título IV...» ob. cit., p. 32.

³³ Aparicio Perez, M. A. «¿Hacia una nueva figura de actos políticos del Gobierno?» El Gobierno en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía, Diputación de Barcelona, Barcelona, 1985, p.189.

Esta tesis sería combatida por otras posiciones doctrinales que justificaban la exención de justiciabilidad de los espacios de actuación gubernamental que incidían en su función política.

Para Luis María Díez Picazo, las competencias gubernamentales estaban inspiradas por un telos específicamente político y esos fines, en cuanto elementos de dichos actos no vienen reglados por el ordenamiento, sino que el propio ordenamiento configura esos actos como teleológicamente libres – a fin de permitir el juego político – y, por consiguiente, como insusceptibles de control causal o desviación de poder.³⁴ En la misma línea se posiciona Ortega Álvarez, quien apunta que en la medida de que al Gobierno se le confunda plenamente con la Administración, en su papel de ejecutor de la Ley, toda su actividad estará presidida plenamente por el principio de legalidad y por tanto predeterminado a un control absoluto por el poder judicial, lo cual, llevado a sus extremos, conduciría a la anulación del Ejecutivo como poder, ya que sólo existiría un poder político residenciado en el parlamento, y uno jurídico ostentado en el poder judicial.³⁵ Embid Irujo, por su parte, entiende que el sometimiento de los poderes públicos al Derecho a que se refiere la Constitución, no implica necesariamente control jurisdiccional de los mismos; que la categoría del acto político es distinta del administrativo y no es materia de control jurisdiccional más que en los aspectos externos – competencia y procedimiento – y que siempre cabrá dicho control cuando se vulneren derechos fundamentales.³⁶ En una línea similar García Llovet, – recordando la formulación de Carré de Malberg de que los actos políticos se sitúan «fuera de la legalidad, pero habilitados por la Constitución»³⁷– y Santamaría Pastor igualmente admiten, fuera de toda duda, la existencia autónoma de esta categoría de actos políticos, pero sí apuestan por la necesidad de su control judicial, no en sede contencioso-administrativa sino ante la jurisdicción constitucional, por ser la idónea a estos propósitos.³⁸

³⁴ Díez Picazo, L.M. «La estructura del Gobierno...», ob. cit., p. 46. Señala que sólo en los aspectos reglados relativos a las formas y los procedimientos cabría el control de dichos actos, pero ante la intexistencia de una sede jurisdiccional idónea, sólo correspondería al TC por la vía del conflicto, o, en otro caso, por vía del equilibrio entre los órganos constitucionales.

³⁵ Ortega Álvarez, L. Prólogo, en Garrido Cuenca, N. El acto de Gobierno, ob., cit., pp. 34 y ss. Díez Sánchez, J. J. Razones de Estado y Derecho, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, p. 31 y ss.

³⁶ Embid Irujo, A. «La justiciabilidad de los actos de gobierno», ob. cit., pp. 2734 y ss.

³⁷ García Llovet, E. «Control del acto...», ob. cit., p. 294.

³⁸ Santamaría Pastor, J. A. «Gobierno y Administración. Una reflexión preliminar», Documentación Administrativa, No. 188, 1980 p. 77. Sostiene que la Jurisdicción contencioso-administrativa no es la sede funcionalmente adecuada para enjuiciar la legalidad o constitucionalidad de tales actos, no porque pertenezcan a ramas del Derecho distintas del Administrativo, que tanto da (también la Jurisdicción contenciosa aplica la Constitución, que no es, evidentemente, Derecho Administrativo), sino por la sencilla razón de que no debe exigirse de órgano alguno una actuación de nivel superior a aquéllas para las que ha sido estructuralmente concebido. Por muy independiente y objetiva que sea esta jurisdicción no es lógico ni proporcionado echar sobre los hombros de una judicatura profesional, llamada primordialmente a aplicar el Derecho, la responsabilidad de tomar decisiones de Estado, que

Esta doctrina supondría, al afirmar la incompetencia de jurisdicción ordinaria, o reconocer al mismo tiempo la inmunidad de dichos actos, ya que en los términos de la LOTC sólo es posible acudir a la jurisdicción constitucional en amparo una vez agotada la vía judicial ordinaria, o bien el establecer por vía interpretativa un recurso directo ante el TC y convertirlo en el órgano de primera y única instancia para juzgar dichas actuaciones en tanto y en cuanto fueran vulneradoras de los derechos fundamentales; solución que no se compadece mucho con la letra de la LOTC ni con el art. 53.2 CE que establece expresamente la defensa de esos derechos «ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad». Sin embargo, como veremos más adelante, fue esa la solución ofrecida por el propio TC. En cualquier caso sí significaría la inmunidad jurisdiccional del Gobierno ante las eventuales violaciones de todos los derechos individuales que no estuviesen comprendidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo II CE.

Se exacerbará especialmente ese antagonismo a propósito de la tramitación del Proyecto de ley de la jurisdicción contencioso-administrativa 1995,³⁹ teniendo en cuenta la significativa jurisprudencia del TC y del TS dictada poco antes de esa fecha y dado el intento que por vía legal se pretendía restablecer «la vieja doctrina de los “actos de gobierno”, pero en términos aún más extensos».⁴⁰

Consecuencia de este vivo debate doctrinal sería, según refiere Díez Sánchez, que las distintas posiciones coincidirían en que la idea del Estado de derecho impide la ausencia de todo control de algunas decisiones del poder público y en el abandono de la teoría del móvil político para justificar la exención de ese control, sustituida por la consideración de que esas actuaciones son

sustituyan a las del máximo órgano ejecutivo del país, en base a argumentaciones que, no por haber de ser revestidas de razonamiento jurídico, dejan de ser materialmente políticas y voluntaristas.

³⁹ El proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1995, que, en línea similar a la LJ de 1956 recogía en su art. 3: «No corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa:... c) El control de los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas que se refieran a sus relaciones con otros órganos constitucionales y estatutarios y los dictados en el ejercicio de la función de dirección de la política interior y exterior, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo». Esta fórmula generó una polémica en el sector doctrinal entre quienes por un lado (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández) sostenían su eliminación considerando que la inmunidad judicial de cualquier ejercitante del poder público está formalmente prohibida por la Constitución – posición apoyada además en informes del Consejo de Estado, del Consejo General del Poder Judicial y del Colegio de Abogados de Madrid, que cita el propio García de Enterría (Democracias, Jueces y Control judicial de la Administración, Segunda edición ampliada, Madrid, Civitas, 1996, p. 161) y por el otro los defensores del Proyecto, Alfonso Sabay Godoy, («La necesaria reforma de la justicia contencioso- administrativa», Revista Otrosí, Colegio de Abogados de Madrid, enero- febrero, 1996, pp. 9-11) y Miguel Sánchez Morón, Jesús Leguina Vila y Luis Ortega Álvarez, («¿Parón a la reforma de la justicia administrativa?», Revista Otrosí, Colegio de Abogados de Madrid, marzo- abril, 1996, pp. 6-9)

⁴⁰ García de Enterría, E. Democracias, Jueces y Control judicial de la Administración, ob. cit., 4ª ed., p. 161.

el producto de determinadas actuaciones del Gobierno, manifestaciones de su posición como órgano constitucional, que no están sometidas al derecho administrativo, lo que supone admitir que es correcta aquella línea de discurso que sostiene la inexistencia de actos políticos inmunes al control pero reconoce la falta de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para enjuiciar todas las actuaciones del Gobierno en cuanto Poder ejecutivo que se ordenan directamente por la Constitución. En tanto regidas por el derecho constitucional, correspondería al TC la competencia para conocer de las cuestiones que se susciten en relación con esos actos del Gobierno, en los términos establecidos por la LOTC, o únicamente serían objeto de control por el Parlamento.⁴¹

El acto político según la jurisprudencia.

En el ámbito jurisprudencial,⁴² las posiciones contradictorias sobre el control del acto político del Gobierno también fueron notables, tanto en las decisiones del TC como del TS. En los inicios del período postconstitucional y hasta la aprobación de la LJCA de 1998, no existía una posición definida, tanto en los aspectos orgánicos como en los materiales para conceptualizar los actos de gobierno.

Según explica Díez Sánchez, la inadmisión de los recursos o la desestimación de los mismos se aplicarán sin que aparezca nítida la existencia de parámetros coherentes para determinar la exclusión, teniendo en cuenta la variedad de objetos y contenidos de las decisiones enjuiciadas.

Esa jurisprudencia, aun asumiendo que tras la aprobación de la constitución los arts. 9.3 y 24.1 de la misma constituyen dos preceptos «básicos y fundamentales», no parece ser del todo consecuente, ofreciendo un tratamiento que escasas diferencias demuestra en verdad sobre el

⁴¹ Díez Sánchez, J. J. « El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno. Revista Jurídica de Castilla y León, No. 26, 2012, p. 55

⁴² Para un estudio de la jurisprudencia sobre el acto político Cfr. Embid Irujo, A. «La justiciabilidad de los actos de Gobierno...», ob. cit. pp. 2712-2725; Cano Mata, A. «Admisión por el Tribunal Constitucional de los actos políticos o de gobierno», Revista Española de Derecho Administrativo, No. 72, 1991, pp. 555-557; Uriarte Torrealday, R., «La reciente jurisprudencia del Tribunal en materia de actos del Gobierno no controlables judicialmente», Revista Vasca de Administración Pública, No. 30, 1991, pp. 213 y ss.; Cobrerros Mendazona, E. «Sobre el control de los actos de gobierno. Aportaciones a una cuestión abierta», Revista Vasca de Administración Pública, No. 31, 1991, pp. 161-178; Gonzalez Salinas, P. «Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno», Revista Española de Derecho Administrativo, No. 79, 1993, pp. 493-505; Saiz Arnaiz, A. «Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», Revista de Administración Pública, No. 134, 1994, pp. 225-251; Jordano Fraga, J. « ¿Jaque mate al acto político?», ob. cit., pp. 417 y ss; Santamaría Pastor, J. A. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa. Comentario, Iustel, Madrid, 2010, p. 96.

que aplicaba anteriormente. En ningún momento, por otro lado, se plantea entender que ha quedado derogado y sin efecto aquel precepto de la LJCA.⁴³

A) El control de los actos de políticos por el Tribunal Constitucional

Los tipos de controles que sobre la acción del Gobierno se ejercitan ante el Tribunal Constitucional, se recogen en varios preceptos de la LOTC y que recaen sobre:

- las disposiciones normativas con fuerza de ley que se dictan en ejercicio de la función legislativa encomendada al Gobierno (decretos leyes y decretos legislativos); arts. 161. 1 a) CE, 2 a) y 27.2 b) LOTC;
- los conflictos positivos o negativos de competencia que entre el Gobierno central y el de las Comunidades Autónomas, arts. 161. 1 c) CE y 2 c) y 59.1 a) LOTC,
- los conflictos de competencia que se insten frente a los actos del Gobierno por el Congreso de los Diputados, el Senado y el Consejo General del Poder Judicial, arts. 2 d) 59. 1 c) y 73 LOTC;
- la celebración de un tratado internacional, cuyo texto estuviese fijado pero no se haya prestado aún el consentimiento del Estado, arts. 95 CE y 27 c) y 78 LOTC;
- el recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicas frente a actos u omisiones del Gobierno o sus autoridades, arts. 53. 2 y 161. 1 b) CE y 2 b) y 41 y ss. LOTC.

En lo que se refiere al tema que nos ocupa, sobre la revisión de los «actos de dirección política» o «actos políticos» o «actos de gobierno», estos encuentran su encaje en el último de los supuestos mencionados, es decir, a través del recurso amparo constitucional. Se configura como un recurso extraordinario, por lo que su imposición está condicionada al agotamiento de la vía jurisdiccional ordinaria. Así lo dejaba explicitado el art. 43. 1, en su redacción original

«las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente, de acuerdo con el artículo 53. 2 de la Constitución».

⁴³ Díez Sánchez, J.J. «El control jurisdiccional...» ob. cit., p. 56

En algunas sentencias del TC se avala la construcción del acto político, si bien sometiendo esta categoría a importantes limitaciones. Quizá, la reflexión más importante sobre esta ha sido la realizada por la STC 45/1990, de 15 de marzo. En ésta el TC acoge la tesis de los actos no sujetos al derecho administrativo para afirmar la exclusión de revisión jurisdiccional de determinadas actuaciones del Gobierno. Según la sentencia:

«...no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes...»

En esta sentencia, el TC no realiza una delimitación lo suficientemente clara del concepto. Por una parte, sí establece una zona de certeza al otorgarle tal condición a la iniciativa legislativa y en general a los actos que emanen del Título V de la Constitución, pero al mismo tiempo deja abierta la inclusión de cualesquiera otros que puedan entenderse referidos a la dirección política.

La STC 196/1990, de 29 de noviembre en su fundamento jurídico 5, reitera estos postulados, esta vez extendiéndolos a las relaciones institucionales de los entes autonómicos, al considerar que la justificación dada por el Tribunal Supremo para entender que no existía sujeción al Derecho administrativo del acto impugnado es plenamente razonable y ajustada a la Constitución, pues la solución contraria podrá desnaturalizar el juego democrático entre aquellas instituciones.

Sin embargo, el propio TC también pone un límite a la infiscalización jurisdiccional de los actos políticos, y es la vigencia de los derechos fundamentales que puedan verse comprometidos con actuaciones de esa naturaleza. En su FJ 6 dice:

«La conclusión alcanzada, que conduce a la denegación del amparo que se nos pide, no significa, sin embargo, que actividades como la que acabamos de examinar que

se sitúan fuera del control contencioso-administrativo por ser ajenas al ámbito de aplicación del Derecho administrativo, estén exentas de sujeción al Derecho y de todo control jurisdiccional [...]A este Tribunal no le corresponde el control de cualesquiera alteraciones o irregularidades que se produzcan, dentro del ámbito parlamentario, en las relaciones políticas o institucionales entre Legislativo y Ejecutivo, pero si le compete ciertamente el conocimiento y, en su caso, la reparación de las lesiones de derechos fundamentales que excepcionalmente tengan lugar en dicho campo...»

Sobre esta doctrina, Cobreros Mendazona había destacado que llevaba a un cierto callejón sin salida, dado que, por un lado, no estima competente a la Jurisdicción contencioso-administrativa y de otro, la LOTC no regula el acceso directo al TC sino tras el agotamiento previo de la vía judicial ordinaria, por lo que para resolver esta contradicción el autor entiende, de lege data, la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa en primera instancia ante la violación de un derecho fundamental ex Disposición Transitoria segunda de la LOTC y 53.2 CE y propone de lege ferenda, la necesidad de modificación de la LOTC para admitir el amparo directo ante el TC frente a los actos políticos del Gobierno que lesionen derechos fundamentales.⁴⁴

Este aparente dilema sin embargo fue resuelto por el propio TC, el que en su STC 220/ 1991 (FJ 2), declara que:

«[e]l caso presente es uno de esos supuestos excepcionales en el que la interposición directa del amparo no determina su inadmisibilidad, pues la violación de derechos fundamentales se imputa a un acto -negativa del Gobierno vasco a facilitar la información solicitada por parlamentarios vascos- ante el cual la Ley no concede medio de impugnación ante los Jueces en cuanto que, por su naturaleza política, está excluido del control de la jurisdicción contencioso-administrativa o de cualquier otra de orden distinto, siendo por lo tanto improcedente el imponer a los recurrentes de amparo que acudan a los órganos judiciales en demanda de una revisión para la cual carecen éstos de jurisdicción, y que se manifiesta, por lo tanto, innecesaria por inútil. Así lo tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y así también lo ha establecido este Tribunal Constitucional en las SSTC 45/1990 y 196/1990, cuya doctrina damos aquí por reproducida en orden a declarar que no existe vía judicial que agotar y, por ello, la interposición directa del recurso de amparo no incurre, desde esta perspectiva procesal, en causa de inadmisibilidad por tal razón».

⁴⁴ Cobreros Mendazona, E. «Sobre el control de los actos de gobierno...», ob. cit., pp. 171-173.

B) El control de los actos políticos en el Tribunal Supremo.

En contraposición al TC, el TS ha tenido muchas más oportunidades de examen de los diversos supuestos en los que ha entrado en juego la categoría del acto político. Sin embargo, en la comprensión y argumentación del significado que para éste Tribunal ha tenido a partir de la Constitución este concepto, su jurisprudencia no ha seguido en lo absoluto una línea homogénea, aceptando unas veces la existencia de actividades políticas a las que no alcanza la revisión jurisdiccional – brindándose a veces definiciones pretendidamente exhaustivas o clasificaciones materiales de los mismos– afirmando otras la imposibilidad de excepciones y exclusiones del control jurisdiccional de dichos actos, aunque con el tiempo fue estableciendo una progresiva tendencia hacia la reducción de la categoría de acto político, que se consolidó a partir de 1994.

La contraposición entre la actividad administrativa y la actividad política atribuible al Gobierno, fue un elemento definidor de la categoría de los actos políticos desde la primera jurisprudencia posconstitucional del TS. Así, los entendía como «aquellos mediante los que los órganos superiores del Estado mediante una actuación unitaria ejercen la función política que les ha sido atribuida o confiada y que es perfectamente diferenciable de la función administrativa» (STS de 3/01/1979),⁴⁵ a él pertenecen las «grandes decisiones del Estado», atribuibles exclusivamente al Gobierno «en el sentido orgánico que en denominación supone» (STS 13/06/1979), al que identifica con el Consejo de Ministros «como genuino órgano del Gobierno en su unidad» (STS 225 de 3/03/1986);⁴⁶

La consideración en la jurisprudencia del TS de alguna actuación del Gobierno como acto político no siempre se ha efectuado por remisión directa a alguna específica previsión

⁴⁵ En la distinción entre Gobierno y Administración como titulares de funciones distintas y la posición del primero como órgano constitucional, se insiste en la STS de 519 de 9 de junio de 1987, en la que puede leerse que: «Estos Órganos, [los Superiores de tipo político] especialmente el Gobierno no son sólo eventualmente Órganos de la Administración Pública [...] sino que cumplen, además, otras funciones que nada tienen que ver con la Administración Pública en cuanto persona», a la vez que se afirma que «el Gobierno al igual que las Cortes es un Órgano Constitucional, al que el artículo 97 de la Constitución encomienda la dirección de la política interior y exterior, la Administración Civil y Militar y la defensa del Estado». En el mismo sentido, la STS 1214 de 25/10/1990, en la que se alude a la condición bifronte del Consejo de Ministros como «órgano superior» de la Administración Pública y, al mismo tiempo, como sujeto titular de unas funciones encomendadas por la Constitución en las que «predomina un principio de conveniencia y oportunidad política».

⁴⁶ Lo que significaba negar la condición de actos políticos a las decisiones provenientes de algún ministro, aunque la resolución definitiva fuese tomada el Consejo de Ministros, o las provenientes de instancias manifiestamente incardinables en el ámbito de la Administración Pública. STS de 20/06/1980, STS 225 de 3/03/1986, STS de 21/04/1987; STS de 25/06/1986. STS de 22/09/1986, ATS de 19/01/1987.

constitucional de una competencia gubernamental singular a la que fuera reconducible el acto enjuiciado, sino que, cuando ha faltado algún precepto de este tipo, el artículo 97 se ha comportado como título genérico legitimador de la actuación político-directiva del Gobierno: En la STS 750 de 2 de octubre de 1987, se recuerda, de modo poco claro, la competencia gubernamental y parlamentaria en materia de presupuestos.

También ha admitido la existencia de actos fuera del campo de las actuaciones del Gobierno referidas «a las relaciones entre los poderes del Estado», como la decisión de devaluar la moneda (STS de 29 /1/1982) o la negativa de actualización de rentas urbanas en cumplimiento del artículo 100 de la Ley de arrendamientos urbanos (STS de 6 /11/1984).

Sin embargo, a partir de 1988,⁴⁷ la jurisprudencia del TS continuó delimitando el catálogo de los actos políticos y fue consolidando una jurisprudencia constante y progresiva de reducción del concepto, aunque sin prescindir del mismo, ampliando, por tanto los parámetros de control sobre los elementos de mera legalidad.

Uno de los más pronunciamientos que se destacan la nueva tendencia jurisprudencial y que luego tendrá repercusión en la posterior doctrina del Tribunal Supremo, lo contiene STS 131 de 22/1/1993. En ella se afirma que:

«...la más moderna corriente jurisprudencial y señaladamente el Auto del Pleno de la Sala de 15 de enero de 1993 ha dado de los actos políticos una interpretación distinta, ya que tras aprobarse la Constitución, y en especial teniendo en cuenta lo previsto en los arts. 9.1 y 24, no puede admitirse en nuestro Derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al Ordenamiento jurídico y en consecuencia exentos del control jurisdiccional. Desde luego ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto al fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el Ordenamiento jurídico estos elementos sí son susceptibles de control jurisdiccional. Ello implica que la doctrina del acto político no puede ser invocada como fundamento

⁴⁷ Cfr. Jordano Fraga, J. « ¿Jaqué mate al acto político», ob. cit., pp. 418 y ss. Sin embargo, contrario a lo que sostenían las sentencias antes citadas de residenciar en el Gobierno nacional la capacidad de producir actos políticos, la STS 1128 de 30/07/1987, admite la existencia de tales actos en los gobiernos autonómicos (la decisión de fijar provisionalmente la sede de la Junta de Castilla-León en Valladolid por Decreto 47/1983, de 12 de agosto).

de la inadmisibilidad, ya que es obligado para el juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable...»

Poco después la STS de 17 de junio de 1994 pondría de relieve la necesidad de hacer efectivo el principio de legalidad cualquiera que sea la naturaleza objetiva del acto realizado por el Gobierno.

Como nota destacable del examen jurisprudencial de este período, es el notable abandono a la referencia al art. 2b) de la Ley de la Jurisdicción en las decisiones del órgano judicial. En once de las sentencias no se hace una sola referencia al precepto, en trece de ellas, la excepción de inadmisibilidad basada en el art. 2b) es rechazada por el Tribunal Supremo y sólo en tres casos declara la inadmisibilidad basada en dicha disposición -aunque no solo en ella⁴⁸.

Cuatro trascendentales y polémicas sentencias determinaron la consolidación de la doctrina jurisprudencial sobre el control del acto de gobierno: la STS de 28 de junio de 1994, resolutoria de la impugnación del Real Decreto 364/1992, de 10 de abril, por el que se nombraba Fiscal General del Estado y las tres SSTS de 4 de abril de 1997, del caso conocido como «los papeles del CESID». Todas ellas vendrán a subrayar, mediante la formulación de la doctrina de los «conceptos jurídicamente asequibles» que incluso los actos expresión del mayor grado de discrecionalidad y oportunidad son susceptibles de fiscalización jurisdiccional en aquellos de sus elementos que estén definidos legislativamente y tengan carácter reglado.

En la primera de ellas, después de examinarse la jurisprudencia del TC y anterior del propio TS, la sentencia procede a hacer su propia elaboración teórica sobre el control de los actos políticos. Dos fueron los fundamentos constitucionales de la decisión: el art. 24.1, que consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que, en opinión del tribunal, «ofrece una inicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de control jurisdiccional, siempre que alguien pueda invocar un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado por dicha actividad», precepto cuya influencia explica que la jurisprudencia «haya abandonado la cita del artículo 2-b) de la Ley de la Jurisdicción, como si en él permaneciese latente el sentido elusivo de la Administración frente al control jurisdiccional de determinadas actuaciones de naturaleza plenamente administrativa, a pesar de las restricciones que el Tribunal Supremo había impuesto a la noción de acto político»; y el art. 9, relativo a la sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

⁴⁸ Cfr. Garrido Cuenca, N. El acto de gobierno...ob. cit., pp. 533- 534.

Aun cuando admitiese el tribunal «la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad», la vigencia de estos preceptos constitucionales los obligaba a «asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión».

Estos razonamientos los aplica al caso concreto en los siguientes términos:

«El artículo 29-1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal impone que la elección del Fiscal General del Estado se haga “entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión”. Es este último un requisito objetivo, impuesto por el legislador y descrito utilizando un lenguaje netamente jurídico-administrativo, lo que permite que la jurisdicción pueda valorar su concurrencia, sin tocar en absoluto la libertad del Gobierno para optar políticamente entre la multiplicidad de juristas en los que concurre aquella circunstancia o incluso la de promover la pertinente reforma legislativa, que suprime del Estatuto el mencionado requisito. Pero mientras esté vigente su exigencia, no apreciamos obstáculo constitucional ni legal que impida al Tribunal Supremo controlar su cumplimiento por parte del Gobierno, imponiéndole, en su caso, que se sujete al mandato claro y preciso emanado de las Cortes Generales»

El Tribunal era consciente que se movía dentro de los límites de lo judicialmente posible, pero entendía su doctrina incardinada «en la importante tradición de la jurisdicción contencioso-administrativa, dirigida a reducir las inmunidades del poder ejecutivo, procurando que las legítimas y necesarias apreciaciones y decisiones políticas de éste se hagan efectivas dentro de los linderos previamente marcados por el poder legislativo».

Las SSTs de 4 de abril de 1997, que como se ha dicho resuelve el llamado caso de «los papeles del CESID»⁴⁹ vienen a consolidar la tendencia jurisprudencial de ampliación hasta los límites

⁴⁹ El conjunto jurisprudencial viene constituido por las sentencias «caso Oñederra», Ponente Trillo Torres; «caso Lucía Urigoitia», Ponente Cáncer Lalanne y «caso Lasa y Zabala» Ponente Lescure Martín. Los recursos se promovían contra un acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, por el que no se accede a la desclasificación de determinados documentos solicitados por magistrados de Instrucción, en expedientes seguidos por varios delitos de asesinato. El Acuerdo del Consejo de Ministros, precedido de un informe de la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa y de un dictamen del Consejo de Estado, a los que se remite, se fundaba

jurídicamente posibles de la fiscalización judicial de los actos de gobierno. Las sentencias, aunque no son idénticas, siguen la misma estructura y desarrollo argumental.

En lo que se refiere al caso en cuestión, (Rec. 726, ponente Trillo Torres), el tribunal reconoce la validez desde la perspectiva constitucional de la Ley de Secretos Oficiales de 1968, al menos en los aspectos en los que atribuye competencia al Consejo de Ministros para clasificar o desclasificar como secretos determinados asuntos o actuaciones estatales, a través del procedimiento que en esa Ley se establece, «pero sin que lo expuesto quiera decir que esos actos del Consejo de Ministros sobre clasificación o desclasificación no puedan a su vez ser sometidos al enjuiciamiento de este Alto Tribunal – Sala de lo Contencioso-Administrativo – a la que (...) compete la fiscalización jurisdiccional de los actos de esa Autoridad, con el fin de controlar su conformidad a Derecho» y ello en el entendido de que «la Justicia, según el artículo 1º de la Constitución, se constituye como uno de los valores superiores sobre los que descansa el Estado democrático de Derecho y que el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, cuando aparece invocado por el titular de un interés legítimo, debe ser objeto de protección y valoración judicial».

En el fundamento de derecho Séptimo, califica al acto de clasificación o desclasificación de los documentos controvertidos como propios «de la potestad de dirección política que atribuye al Gobierno el artículo 97 de la Constitución», ello en el entendido de que una cuestión de tal trascendencia «solamente puede moverse en las zonas más altas y sensibles, atinentes a la permanencia del orden constitucional, entendido éste como un todo regulador y definidor de las sustanciales formas políticas y jurídicas de convivencia ciudadana en el ámbito nacional español, frente a quienes por medios violentos pretenden atentar contra su subsistencia, mediante ataques a su seguridad interior o exterior». Seguidamente reproduce la doctrina sentada en la precedente STS de 28 de junio de 1994 sobre la justiciabilidad de las actuaciones del gobierno a

entre otras, en las siguientes razones: a) a que los documentos en cuestión afectan a la seguridad del Estado, que es la de todos los españoles; b) que la desclasificación implicaría un inadmisibles deterioro del crédito de España en sus relaciones exteriores y, en particular, del intercambio de inteligencia o información clasificada con sus aliados y amigos; c) que la desclasificación pondría en peligro la eficacia, las fuentes de información, los medios y los procedimientos operativos del Centro Superior de Información para la Defensa (CESID), así como la integridad física y hasta la vida de quienes son o fueron agentes operativos del mismo, o de sus familiares o allegados; d) que la desclasificación se pide en el contexto de una investigación sumarial, por lo que, en caso de accederse a ella, no podría evitarse la divulgación fuera de la investigación criminal, al incorporarse los documentos a un proceso penal en el que rigen los principios de contradicción y publicidad. Los recurrentes invocan el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, en relación a la utilización durante el sumario de la prueba por ellos solicitada y declarada pertinente por el Juez.

través de los conceptos jurídicamente asequibles para asegurar la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad, ex arts. 24. 1 y 9 CE, para concluir que:

«[e]s esta idea de “conceptos judicialmente asequibles”, la que nos lleva a afirmar que si claramente establecíamos la vinculación entre los documentos, su clasificación como secretos y la seguridad del Estado, no hay razón para que no consideremos que nos sea también asequible determinar negativamente la concurrencia de elementos que o bien eliminen totalmente la afección a dicha seguridad o bien la aminoren en términos que –ponderando los intereses jurídicos en juego– nos permitan dar prevalencia, en su caso, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva invocado por los recurrentes para pedir la desclasificación».

Esta doctrina que sentara el TS de los «conceptos judicialmente asequibles» como parámetro de control de los actos políticos ha tenido reacciones encontradas en el ámbito doctrinal. Mientras que algún autor ha calificado la construcción teórica de «impecable» y «difícilmente cuestionable»⁵⁰, por otros se tilda de ser «criterios peregrinos», de «invento o creación judicial sólo esgrimible en los casos que el propio juez lo estime oportuno»⁵¹ y se le reprocha el hecho de que ella constituye una prueba de la imposibilidad de construir un espacio constitucional para la actividad política del Gobierno en base a la ausencia de control jurídico, ya que lo jurídico no está exento de contenido político ni existe una línea clara para saber si existe una regla jurídica de control desde el momento en que los jueces pueden crear Derecho.⁵²

⁵⁰ Jordano Fraga, J. «¿Jaque mate al acto político?» Ob. cit., p. 94

⁵¹ Garrido Cuenca, N. El acto de gobierno. ob. cit., p. 636. Refiere que la regla de basarse en el lenguaje netamente jurídico administrativo como parámetro de control, es inaceptable, «significa limitar el sentido del ordenamiento jurídico y de las normas a un espúreo (sic) problema de lenguaje» (p. 637). En una posición similar, Santaolalla López, F. «Art. 26. Del control de los actos del Gobierno», en Fernández Carnicero, C. J. Comentarios a la Ley del Gobierno, INAP, Madrid, 2002, pp. 376- 381.

⁵² Ortega Álvarez, L. Prólogo, en Garrido Cuenca, N. El acto de Gobierno, ob., cit., p. 35. Sostiene el autor que, en un ordenamiento como el español «donde se reconoce la justiciabilidad plena de los intereses legítimos y la responsabilidad administrativa objetiva, la inexistencia de un último muro que delimitase el principio de división de poderes lleva necesariamente a una construcción piramidal de los poderes donde el poder judicial ocuparía una posición de vértice superior....Si el poder político se somete totalmente al Derecho, el poder se traslada a quien crea, aplica y dice lo que el Derecho es y a todo el círculo de profesionales implicados en este proceso de definición del Derecho».

VI.- LA CONFIGURACIÓN DEL ACTO DE GOBIERNO A PARTIR DE 1998.

Los cambios legislativos en relación con el control jurisdiccional de la actividad del Gobierno.

Transcurridos 20 años desde la promulgación de la Constitución y tras los intensos debates doctrinales y los vaivenes jurisprudenciales, se producen, tras el fracasado intento de 1995, las modificaciones legislativas que vienen a configurar el régimen actual de enjuiciamiento de los actos políticos del Gobierno. Esencialmente, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, No. 29 de 13 de julio de 1998 y unos meses antes, la No. 50/1997, de 27 de noviembre, Ley del Gobierno.

La Ley del Gobierno, en la materia que aquí nos referimos, termina por alinearse con el sector doctrinal y jurisprudencial que comulgaba con una revisión jurisdiccional lo más amplia posible de la legalidad de los actos gubernamentales y en ese sentido apunta a «garantizar el control jurídico de toda la actividad del Gobierno en el ejercicio de sus funciones».⁵³

Así, el art. 26, tras declarar el principio de sometimiento del Gobierno «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación» (apartado 1), establece los controles que proceden contra sus actuaciones: el de tipo político, ante las Cortes Generales (apartado 2) y el de tipo jurisdiccional, que a su vez puede ser de dos formas: en sede contencioso administrativa (apartado 3) y en la constitucional (apartado 4), en uno y otro caso, en los términos previstos en las leyes reguladoras de las respectivas jurisdicciones.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sufrió importantes reformas mediante la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo, que afectaron la configuración del recurso de amparo, único remedio disponible para el control en esa sede de la actividad del Gobierno que atentara contra los derechos fundamentales. Su carácter extraordinario se mantuvo, pero esta vez sometido a serios requisitos de admisibilidad. Con ello se refuerza el protagonismo – que en realidad siempre tuvo – de la jurisdicción ordinaria en el control de los actos políticos del Gobierno y que ocupará nuestro examen.

El control de los actos del Gobierno tras la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa de 1998. La supuesta desaparición del «acto político».

⁵³ Exposición de Motivos. Ley 50/97 de 27 de noviembre, del Gobierno.

La LJCA de 1998 dio un giro en la configuración legislativa del enjuiciamiento de los actos políticos con respecto a lo que había sido su antecesora de 1956 y a la influencia que tuvo la entrada en vigor de la Constitución.

La nueva regulación omite cualquier referencia expresa a la exención de control de determinados actos por su contenido político (aunque no quiere decir que no deje ciertas zonas exentas de ese control).

La Exposición de Motivos es una muestra de la «sacudida jurídica y política»⁵⁴ que con respecto a la justiciabilidad de los actos de gobierno había provocado la reciente jurisprudencia del TS, – especialmente las sentencias de 4 de abril de 1997– y una parte del sector doctrinal:

«...La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad –llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política– excluida per se del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho. Por el contrario, y por si alguna duda pudiera haber al respecto, la Ley señala –en términos positivos– una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes.»

Esta modificación legislativa provocó reacciones encontradas en el sector doctrinal. Por una parte, era rechazada por algunos autores por «inoportuna y precipitada»⁵⁵ y por constituir «un

⁵⁴ Santaolalla López, F. «Art. 26. Del control de los actos del Gobierno», ob. cit., p. 376.

uso demagógico y retórico del Estado de Derecho, como si el paradigma del mismo fuese la versión fundamentalista de los adoradores monoteístas del art. 24 de la Constitución, con la consecuencia de estamentalización [de los poderes].⁵⁶ Mientras por otro lado, era acogida como un paso «significativo y capital» en la consagración del Estado de Derecho, con el cual «es de esperar que no se pretenda ya más intentar retornar al pasado o inventar supuestos nuevos modelos de Estado de Derecho, sólo abusivamente tales y en realidad profundamente retrógrados»,⁵⁷ o al menos se hacía de ella una lectura positiva en su conjunto por cuanto daba avance en tanto que hace posible la fiscalización de zonas que todavía la jurisprudencia mantenía inmunes a cualquier tipo de control, ganándose, con ello, en seguridad jurídica y, garantizándose la tutela judicial efectiva en relación con el control jurisdiccional del Poder Ejecutivo.⁵⁸

El preámbulo de la disposición, sin embargo, parece mucho más pretensioso de lo que, en definitiva, se llega a reflejar en la parte dispositiva. Y es que, a pesar de lo que preconiza García de Enterría en orden a que «los actos políticos o de Gobierno, como un supuesto límite a la jurisdicción contencioso- administrativa han quedado erradicados de nuestro Derecho y con ello dicha jurisdicción ha ganado definitivamente su universalidad»⁵⁹, las cosas no parecen ser tan así. Con la redacción del art. 2 a) de la ley el debate doctrinal sobre la pervivencia del concepto continuó latente. Y no ya por si continúa existiendo como categoría exenta de control en sede jurisdiccional y ante cual residenciarse, sino por determinar hasta dónde se extiende ese control y cuál ha de ser su intensidad.

El art. 2 determina que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

- «a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos».

⁵⁵ Santaolalla López, F. «Actos políticos, inteligencia nacional y Estado de Derecho», Revista Española de Derecho Constitucional, no. 65, 2002, p. 108.

⁵⁶ Prólogo, en Garrido Cuenca, N., ob. cit., p. 37, refiriéndose al entonces proyecto de Ley.

⁵⁷ García de Enterría, E. Democracia, Jueces y Control de la Administración, 4ª ed, Thomson- Civitas, Madrid, 2000, p. 24.

⁵⁸ Navas Castillo, F. «Veinticinco años de actos de gobierno». Revista de Derecho Político, UNED, Nros. 58- 59, 2003- 2004, p. 634.

⁵⁹ García de Enterría, E. Democracia, Jueces y Control de la Administración, ob. cit., 4ª ed., p. 24.

Esta fórmula, aunque para nada hace mención de la categoría de actos políticos ni establece ninguna lista de materias identificables con la misma, con lo cual se puede asegurar su desaparición del lenguaje de la ley, al delimitar de manera expresa tres aspectos en los que pueden ser fiscalizables los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, ha provocado encontradas posiciones sobre su interpretación.

En opinión de Santamaría Pastor, a diferencia de los actos provenientes de la función administrativa (del Gobierno o de la Administración) que están sujetos al control pleno de los tribunales contenciosos, esta disposición, al hacer referencia específica a los derechos fundamentales, los elementos reglados y las indemnizaciones como parámetros de control, establece la restricción del control judicial respecto de los actos de los gobiernos central y autonómico que sean manifestación de su poder de dirección y que se adopten en ejercicio de poderes y funciones constitucionales: esto es, «cuando los Gobiernos actúan como órganos constitucionales, no como órganos administrativos». ⁶⁰ La dificultad estriba – argumenta –, en que el precepto no ofrece criterio alguno para distinguir, dentro de la actividad de los gobiernos, que actos pertenecen a una u otra categoría, algo que no resulta sencillo y entiende que acudir a las acciones gubernamentales previstas en la Constitución no es suficiente, primero, porque el gobierno de la nación o de una Comunidad Autónoma exige adoptar decisiones que son inequívocamente «políticas», pero a las que la CE no alude y segundo, porque algunas de las funciones constitucionales de los gobiernos poseen aspectos estrictamente reglados por normas jurídicas, que sí pueden ser controlados por los tribunales.⁶¹

En la misma línea, Florentina Navas Castillo reflexiona que «si la categoría de los actos políticos hubiera dejado de existir, la cláusula “cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos” sería innecesaria por redundante, ya que toda la actuación de naturaleza administrativa sujeta al Derecho Administrativo, se encuentra sometida al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a tenor del artículo 1 de la Ley»⁶² y además, porque la referencia específica a la posibilidad de control de los aspectos ya mencionados «parece dar a entender, a sensu contrario, que los demás aspectos de estos actos siguen sin ser fiscalizables»⁶³. Por otra parte, arguye que al hacer mención expresa del Gobierno y

⁶⁰ Santamaría Pastor, J. A. La Ley Reguladora... ob. cit., pp. 84-85.

⁶¹ Santamaría Pastor, J. A. La Ley Reguladora... ob. cit., p. 85.

⁶² Navas Castillo, F. «Veinticinco años de actos de gobierno», ob. cit., p. 634.

⁶³ Navas Castillo, F. «Veinticinco años de actos de gobierno», ob. cit., p. 635.

los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, el legislador ha optado, claramente, por definir el acto político en función de su elemento subjetivo, es decir, en cuanto actos que emanan de esos órganos determinados.⁶⁴ La autora, en definitiva, no sólo sostiene la plena vigencia del acto político, sino que reivindica además las tradicionales posiciones que defienden su exención de control judicial en lo contencioso administrativo, remitiéndolo únicamente a la vía parlamentaria y, en su caso a la jurisdicción constitucional.⁶⁵

Las interpretaciones precedentes son cuestionadas por García de Enterría, quien, tomando como cita en la propia Exposición de Motivos («la Ley señala –en términos positivos– una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental»), sostiene que el art. 2 a) no ha pretendido enunciar una limitación de control, sino los aspectos de un control mínimo y siempre posible; pero en todo caso, afirma, «el debate es realmente ocioso porque “a través del control de los elementos reglados” es como se controlan todos los actos discrecionales (que es como han quedado correctamente calificados ahora los supuestos “actos políticos”) cuyo fondo de libertad de opción, querida por el ordenamiento, siempre ha de respetar el juez»⁶⁶.

En resumen, no cabe dudar de que el texto comentado, al no estar redactado en forma negativa, es decir, al no hacer exclusiones a la competencia jurisdiccional de ningún tipo de acto del Gobierno, permite que todos los actos, en tanto posean elementos reglados (y obviamente todos los poseen), o en tanto impliquen afectación de derechos fundamentales o causen algún daño que pueda generar responsabilidad patrimonial, puedan residenciarse ante la jurisdicción contencioso- administrativa, sin que el pretendido carácter político pueda esgrimirse como causa de inadmisibilidad. Sin embargo, ello deja sin resolver el problema de la existencia de la categoría del acto político del que se predique un control diferente y acaso menos intenso del que se predica de los actos administrativos. La cláusula de atribución positiva de competencia, tal como se recoge en el art. 2 a), lo único que asegura es que los actos de los Gobiernos serán susceptibles siempre del control judicial en algunos de sus elementos, sin que ello signifique, en principio, que los tribunales puedan realizar un análisis un poco más intenso de la decisión política, sin sustituirla, claro está, so pena de incurrir en un manifiesto quebrantamiento del orden institucional.

⁶⁴ Navas Castillo, F. «Veinticinco años de actos de gobierno», ob. cit., p. 635.

⁶⁵ Navas Castillo, F. «Veinticinco años de actos de gobierno», ob. cit., p. 626.

⁶⁶ García de Enterría, E. Democracia, Jueces y Control de la Administración, ob. cit, 4ta ed. p. 25.

De todo lo expuesto en el epígrafe anterior puede extraerse – coincidiendo con Muñoz Machado, la idea de aceptar que la LJCA ha hecho desaparecer como concepto legal a los actos políticos, aunque no como idea doctrinal, naturalmente, ni como concepto técnico.⁶⁷⁻ Y como idea y concepto técnico pervive y en cuanto tal es una categoría que la jurisprudencia aún sigue reconociendo para los actos de dirección política presididos por la máxima discrecionalidad posible y que con independencia de la mayor libertad de intervención que a partir de la nueva ley revelan las sentencias del TS en relación con algunas clases de dichos actos, en otros casos implica también decididamente la exclusión del control de algunos de ellos.

Recordando toda la doctrina jurisprudencial anterior a la LJCA sobre la naturaleza política de las relaciones entre el Gobierno y los demás órganos constitucionales, distinta de la administrativa, pronunciamientos judiciales posteriores a la entrada en vigor de la ley, inadmitieron recursos frente a determinadas decisiones relativas a la iniciativa legislativa. Tal es el caso del ATS de 3 de diciembre de 1998, en el que el tribunal prefirió no usar la categoría de acto político para calificar este tipo de actuación del Gobierno, sino que las rebautiza como «acto constitucional». Argumenta el auto que:

«no estamos en presencia de un acto de la Administración Pública, sujeto al derecho administrativo (...) sino que es objeto de impugnación jurisdiccional un acto del Gobierno(...) que tiene sus propios mecanismos de control, sin que, en consecuencia, y por tanto, pueda ejercer ésta Jurisdicción su función....Corolario obligado de la exposición anterior, por resultar el acuerdo impugnado acto constitucional, excluido en absoluto del ámbito de nuestro conocimiento y, consecuentemente, de su verificación, sea cuales fuesen las razones aducidas para basamentar la pretensión, es la declaración de la inadmisibilidad del recurso...»

Este pronunciamiento es mantenido en la STS de 26 /10/1999, reiterando que provenga del Consejo de Gobierno autonómico o del Consejo de Ministros, «se trata de una actividad política que culmina en un acto de tal naturaleza no susceptible de impugnación ante la jurisdicción» y luego en la más reciente de 21/12/2011.

⁶⁷ Muñoz Machado, S. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I, 3.ª ed., Iustel, Madrid, 2011, p. 928

En el campo de las relaciones internacionales, la sentencia de 31/05/2005 interpretando el art. 97 CE el TS incluye una enumeración, no exclusiva, de supuestos encuadrables en esta categoría. Dice la sentencia:

«...la proposición que hace el art. 97 y que expresa del modo indicado "dirige la política exterior del Estado", ha de interpretarse en el sentido fiel en el que la Norma Suprema la expone, es decir, ha de tratarse de un acto de dirección política de las relaciones internacionales entre España y el resto de Estados soberanos, así como con las Organizaciones internacionales supraestatales en las que el Estado español se integra y con las que crea vínculos de cooperación que se expresan por medio de Tratados que forman parte de nuestro Ordenamiento, (...). Otros aspectos de esas relaciones internacionales o exteriores (...) podrían ser los nombramientos de embajadores, o, por el contrario, el no cubrir embajadas vacantes o llamar a consultas al embajador en un estado concreto, o romper relaciones con un Estado en un momento determinado como reprobación de una política también determinada».

Sobre el alcance del su control judicial de estos actos recuerda el TS que de conformidad con las previsiones del art. 26 de la Ley del Gobierno y el 2 a) de la LJCA, «aún esos actos del Gobierno, que expresan su actividad de gobierno propiamente dicha, también estarían en determinados aspectos sujetos al control jurisdiccional».

También son catalogados de actos políticos las decisiones similares a las ya conocidas por la jurisprudencia como el acuerdo del consejo de Ministros por el que se propone a la asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa terna de candidatos para el puesto de juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STS de 27/10/2008), considerando que el acuerdo es recurrible conforme a la LJCA ya que, si bien se inscribe en el marco de un procedimiento que concluye en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y está regulado por normas de Derecho Internacional, es igualmente cierto que en el ordenamiento interno español tiene carácter definitivo.

Por último, otro aspecto importante en la doctrina jurisprudencial del acto político lo plantea la prerrogativa del indulto, el cual es calificado como un típico acto de Gobierno en una amplia jurisprudencia.⁶⁸

⁶⁸ Entre muchísimas otras: ATS 31/01/2000; STS 21/05/2001; STS 11/12/2002; STS 27/05/2003; STS 03/06/2004; STS 21/05/2005; STS 10/10/ 2007; STS 12/05/2011; STS 9/05/2013

La reciente STS de 9/05/2013, citando jurisprudencia anterior, recuerda que se trata «de actos del Gobierno incluidos entre los denominados tradicionalmente actos políticos» mediante el que «ejercita una de las competencias que en esa condición le atribuye el apartado k) del artículo 5 de la Ley 50 de 1.997, de 27 de noviembre». También aquí se refiere a la posibilidad de enjuiciamiento jurisdiccional de dicho acto, pero «sin que ello signifique que la fiscalización sea in integrum y sin límite de ningún género, pues esta posición resultaría contraria también a la Constitución. El propio Tribunal Constitucional ha señalado que la decisión (...) no es fiscalizable sustancialmente por parte de los órganos jurisdiccionales».

Sobre el indulto, no muy bien puede entenderse, a mi juicio, su calificación como acto político (aunque así también lo hace casi toda la literatura española sobre el tema) porque, siendo como es un acto singular (puesto que la Constitución prohíbe los indultos generales ex art. 62 i), que incide únicamente en la ejecución de una sentencia penal –por supuesto, también singular – mal pudiera encuadrarse como una actividad «de dirección política» a que se refiere el art. 97 CE y por supuesto, tampoco tiene en lo absoluto nada que ver con las relaciones entre órganos constitucionales.

Pero es el caso que el recurrir a la categoría del acto político le ha servido al TS para excusarse de ejercer el control de uno de los elementos reglados más trascendentales de los actos discrecionales: la motivación.

En la casi totalidad de las sentencias sobre este asunto y a las que ya hemos hecho referencia, el órgano jurisdiccional enfatiza en que «el acuerdo negatorio de la concesión de indulto constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales» y por tanto no le resultan de aplicación los requisitos exigidos al resto de los actos administrativos discrecionales «y entre ellos, y fundamentalmente, el de la motivación, que no es exigible en las decisiones que sobre el ejercicio del derecho de gracia se adopten por el Gobierno», por lo que el control «se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración; concretamente, a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos, informes que, por otro lado, no resultan vinculantes».⁶⁹

⁶⁹ No obstante, en la STS de 20/02/2013, mediante la que se anula parcialmente un indulto concedido por el Gobierno, el tribunal matiza el alcance de este control. Así, sostiene el TS que «a diferencia de otro tipo de actos políticos, especialmente aquellos que son propios del Gobierno en su función de dirección política del Estado, en los que la Ley no prefigura normalmente ni su extensión ni su contenido y sólo la Constitución les da cobertura, el indulto es esencialmente un producto jurídico que se justifica en virtud de una atribución normativa precedente que sirve para condicionar la extensión y límites de su ejercicio, aunque lo sea con un amplísimo margen de libre decisión.... Precisamente estos condicionantes jurídicos de la prerrogativa son los que autorizan la fiscalización del

Sin embargo en ninguna de sus sentencias el tribunal explica claramente qué diferencia al acto «graciable» del discrecional, o al menos por qué dichos actos no requieren de motivación, cuando de otros actos calificados como de Gobierno sí se exige y se controla.⁷⁰

De los razonamientos tribunal, lo que puede interpretarse es que con esta definición tautológica del derecho de gracia como «graciable» y además «libérrimo» el tribunal está diciendo, aunque no directamente, que se trata de un acto de naturaleza arbitraria, que es la cualidad que se predica de aquellas decisiones a la que no le es exigible justificación alguna de fondo.

Más explícita resulta la posición de la jurisdicción penal del propio TS, cuando en el Auto de 16/10/2012, sin ningún tipo de sutilezas o ambages se refiere a la genealogía del indulto como

«prerrogativa regia y manifestación de “justicia retenida” en su origen. Herencia del absolutismo, al fin y al cabo, de no fácil encaje, en principio, en un ordenamiento constitucional como el español vigente, presidido por el imperativo de sujeción al derecho de todos los poderes, tanto en el orden procedimental como sustancial de sus actos; y, en consecuencia, por el deber de dar pública cuenta del porqué de los mismos. Un deber especialmente reforzado en su intensidad, cuando se trata de resoluciones jurisdiccionales, más aún si de sentencias de condena; que, paradójicamente, pueden luego, como en el caso, hacerse vanas sin que conste ninguna razón estimable, en el ejercicio de una discrecionalidad política, más bien arbitrio, no vinculada e incontrolable, por tanto».

Luego termina reconociendo, resignadamente que: « dado el actual marco legislativo, es lo que hay, y, de aquí, la imposibilidad jurídica de seguir a la querellante en su planteamiento»

Y ese carácter arbitrario del indulto también parece asumirlo, desde la doctrina, el ex magistrado del TC, Manuel Aragón Reyes, cuando en el prólogo a la obra de César Aguado Renedo, Problemas Constitucionales del Ejercicio de la Potestad de Gracia, al referirse a la conclusión del

poder judicial, y concretamente de esta jurisdicción, como antes hemos señalado»... el contenido material del indulto «lo marca la Ley y este elemento reglado es el que abre la puerta al control de la jurisdicción».

⁷⁰ En la ya referida STS de 27/10/2008, sobre el recurso contra la propuesta de terna de jueces para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el tribunal rechaza las alegaciones de los recurrentes argumentando que el acto del Gobierno está «dotado de una motivación justificativa del cumplimiento por los candidatos propuestos de los requisitos exigidos por la norma internacional que regula el procedimiento electivo. Motivación que se extiende al orden en que figuran los candidatos...» Por otra parte, en las ya conocidas STS de 4/04/1997 (papeles del CESID) en su fundamento de derecho 6to, se hace un amplio control de la motivación del acuerdo del Consejo de Ministros para denegar la clasificación de los papeles solicitados

autor de que «el control jurídico lo debe ser sobre los motivos del indulto, es decir, sobre su oportunidad», apunta que en su opinión «quizás debiera aceptarse, en nuestro ordenamiento, pese a lo previsto en el artículo 9.3 de la Constitución, la existencia de algunos actos políticos insusceptibles de control de oportunidad» y que «[l]a decisión del Gobierno de conceder o no conceder el indulto quizás debiera considerarse como un acto político no susceptible de control judicial»⁷¹.

En mi opinión Aragón Reyes mezcla dos conceptos que, si bien tienen estrecha relación, no son exactamente lo mismo y tienen implicación distinta en el control jurisdiccional: los motivos del acto y la oportunidad.

Los motivos de una decisión discrecional (sea política o administrativa) son los fundamentos que justifican la decisión, las razones que se dan en favor de la opción elegida por la autoridad de las diversas posibles que le concede el ordenamiento. Los motivos no pueden ser alegaciones de cualquier tipo, sino que deben ser razones jurídicamente válidas, razones reconocidas por el ordenamiento como verdaderamente justificadoras de la elección realizada. En el caso que nos ocupa, deberán ser motivos que el derecho reconocería como válidos o admisibles para conceder un indulto. La propia LI condiciona el ejercicio del derecho de gracia a la existencia de «razones de justicia, equidad o utilidad pública» (arts. 2.3 y 11), es decir, exige la concurrencia de ciertos motivos que han de constituir la base de la justificación de la decisión. Son éstas y no otras las razones que válidamente pueden ofrecerse para justificar la concesión o negación de un indulto.

La oportunidad, en cambio, se refiere a la conveniencia o no de adoptar una decisión o el sentido en que ésta debe ser tomada. Presupone la libertad del órgano facultado para valorar y escoger las circunstancias ante la cual dictara un acto, o el acto que podrá dictar ante determinadas circunstancias -aquí sería el decidir si se concede o se niega el indulto, a quien se concede y cuál ha de ser su alcance -. La oportunidad constituye el núcleo del poder discrecional por cuanto presupone el otorgamiento de un poder propio y exclusivo que tiene que ser respetado por los órganos juzgadores y por tanto no alcanza a su poder de control.

Pero los motivos, en tanto son susceptibles contrastarse con el Derecho, pueden y deben ser objetos de control jurídico, pero sólo si son exteriorizados, es decir, a través de la motivación. Como mismo ha dicho el TS, «los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos,

⁷¹ Aragón Reyes, M. Prólogo, en Aguado Renedo, C. Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia, Civitas, Madrid, 2001, pp. 20- 21.

justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios» (STS de 5/05/1994).

Otro de los aspectos que tienen relevancia en la determinación de la naturaleza del indulto, es el control que de él puede hacerse a la luz de otros principios generales del derecho que inciden en el ejercicio de las potestades discrecionales,⁷² como lo es el principio constitucional de igualdad (art. 14 CE) que impide tratamientos discriminatorios o desiguales hacia los individuos que se encuentran en situaciones análogas o similares. Como sostiene Entrena Cuesta, el principio de la igualdad, aunque aplicable a todas las actuaciones del Estado, ofrece especial interés en cuanto límite del poder discrecional, pues el ejercicio de éste debe adecuarse especialmente a las exigencias de este principio.⁷³

Existe entonces desigualdad y el acto así dictado estaría viciado, cuando de la actuación administrativa surge un disparate trato de dos o más casos, pese a no existir sustancial diferencia de circunstancias de hecho; o lo que es lo mismo, por haberse discriminado entre supuestos similares, dando a unos y a otros, no obstante su esencial identidad, tratamientos distintos.⁷⁴

De entre las muchas posibilidades que ofrece la aplicación del principio de igualdad como técnica genérica del control de la discrecionalidad, está la llamada vinculación al precedente,⁷⁵ relacionado también con la prohibición de autocontradicción. Se admite, en efecto, que la contradicción de un acto administrativo con otro anterior emanado en circunstancias análogas produce la violación del principio de la igualdad y, como consecuencia, dicho acto puede ser

⁷² Según Luis María Díez Picazo, los principios tienen la mayor importancia en el derecho administrativo y en el control de la discrecionalidad. «Las especiales características históricas y estructurales de esta rama del ordenamiento hacen que una adecuada utilización de los principios generales sea imprescindible para controlar la discrecionalidad de la Administración. Sin principios generales no es posible actualmente un Derecho administrativo que ofrezca unas mínimas garantías al administrado» En: «La doctrina del precedente administrativo». Revista de Administración Pública, No. 98, 1982, p. 10.

⁷³ Entrena Cuesta, R. «El principio de igualdad ante la ley y su aplicación», Revista de Administración Pública. No. 37. Madrid, 1962. p. 67.

⁷⁴ García de Enterría, E. «La interdicción de la arbitrariedad en la Potestad Reglamentaria», Revista de Administración Pública. No. 30, 1959. pp. 149-150.

⁷⁵ García de Enterría, E. «La interdicción...» ob. cit., p. 150; Díez Picazo, L. M. «La doctrina del precedente...», ob. cit. p. 43. Refiere este autor que La Administración «al hacer uso de esas potestades que el ordenamiento le confiere, se autolimita en un determinado sentido, porque los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe, a los que está sujeta, le exigen que mantenga cierta uniformidad en sus criterios y actuaciones. La doctrina del precedente es, por ello, un instrumento técnico al servicio de los mencionados principios generales del Derecho. Es un medio para detectar si la Administración ha violado estos principios, así como para determinar cuándo puede apartarse de ellos legítimamente».

controlado por la jurisdicción contencioso-administrativa. No hay duda que esta forma de control ofrece máximas posibilidades, pues la Administración frente a supuestos idénticos, no debe sino decidir en forma también idéntica.

Ahora bien, si esta esta manifestación del derecho de igualdad y la vinculación al precedente no es predicable del acto de indulto, es decir, si ante situaciones de hecho idénticas o similares es posible realizar discriminación por parte del Gobierno, decidiendo «libérrimamente» a quien concede indulto y a quien no, entonces claro está, el indulto no obedecería a parámetro jurídico alguno de fondo – y de poco valdrán entonces las «razones de justicia, equidad o utilidad pública» –, con lo cual ciertamente no se estaría ante un acto jurídico discrecional (de jurídico sólo tendría el aspecto formal).

Pero en todo caso tampoco se estaría ante un acto político porque difícilmente pueda considerarse como un actividad «de impulso originario, innovadora y creadora»⁷⁶, sino más bien como «administración de la gracia» que encuentra asiento en la «función ejecutiva, conforme a una determinada política interior, con arreglo a la Constitución y las leyes»⁷⁷ y porque un acto de esta naturaleza además requiere la exposición de las razones por las que se adopta (lo mismo de un tratado internacional, que de una subida de impuestos que de una proposición de ley).

Razones políticas, claro está pero razones al fin y controlables por los órganos de esa naturaleza. Pero este no es el caso del derecho de gracia, en primer lugar porque como ya se ha dicho, no tiene nada que ver con la «dirección política interior o exterior del Estado» ni con las «relaciones entre los órganos constitucionales del Título V CE»; en segundo lugar porque quien tramita los expedientes y emite las valoraciones favorables o no a su concesión o denegación no es un órgano político, sino jurídico (el tribunal sentenciador) y el órgano decisorio en tanto acepte y reproduzca los fundamentos del tribunal no estaría tomando una decisión de contenido político. Sólo en el caso de que, por pura conveniencia política el Gobierno decida conceder el derecho de gracia, entonces sí se estaría ante un acto movido por fines políticos, pero sucede que la teoría del móvil hace muchos años que fue abandonada como justificación de la categoría de los actos políticos.

En resumen, en tanto del indulto no se exige justificación ninguna y en consecuencia, la

⁷⁶ Así reza la clásica definición de función política de López Guerra, citada por otros varios autores: Cfr. López Guerra, L. «Funciones del Gobierno y Dirección Política» ob. cit., p. 26

⁷⁷ Lopez Aguilar, J.F. «Una reflexión a propósito del control parlamentario del ejercicio del derecho de gracia» Revista de las Cortes Generales, No. 37, 1996, p. 335.

ausencia de motivación determine la ausencia de parámetros de control jurídico sustancial, no es un acto de naturaleza discrecional, sino arbitraria – como lo ha sido desde sus inicios⁷⁸–.

En esta interpretación jurisprudencial del indulto, quizás tuvo que ver la reforma introducida a la Ley del Indulto, por la Ley no. 1/1988, de 14 de enero.

Según cuenta Requejo Pagés, durante el debate parlamentario de la reforma, bajo el título «Adaptación Terminológica» se propuso modificar el artículo 30 de la LI en el sentido de sustituir «Gaceta Oficial» por «Boletín Oficial del Estado» y «Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros» por «Real Decreto». De esta manera – apunta– ya sea por astucia o inadvertencia, la propuesta fue aceptada sin discusión. «Así, – dice– de manera que me atrevería a calificar de clandestina –pero, visto el resultado, no de torpe si, como cabe deducir de la vigencia continuada de la Ley 1/1988, tal era lo que a la postre se perseguía– se terminó con casi 120 años de indultos motivados y se volvía –y en ella seguimos– a las maneras propias de los tiempos de la real gana».⁷⁹

A esta situación no le ha faltado la oposición de algunos autores. Precisamente contraponiendo los conceptos de discrecionalidad y arbitrariedad y en el entendimiento de que esta última está expresamente prohibida ex art. 9.3 CE, los autores que han estudiado con profundidad el instituto del indulto reclaman de éste la exigencia de motivación que posibilite un adecuado control jurídico.

Aguado Renedo⁸⁰ sostiene que «el ejercicio de la gracia no es un acto arbitrario ni un acto político en el sentido técnico de ambos vocablos (...), sino un acto discrecional, parece que puede y aún debe atenderse, en lo que al control de la potestad se refiere, a las citadas

⁷⁸ Según cuenta Requejo Pagés en los debates parlamentarios de la Ley de Indulto, el carácter arbitrario de la gracia fue un elemento presente en el pensamiento de los diputados, y así fue plasmado en el texto de la Ley: « En esta Ley se fijan, por tanto, los principios que han inspirado el ejercicio del indulto particular durante más de un siglo, demostrándose perfectamente extrapolables a regímenes tan diversos como el actual o el franquismo. El indulto particular queda dibujado como una facultad arbitraria (graciosa) del Estado, sin más límites, en su ejercicio, que los derivados de la necesidad de contar, en su caso, con el perdón del ofendido y de motivar, siempre (hasta 1988), la razón de su dispensa». Requejo Pagés, J.L. «Amnistía e indulto en el constitucionalismo español», *Revista Historia Constitucional*, Universidad de Oviedo, No. 2, 2001, p. 131.

⁷⁹ Requejo Pagés, J.L. «Amnistía e Indulto en el constitucionalismo español», *ob. cit.*, p. 138.

⁸⁰ Cfr. Aguado Renedo, C. *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Civitas, Madrid, 2001. También en «Problemas constitucionales de la potestad de gracia: en particular, su control», en: *La democracia constitucional. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*. Madrid, 2002, pp. 912 y ss y «Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: el Caso Gómez de Liaño», *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 63, 2001, p. 312.

construcciones doctrinales de la fiscalización de la discrecionalidad». ⁸¹ Considera la motivación como un elemento del derecho de gracia directamente contrastable con la Constitución ⁸² en tanto garante del principio constitucional de interdicción de arbitrariedad. Por tanto, aun admitiendo la vigencia de una presunción favorable a una actuación correcta (no arbitraria) de los poderes público sin que exista motivación

«la misma debe quedar absolutamente enervada cuando el acto de que se trata tiene el carácter que tiene la gracia (...) el carácter de interferencia en la labor de juzgar (...) expuesto de otro modo, cuando el acto de un órgano público contradice otro emanado por otro órgano distinto, y no un órgano cualquiera, sino un órgano jurisdiccional. En este caso, sin negar un notable margen de maniobra para beneficiar a los sujetos de las consecuencias desfavorables impuestas por los Tribunales resulta, más que necesaria, imprescindible la motivación de tal decisión.
» ⁸³

El problema estaría en la extensión o intensidad con que se haga el control de la motivación como elemento reglado del acto que es, pero ciertamente el indulto demanda en todo caso una fundamentación que impida considerarlo como un acto arbitrario y, por ende, prohibido por la CE.

Sobre estas premisas el autor propone su teoría básica de la motivación, que resumidamente consiste en que: a) ha de existir motivación del acto de perdón; b) la misma puede ser escueta, pero en todo caso los fundamentos últimos de la decisión deben aparecer en el «oportuno expediente» que se ha de formar por y c) ha de ser una motivación que obedezca a intereses generales, no «particulares» del órgano que la decide (favores políticos, intereses de grupos concretos, presión social etc.) ⁸⁴

Siguiendo a Aguado Renedo, Luis Bueno Ochoa parte también del principio constitucional de interdicción de arbitrariedad para afirmar que, al menos en los casos en que el acto del Gobierno sea contrario al informe del tribunal sentenciador, la motivación se presenta como imprescindible, «ya sea porque haya de contrarrestar el criterio manifestado en contrario, o, ya sea porque la acción de gobierno haya de exteriorizar, o dar conocimiento, de las razones justificativas de la

⁸¹ Aguado Renedo, C. Problemas constitucionales del ejercicio... ob. cit., p. 212.

⁸² Aguado Rendo, C. «Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: el Caso Gómez de Liaño», Revista Española de Derecho Constitucional, No. 63, 2001, p. 312.

⁸³ Aguado Rendo, C. «Análisis...» ob. cit., p. 312.

⁸⁴ Aguado Renedo, C. Problemas constitucionales del ejercicio...ob. cit., p. 215.

misma.⁸⁵

La misma posición defiende Juan Fernando López Aguilar, para quien no cabe aducir «que el indulto es una potestad soberana del Gobierno –vale decir arbitraria–, que no tendría que justificarse, ni podría en modo alguno fiscalizarse o controlarse. Sencillamente no lo es».⁸⁶

En similar sentido García Mahamut considera a la concesión o denegación del indulto como una facultad discrecional del Gobierno que «debe ser (...) controlada en todo aquello que aparezca reglado incluso (...) cabe dar un paso más en materia de ponderación en la protección de los derechos fundamentales obligando claramente a motivar tanto la denegación como la concesión de tales indultos».⁸⁷

Gallego Anabitarte y Méndez Rexach también comulgan con la necesidad de motivación del indulto pues «que el Estado perdone como un particular no encaja en un orden constitucional y de legalidad».⁸⁸ Asimismo realizan una valoración sobre el control judicial del derecho de gracia, que merece la pena reproducir, como culminación de este epígrafe. En su crítica a la STS de 17/09/1996, en la que se acordaba que no cabía «enjuiciamiento de la legalidad» de una condonación de deudas, ya que se trataba de «un acto de liberalidad que no necesitaba motivación específica» en un asunto en que el particular «no tiene derecho preexistente»; le reprochan el incorrecto razonamiento, argumentando que:

«el hecho de que no exista un derecho preexistente (...) no justifica que no se pueda enjuiciar por el tribunal la legalidad (proporcionalidad, ponderación, motivación, etc.) de una denegación de condonación de sanción: el expediente, los hechos, los informes (...) pueden llegar al resultado de que la denegación es contraria a Derecho. Se podría argumentar que si se trata de una gracia o perdón, no parece prima facie, posible introducir el Derecho; pero esto es un antropomorfismo jurídico político, porque lo que [no] es aplicable al ser humano (el perdón está fuera del Derecho) sí es posible en el Estado y en el derecho público, ya que el Estado no actúa por liberalidad o altruismo, sino de acuerdo con la Constitución y la Ley, para satisfacer el interés general. Esta afirmación también

⁸⁵ Bueno Ochoa, L. Elogio y Refutación del Indulto. Ediciones FIEC, 2007, p. 93

⁸⁶ López Aguilar, J. F. Prólogo en Mahamut García, R. El indulto. Un análisis jurídico constitucional. Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 15.

⁸⁷ Gallego Anabitarte, A y Menéndez Rexach, A. «Artículo 97...» ob. cit., p. 140.

⁸⁷ Mahamut García, R. El indulto. Un análisis jurídico constitucional, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 242.

⁸⁸ Gallego Anabitarte, A y Menéndez Rexach, A. «Artículo 97...» ob. cit., p. 140.

tendrá vigencia, prima facie, en el indulto, que es perdón». ⁸⁹

De todo este recorrido jurisprudencial expuesto, se pueden extraer las siguientes glosas:

A pesar de lo pretendido en la LJCA y declarado expresamente en su Exposición de Motivos sobre la desaparición de la categoría de acto político, ésta, con ese nombre u análogo («acto de gobierno», «acto constitucional») se mantiene aún en el ordenamiento español para ciertos actos del Gobierno y de los consejos de Gobierno autonómicos cuando actúan – se dice – como órganos constitucionales, actuación que resulta diferente a la puramente administrativa. Ciertamente, tanto la legislación como la propia jurisprudencia se han encargado de despojar al concepto de sus atributos originarios, esto es, el de excluir del control jurisdiccional a los actos calificables como tal, mediante la introducción del control de los elementos reglados, la protección de los derechos fundamentales y las indemnizaciones que procedan. Pero esto tampoco ha sido así en todos los casos. Si lo hubiera sido, la distinción entre actos políticos y actos administrativos discrecionales sería perfectamente inútil (como de hecho lo es en la mayoría de los casos) porque, como bien señala García de Enterría, a través del control de los elementos reglados, que es como se controlan todos los actos discrecionales, ⁹⁰ ambos conceptos tendrían la misma consideración, esto es, actos discrecionales del Poder Ejecutivo.

Pero como se ha visto, aún después de la entrada en vigor de la LJCA la jurisprudencia ha seguido utilizando el acto de Gobierno para omitir el enjuiciamiento de esos elementos reglados (o de algunos de los elementos reglados) de actos del Gobierno al menos en dos supuestos claros: El de la iniciativa legislativa, en el que el TS se desatiende claramente de la previsión del art. 2 a) de la LJCA, inadmitiendo de plano recursos contra actos que gozan de esa naturaleza política, omitir con ello el deber de fiscalizar los actos del Gobierno «cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos» y el segundo es el ejercicio del derecho de gracia, al que, por su particular tratamiento jurisprudencial, le haremos un aparte en el siguiente epígrafe.

VIII.- HACIA UN AMPLIO CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO.

Quienes hoy sostienen la necesidad y legitimidad de la categoría del acto político (o «de Gobierno» u otro nombre análogo), lo hacen, como se ha visto, bajo el argumento de que en su

⁸⁹ Gallego Anabitarte, A y Menéndez Rexach, A. «Artículo 97....» ob. cit., p. 141.

⁹⁰ García de Enterría, E. Democracia, Jueces y Control de la Administración, ob. cit., 4ª ed. p. 25.

función de «director político por mandato constitucional» tiene un «cometido diferenciable de su también posición como integrante, cúspide de la Administración»⁹¹ y por tal razón ha de existir «un espacio de independencia política respecto del control judicial».⁹²

Ahora, cabría preguntarse: ¿Por qué la independencia política del Gobierno respecto del control judicial es distinta de la administrativa? ¿Es que el principio de sometimiento al Derecho o el de separación de poderes tienen una connotación diferente cuando un órgano constitucional actúa como Gobierno que cuando actúa como Administración?

Como es harto conocido, la CE establece como principio el sometimiento de todos los poderes públicos al ordenamiento jurídico y encarga a los tribunales el control de ese principio de legalidad. De la misma manera, en virtud del también constitucional principio de división de poderes, el ordenamiento jurídico le atribuye al Ejecutivo en varios ámbitos que entran en la esfera de su dominio – ya se actuando como Gobierno, ya como Administración –, un poder de decisión propio y exclusivo que responde a criterios extrajurídicos, un poder que le posibilita en esos ámbitos actuar o no actuar, y si decide hacerlo, elegir cualquiera de las opciones posibles, pues todas ellas son igualmente legítimas en ninguno de estos supuestos la decisión puede ser sustituida por la jurisdicción. Se trata del poder discrecional.

Los actos políticos del Gobierno son una manifestación del mismo poder discrecional con que se manifiesta la Administración y por tanto susceptibles de control jurisdiccional mediante los mismos parámetros y las mismas técnicas con los que se controla los actos discrecionales administrativos.

De manera que, coincidiendo con García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en el marco constitucional y jurídico administrativo actual, la categoría del acto de Gobierno es totalmente inútil,⁹³ en tanto que los actos administrativos y los políticos no tienen una diferencia de naturaleza que los haga someterse a distintos regímenes de control.

La diferencia entre los actos de gobierno y los administrativos es únicamente una cuestión de gradación de la discrecionalidad, teniendo en cuenta la distinta densidad normativa con que son regulados unos y otros. Y aquí vale recordar la vieja definición de acto de gobierno, de Adolf Merkl:

91 Garrido Cuenca, N. El acto de Gobierno, ob. cit., p. 734

92 Ortega, L. Prólogo en Garrido Cuenca, N. El acto de Gobierno, ob. cit., ob. cit., p. 35.

93 García de Enterría y Fernández, T.R. Curso de Derecho Administrativo. 15ª ed. Civitas, Thompson Reuters, Madrid, 2011, T. I, p. 604.

«...lo decisivo no es el grado de vinculación o de libertad respecto al derecho considerado en su conjunto, sino la no determinación previa de los actos administrativos por otros actos administrativos, especialmente por medio de instrucciones; esto es lo que constituye su peculiaridad, que los separa de los demás actos administrativos, y justifica el que podamos apartar, dentro de la administración, un complejo funcional que designamos como gobierno. Gobierno es, por tanto, administración cualificada, competencia de órganos administrativos supremos, siempre que sus funciones -como delegadas inmediatamente por la Constitución y no condicionadas por leyes ordinarias- no se hallen en el mismo plano que la ley y sea preciso acoplarlas a la legislación por su sentido de ejecución inmediata de la Constitución». ⁹⁴

Es decir, el criterio distintivo entre el acto político y el administrativo es el de la densidad normativa y no el de vinculación (positiva o negativa) a la norma jurídica. La esencia está en el mayor o menor detalle con que se regula de dicho vínculo. Las facultades del Gobierno, en tanto derivadas directamente de la Constitución, son reguladas por lo general con mucho menor detalle que las reservadas por la ley o los reglamentos a la Administración. Los preceptos constitucionales tienden a ser más indeterminados, flexibles o etéreos, configurando reglas de tipo principial o directiva, dejando al Gobierno la libertad de adoptar las decisiones que en cada momento considere oportunas para su concreción (ello no quiere decir que el contenido de un acto del Gobierno no pueda estar predeterminado de manera bastante intensa y exhaustiva, incluso más que un acto administrativo). Por tanto, la discrecionalidad política goza de un plus respecto de la administrativa, es el caso típico de discrecionalidad fuerte a la que se refiere Dworkin, ⁹⁵ ello hace que los parámetros de control jurídico sean imprecisos y prácticamente inexistentes, pero ello, en cualquier caso, no entraña la imposibilidad de confrontación con la norma de los elementos que ésta regula y su observancia por el Gobierno.

En palabras de Francesc de Carreras, «no existe una diferencia cualitativa entre actos políticos y administrativos (...) la diferencia, quizá, es del tipo cuantitativo en cuanto al grado de apertura de la discrecionalidad. En los actos políticos esta apertura es muy grande y, en muchos casos, la discrecionalidad abarca todo el contenido del acto (...) pudiéndose controlar los aspectos meramente formales y de competencia. (...) desde este punto de vista, puede hablarse de actos

⁹⁴ Merkl, A. Teoría General del Derecho Administrativo, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 81.

⁹⁵ Que se da cuando funcionario para decidir no se sujeta a estándares establecidos por otra autoridad. Dworkin, R. Los Derechos en serio. Ed. Ariel S.A. Barcelona, 1984. p. 84.

políticos en el sentido de que son actos cuyo control es mucho más débil que en los actos administrativos normales»⁹⁶

En suma, donde hoy se afirma la existencia de actos políticos del Gobierno, aludiéndose a construcciones elaboradas para situaciones y contextos distintos a los actuales, debe hablarse de potestades discrecionales sometidas al imperio de la Constitución y el ordenamiento de derecho y por tanto, de la posibilidad de extender el control de dichas potestades hasta donde lo exija el sometimiento a la legalidad. Si se predica, como constantemente lo ha hecho el TS y el propio TC, el control de la competencia o el procedimiento de esos «presuntos actos políticos», de la misma forma debe predicarse el control del resto de los elementos reglados de dichos actos – mediante los mismos instrumentos y técnicas dispuestos para el enjuiciamiento de los actos administrativos– en tanto todos ellos en su conjunto constituyen la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad.

Evidentemente el ejercicio de control de dichos actos no es una labor sencilla. La complejidad o la especial naturaleza de algunos actos debido a intereses públicos en juego, la posición institucional del Gobierno y el respeto de la división de poderes, el plus de discrecionalidad en el terreno político, son argumentos que están de ordinario presentes cuando de juzgar decisiones gubernamentales se trata.

No obstante, es claro que siendo de la misma naturaleza actos administrativos y actos de gobierno, «los llamados actos de dirección política deben someterse así al test de las técnicas de control de los actos administrativos» cuyo alcance estaría determinado « en función de un examen contextual de cada decisión».⁹⁷

En efecto, la delimitación de los elementos que al margen de los puramente formales (competencia, forma, procedimiento) deben considerarse como reglados, al igual que las valoraciones que han de hacerse de aquellas actuaciones gubernativas que impliquen afectación a los derechos fundamentales, revelan la práctica imposibilidad de establecer a priori dónde se sitúa el límite infranqueable que no pueden traspasar los órganos judiciales sin penetrar las competencias del Poder Ejecutivo. A pesar de este riesgo, el alcance y la intensidad del control judicial de las decisiones gubernamentales, así como las técnicas y principios con los que se

⁹⁶ Carreras i Serra, F. «Funciones constitucionales y actos del Gobierno», en Parejo Alfonso, L. (dir) Estudios Sobre el Gobierno. Seminario sobre el proyecto de Ley Reguladora del Gobierno, Universidad Carlos III- BOE, Madrid, 1996, p. 257.

⁹⁷ Xiol Ríos, A. Voto particular, STS 4/04/1997 (ponente Trillo Torres)

hace efectivo y, en definitiva, la delimitación de lo que en su caso sea el núcleo político incontrolable, parece adaptarse casuísticamente al caso enjuiciado (o si se prefiere al conjunto de asuntos que responden al mismo ámbito de potestades gubernativas) cuidando siempre de no suplantar aquello que, en cuanto auténtica cuestión política, es de la exclusiva competencia del Gobierno, y solo a él corresponde decidir con la máxima discrecionalidad.

De los tres aspectos recogido en el art. 2 a) LJCA en los que ha de ejercerse el control de los actos de Gobierno, en principio no debe plantear especial dificultad la verificación de las cuestiones que se susciten respecto de la determinación de las indemnizaciones procedentes de dichos actos y su conocimiento por lo contencioso administrativo, teniendo en cuenta que la responsabilidad patrimonial tiene un tratamiento unitario, regulado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que no supone ninguna cuestión problemática. Los aspectos que mayores dificultades y controversia han generado tienen que ver con los otros dos a los que alude la norma vigente: los elementos reglados y los derechos fundamentales.

En lo que se refiere a los elementos reglados, su control dependerá de la interpretación que éste término merezca o del alcance que se le otorgue. No hay problemas en aceptar que en todo caso comprende la verificación de los elementos formales (competencia, procedimiento, forma del acto); los problemas resultan cuando se trata de aquellos otros cuya densidad o predeterminación normativa hace que los parámetros de control sean menos precisos (los conceptos jurídicos indeterminados (seguridad, justicia, equidad, etc.), la motivación o los fines y la eventual desviación de poder.

El examen de las técnicas de control aplicable a los actos políticos, bien pueden resumirse brevemente del voto particular del magistrado Antonio Xiol Ríos sobre la ya citada STS 4/04/1997:

- A) La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, que lleva a entender también aplicable el procedimiento consistente en la determinación de zonas de certeza negativa, que no puede afectar a la posición constitucional del Gobierno.

«La aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites con la intención de agotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso

intelectivo de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional»⁹⁸

- B) La necesidad de motivación, «que obliga a atisbar cualquier indicio de arbitrariedad, es decir, de falta de razonabilidad que pueda advertirse en la motivación, integrada no sólo por los fundamentos de que se acompaña la decisión, sino también de los informes previos, de tipo jurídico y fáctico, en que el órgano constitucional se apoya. Ello comporta también una referencia instrumental a la desviación de poder⁹⁹ y a las técnicas cuidadosamente acuñadas para su examen».

Con la motivación, la autoridad ha de hacer expresa alusión del fin que y las razones que justifican la decisión tomada. Tal exigencia aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales y que desde el punto de vista del particular traduce una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de sus derechos, ya que de la motivación depende que pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto. Todo poder es conferido por el ordenamiento como instrumento para la consecución de un fin de interés público lo que implica, consecuentemente para la autoridad la prohibición de actuar con una finalidad impropia. Cuando en su actuación el poder público desatiende la finalidad específica prevista en la norma habilitante, incurre en un vicio de desviación de poder que determinante la nulidad de la decisión, por no responder en su motivación interna propósito inspirador de la norma.

- C) La técnica del control por los principios y valores constitucionales. (Los principios generales del Derecho). «La llamada interpretación principal, permite superar algunas limitaciones propias de los conceptos jurídicos indeterminados como técnica de control, pues no juega sólo con niveles de certeza y de determinación, sino que incorpora hoy elementos valorativos tomados de la norma fundamental».

⁹⁸ García de Enterría, E. y Fernández T. R. Curso de Derecho Administrativo, ob. cit., 15ª ed. pp. 483.

⁹⁹ Todo poder es conferido por el ordenamiento como instrumento para la consecución de un fin de interés público lo que implica, consecuentemente para la autoridad la prohibición de actuar con una finalidad impropia. Cuando en su actuación el poder público desatiende la finalidad específica prevista en la norma habilitante, incurre en un vicio de desviación de poder que determinante la nulidad de la decisión, por no responder en su motivación interna propósito inspirador de la norma.

Los principios generales del Derecho «expresan los valores básicos del ordenamiento, aquéllos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético- jurídicas fundamentales de una comunidad».¹⁰⁰ La enorme importancia que revisten hace considerarlos al mismo nivel que la ley escrita dentro del esquema del ordenamiento jurídico y en consecuencia determinan, al igual que aquella, el marco reglado que al que debe ajustarse cualquier autoridad en el ejercicio de sus potestades. De manera que, por muy amplia que haya sido la esfera dejada a la discrecionalidad, el poder público deberá siempre atenerse a los límites sustanciales fijados por la vigencia de estos principios, que se les impone con la misma fuerza reguladora que la ley y cuya inobservancia debe conducir a la invalidez del acto que los infringe.

- D) La noción de asequibilidad, «que no debe referirse necesariamente a la ley, sino, en último término, a la Constitución, y, en cuanto a su contenido, a la naturaleza de la materia sobre la que la decisión se proyecte. De esta suerte, permite someter a examen aquellos elementos de la actuación fiscalizada que, sin convertir al tribunal en un foro alternativo para la toma de la decisión, favorece el abordar con métodos jurídicos el examen de la razonabilidad de aquélla por tratarse de conceptos comprensibles para el tribunal con cierta garantía de acierto y no especialmente comprometidos por la necesidad de disponer de unos conocimientos o de un nivel de información que pueden resultar inaccesibles al juzgador.

¹⁰⁰ García de Enterría, E y Fernández T. R. Curso de Derecho Administrativo, ob. cit., 15ª ed. p. 89.