

LOS ACTOS POLITICOS DEL GOBIERNO EN EL DERECHO ESPAÑOL (I)

Por M. BAENA DEL ALCAZAR

Sumario: CAPÍTULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN: 1. *El planteamiento general y la posición de la ciencia jurídica española.* 2. *Los datos iniciales del problema.*—CAPÍTULO II: LOS ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. *Generalidades.* 2. *El Gobierno como sujeto de los actos políticos:* A) El Tribunal Supremo, de espaldas al problema. B) La definición jurisprudencial del requisito subjetivo. C) Las cuestiones no resueltas. 3. *La materia política de los actos:* A) La diferencia entre función política y administrativa. B) El carácter de la fórmula delimitadora de la competencia jurisdiccional. C) El tratamiento jurisprudencial de las exclusiones expresas. 4. *El criterio de distinción entre actos políticos y actos administrativos del Gobierno.* 5. *El tratamiento jurisprudencial de los aspectos formales:* A) El posible valor político del silencio. B) El posible carácter político de los reglamentos. 6. *El tratamiento jurisprudencial de las garantías procedimentales.* (Concluirá.)

CAPITULO PRIMERO

INTRODUCCION

1. El planteamiento general y la posición de la ciencia jurídica española

La idea general del Estado de Derecho lleva consigo la exigencia de que el poder político se someta a las normas jurídicas en el conjunto de su actuación, de modo tal que los miembros de la comunidad obedezcan a estas normas y no a un poder personal. La ciencia y la técnica del derecho público, aunque no son ajenas al enfoque anterior, exigen además que esta sumisión del Poder a reglas preestablecidas no se plantee en términos

genéricos, sino también acto por acto, para que frente a cada uno de ellos exista una garantía. El derecho administrativo reproduce este planteamiento en su campo concreto respecto a las repercusiones de los actos de poder en la vida diaria, los derechos, las actividades y, en su caso, el patrimonio de aquellos miembros de la comunidad.

Todas estas perspectivas se ven afectadas por el problema que se va a estudiar a continuación, que se refiere, diciendo en términos llanos algo bien conocido por los especialistas, a la posibilidad de llevar con éxito a los Tribunales un proceso en el que se discuta la validez de un acto determinado del Gobierno. Pues el caso es que dicha posibilidad no está clara, ni mucho menos, en España en este momento. Nuestra legislación ha admitido y sigue admitiendo una categoría de actos, los actos políticos del Gobierno, que no pueden controlar los Tribunales de Justicia porque la ley se lo prohíbe.

El problema es, desde luego, de carácter político porque se refiere al control del Poder, pero es también un problema jurídico porque se trata de montar ese control por medios y procedimientos jurídicos y hacer que consista en definitiva en el enjuiciamiento por los Tribunales. Por ello se trata de un tema fronterizo entre la Política y el Derecho. Pero a su vez es asimismo un tema límite entre varias ramas jurídicas porque se refiere a una actividad del Gobierno normalmente estudiada por el derecho político y constitucional, pero también a un control del Poder público por los Tribunales ordinarios, cuestión que pertenece al contenido del derecho administrativo.

Hay, por tanto, aquí un doble desajuste. De una parte la aspiración política de control del Poder se encuentra con la limitación de las deficiencias del derecho público para conseguir en la práctica este objetivo. De otra parte, el planteamiento general del control de la actividad política en su conjunto (propio del Derecho político y constitucional) no encuentra su correspondencia adecuada con el aseguramiento del principio general, caso a caso y en las circunstancias de la vida diaria, cuando de la actuación del Poder se deduzcan perjuicios para una persona concreta (planteamiento propio del Derecho administrativo).

Con todo ello tienen mucho que ver los desfases entre las aspiraciones políticas y la realidad y también, por supuesto, las limitaciones de las ciencias jurídicas. Pero el problema depende en mucha mayor medida de lo que dispongan las leyes de un país determinado, pues son estas leyes las que, en su caso, consagran la prohibición de que los Tribunales controlen al Gobierno. Por eso es indispensable plantearse la cuestión en las circunstancias concretas del aquí y el ahora, preguntándose por qué y en qué términos se formula esta prohibición y cómo se fundamenta, si es el caso, en el resto del sistema jurídico. Sólo entonces se estará en condiciones de formular una denuncia y, si necesario fuera, una propuesta de reforma respecto a un problema español, que no es idéntico al que pueda existir en otros países en la misma materia, aunque presente con él ciertas analogías.

Desgraciadamente no ha sido éste el camino seguido por la ciencia jurídica española. El tema se ha estudiado normalmente en España, enfocando las soluciones del derecho positivo desde una perspectiva jurídico-formal aneja a una ciencia del Derecho administrativo de valor abstracto y general. La doctrina, al ocuparse del problema, ha dado cuenta del origen francés y jurisprudencial del mismo (1), así como de la explicación de la ausencia de control por la teoría del móvil político de los actos y después por la de la distinta naturaleza de éstos respecto a los actos administrativos (2), haciendo recaer sobre las soluciones de nuestro derecho positivo una condenación para la que se han tomado masivamente a préstamo elementos de la doctrina

(1) Así, por ejemplo, GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo*, I, 7.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, p. 447. Lo mismo se deduce del contexto de la exposición que hacen GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en *Curso de Derecho administrativo*, I, 2.ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 1975, pp. 369 y ss.

(2) Este es el planteamiento común de la doctrina. Así lo hacen GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, p. 448; GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ob y loc. cit.*; GARCÍA DE ENTERRÍA: «La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública* núm. 38, mayo-agosto de 1962, pp. 183 y ss., donde se afirma que se está resumiendo algo bien conocido; GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, II, 2.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, pp. 65 y ss., y MOSQUERA CARRETERO: *Comentarios a la reforma de lo contencioso-administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1974, p. 41.

Un buen resumen de las evoluciones de las teorías doctrinales en la bibliografía en lengua castellana sobre el tema puede consultarse en GORDILLO: *El acto administrativo*, 2.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.

extranjera (3). Por lo demás, en alguna de las figuras cumbres de nuestra doctrina el tema se ha complicado por el callejón sin salida que suponen los actos políticos para una construcción del Derecho administrativo, basada en la noción de personalidad jurídica (4). Es claro que los actos políticos, tal y como los configura nuestro Derecho, son en su mayoría imputables al complejo organizativo Administración-Gobierno, por lo que su exclusión del control jurisdiccional, basándose en que son actos de naturaleza no administrativa, supone que hay actos de aquel complejo organizativo, expresamente personificado, que escapan a su reconducción al Derecho administrativo. Por ello ha podido decirse que la mayor importancia de estos actos no debe implicar un régimen diferente, como no lo implica en la vida jurídica la distinta importancia de actos como el matrimonio y la herencia respecto a los más insignificantes negocios jurídicos de la existencia cotidiana (5).

(3) Ha influido fuertemente en la doctrina española el trabajo ya clásico de VIRALLY, «L'introuvable acte de Gouvernement», *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, 1952, pp. 317 y ss., manejado prácticamente por todos los autores citados en la nota anterior, y que parece haber actuado como auténtico trasfondo doctrinal del trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades de poder en el derecho administrativo*, cit., a su vez decisivo por su influencia en la doctrina española posterior.

Ni quito ni pongo mérito alguno al valioso trabajo de VIRALLY, pero me parece obvio que sus conclusiones se refieren a la situación en el derecho francés, donde, que yo sepa, no existe ninguna ley que reconozca expresamente la categoría de los actos políticos y su carácter de incontrolables. Me propongo estudiar el problema en el Derecho español, que parte de coordenadas distintas y en el que es pieza básica la Ley de la Jurisdicción Contenciosa. Por ello creo que las teorías doctrinales negadoras del acto político están justificadas en el Derecho francés, pero no en España, donde las condenaciones doctrinales de lo que es una realidad evidente han contribuido más bien a que no se comprenda el problema. Véase sobre estas teorías GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, p. 65, y MOSQUERA-CARRETERO, *ob. cit.*, p. 47.

(4) Tal es el caso de GARCÍA DE ENTERRÍA. Véase como más reciente su obra en colaboración con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, 2.ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 1975, pp. 369 y ss. Véase también la afirmación incidental de MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, en «Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción» (*Revista de Administración Pública* núm. 42, septiembre-diciembre de 1963, p. 180 en texto y en nota 18), donde se dice que los actos excluidos en el apartado b) del artículo 2 de la Ley jurisdiccional podrían quedar perfectamente incluidos dada la amplitud de la fórmula del artículo primero. Es claro que ello significa pura y simplemente imputar estos actos a la Administración. No encuentro afirmación tan terminante, pero la idea parece estar en el trasfondo del razonamiento en la obra más reciente del mismo autor *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, pp. 79 y ss.

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA: «La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 38, mayo-agosto de 1962, página 183.

Se pretende así afirmar que la naturaleza de los actos no debe mezclarse con su justiciabilidad, ya que dicha naturaleza típica no existe y se resuelve sólo en una diferencia de importancia (6). Pero de cara a esta afirmación ahí está, terco e insoslayable, el escollo de nuestro derecho positivo que afirma lo contrario, sin que, como es natural, obste nada para su aplicación la condenación que han hecho las egregias figuras de la doctrina. Y lo que es más grave, en virtud de la condenación misma, este derecho positivo está, que yo sepa, sin explicar desde el punto de vista de su interpretación en el conjunto de las instituciones españolas, pues ciertos meritorios trabajos doctrinales han hecho valiosos análisis de la cuestión... en el Derecho italiano (7).

Este planteamiento dogmático jurídico que se pronuncia de forma negativa y condenatoria sobre los preceptos de la legislación española en torno al tema, se comprende perfectamente si dicho tema se contempla desde un enfoque casi exclusivamente procesal, lo que en principio está sobradamente justificado, pues el control por los Tribunales es, desde luego, el corazón del problema. Por lo demás, en la condenación está implícito algo que debe compartir todo jurista: el deseo de que existan garantías frente a los actos políticos, auténtica esfera de inmunidad del Poder. A partir de la Ley Orgánica del Estado, que instauró el recurso de contrafuero, las leyes, los reglamentos del Gobierno y de la Administración, los actos administrativos, son controlables por el contrafuero o el contencioso. Solamente los actos políticos siguen estando exentos de control (8).

(6) GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. y loc. cit.*

(7) CARRO y FERNÁNDEZ VALMAYOR: «La doctrina del acto político», *Revista de Administración Pública* núm. 53, mayo-agosto de 1967, pp. 73 y ss. Sobre el problema en la doctrina y el Derecho italiano véase además ZAGO: *Attività amministrativa e attività politica del potere esecutivo*, Milán, 1963; SANBULLI: «Governo e Amministrazione», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* núm. 4, 1966, pp. 737 y ss.; SPERANZA: *Governo e pubblica Amministrazione nel sistema costituzionale italiano*, Jovene, Nápoles, 1971, y CUGURRA: «Considerazioni sull'attuale sistema degli atti pubblici», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* núm. 1, 172, pp. 48 y ss.

(8) Por ello es claro que debe aspirarse a que exista un control sobre este tipo de actos y que, si las circunstancias de la política legislativa lo permitiesen, sería deseable que se suprimiera, o al menos que se reformara, el apartado b) del artículo 2 de la Ley Jurisdiccional, como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I, 2.ª ed., Editorial Civitas, p. 372. Pero una consideración de este tipo no agota el problema, como se dice inmediatamente en el texto.

Ahora bien, la mencionada visión doctrinal de los actos políticos no puede compartirse en su totalidad, ya que el tema no se comprende quizá correctamente desde el enfoque procesal, como por lo demás sucede con otras muchas realidades jurídicas (9). Se está ante una cuestión política, que debe enfocarse desde una visión política. No quiere decirse con ello que se deba abordar desde vertientes ajenas al Derecho, lo que no sería posible ni aconsejable. Pero el enfoque adecuado no debe partir de una construcción rígidamente dogmática para obstinarse en que si el derecho positivo no se ajusta al círculo mágico personalidad-justiciabilidad, ello quiere decir que el derecho positivo está equivocado.

En definitiva, lo que parece aconsejable es acercarse al problema con una visión jurídica y manejando la técnica jurídica, pero con plena conciencia de que no se está ante un frío elemento de una teoría jurídica, sino ante una candente realidad política (10). Una construcción que por científica pretenda explicar la realidad debe partir de esta misma, intentando su interpretación en el conjunto del ordenamiento jurídico-positivo. El Derecho español está situado sobre el trasfondo de la realidad política española y desde ella, tal como la definen las normas constitucionales y ordinarias, hay que explicarlo, interpretarlo y construir los sistemas científicos necesarios (11).

2. Los datos iniciales del problema

Para ello hay que partir de nuestro Derecho, y concretamente del artículo 2.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que dispone:

(9) Así creo haberlo demostrado respecto a las conexiones entre la Administración central del Estado y las personas jurídicas públicas de tipo institucional en mi obra *Administración central y Administración institucional en el Derecho español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976. Véase especialmente p. 273.

(10) Por ello se ha dicho con acierto por la doctrina española reciente que «el tema de los actos políticos es un tema apasionante». MARTÍN REORTILLO, LORENZO: *Las sanciones de orden público en el derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, página 69.

(11) Es decir, que se estima, en resumen, que una cosa es que los actos políticos constituyan una disminución de la garantía, por lo que deben ser combatidos por todo jurista consciente, y otra muy distinta adoptar una postura negativa como si tales actos no existiesen porque no sea posible construir una categoría dogmática partiendo de posiciones doctrinales preestablecidas. Está claro que los actos políticos

No corresponderán a la Jurisdicción (...); b) 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 fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa (12).

precepto que en la sistemática de la Ley es reverso (o uno de los reversos) de la declaración del artículo 1.º, 1, a tenor del cual:

existen y hay que procurar explicarlos desde nuestro ordenamiento. Este es el primer paso adecuado para combatirlos.

Por ello comparto plenamente la posición de BOQUERA, según el cual «... no es conveniente seguir afirmando que el acto político no existe; que es un puro azar de matiz técnico procesal; un simple acto administrativo exento de fiscalización jurisdiccional. Desde la perspectiva de nuestro Derecho positivo actual, dicha afirmación no es correcta ni beneficiosa para nadie». «Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 40, enero-abril de 1963, p. 77.

Nótese que BOQUERA parte en sus obras sobre el tema de una base doctrinal francesa, pero ello no le lleva a una postura simplemente negadora, sino a un intento de explicar la cuestión sobre el que se volverá más abajo. Véase la obra citada y además *La responsabilidad del Estado por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa*, Homenaje a Jordana de Pozas, III, 1.º, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pp. 196 y ss., y el capítulo V de su *Derecho administrativo*, 2.ª ed., Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977. Remito a los lectores interesados en la bibliografía francesa a la citada en estas obras y en las recogidas en nota 2, pero estimo, desde luego, que su lectura les será tan útil para la formación jurídica general como inútil para la comprensión del problema en nuestro Derecho. Lo mismo puede decirse, desde luego, de las obras sobre Derecho italiano citadas en nota 7.

(12) Sobre el tema de las indemnizaciones previstas en la fórmula legal, véase BOQUERA: *La responsabilidad del Estado por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa*, cit.

Según GARCÍA DE ENTERRÍA el inciso del precepto relativo a indemnización procede del artículo 4 del antiguo Reglamento de la Ley de lo Contencioso de 22 de junio de 1894, artículo que nunca tuvo aplicación. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 38, mayo-agosto de 1962, p. 181, en nota 48. Me temo que esto es también lo sucedido bajo la vigencia de la Ley de 27 de diciembre de 1956, pues en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre actos políticos se encuentran muy escasas alusiones al tema. Se menciona la cuestión para descartarla en las Sentencias de 22 de mayo de 1970 y 1 de febrero de 1971, de las que fueron ponentes los magistrados señores TRUJILLO y BECERRIL. Más importante es para la materia la Sentencia de 5 de noviembre de 1974, de la que fue ponente el magistrado señor AROZAMENA, a tenor de la cual sería un acto político y, por tanto, no controlable el otorgamiento de protección a los nacionales de un Estado contra daños o represalias de un país extranjero, por lo que el equilibrio jurídico debe restablecerse mediante la indemnización a los perjudicados. Sobre esta Sentencia véase el comentario de Nieto en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 4, enero-marzo de 1975, pp. 90 y ss., y el trabajo de MUÑOZ MACHADO: «Protección diplomática y jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 6, julio-septiembre de 1975, páginas 401 y ss.

La Jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley (13).

El legislador, por otra parte, cuidó bien de dar su propia interpretación, al decir en la exposición de motivos (II, 4, párrafo 2.º) que

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 la discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales (14).

(13) El hecho de que la exclusión de los actos políticos sea uno de los reversos de este artículo 1.º de la Ley es una cuestión capital para explicarse el rechazo y la condenación de los actos políticos que hace el sector de la doctrina española, defensor de la personalidad jurídica como piedra angular del derecho administrativo. Buena prueba de ello es la afirmación de MARTÍN RERORTILLO, Lorenzo, en su obra citada en nota 4.

Por otra parte, no está de más recordar que la postura negativa de este sector doctrinal parece referirse, no tanto a los actos políticos cuanto a los considerados como tales en Derecho español que son perfectamente imputables al complejo Administración-Gobierno.

No se tendría inconveniente, en cambio, en admitir la existencia de actos políticos si éstos se redujeran a los de relaciones con el Parlamento y relaciones internacionales que, desde el punto de vista del sector doctrinal que se habla, sí constituyen expresión de una función política propia de los supremos órganos estatales que a su juicio no habría que imputar a la Administración. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho administrativo*, citado, página 184. También en GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I, 2.ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 1975, p. 372.

(14) Ni que decir tiene que el sector doctrinal negador de los actos políticos condenó terminantemente (al menos en un primer momento) esta formulación de la Exposición de Motivos, lo que no puede extrañar dadas las coordenadas conceptuales de que partía. Así GARCÍA DE ENTERRÍA (en la primera de sus obras citadas en nota anterior, p. 182) llegó a decir de forma terminante que «Estas afirmaciones tan categóricas (...) no las comparte hoy, podemos decir, ningún otro sistema y quizás ningún jurista autorizado», afirmación recogida y reproducida literalmente por MARTÍN RERORTILLO, Lorenzo, al filo del comentario incidental que hace sobre el texto de la Exposición de Motivos. Véase *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, pp. 114-115.

Parece, sin embargo, que con el tiempo este sector doctrinal, sin duda por las razones que se han expuesto en la nota anterior, ha modificado su opinión radical y condenatoria sobre el texto de la Exposición de Motivos y ha adoptado otra mucho más moderada. Así GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*ob. cit.*, pp. 369 y 371-372) afirman ahora que la fórmula de la Exposición de Motivos puede ser peligrosa o

Es decir, que la Jurisdicción contenciosa conoce y controla los actos administrativos de la Administración. En cambio no controla la Jurisdicción (ni ninguna otra) los actos políticos del Gobierno, manifestación de una función política, confiada únicamente a los «supremos órganos estatales».

Esta formulación plantea diversos problemas interpretativos, que deben intentar resolverse poniendo en conexión los conceptos claves manejados por la Ley con el resto del ordenamiento. La tarea presenta algunas peculiaridades respecto a la general que corresponde al jurista, dado que el problema de los actos políticos es una de las piedras de toque de cualquier sistema administrativo al constituir la vertiente formal de las conexiones entre Administración y Gobierno.

Ante todo es necesario dilucidar lo que se entiende en Derecho español por Gobierno, pues la Ley Jurisdiccional no precisa (ni tenía por qué hacerlo) cuál es el sujeto, en el sentido orgánico, de cuyos actos se predica la exclusión. Por lo demás, tan importante como esto es la necesidad de indagar el significado de la fórmula en cuanto se refiere a la materia de los actos excluidos, pues los vocablos «como son» parecen aludir claramente a que se está realizando una mera ejemplificación.

Pero además habrá que ocuparse de la cuestión verdaderamente clave. Esta no se plantea cuando el acto es de una autoridad inferior al Gobierno. Tampoco es inevitable cuando se trata de acto del Gobierno sobre materia no expresamente incluida en la enumeración del artículo 2, b) de la Ley, pues entonces cabe que se declare materia no política pura y simplemente. El núcleo del problema se plantea, por el contrario, cuando el acto es del Gobierno y la materia es de las expresamente enumeradas, o se declara por el Tribunal Supremo que es política en efecto o que resulta susceptible de considerarse como tal, aunque no siempre lo sea. En estos casos el Tribunal deberá declarar si efectivamente el acto es político o no, y ello en función de algún criterio, pues dado que el Gobierno puede realizar

liberadora. Peligrosa si se interpreta en el sentido de justificar los actos políticos tal como se regulan y se han venido entendiendo por la jurisprudencia. Liberadora si se utiliza sólo para fundamentar la exclusión de la jurisdicción de los actos de relaciones internacionales y relaciones con el Parlamento.

actos políticos y actos administrativos, será preciso distinguir unos de otros.

Todos estos puntos deben ser interpretados o reinterpretados insertándolos en el contexto general del ordenamiento administrativo español y, por tanto, poniéndolos en conexión con las leyes. Es claro, sin embargo, si se intenta realizar un estudio anclado en la realidad, que la primera y más indispensable labor es comprobar cuáles han sido los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema. Si en cualquier estudio jurídico el manejo de la jurisprudencia es un componente de primera magnitud cuando tal jurisprudencia existe, ello sucede mucho más en casos como el presente, puesto que en buena parte está en manos del Tribunal Supremo la delimitación de su propia competencia por la vía de la interpretación del artículo 2.º de la Ley.

Por ello, antes de intentar situar el problema en el conjunto del ordenamiento, se va a realizar un estudio de la totalidad de las sentencias del Tribunal Supremo relativas a la materia desde la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, aunque habrá que aludir también a algunas anteriores que se utilizarán como elemento auxiliar de comprensión del sistema. Dicho estudio, que no se realiza en la doctrina española desde hace largos años (15), proporcionará la materia empírica indispensable para la investigación y, al mismo tiempo, mostrará cuál ha sido hasta ahora y es actualmente la postura del Tribunal Supremo. Sólo entonces podrá abordarse con todos los elementos de juicio la interpretación de los actos políticos en

(15) Pues en definitiva, dejando aparte las alusiones de otras obras que no se dedican monográficamente a esta cuestión, el último estudio importante sobre la materia es el repetidas veces mencionado de GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades de poder en Derecho administrativo*, cit., en el que se cierra el examen de la jurisprudencia con la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1982 (ponente magistrado señor FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ). Véase p. 181.

Posteriormente se ha referido al tema de los actos políticos con una cierta amplitud MARTÍN REBOTILLO, Lorenzo, en su obra, también repetidas veces citada, *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, p. 58, y sobre todo pp. 79 y ss. No obstante, el autor mencionado, de acuerdo con la temática de su obra, limita el examen de la jurisprudencia a los actos políticos en materia de orden público, campo ciertamente de interés pero acotado. Por lo demás, él mismo advierte de forma expresa que no intenta enfrentarse con el análisis de la evolución jurisprudencial sobre los actos políticos en su totalidad. Véase ob. cit., en especial p. 101 *in fine*.

el conjunto y en el contexto de nuestro ordenamiento (16). Finalmente, en un tercer nivel de análisis, se tomará postura frente a los actos estudiados y se harán algunas consideraciones sobre la posible reforma de la legislación.

CAPITULO II

LOS ACTOS POLITICOS DEL GOBIERNO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Generalidades

El examen de las sentencias recaídas sobre los actos políticos puede vertebrarse en dos grandes apartados, distinguiendo las declaraciones relativas al Gobierno como elemento subjetivo y las que son útiles para indagar el significado del requisito de la naturaleza política de los actos, aunque además habrá que aludir también a los aspectos formales y a las garantías procedimentales.

Pero para la más correcta comprensión de lo que luego se dirá parece conveniente hacer algunas advertencias generales, que no son ajenas ni previas a las propias sentencias, sino que se encuentran apoyadas de modo inmediato en ellas.

Ante todo debe destacarse que deliberadamente la jurisprudencia ha evitado seguir los pronunciamientos doctrinales, al menos los relativos a la caracterización dogmática de la naturaleza del acto político. No se trata en este caso de una postura tácita, que pueda deducirse de que no se haya mencionado la

(16) No se intentará, en cambio, en ningún momento en el presente estudio plantearse el problema genérico de la relación entre actividad política y actividad administrativa, que desborda las pretensiones de este trabajo, limitado a la vertiente formal de la distinción acto por acto. Véase sobre esta cuestión en la doctrina española, BOQUERA: «Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa», *Revista de Administración Pública* núm. 40, enero-abril de 1983, páginas 33 y ss.; MURILLO FERROL: «Administración y Política», *Revista de Administración Pública* núm. 8, septiembre-diciembre de 1951, pp. 89 y ss.; PÉREZ OLEA: *Administración y Política*, Problemas políticos de la vida local, V, Madrid, 1985, pp. 9 y siguientes; y ROYO VILLANOVA, SEGISMUNDO: «La Administración y la Política», *Revista de Administración Pública* núm. 10, enero-abril de 1953, pp. 11 y ss.

cuestión. De forma expresa la jurisprudencia ha rechazado los criterios doctrinales por inútiles.

En cuanto a la materia de los actos, la sentencia de 23 de enero de 1967, al comentar la enumeración del artículo 2.º de la Ley, dice (y no como *obiter dicta*) que:

... la calificación del expresado acto político, cualquiera que sea la concepción doctrinal, que esa norma no define, por limitarse a una enunciación positiva...

y continúa después su razonamiento tras condenar la «concepción doctrinal».

Pero más importante y terminante al respecto es la sentencia de 26 de diciembre de 1959, sobre la que habrá de volverse después por más de un concepto (17), que fue cabeza de una corriente jurisprudencial. Nada más elocuente que una transcripción del texto correspondiente de la sentencia. Esta dice:

... siendo necesario para resolver sobre el pedimento desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de aquél (el acto debatido, supuestamente político), y a este fin, se ha de consignar que: *si bien la doctrina científica trata de dar esquemas o criterios discriminatorios, entre actos políticos y actos administrativos, a los cuales trata de acogerse el demandante, ello es materia muy debatida y su adopción no se hace necesaria...*

continuando con la afirmación de que basta una exégesis del texto legal. La jurisprudencia, por tanto, ha resuelto los problemas planteados en casos concretos prescindiendo de las aportaciones doctrinales cuando expresamente han sido invocadas ante ella (18).

(17) Esta Sentencia, de la que fue ponente el magistrado señor NOMBELA, sentó una doctrina luego reproducida en las de 29 de febrero de 1960 y 23 de marzo y 7 de octubre del mismo año. Como se verá en los lugares correspondientes, la Sentencia es de interés por sus declaraciones sobre carácter de actos políticos de los adoptados por el Gobierno en vía de recurso y sobre las garantías procedimentales y audiencia del interesado en los casos de actos estimados políticos. Por otra parte, sienta un criterio fuertemente restrictivo para la garantía al estimar que son actos políticos los dictados en ejecución de normas sobre libertades públicas y derechos subjetivos, cuestiones que el Tribunal consideró materia política.

(18) Ello no ha pasado inadvertido a la doctrina científica. Así MARTÍN RETORTILLO, LORENZO, al comentar esta Sentencia (que se refiere a un caso de orden público) dice que el Tribunal trata de justificar las razones de su fallo «no sin dejar de dedicar un recuerdo a la doctrina científica, como podrá verse». *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, p. 88. El subrayado es del autor que se cita.

Otra advertencia indispensable es que el campo sobre el que se va a realizar el estudio es reducido, ya que el número de las sentencias dictadas es escaso, no pasando de unas pocas decenas. Por otra parte este número se reduce aún mucho más si no se tienen en cuenta los pronunciamientos sobre cuestiones límite o los casos en que el Tribunal Supremo se limita a mencionar los actos políticos para rechazar una excepción de inadmisibilidad basada en este supuesto carácter y defectuosamente planteada (19). Sin duda sería aventurado formular hipótesis sobre las razones de que el número de casos sea pequeño, pues éstas podrían ser de índole muy variada. De todas formas el hecho palmario es que ese factor del escaso número aumenta la importancia, tanto teórica como práctica, del conjunto de sentencias a estudiar. De él y sólo de él habrá que deducir no sólo cómo viene funcionando el sistema, sino además cómo ha entendido en su caso la jurisprudencia la conexión con el resto del ordenamiento del precepto relativo a los actos políticos (art. 2.º, b), de la Ley Jurisdiccional).

Finalmente conviene advertir, por si necesario fuera, que, por supuesto, no hay que contemplar las sentencias como si fuesen un bloque monolítico, pues se ha producido una evolución jurisprudencial orientada hacia interpretaciones cada vez más finas en aspectos importantes. En este sentido constituye un punto de inflexión decisivo (aunque no un corte radical, como veremos) la promulgación y entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción

(19) No me refiero, naturalmente, a los casos en que con algún viso de verosimilitud se plantea la inadmisibilidad, pues en ellos es donde hay que centrarse a los efectos del estudio. Se alude en el texto a aquellos en que se alega una supuesta inadmisibilidad como mera argucia procesal claramente desechable de inmediato por el Tribunal. Tales han sido los casos de fijación de coeficientes a cuerpos de funcionarios, que se mencionarán más adelante.

De todas formas, a pesar del número de Sentencias relativamente escaso de que se habla en el texto, parece algo exagerada la afirmación de MARTÍN MATRO, según la cual «la teoría del acto político está en la actualidad en declive también en España», punto de vista apoyado en el argumento de que «sólo dos Sentencias relativamente recientes remiten, aunque inadecuadamente, a la teoría de los actos políticos». MARTÍN MATRO: *Manual de Derecho administrativo*, Madrid, 1970, p. 263. Ciertamente no se trata de una jurisprudencia abundantísima, pero tampoco insignificante hasta el punto de que pueda pensarse por ello que la teoría está en declive.

Para información sobre las Sentencias remito al lector a los apéndices de este trabajo, donde podrá comprobar el volumen de jurisprudencia, y a la vista de él formar su propia opinión.

Contenciosa, como era obligado a la vista de la innovación que supuso; pero ya bajo la vigencia de la nueva Ley ha existido también una modificación de criterios desde posturas iniciales menos ajustadas a otras más progresivas. En los apartados siguientes se irá dando cuenta de esta evolución jurisprudencial al filo de la exposición de las materias tratadas en cada uno de ellos.

2. El Gobierno como sujeto de los actos políticos

Se examina en primer lugar el tratamiento dado al requisito subjetivo, es decir, cómo ha entendido la jurisprudencia del Supremo la alusión del artículo 2.º, b), de la Ley a que los actos excluidos han de ser dictados precisamente por el Gobierno. Quizá sea en esta materia donde se aprecia un mayor contraste entre una etapa inicial en la que el Tribunal Supremo se sitúa de espaldas al problema (sin duda por herencia de puntos de vista adquiridos bajo la vigencia de la Ley anterior), y otra más reciente en la que se consolida un nuevo criterio (20).

A) EL TRIBUNAL SUPREMO, DE ESPALDAS AL PROBLEMA

Durante los años inmediatamente posteriores a la promulgación de la Ley de 27 de diciembre de 1956, la jurisprudencia ignora simplemente el tema, hasta el punto de que alguna sentencia incluso utiliza expresiones muy próximas a las de la legislación ya entonces derogada, al decir que el acto político es

(20) La doctrina ha advertido, desde luego, esta evolución de la postura del Tribunal Supremo. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública* núm. 38, mayo-agosto de 1962, p. 180; GUAITA: *El Consejo de Ministros*, 2.ª ed., Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1967, p. 70; MARTÍN RETORTILLO, LORENZO, *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, pp. 85 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1975, p. 371.

Sin embargo, la perspectiva en que se sitúan los autores citados, demasiado genérica o limitada al tema del orden público, y sobre todo el carácter necesariamente incompleto de su estudio jurisprudencial, no les ha permitido valorar la modificación de criterios de una forma completa y disponiendo de todos los elementos de juicio.

una «determinación o realización de gobierno». Parece como si el Tribunal Supremo no hubiera advertido que la alusión del artículo 2.º, b), de la nueva Ley estaba apuntando claramente al Gobierno (con mayúscula) como sujeto de los actos.

En consecuencia, el Alto Tribunal resolvió algunos casos que se plantearon, en los que se trataba de recursos contra Ordenes ministeriales (21) sin tener en cuenta el aspecto subjetivo. La omisión fue sensible, tanto cuando se declaró la inadmisibilidad del recurso como en las ocasiones en que se entró a examinar el fondo. En el primer supuesto porque, de acuerdo con la interpretación que luego prevaleció, se debía haber prescindido para la inadmisibilidad del argumento de que se trataba de actos políticos, por no serlo nunca los de órganos inferiores al Gobierno. En las sentencias en que llegó a examinarse el fondo, la no consideración del aspecto subjetivo hizo que al rechazarse la alegación de inadmisibilidad se perdiese la ocasión de establecer

(21) Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1958 (ponente: magistrado señor CERVIÁ) relativa a una Orden del Ministerio de Educación Nacional; de 18 de junio de 1959 (ponente: magistrado señor VILLANUEVA) sobre una Orden de la Presidencia del Gobierno; de 29 de octubre de 1959 (ponente: magistrado señor SERRA) en la que se discutía una Orden del Ministerio de Obras Públicas; de 10 de noviembre de 1959 (ponente: magistrado señor CERVIÁ) en un recurso contra una Orden del Ministerio del Aire; de 7 de mayo de 1960 (ponente: magistrado señor ARIAS RAMOS) relativa a una Orden del Ministerio de la Gobernación; de 10 de febrero de 1960, en la que se discutía la legalidad de una Orden del Ministerio de Trabajo, y de 25 de abril de 1961 (ponente: señor ARIAS RAMOS), dictada ya cuando apuntaba la modificación del criterio jurisprudencial, en un caso en que se recurría contra Orden del Ministerio de la Gobernación.

De este mismo período cronológico son las Sentencias de 16 de mayo de 1960 (ponente: magistrado señor LÓPEZ GIMÉNEZ) y de 5 de octubre de 1961 (ponente: magistrado señor VILLANUEVA), en las que tampoco se entró en el aspecto del requisito subjetivo. Sin embargo, en ninguno de los dos casos se trataba del supuesto general. En el primero se discutía una Orden acordada en Consejo de Ministros, y en el segundo se recurría ante silencio del Ministerio del Ejército. Por tanto, creo que se trata de casos especiales que no deben ser considerados en este epígrafe.

Todas o la mayor parte de estas sentencias fueron comentadas en su momento por GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho administrativo*, cit., pues ya se habían dictado en la fecha del mencionado trabajo. También se estudian algunas, especialmente las relativas a orden público, por MARTÍN RETORILLO, LORENZO, *ob. cit.*, pp. 85 y ss. No se alude en el texto a la Sentencia de 8 de febrero de 1959, mencionada por este último autor (en *ob. y loc. cit.*) porque me parece dudoso que fuera de aplicación la Ley de la Jurisdicción Contenciosa en el caso de autos.

Las Sentencias relacionadas al comienzo de esta nota se estudian más adelante al aludirse a las materias sobre que versan, así como a otros problemas que plantean. En este momento interesa sólo la no consideración del aspecto subjetivo, como se dice en el texto.

el principio de que los actos políticos corresponden sólo a las más altas magistraturas del Estado. A más de ello y, en su consecuencia, la omisión supuso aceptar que existían casos en que, a diferencia de otros, las decisiones de los ministros individualmente considerados eran actos políticos.

Es decir, la no consideración del sujeto llevaba consigo, en resumen, la admisión del punto de vista de que todos los actos de las autoridades inferiores, o por lo menos de los ministros, podían ser de carácter político (22), aunque no lo fuesen en algún supuesto concreto. Durante este período, que abarca desde la entrada en vigor de la Ley hasta 1960, el Tribunal Supremo no fue sensible al impacto que había supuesto en el tema la promulgación de la nueva normativa.

B) LA DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL DEL REQUISITO SUBJETIVO

El comentario realizado sobre la posición de la jurisprudencia hasta 1960 se refiere sólo a un grupo de sentencias, ciertamente el más numeroso, que versan sobre los actos dictados por diversos departamentos ministeriales, pues era aquí donde podía haberse rechazado la alegación de inadmisibilidad de que se trataba de un acto político basándose en el criterio del sujeto. Pero además de estas sentencias existieron otras en las que el acto impugnado procedía del Consejo de Ministros y en las que el Tribunal declaró que se estaba ante actos políticos por razón de la materia (sentencias de 26 de diciembre de 1959 y 29 de febrero, 23 de marzo y 7 de octubre de 1960).

Este otro grupo de decisiones fue el que actuó como palanca para el establecimiento de un criterio nuevo, al apreciar el Alto Tribunal a partir de 1960 la diferencia existente entre los supuestos de actos de las más altas autoridades y aquellos otros que se

(22) Este fue el criterio mantenido en la doctrina por GUAITA, en la primera edición de su obra *El Consejo de Ministros*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1959. En la 2.ª edición ha rectificado su opinión al modificarse el criterio jurisprudencial, no sin deducir de ello consecuencias sobre lo que son los actos políticos en nuestro derecho, que se examinarán más adelante. Véase GUAITA: *El Consejo de Ministros*, 2.ª ed., Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1965, pp. 69-70.

Téngase en cuenta al valorar esta inicial toma de postura de GUAITA la inseguridad de la jurisprudencia en aquella fecha, demostrada en que, aunque fuese como *obiter dicta*, el Tribunal Supremo llegó a afirmar el carácter de acto político de un acto de requisa efectuado por autoridades militares en la Sentencia de 25 de abril de 1961. Sobre esta Sentencia, véase más abajo nota 80.

referían a actos dictados por cada uno de los ministros (sobre todo el ministro de la Gobernación en materia de orden público) o por autoridades inferiores.

El cambio de criterio en el sentido de precisar que sólo deben considerarse actos políticos los dictados por el Gobierno, aparece ya en la sentencia de 7 de abril de 1960. En ella se rechaza la excepción de inadmisibilidad invocando el argumento de que no hay acto político cuando

... las resoluciones impugnadas no han sido adoptadas por el Gobierno...

Sin embargo, se trataba de una afirmación incidental, ya que la *ratio decidendi* de la sentencia era la naturaleza del acto (23).

Por ello, puede estimarse que la tendencia no es firme hasta la sentencia de 10 de febrero de 1962, que constituye el punto de apoyo de las posteriores y es la que verdaderamente sienta jurisprudencia. Según esta importante decisión del Alto Tribunal (24), sobre la que ha de volverse posteriormente en este mismo apartado,

... no es aceptable el criterio de que todas las sanciones impuestas por infracción de las disposiciones de la vigente Ley de Orden Público son irrecurribles en vía jurisdiccional, ya que sólo las acordadas a consecuencia de actos políticos del Gobierno pueden estimarse comprendidas en la norma excluyente contenida en el artículo 2.º, apartado b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, *caracterizándose a más de la materia sancionable por la jerarquía del órgano, pues éste ha de ser precisamente el Consejo de Ministros*, según aconteció en los casos motivados de las sentencias de 29 de febrero, 23 de marzo y 7 de octu-

(23) Efectivamente la Sentencia, de la que fue ponente el magistrado señor Cerviá, decide el caso basándose en que la exclusión de los actos políticos se refiere «exclusivamente a asuntos trascendentes dentro del ámbito general y no precisamente para ventilar cuestiones individuales de la escasa importancia que al interés común pueden llevar (como) el que una plaza de comandante... sea servida por una persona o por otra». Más adelante se volverá sobre esta Sentencia al comentar las cuestiones relativas a mando y organización militar.

(24) Una alusión elogiosa a esta Sentencia, de la que fue ponente el magistrado señor FERNÁNDEZ HERNANDO, puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA: «La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública* núm. 38, mayo-agosto de 1962, p. 181. Se trata de la última Sentencia sobre el tema comentada por este autor dada la fecha de su trabajo.

bre de 1960, citados como precedente, lo que impide acoger la alegación previa de inadmisibilidad del recurso.

El texto subrayado demuestra claramente que el Tribunal afronta la cuestión, aceptando el punto de vista de que no basta con que el acto sea, en su caso, de naturaleza política, sino que además se caracteriza por el sujeto de que emana («la jerarquía del órgano»), que ha de ser el Consejo de Ministros.

Puede encontrarse alguna sentencia de fecha inmediatamente posterior a esta de 10 de febrero de 1962 (referida sin duda a un caso tramitado simultáneamente) que continúa de espaldas al problema (25). Sin embargo, la nueva tendencia jurisprudencial arraiga inmediatamente y puede decirse que informa toda la jurisprudencia posterior (26). No obstante, las sentencias dictadas a partir de aquella fecha pueden clasificarse en dos grupos, ya que el énfasis de la cuestión se ha puesto, según los casos, en dos matices sin duda convergentes pero de ninguna manera idénticos.

En primer lugar, un importante grupo de sentencias, contradiciendo abiertamente la anterior ignorancia del problema, ha subrayado que sólo existe acto político del gobierno si se trata de uno de aquellos *que lo son del Gobierno en su unidad conjunta, distintos de las determinaciones especiales y concretas de cada Ministerio* (27). Esta corriente jurisprudencial se ha afirmado frente a las repetidas y sin duda cómodas alegaciones de

(25) No entra en el aspecto subjetivo la Sentencia de 20 de marzo de 1962 (ponente: magistrado señor DE LOS RÍOS). Ello es sensible porque se trataba, según la alegación del abogado del Estado no aceptada por el Tribunal, del carácter político de unas Ordenes del Ministerio de Hacienda acordadas en Consejo de Ministros. Más adelante se vuelve sobre el problema.

(26) Es una excepción la Sentencia de 24 de noviembre de 1964 (ponente: magistrado señor DE LOS RÍOS) en la que el Tribunal no entró en el aspecto subjetivo. Se trataba de un caso de impugnación ante silencio imputable al Ministerio del Aire, que se examina más adelante.

(27) La afirmación transcrita y subrayada en el texto está tomada en la Sentencia de 29 de octubre de 1962 sobre materia de orden público, de la que fue ponente el magistrado señor ARIAS RAMOS, y la he seleccionado por el doble motivo de ser la primera en el tiempo que hace el pronunciamiento de que no ha de tratarse de actos de los Departamentos individualmente considerados y de que hace dicha afirmación con todo vigor y claridad.

Otras Sentencias posteriores utilizan expresiones ligeramente distintas. Así la Sentencia de 18 de febrero de 1963, también sobre materia de orden público, de la que fue ponente el magistrado señor ARIAS RAMOS, dice que el acto «ha de ser del Gobierno concebido como unidad de conjunto»; la Sentencia de 22 de mayo de 1964, igualmente sobre orden público, de la que fue ponente el magistrado señor ROVERAS,

inadmisibilidad de los abogados del Estado, especialmente cuando se ventilaban cuestiones de orden público. Con ello queda claro, por tanto, que los actos emanados de cada uno de los departamentos ministeriales no pueden considerarse actos políticos y por ende incontrolables, ni siquiera cuando afectan a las materias más vidriosas por su proximidad a la política (28). Difícil sería exagerar la importancia de este grupo de sentencias que suponen la más importante conquista realizada en España en la lucha contra las inmunidades del poder político, pues desde luego no bastaba para ello que se pronunciase en este sentido la legislación. La aplicación práctica dependía de la jurisprudencia y sólo a partir de 1962 toma esta plena conciencia del significado del arma que se había puesto en sus manos.

Con todo, este matiz o aspecto del problema tiene el significado de una delimitación negativa. Significa que los órganos que pueden realizar actos políticos *no son* los Ministerios ni los ministros individualmente considerados. Pero hay que referirse además a otro aspecto de la cuestión, pues el Alto Tribunal también ha precisado *cuál es* el órgano competente para dictar actos políticos. Ya se ha visto que la sentencia de 10 de febrero de 1962, al declarar que los actos políticos se caracterizaban por la jerarquía del órgano, añadía «... pues éste ha de ser precisamente el Consejo de Ministros». Esta alusión directa al sujeto de los actos, repetida en los mismos términos por sentencias posteriores (29), ha cobrado perfiles aún de mayor nitidez en la sentencia de 5 de mayo de 1965 (30), cuya doctrina sigue fielmente la

afirma «que el acto objetivo de este recurso es una determinación especial de un Ministerio, y no derivada del Gobierno en su unidad conjunta»; la Sentencia de 2 de octubre de 1964 sobre fijación de precios de remolacha azucarera de la que fue ponente el magistrado señor ARIAS RAMOS, declara que «serán tales actos (políticos) los del Gobierno en su conjunto y no los del titular de un Departamento Ministerial exclusivamente»; la Sentencia de 21 de diciembre de 1964, nuevamente sobre materia de orden público, de la que fue ponente el magistrado señor DE OLIVERES, afirma que «los actos excluidos (por ser políticos) son únicamente los dictados por el Gobierno en su unidad», y la Sentencia de 23 de enero de 1967 sobre materia laboral, de la que fue ponente el magistrado señor SUÁREZ MANTEOLA, declara que son «actos políticos (los) que provengan del propio Gobierno en su unidad conjunta... lo que es distinto de las determinaciones especiales y concretas de cada Ministerio y de las emanadas de escalón inferior».

(28) Véase más adelante el apartado relativo a seguridad interior del Estado y orden público.

(29) Por ejemplo, en la de 21 de diciembre de 1964, citada en nota 27.

(30) De la que fue ponente el magistrado señor SÁEZ DE TEJADA, en un caso en que se discutía la impugnación de una Orden del Ministerio de la Gobernación.

posterior de 17 de febrero de 1969 (31). Según la primera de ellas:

...la actual redacción del citado artículo 2.º evidencia que el legislador se ha referido concretamente al órgano colegiado que definen los artículos 2.º y 10 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, por contraposición a la más amplia redacción del artículo 4.º de la antigua Ley de 8 de febrero de 1952, en la que la expresión «gobierno» comprendía los actos emanados no sólo del Consejo de Ministros, sino de autoridades de inferior rango gubernativo.

Con esta doctrina se cierra el círculo de la definición jurisprudencial del sujeto de los actos políticos. De un primer momento en que se declara que no son actos políticos sino los que el Gobierno dicta en su unidad conjunta, con una alusión al Consejo, se ha pasado a insistir en el carácter justiciable de todos los actos de los departamentos y finalmente se ha puesto en conexión la alusión antes citada con la regulación del Consejo de Ministros a nivel de ley ordinaria. Nótese que la jurisprudencia no actúa aquí en una interpretación simplemente lógica o lineal de lo que entendía por Gobierno la Ley de 17 de diciembre de 1956, pues evidentemente el legislador no podía aludir entonces a la Ley de Régimen jurídico, publicada el siguiente año 1957. Se está haciendo una labor integradora del ordenamiento, ya que la sentencia tiene bien claro cuál es el órgano sujeto de los actos y no dice que la Ley de lo Contencioso se refiriese a la Ley de Régimen Jurídico, sino al órgano (el órgano colegiado), que luego define dicha Ley (32).

C) LAS CUESTIONES NO RESUELTAS

El núcleo central del problema ha sido, pues, afrontado y resuelto por la jurisprudencia, mediante un criterio progresivo y

(31) En la que se discutía materia de orden público y de la que fue ponente el magistrado señor AMAT. Esta Sentencia y las citadas en las notas anteriores volverán a ser estudiadas más adelante al examinar las materias sobre las que versan y otros problemas que plantean.

(32) Es cierto, sin embargo, que esta meritoria interpretación se mantiene en el límite de la legislación ordinaria, lo que sí resulta lógico respecto a la sentencia de 5 de mayo de 1965, no lo es tanto respecto a la de 17 de febrero de 1969, fecha en la que se encontraba promulgada y vigente la Ley Orgánica del Estado que hizo una nueva regulación del Gobierno.

ajustado a la Ley de donde, por otra parte, pueden deducirse consecuencias de interés para una visión de conjunto. Pero con todo, existen algunas cuestiones que no se han llegado a resolver, bien por no haberse planteado, bien porque deben considerarse abiertas a la vista de las sentencias hasta ahora recaídas sobre la materia.

a) *Los problemas inéditos*

Parece absolutamente claro que en derecho español son impugnables, independientemente de que su materia afecte a cuestiones políticas, los actos de los ministros individualmente considerados y los emanados de las autoridades inferiores, incluso si actúan en representación del Gobierno, como es el caso de los gobernadores civiles (33). Parece claro, de otra parte, que no son impugnables los actos políticos del Consejo de Ministros.

En cambio, a la vista de las sentencias dictadas, está inédito el problema de la justificabilidad de los actos del presidente del Gobierno (34), así como de los emanados de las Comisiones Delegadas (35). En ambos casos se trata de órganos cuya pertenencia al Gobierno es indudable. Sin embargo, también, lo es que no suponen la totalidad del Gobierno y, por otra parte, en cualquiera de las dos hipótesis se trataría de actos en cuya formación no interviene la voluntad del Jefe del Estado.

Desde luego existen diferencias entre uno y otro caso, pero este último rasgo común parece el verdaderamente decisivo. Si el Tribunal Supremo se hubiese enfrentado con uno de estos supuestos, sin duda se habrían obtenido consecuencias de gran valor y profundidad sobre los actos políticos. Pero como no ha

(33) En esto (con la sola excepción de GUAITA, en *ob. y loc. cit.* en nota 22) venía siendo unánime la doctrina. Véase por todos GARRIDO FALLA: *Tratado de derecho administrativo*, I, 7.ª ed., 1976, p. 450, y en las ediciones anteriores de la misma obra.

(34) Me refiero, claro es, al Presidente como figura unipersonal que dirige y encarna la acción del Gobierno y no a los actos de la Presidencia como Departamento ministerial. No he visto mención ninguna en la doctrina española de este problema, por lo demás no demasiado importante como se deduce de lo dicho inmediatamente en el texto.

(35) En cambio se plantea el problema del posible carácter de actos políticos de los emanados de las Comisiones Delegadas del Gobierno, ALVAREZ GENDÍN: *La independencia del Poder Judicial. La especialización de los Tribunales contencioso-administrativos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 215. Ahora también en *Tratado de derecho administrativo*, IV, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 191 y ss. Como en el caso anterior no pretendo entrar en el problema, sino apuntarlo.

sido así, no parece legítimo seguir discutiendo sobre problemas que, por inéditos, deben quedar simplemente apuntados (36).

b) *Los problemas abiertos*

Sin embargo, existe otro grupo de cuestiones, planteadas unas en luz y otras en sombra, que merecen una mayor atención.

Se presenta en claroscuro el vidrioso problema del posible carácter político de las llamadas Ordenes acordadas en Consejo de Ministros. Esta figura carece, desde luego, de virtualidad y existencia en la legislación española, lo que es cosa distinta de que en la práctica política un Ministro someta al parecer del Consejo algún tema especialmente delicado. No se trata ahora de enjuiciar la corrección de esta práctica, sino de la posibilidad de interpretar que se ha incorporado al acto la voluntad del Consejo de Ministros y, en consecuencia, de admitir que estas Ordenes tengan, en su caso, el carácter de actos políticos del Gobierno.

La posibilidad aludida no se ha hecho realidad plena, pero tampoco es un juego especulativo. En dos ocasiones, al menos el Tribunal Supremo, se ha visto frente a la alegación de inadmisibilidad por tratarse de acto político de recursos interpuestos contra Ordenes acordadas en el Consejo de Ministros, ambas posteriores a la vigencia de la Ley Jurisdiccional y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Se trata de las sentencias de 16 de mayo de 1960 (37) y de 20 de marzo de 1962 (38). En ninguna de ellas se afirmó terminantemente que las Ordenes acordadas en Consejo de Ministros cumpliesen el requisito subjetivo de los actos políticos, pero el problema quedó en pie porque en ambas se soslayó este aspecto. La cuestión es

(36) Con ello se adopta, en definitiva, una posición análoga a la de MARTÍN RETORTILLO, LORENZO: *Las sanciones del orden público en el derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, p. 98, en nota 28.

(37) Ponente señor LÓPEZ GIMÉNEZ. Se trataba, en el caso de autos, de Orden del Ministerio de Marina, acordada en Consejo de Ministros, sobre un tema de mando y organización militar en el que se entrará más adelante en el lugar correspondiente.

(38) Ponente magistrado señor DE LOS RÍOS. El abogado del Estado planteó la inadmisibilidad del recurso interpuesto, por tratarse de Ordenes del Ministerio de Hacienda acordadas en Consejo de Ministros sobre determinación de premio oro y fijación de tipo de cambio aplicables a la remuneración de funcionarios destinados en el extranjero, que se alegaba constituían acto político. Como en el caso anterior, también se volverá sobre esta Sentencia al estudiar la materia.

tanto más peligrosa cuanto que existen declaraciones de la jurisprudencia en las que se afirma la validez de tales Ordenes, manteniendo que no es indispensable que todos los actos del Consejo de Ministros revistan la forma de Decreto (39). Aunque estas otras decisiones jurisprudenciales no se referían a actos políticos del Gobierno, bastaría una puesta en conexión de ambas corrientes para que no fuese imposible esta regresiva interpretación.

Se trata, sin embargo, sólo de una cuestión abierta que es posible y deseable no encarne en decisiones jurisprudenciales. Su carácter negativo respecto al sistema de garantías y la relativa antigüedad de las sentencias que ofrecen base para plantearla permiten pensar que la interpretación regresiva mencionada no llegará a convertirse en doctrina del Tribunal Supremo.

Pero más importante y peligroso que éste es el segundo de los temas a plantear en el presente apartado, que se refiere al carácter de actos políticos de los emanados del Consejo de Ministros cuando actúa resolviendo recursos. En este caso la jurisprudencia se ha manifestado claramente en el sentido de que el acto por el que se resuelve el recurso es plenamente imputable al Consejo de Ministros y, como tal, es susceptible de que se le considere como un acto político. Ya apuntaban claramente en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1959 (40) y 18 de febrero de 1963 (41); pero donde se expone terminantemente la doctrina es en la de 15 de marzo de 1965. A tenor del «considerando» correspondiente de esta sentencia:

... en cuanto a la emanación del acuerdo, exigido en el apartado b) del artículo 2.º de mención para que el acto a que se refiere no corresponda a la Jurisdicción contencioso-administrativa que provenga el mismo del Gobierno, lo que re-

(39) Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1958 y 2 de febrero de 1961, ya mencionadas por GUAITA: *El Consejo de Ministros*, 2.ª ed., Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1965, p. 78.

(40) Esta Sentencia, ya aludida anteriormente en nota 17, versaba sobre materia de orden público. Ponente: magistrado señor NOMBELA. En ella se da por bueno, sin examinarlo, el hecho de que es un acto político el dictado por el Consejo de Ministros en vía de recurso. Recuérdese que siguen la misma doctrina las Sentencias de 29 de febrero de 1960 y 23 de marzo y 7 de octubre del mismo año.

(41) También sobre materia de orden público, de la que fue ponente el magistrado señor ARIAS RAMOS. Como en el caso anterior se estima que es acto político uno dictado por el Consejo de Ministros en vía de recurso, sin entrar a fondo en la cuestión.

quiere que por éste precisamente sea adoptado y no en escalafón (*sic*) inferior, ... es manifiesto que reúne esta indispensable condición el acuerdo del Consejo de señores Ministros de 7 de diciembre de 1962, contra el que se dirige expresamente la reclamación de ahora, según se lee en el escrito inicial de ella y en el suplico de la demanda, y que por ende se impugna un acto del Gobierno decidido en la reunión ministerial o Consejo de señores Ministros, sin que desvirtúe este carácter del acto el que recayera en alzada contra la resolución de un Ministro, toda vez que la apelación somete a revisión, como indica el título V de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, el inferior, y a revisión tan amplia y completa cual la configuran los artículos 119 y 124 de la propia Ley, lo que implica que asumida la plena competencia por órgano superior para hacer, deshacer, mantener, variar o sustituir el acuerdo que se le lleva, reglamentariamente es suyo, de propios fundamentos, atribución y responsabilidad el nuevo que se dicte y consiguientemente esta definitiva producción tiene que personificar la referencia, confirme o no lo antes resuelto... (42).

No puede negarse que la atormentada prosa de la sentencia sienta una doctrina correcta a la vista del derecho español. Es necesario aceptar que, en efecto, la resolución de recursos da lugar a actos que son del Consejo de Ministros y, por consiguiente, pueden ser actos políticos (43).

(42) Sobre esta Sentencia, de la que fue ponente el magistrado señor FERNÁNDEZ VALLADARES, habrá que volver más adelante al referirse a la cuestión capital del criterio de distinción entre actos políticos y administrativos en los casos en que se trate de actos del Consejo de Ministros sobre materias expresamente enumeradas en el artículo 2, b) de la Ley Jurisdiccional. Por tratarse de cuestión de orden público la Sentencia ha sido comentada ampliamente por MARTÍN RETORTILLO, LORENZO: *Las sanciones de orden público en derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, páginas 108 y ss.

(43) Me refiero en la afirmación del texto a la conclusión de que los actos que se dictan resolviendo recursos son a todos los efectos actos de la autoridad que resuelve y no de la autoridad inferior. Por tanto, como se dice inmediatamente en el texto, apenas se exija recurso administrativo ante el Consejo de Ministros se abre la posibilidad de que el acto sea considerado político.

Ante esta «milagrosa» transformación de la naturaleza del acto ha reaccionado con escándalo un sector de la doctrina. Véase MARTÍN RETORTILLO, LORENZO, *ob. cit.*, páginas 116 y ss.; y GUAITA, en *Prólogo a TRUJILLO-QUINTANA-BOLEA: Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo*, I, Editorial Santillana, Madrid, 1965, p. 10. Otros autores, en cambio, más atentos a un examen formal de cuándo son políticos los actos y menos al problema de su naturaleza, se limitan a calificar de inoperante para el carácter político del acto el que éste se haya dictado por el Consejo de Ministros en primera instancia o al resolver un recurso. Así BOLEA, en la obra pro-

El problema abierto no es aquí el de cómo interpretar la corriente jurisprudencial o el de una desgraciada posibilidad abierta por una omisión de toma de postura del Supremo. La cuestión es, por el contrario, que, a consecuencia de este criterio, el sistema de recursos administrativos cobra un valor distinto del apreciado hasta ahora. Cuando en una materia determinada, especialmente en las enumeradas por vía de ejemplo como políticas, la legislación prevé la admisión de recurso ante el Consejo de Ministros, la existencia de este recurso tiene un significado diametralmente opuesto al de una medida de garantía para el particular (44). Si la vía administrativa se agota en autoridad inferior, aunque sea un Ministro, el acto es siempre justiciable. En el momento en que conozca del asunto el Consejo de Ministros en vía de recurso, ya se ha abierto la posibilidad de que el acto deje de ser justiciable por tratarse de materia política.

El sistema de recursos administrativos y el agotamiento de la vía gubernativa cobran así una importancia decisiva al ponerse en conexión con el carácter político de los actos. No sería exagerado afirmar que la sustracción a la justiciabilidad por la vía de otorgar recurso ante el Consejo de Ministros es un golpe de hacha al carácter de estos recursos de actuaciones previas al contencioso, pues implica su más total negación y con ella la perversión del sistema de los recursos administrativos. Por el momento se deja en estos términos el razonamiento, sobre el que habrá de volverse después en más de una ocasión.

3. La materia política de los actos

Debe abordarse ahora el examen de la jurisprudencia sobre el requisito objetivo, es decir, sobre el carácter político o no de las materias a que afectan los actos recurridos. Se trata de un tema vidrioso, ya que si es relativamente sencillo individualizar el órgano que puede actuar como sujeto de los actos, está lejos

logada por GUAITA que acaba de citarse, p. 279. También menciona la posibilidad de que un acto de un Ministro se convierta en acto político por vía de recurso, ALVAREZ GENDÍN: *Tratado de derecho administrativo*, IV, Bosch, Barcelona, 1977, p. 193.

(44) Pues, en definitiva, bien se considere el recurso administrativo como garantía en sí mismo o como presupuesto del proceso, se resuelve directa o indirectamente en algo encaminado a obtener una garantía.

de ser fácil distinguir entre la naturaleza política o administrativa de una actuación determinada.

A) LA DIFERENCIA ENTRE FUNCIÓN POLÍTICA Y ADMINISTRATIVA

Ante todo hay que destacar que fuera de alguna decisión jurisprudencial regresiva que se dicta en los primeros años de vigencia de la nueva Ley, el Tribunal Supremo ha intentado diferenciar, siguiendo el texto legal, las funciones política y administrativa y los actos en que encarnan una y otra.

a) *Una decisión jurisprudencial regresiva*

En efecto, en un primer momento, sin duda por herencia de la tradición anterior, el Tribunal Supremo confunde la función política y la administrativa, sentando una doctrina regresiva en la sentencia de 10 de febrero de 1960, fecha en la que, por otra parte, no se había decantado aún el criterio orgánico. En dicha sentencia, en cuyo caso se impugnaba una Orden del Ministerio de Trabajo que destituyó a los miembros del Patronato de una Universidad Laboral, el Tribunal Supremo estimó que los Estatutos de las Universidades Laborales constituían «manifestación de la política docente-laboral del Estado», y que la referida Orden no era «otra cosa que la prosecución de dicha directriz política», desestimando en consecuencia el recurso (45).

b) *La doctrina posterior*

Aunque la sentencia ofrece además otros matices y plantea otros problemas que serán examinados seguidamente, lo cierto es que esta desdichada decisión no llegó a cuajar en doctrina jurisprudencial establecida. El Tribunal Supremo corrigió pronto este desafortunado criterio, que constituía uno de los términos de la vacilación inicial posterior a la Ley de 1956. En efecto, ya con anterioridad la sentencia de 29 de octubre de 1959 (ponente, magistrado señor Serra) declaró, frente a la alegación de inadmisibilidad del abogado del Estado, que una Orden del Minis-

(45) Véase DE JUAN: «Actos políticos y de gobierno» (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1960), *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm. 4, 1960, núm. 8, pp. 414 y ss.

terio de Obras Públicas que llevaba a cabo un reajuste de tarifas ferroviarias, no podía considerarse acto político, y lo hizo atendiendo sólo a la materia de que se trataba, sin entrar en el examen del requisito orgánico o subjetivo. Pero la que sienta una doctrina jurisprudencial que parece plenamente feliz y que se expresa del modo más rotundo es la importante sentencia de 2 de octubre de 1964 (46). Sobre ella habrá de volverse más adelante a otros efectos, pero, por el momento, interesa destacar el vigor y la precisión con que rechaza la alegación de inadmisibilidad.

Se trataba en el caso de autos de recurso interpuesto contra una Orden del Ministerio de Agricultura, que denegó la modificación del precio fijado para la remolacha en la campaña remolachero-azucarera de 1957-58. El Supremo no sólo apreció el incumplimiento del requisito subjetivo de los actos políticos, puesto que se trataba de un acto de un Ministerio y no del Gobierno, sino que, además, frente al argumento del carácter político de la materia del acto, afirmó:

... pues una interpretación como la pretendida por el representante procesal de la Administración... llevaría a cerrar el acceso a la impugnación judicial contra actos que se entienda eran actuaciones de una llamada «política económica», «política agrícola», «política docente», «política comercial» o expresiones semejantes; lo que conduciría, contra lo que es una de las notas esenciales de un Estado de Derecho, a eliminar casi por completo la Jurisdicción contencioso-administrativa; por lo cual no debe acogerse la alegación de inadmisibilidad aducida por la Abogacía del Estado.

Esta feliz doctrina, que apunta hacia la finalidad misma de la existencia de la jurisdicción, ha sido mantenida de forma consecuente por el Tribunal Supremo. Así las sentencias de 22 de mayo de 1970 y 1 de febrero de 1971 (47) negaron el carácter de acto político a la orden cursada a ciertas compañías mercantiles de que cesaran en su actividad de aseguradoras de acci-

(46) Ponente: magistrado señor ARIAS RAMOS. Una alusión a esta Sentencia en MOSQUERA-CARRETERO: *Comentarios a la Reforma de lo Contencioso-Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1974, p. 42.

(47) Ponentes: magistrados señores TRUJILLO y BECERRIL, respectivamente. La segunda Sentencia sigue fielmente la doctrina de la primera.

dentes de trabajo, a pesar de que el criterio político correspondiente había sido establecido por las Leyes de 28 de diciembre de 1963 y 21 de abril de 1966. En la vidriosa materia de la fijación por el Gobierno de coeficientes a los distintos Cuerpos de funcionarios, la sentencia de 5 de noviembre de 1966 declaró que la política del Gobierno en materia de personal es inatacable por encontrarse definida en las Leyes de Funcionarios Civiles y de Retribuciones, y basándose en ésta y otras consideraciones el Tribunal Supremo ha desestimado los recursos. No obstante, lo cierto es que la sentencia de 27 de abril de 1966, cabeza de las numerosas concordantes (48), declaró que «pese el carácter de gobierno y en cierto modo político de las facultades para organizar los Cuerpos de funcionarios», la legislación no las excluye de la revisión, no pudiendo considerarse la fijación de coeficiente como un acto político.

c) *El uso de la exposición de motivos de la Ley Jurisdiccional como elemento interpretativo*

El Tribunal Supremo ha sentado, pues, un criterio en virtud del cual no admite la extensión de los actos políticos a materias que por ser de pura ejecución de disposiciones legales deben considerarse administrativas. Ahora bien, sería un error pensar que se trata de un criterio resultante de una casuística. Se trata, por el contrario, de una doctrina elaborada por el Tribunal Supremo utilizando como elemento interpretativo la exposición de motivos de la Ley Jurisdiccional.

Apoyándose expresamente en su declaración relativa a los actos políticos, la jurisprudencia ha intentado deslindar los campos, negándose, como se ha dicho, a extender a aspectos administrativos la doctrina de los actos políticos, pero, eso sí, manteniendo que éstos se realizan dentro de un ámbito de actuación distinto y separado del que se rige por el Derecho administrativo.

Se ha apreciado de este modo la existencia de una función política manifestada en los actos políticos del Gobierno, que ope-

(48) Véanse las Sentencias de 2 de mayo, 8 de junio, 23 de junio, 30 de junio, 27 de septiembre, 5 de noviembre, 7 de noviembre, 28 de noviembre y 21 de diciembre de 1966; y las de 27 de febrero, 6 de mayo, 20 de junio y 8 de julio de 1967.

ra como límite de la jurisdicción. Así la sentencia de 18 de junio de 1959 (49) declaró que como la jurisdicción está creada para conocer de los actos sujetos al Derecho administrativo,

... sus límites están determinados por la esencia de esta rama del Derecho en cuanto forma de parte del ordenamiento jurídico,

considerándose los actos políticos materia que se encuentra más allá de dichos límites. Por otra parte, la sentencia de 26 de diciembre de 1959 (50) y la concordante en este punto de 18 de febrero de 1963 reiteran el texto de la exposición de motivos, según el cual

... los actos políticos no son una especie de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos.

Para el Tribunal Supremo está claro, por tanto, que no pueden confundirse los actos políticos y los administrativos, lo que conlleva un doble significado. De una parte no puede identificarse a unos y otros en el sentido de que tomando pie de la existencia de actos políticos queden sin control diversas actuaciones administrativas, pues ello conduciría a eliminar la propia jurisdicción, nota esencial de un Estado de Derecho. Pero, de otra parte, tampoco cabe la confusión en sentido contrario, considerando como especie cualificada de los actos administrativos lo que el articulado de la Ley, en conexión con su exposición de motivos, considera como actos esencialmente distintos.

B) EL CARÁCTER DE LA FÓRMULA DELIMITADORA DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL

Ahora bien, ¿hasta dónde se extiende este límite de la jurisdicción y en qué medida correlativa se reduce su competencia? Vamos a ver lo que ha declarado sobre este punto la jurisprudencia.

(49) Sobre materia de orden público, que se examinará después. Ponente: magistrado señor VILLANUEVA.

(50) Véanse también las que siguen su misma doctrina de 29 de febrero, 23 de marzo y 7 de octubre de 1960.

dencia, aunque previamente será bueno tener en cuenta el planteamiento de la Ley Jurisdiccional sobre el asunto.

a) *La realidad de la delimitación*

Pues, en efecto, sería erróneo pensar que la delimitación operada se reduce al sentido y contenido de la fórmula del artículo 2.º, b), de la Ley. Dejando aparte ésta, en cuyo análisis se entra en el próximo apartado, lo cierto es que existen otras exclusiones relacionadas con el carácter político de los actos.

No hay que olvidar, ante todo, que la Ley de 27 de diciembre de 1956 se refiere a la posible exclusión expresa de determinados actos de la competencia jurisdiccional en virtud de norma que asimismo tenga rango formal de Ley. Nada obsta a que esta exclusión tenga su origen en un criterio político. Por otra parte, la existencia y reconocimiento por la Ley de actos no impugnables en materias próximas a las de los actos políticos, hace que a veces sea difícil dibujar con trazo grueso la frontera entre unos y otros tipos de actos (51).

De todas formas estas dificultades no son la raíz del problema. Tomarlas en consideración sería más bien oscurecerlo, pues evidentemente son cosas distintas que, basándose en razones políticas, se excluyan del conocimiento por los Tribunales determinados actos (por la propia Ley de la Jurisdicción o por otra) y que se configure una categoría específica de actos del Gobierno, poderosamente cualificada en virtud de su consideración

(51) Esto es, al menos, lo que podría deducirse de un estudio de la jurisprudencia. Así la Sentencia de 18 de mayo de 1960, de la que fue ponente el magistrado señor LÓPEZ GIMÉNEZ, en la que se discutía el destino a servicios de tierra de un oficial de la Armada, afirma, como argumento justificativo para aceptar la inadmisibilidad por tratarse de acto político, que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha seguido el mismo criterio respecto a actos similares, aunque de menor trascendencia, al excluirlos en los apartados c) y d) del artículo 40 de la Ley. También se plantea el problema la Sentencia de 5 de octubre de 1981, de la que fue ponente el magistrado señor VILLANUEVA, en la que se discutía la creación de una plaza de Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico Militar; pero dicho problema se resuelve en el sentido de que no se trata ni de acto político ni de acto excluido por el artículo 40.

Entiendo, sin embargo, que, a la vista de la Ley, no es grave la dificultad de delimitar unos y otros supuestos, ya que la enumeración de los temas militares excluidos se hace en el artículo 40 de manera taxativa, que facilita la labor de interpretación. Téngase en cuenta, sin embargo, la tendencia de nuestro ordenamiento a excluir de la jurisdicción las materias de Administración militar, iniciada a partir de la Ley Jurisdiccional por la Ley de 30 de julio de 1959 y prácticamente consumada por la Ley 55/1968, de 27 de julio, sobre Servicio Militar.

como manifestación concreta de la función política, distinta de la administrativa. En un caso, ciertos motivos han impulsado a dar un tratamiento peculiar a grupos de actos administrativos. En otro, nos encontramos ante actos que la Ley concibe como esencialmente diferentes.

Pero, como se ha dicho, no es ésta, ni mucho menos, la cuestión más importante para tomar conciencia del ámbito efectivo de las materias excluidas por su carácter político. El dato básico es que con arreglo a la disposición transitoria 5.^a de la Ley:

No podrá interponerse recurso contencioso-administrativo en relación con los actos dictados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley que no fueren susceptibles de impugnación, a tenor de los artículos 2.^o y 3.^o de la Ley de 18 de marzo de 1944, ni con los que fueren reproducción, confirmación, revisión o reforma de aquéllos.

Pues es el caso que el artículo 2.^o de dicha Ley de 18 de marzo de 1944, por la que se restableció la jurisdicción contencioso-administrativa después de la guerra civil, disponía:

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

Nótese que la remisión que hace la disposición transitoria 5.^a de la Ley de 27 de diciembre de 1956 se efectúa precisamente a este precepto, cuando podía haberse hecho al artículo 4.^o del texto refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1952, el cual, además de que utiliza una fórmula ligeramente diferente, *no contiene el inciso de que las exclusiones se efectúen «como pertenecientes al orden político o de gobierno»* (52).

(52) De ello ha sido consciente la jurisprudencia en un doble sentido. De una parte, en cuanto que, al citar la remisión de la disposición transitoria 5.^a a la Ley de 1944, menciona que la exclusión de las materias afectadas se hace «como pertenecientes al orden político o de gobierno», mención que se oculta pudorosamente en el texto literal de la disposición transitoria. Entre otras abundantes declaraciones véase la que hace al efecto la Sentencia de 6 de abril de 1977 sobre un caso de funcionario depurado que pretendió, sin conseguirlo, reingresar en el servicio, de la que fue ponente el magistrado señor PÁRAMO CÁNOVAS. El Tribunal Supremo declaró

Es decir, que independientemente de que sea correcta la remisión, lo cierto es que por esta vía se ha ampliado considerablemente la exclusión del conocimiento por la jurisdicción de cuestiones que el ordenamiento vigente continúa considerando pertenecientes al orden político o de gobierno, al menos mientras no se derogue la citada disposición transitoria. En efecto, sería erróneo pensar que esta exclusión se refiera exclusivamente al período cronológico inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley Jurisdiccional (53). En los términos en que está redactada, la exclusión de la disposición transitoria 5.ª afecta a:

1.º Todas las resoluciones (es decir, los actos administrativos) dictadas en cualquier momento anterior a la entrada en vigor de la Ley en ejecución de la legislación dictada hasta esa fecha, en materia de

- depuración,
- responsabilidades políticas,
- desbloqueo,
- prensa y propaganda (54), y
- abastecimientos.

la inadmisibilidad del recurso. La Sentencia es doblemente significativa por su carácter reciente y por dictarse después de promulgado el Decreto 3357/1975, de 5 de diciembre, que declara revisadas de oficio las sanciones adoptadas en virtud de la Ley de Responsabilidades Políticas.

Por otra parte, la jurisprudencia ha afirmado, no sólo que la Ley de 1944 considera políticas estas materias, sino que por naturaleza lo son. Así la Sentencia de 21 de marzo de 1958 dice que: «...el acto político en sí, es una determinación o realización de gobierno que como tal no puede estar sometida a jurisdicción alguna, incumbiendo su fiscalización sólo a órganos que ostenten la misma naturaleza política, cual sucede con la Ley de 10 de febrero de 1939 y cualquier medida de aplicación de ella en materia de depuración». Análoga doctrina puede verse en la Sentencia de 28 de diciembre de 1965. En una y otra fue ponente el magistrado señor Cervera. Debe advertirse, sin embargo, que en la primera Sentencia no se menciona la disposición transitoria 5.ª que, en cambio, se aplica plenamente en la segunda.

Adviértase la importancia que tiene esta toma de conciencia del problema por el Tribunal Supremo para una interpretación de conjunto de lo que son los actos políticos en nuestro derecho.

(53) Como se deduce de una somera meditación en torno al problema, el legislador hizo una evidente manipulación de la terminología. La disposición transitoria 5.ª no regula una situación transitoria. Mediante ella se pretende, por el contrario, prohibir la revisión de una serie de actuaciones llevadas a cabo tras la guerra civil, prohibición que se hace mediante esta técnica manipuladora con carácter indefinido en cuanto al tiempo, es decir, para siempre en tanto no se modifique el precepto por norma de rango suficiente, lo que no ha sucedido en el momento en que se hace la revisión general de este trabajo (enero de 1978).

(54) El texto refundido de 8 de febrero de 1952 amplió la fórmula a «prensa, propaganda, radiodifusión, cinematografía y teatro», de manera evidentemente ilegal. La alusión de la transitoria 4.ª a la Ley de 1944 y no a su texto refundido podía haber dado ocasión (no me consta que haya sucedido así efectivamente) a alguna dificultad

2.º Todas las resoluciones que sean reproducción de las anteriores.

3.º Incluso las resoluciones que supongan confirmación, revisión o reforma de las primeramente dictadas en esta materia (55).

Más adelante se volverá sobre el significado de estas exclusiones al hacer una valoración de conjunto del tema. Por el momento, además de dejar apuntado que la exclusión no se limita a los actos del Gobierno, extendiéndose a los de toda la Administración, interesa destacar que la no posibilidad de que estos actos sean conocidos y juzgados no es un precepto que haya quedado en letra muerta ni mucho menos. Por el contrario, la jurisprudencia ha tenido ocasión de aplicar la exclusión (56),

interpretativa respecto a radio, cinematografía y teatro, resuelta en la práctica por la exclusión de estas materias como actos no impugnables en el artículo 40.

Nótese, sin embargo, que en la materia siempre delicada de prensa la inclusión en la Ley de 1944 y, en consecuencia, en la transitoria 4.ª de la Ley Jurisdiccional, supone que nuestro ordenamiento sigue considerando «como pertenecientes al orden político o de gobierno» las decisiones adoptadas hasta 1957 y las que sean reproducción, revisión o reforma de aquéllas. Esta consideración no se ha visto modificada por la promulgación de la Ley de Prensa de 18 de marzo de 1966 ni por las disposiciones posteriores. No he encontrado alusión ninguna a este punto en la doctrina española sobre la materia que al comentar la regulación que se hizo en la Ley de la Jurisdicción de 1956 centra su atención en el carácter no impugnable de los actos de policía de prensa a tenor del artículo 40 y no se refiere a la disposición transitoria 5.ª Véase por todos CLAVERO: «Prensa y Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 50, mayo-agosto de 1966, pp. 83 y ss., en especial páginas 92-94.

(55) Como advertirá el lector el importante es este tercer punto de la enumeración, ya que los dos anteriores pueden considerarse normales. El primero de ellos porque supone la aplicación del principio de irretroactividad. El segundo por su íntima conexión con lo anterior a más de su proximidad a los actos confirmatorios excluidos en el artículo 40.

(56) Esta aplicación se ha producido continuamente y sigue produciéndose en la actualidad. Respecto al artículo 3.º de la Ley de 1944, relativo a la extinguida jurisdicción de agravios, véanse entre otras muchas las Sentencias de 26 de junio y 28 de diciembre de 1961, 19 de febrero, 21 de marzo, 27 de octubre de 1966 y 18 de abril de 1970. Entre la jurisprudencia reciente pueden consultarse las de 22 de enero y 31 de mayo de 1976 y 11 de marzo de 1977. En cuanto al artículo 2.º de la Ley de 1944, que es el que interesa a nuestros efectos, no existe que yo sepa jurisprudencia sobre desbloqueo y no es muy abundante la relativa a prensa que dio lugar a la aplicación de la disposición transitoria 5.ª Más abundante es la jurisprudencia sobre inadmisibilidad por tratarse de materia de abastecimientos. Véase como ejemplo la sentencia de 7 de mayo de 1980.

No es mi propósito hacer un estudio de la jurisprudencia sobre las materias excluidas de la jurisdicción por la Ley de 1944, que a los efectos de este trabajo constituyen sólo un elemento auxiliar importante (pero auxiliar al cabo) para la interpretación de lo que son los actos políticos en el derecho español vigente. Por ello me limito a la alusión del párrafo anterior. Hago, no obstante, una excepción en la materia de depuración y responsabilidades políticas por su actualidad a la vista del Decreto de indulto de 5 de diciembre de 1975.

especialmente en materia de depuración y responsabilidades políticas, respecto a la que existe un numeroso conjunto de sentencias (57) que, con alguna excepción (58), no entran en el fondo del asunto planteado, limitándose a declarar la inadmisibilidad del recurso (59).

Por tanto, resumiendo lo dicho en este apartado, hay que tener presente que la delimitación de la competencia jurisdic-

(57) Con objeto de no recargar aún más estas notas a pie de página, ya excesivamente recargadas, remito al lector al apéndice de este trabajo donde se incluye una relación de estas Sentencias.

(58) Sentencia de 21 de marzo de 1958 en la que se declaró controlable una convocatoria de concurso entre funcionarios que incluía una cláusula restrictiva respecto a los primitivamente depurados y luego readmitidos. Sentencia de 21 de abril de 1961 en la que el Tribunal Supremo entra en el fondo del asunto en un caso de reclamación de los haberes dejados de percibir, presentada por funcionario depurado después de su readmisión. Sentencia de 2 de julio de 1966 en un caso en que se reconocieron los servicios prestados por funcionario al que no se aplicó la legislación de depuración, sino que se le sancionó por abandono de servicio, sanción que fue luego condonada. Sentencia de 12 de junio de 1972 en la que se declara impugnabile la actuación administrativa por la que, fuera del expediente de depuración, se sanciona conducta concreta que no fue corregida en aquél. Sentencia de 14 de marzo de 1973 en la que declara que no existió expediente de depuración sino actuación de hecho de la Administración.

Nótese que en ninguno de estos casos se estaba ante una aplicación verdadera de la legislación de depuración y responsabilidades políticas. Esto fue también lo sucedido en los casos resueltos reconociendo trienios a funcionarios depurados, que dieron lugar a una corriente jurisprudencial originada por las Sentencias de 14 de noviembre de 1966 y 17 y 23 de febrero de 1967, estudiadas por ESTEBAN DRAKE: «Los trienios de los funcionarios depurados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, núm. 53, mayo-agosto de 1967, pp. 315 y ss. En las Sentencias mencionadas y en las posteriores y concordantes de 11 de abril y 28 de septiembre de 1967, 21 de febrero y 24 de abril de 1968, y 1 de febrero, 31 de marzo y 14 de junio de 1969, no se discutía la depuración ni la readmisión con cláusula anexa limitando derechos, sino un acto posterior de un órgano distinto denegando la solicitud de reconocimiento de servicios.

Parece ser que la Administración tomó buena nota de la posición del Tribunal Supremo y a partir de la última Sentencia citada hizo la declaración sobre el reconocimiento de servicios en el mismo acto de revisión de la depuración. Por ello, el Tribunal Supremo no ha vuelto a reconocer servicios a efectos de trienios a los funcionarios depurados. Véase la jurisprudencia citada en la relación a que alude la nota anterior, incluida al final de este trabajo como apéndice.

(59) Adviértase que esta situación no ha sido modificada por las disposiciones sobre indulto y amnistía, es decir, el Decreto de 5 de diciembre de 1975 y el Decreto-ley de 30 de julio de 1976. Ninguna de ellas alude a la jurisdicción, aunque la primera en ningún caso hubiera podido modificar la Ley de 27 de diciembre de 1956 dado su rango de Decreto. Pero es que además el Tribunal Supremo ha declarado expresamente que dichas disposiciones no afectan a la revisión jurisdiccional. Así la Sentencia de 10 de noviembre de 1976, de la que fue ponente el magistrado señor SERVÁN, afirma que «...la promulgación del Decreto de indulto y el Decreto-ley de amnistía podrá dar lugar a que la Administración aplique su normativa de oficio o a instancia de parte según proceda con arreglo a derecho, pero en manera alguna afecta a esa exclusión jurisdiccional».

Sin hacer una declaración tan terminante las Sentencias de 15 y 30 de marzo y 6 de abril de 1977 aceptan la alegación de inadmisibilidad en aplicación de la disposición transitoria 5.ª y añaden que ello se hace sin perjuicio de los derechos

cional por tratarse de actos «pertenecientes al orden político o de gobierno», aunque acotada a ciertas materias, coexiste en nuestro derecho con la más general de los actos políticos del Gobierno, considerada manifestación de una función distinta de la administrativa.

b) *La interpretación jurisprudencial de la fórmula delimitadora*

Con todo, aunque no se pueda olvidar la importancia del factor que acaba de exponerse, tampoco puede en buena lógica exagerarse, ya que afecta sólo a unas materias determinadas. El análisis debe recaer fundamentalmente sobre la fórmula del artículo 2.º, b), de la Ley en vigor.

Pues bien, en cuanto al requisito material de la naturaleza política del acto, el Tribunal Supremo se ha movido al interpretar la fórmula entre los polos conceptuales de declarar su carácter ejemplificativo, pero, al mismo tiempo, interpretarla en sentido restrictivo (60).

De una parte, diversas declaraciones jurisprudenciales han insistido en que los actos políticos no son únicamente los relativos a las materias enumeradas, por lo que dicha enumeración no es exhaustiva, sino sólo ejemplificadora (61). Pero ello no ha impedido al Tribunal Supremo intentar restringir el alcance de la fórmula. Posiblemente la más acertada síntesis de esta postura sea la efectuada por la sentencia de 2 de octubre de 1964, a cuyo tenor:

de los interesados a reclamar ante la Administración el cumplimiento en sus casos concretos de las disposiciones sobre indulto y amnistía.

De todas formas, ha de tenerse en cuenta que en todos estos casos las conductas administrativas impugnadas eran posiblemente anteriores a la promulgación de las disposiciones.

(60) En este sentido, MOSQUERA-CARRETERO, si bien intentan subrayar más el carácter restrictivo de la interpretación jurisprudencial que las declaraciones del Tribunal Supremo sobre el significado meramente enunciativo. *Comentarios a la reforma de lo Contencioso-administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1974, p. 42.

(61) Así la Sentencia de 21 de marzo de 1958 (ponente: magistrado señor CERVÍ) declara que la fórmula «tiene carácter enunciativo y no limitativo en la reseña que efectúa». La Sentencia de 10 de febrero de 1960 afirma que «la enumeración contenida en la cual —la cláusula del apartado b) del artículo 2.º de la Ley— no debe tenerse como exhaustiva, sino como ejemplificadora». La Sentencia de 18 de febrero de 1963 (ponente: magistrado señor ARIAS RAMOS) dice que «la enunciación de actos políticos del Gobierno, formulada en el apartado b) del artículo 2.º de la Ley Jurisdiccional, tiene, según revela la expresión "como son", allí empleada, carácter ejemplificador y no exhaustivo». La Sentencia de 23 de enero de 1967 (ponente: magistrado señor SUÁREZ MANTEOLA) mantiene que la fórmula se limita «a una enunciación expositiva

... en el aspecto sustancial sólo lo serán (actos políticos) los que afecten a los fundamentos mismos del Estado como tal, su seguridad y sus principios básicos; característica claramente indicada en la enumeración que hace el citado apartado b) (del artículo 3.º), la cual, aunque no sea exhaustiva, refleja, no obstante, como ejemplificadora, un criterio homogéneo de agrupación, del que la exégesis del precepto no debe salirse.

Otras sentencias, que no aluden simultáneamente a los criterios de interpretación (carácter ejemplificador y sentido restrictivo a un grupo homogéneo de actuaciones), subrayan, sin embargo, el segundo de ellos. Así la sentencia de 7 de abril de 1960 entiende⁶ que la doctrina de los actos políticos se refiere

... exclusivamente a asuntos trascendentes dentro del ámbito general...

y la sentencia de 29 de noviembre de 1963 declara que:

... para la concepción del acto político como excluyente del conocimiento jurisdiccional es necesario sea expresión de una actuación unitaria de los poderes del Estado, en que el contenido, la finalidad y el órgano... encuadren la actividad específica, diferenciable de la administrativa...

Puede verse, por tanto, que la jurisprudencia ha intentado (con mayor o menor acierto) la limitación de la exclusión a los «asuntos trascendentes dentro del ámbito general», por lo que no

pero no exhaustiva de materias a que pueden responder». La Sentencia de 27 de febrero de 1987 (ponente: magistrado señor PARRA) recuerda y reproduce la declaración de la de 21 de marzo de 1958. Por último, la más reciente Sentencia de 27 de mayo de 1975 (ponente: magistrado señor SUÁREZ MANTEOLA) vuelve a afirmar que «la enumeración del artículo 2, b) de la Ley no es limitativa sino enunciativa sin exclusividad alguna».

En la doctrina ha recordado el carácter enunciativo de la fórmula casi en los mismos términos que la jurisprudencia, GARCÍA TREVIJANO: *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 3.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, p. 48. En cambio afirma que la jurisprudencia ha reducido considerablemente el ámbito de los actos políticos GONZÁLEZ PÉREZ, en «El principio antiformalista de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 57, septiembre-diciembre de 1988, p. 197. Así es, en efecto, por la interpretación restrictiva de las menciones expresadas pero no porque no se admitan otros tipos de actos de acuerdo con el carácter enunciativo de la fórmula. Véase más abajo este mismo apartado, in fine.

todos los actos relativos a las materias enumeradas pueden estimarse actos políticos, sino sólo los que «afecten a los fundamentos mismos del Estado como tal, su seguridad y sus principios básicos». Pero simultáneamente, en virtud del carácter ejemplificador de la fórmula, ello no quiere decir que esa trascendencia al ámbito general se predique sólo de las materias a que se refiere expresamente el artículo 2.º, b). Por el contrario, el Tribunal Supremo es consciente de que pueden dictarse actos políticos sobre otras materias, aunque lo cierto es que sólo en una ocasión se ha referido expresamente a una de ellas, en la sentencia de 20 de marzo de 1962, a cuyo tenor:

... la determinación del premio oro al igual que la fijación de tipos de cambio... son, a no dudar, actos políticos de (*sic*) Gobierno, que con absoluta discrecionalidad puede establecer cuando y como lo estime necesario tanto aquél como éstos en adopción de medidas que por su propia naturaleza sólo al Gobierno es dable apreciar...

No creo, sin embargo, que sea exagerado entender que, como sucede con el premio oro y la fijación de tipos de cambio, existen otras materias respecto a las cuales, por su propia naturaleza, sólo al Gobierno es dable apreciar si deben adoptarse unas medidas concretas (62).

(62) Me parece que es éste uno de los puntos en que repercute más claramente la situación creada por el sector doctrinal que adopta una postura negativa respecto a los actos políticos. Está claro que al nivel del *deber ser* los actos políticos *deben ser* los menos posibles. Pero está claro también que, partiendo de la base de que el derecho español reconoce la existencia de actos políticos no controlables por la jurisdicción, hay que convenir en que pueden extenderse a muchas más materias que las enumeradas en el artículo 2, b) de la Ley Jurisdiccional.

Es decir, sobre la base de que hay actos del complejo Administración-Gobierno que no son justiciables, está claro que esos actos, justamente por el carácter ejemplificativo de la fórmula legal, pueden darse en otras materias. La fijación de la paridad de la peseta a que se refiere la Sentencia citada en el texto es un buen ejemplo, pero también pueden incluirse en esta categoría los actos que incidan en las relaciones del Gobierno con el Parlamento y otros muchos más. Sin salir de la enumeración de competencias del artículo 10 de la Ley de Régimen Jurídico pueden citarse los nombramientos de altos cargos, la suspensión e inexecución de Sentencias de la jurisdicción contenciosa, la convocatoria de elecciones y la determinación del límite de circulación fiduciaria. La doctrina ha mencionado, además de éstos, la denegación de carta de naturaleza y la resolución de conflictos jurisdiccionales. GUAIRA: «Los actos políticos en el derecho español», *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Barcelona, núm. 4, enero-junio de 1955, pp. 88 y ss. También se ha aludido a la declaración del estado de guerra de acuerdo con la legislación de orden público. ALVAREZ GENDÍN: *Tratado de Derecho Administrativo*, IV, Bosch, Barcelona, 1977, p. 191.

C) EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LAS EXCLUSIONES EXPRESAS

Ahora bien, importa precisar el sentido restrictivo que ha otorgado el Tribunal Supremo a la exclusión, para lo cual nada mejor que examinar el tratamiento jurisprudencial de las materias expresamente enumeradas como susceptible de dar lugar a que se dicten actos políticos (63).

a) *Relaciones internacionales*

Entre estas materias, la que ha dado lugar a menos declaraciones jurisprudenciales y ofrece quizá menos base para indagar lo que sean los actos políticos en derecho español es la que se refiere a las relaciones internacionales.

Al pronunciarse sobre esta cuestión, lo que sí ha dejado bien claro el Tribunal Supremo en sus sentencias de 7 de mayo de 1960 (64) y 27 de febrero de 1970 (65) es que no son actos políticos los de ejecución o aplicación de un Convenio internacional. Se entiende que los Convenios, una vez ratificados y promulgados, forman parte del ordenamiento español, y que la misión de los Tribunales es comprobar si los actos administrativos se ajustan a lo dispuesto en los Convenios.

Estas sentencias mencionan sólo, desde luego, la delimitación negativa de la cuestión, es decir, cuándo *no* existen actos políticos, aunque la materia se refiera a relaciones internacionales (66). En cuanto a la definición de qué actos relativos a esta

Es claro que estos actos y otros análogos no enumerados *pueden* considerarse en nuestro derecho actos políticos no justiciables desde el punto y hora en que se acepta la existencia de la categoría. Cosa distinta es que no hayan llegado a los tribunales y que para plantearlos existan problemas de legitimación.

Ni que decir tiene que al autor de estas líneas no le hace feliz esta situación. Como jurista estima que debe modificarse y que hasta donde sea posible debe arbitrarse una garantía. Pero para conseguirlo el mejor procedimiento no es silenciar o negar la situación, sino denunciarla.

(63) Véase la referencia que hacen a los distintos grupos de materias MOSQUERA-CARBETERO: *Comentarios a la reforma de lo contencioso-administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1974, pp. 43 y ss.

(64) Se trataba, en el caso de autos, de la impugnación por una Sociedad española de una Orden ministerial (acto concreto) de aplicación de un Convenio hispano-italiano de fecha 24 de enero de 1975. Ponente: magistrado señor ARIAS RAMOS.

(65) La Sentencia se refiere a la impugnación de la Orden del Ministerio de Justicia de 29 de abril de 1966 (disposición de carácter general) de aplicación del Convenio hispano-marroquí de 11 de febrero de 1957 y el Protocolo complementario del mismo de 6 de octubre de 1965. Ponente: magistrado señor CORDERO TORRES.

(66) La más reciente Sentencia, de 27 de mayo de 1975, de la que fue ponente el magistrado señor SUÁREZ MANTEOLA, declara que no es acto político por tratarse de

temática podrían considerarse políticos, se encuentran orientaciones en varias sentencias de nuestro más Alto Tribunal (67). Así la jurisprudencia ha declarado que tendrían el carácter de actos políticos en materia de relaciones internacionales la protección de ciudadanos españoles frente a daños o represalias de un Estado extranjero (sentencia de 5 de noviembre de 1974) y la revisión del acuerdo con los Estados Unidos sobre bases militares (sentencia de 25 de mayo de 1975). No obstante, más que estas declaraciones concretas, es de interés la doctrina general de la sentencia de 20 de enero de 1969, según la cual no basta que se trate de relaciones internacionales. Es preciso, además, que los actos tengan «mera y esencialmente carácter político», lo que sucede cuando se incide en cláusulas propiamente políticas y, en consecuencia, se producen derivaciones que afectan a la órbita de las relaciones entre Estados.

La sentencia cierra el círculo del razonamiento, poniéndolo en conexión con el requisito subjetivo, al declarar que cuando se producen estas circunstancias los Convenios sólo pueden ser interpretados por quienes los han concertado, es decir, por los Gobiernos respectivos.

b) *Mando y organización militar* (68)

Tampoco son muy numerosas las sentencias sobre mando y organización militar en las que se ha afrontado el problema de los actos políticos.

materias de relaciones internacionales una sanción impuesta por un ministro y confirmada por el Gobierno, por haber dirigido al primero un escrito sobre las relaciones entre España y los Estados Unidos de América, con motivo de la visita a nuestro país del secretario de Estado norteamericano.

(67) Sentencia de 20 de enero de 1969, de la que fue ponente el magistrado señor SILVA. Se impugnaba una Orden del Ministerio de Hacienda que confirmó una decisión del Jurado Central Tributario dictada en aplicación del Convenio hispano-francés de 7 de agosto de 1926 sobre régimen fiscal de sociedades. Sentencia de 5 de noviembre de 1974, de la que fue ponente el magistrado señor AROZAMENA. Se refería a un caso de represalias tomadas contra ciudadanos españoles por la nueva Administración independiente de Guinea Ecuatorial a consecuencia de noticias dadas por los medios de difusión españoles. Sobre la Sentencia de 27 de mayo de 1975, véase la nota anterior.

(68) No he encontrado ninguna Sentencia del Tribunal Supremo relativa a actos políticos que se refiriese a defensa del territorio nacional, materia mencionada en la enumeración del artículo 2, b) de la Ley Jurisdiccional y sin duda próxima aunque no idéntica a ésta de mando y organización militar.

Presentan, sin embargo, un curioso rasgo común: por regla general, el Tribunal Supremo no ha puesto el énfasis sobre el requisito subjetivo, a pesar de que, con una sola excepción (69), se trataba siempre de actos de alguno de los Ministerios militares, y ello aun cuando la doctrina jurisprudencial sobre los actos políticos había afirmado ya plenamente su interpretación de dicho requisito en la fecha de alguna de las sentencias sobre mando y organización militar (70).

Se ha atendido, pues, exclusivamente al requisito objetivo o de la naturaleza política del acto. Limitándose, por tanto, a este ámbito, hay que destacar que las primeras sentencias recaídas sobre la cuestión se pronuncian a favor de la consideración de la materia como acto político por tratarse en los casos concretos de supuestos que afectaban al mando militar. Tal sucedió en las sentencias de 10 de noviembre de 1959, sobre acceso al Estado Mayor del Ejército del Aire (71), y de 18 de mayo de 1960, sobre mando de buque de guerra (72).

Pero este mismo año de 1960 puede encontrarse otra sentencia, la de 7 de abril (73), que resuelve de manera distinta, si

(69) La Sentencia de 18 de mayo de 1960, relativa a impugnación de una Orden acordada en Consejo de Ministros. Sobre esta Sentencia, véase lo dicho inmediatamente a continuación en texto y nota.

(70) Así sucede, por ejemplo, respecto a la Sentencia de 24 de noviembre de 1964, a la que se alude al final de este apartado.

(71) Ponente: magistrado señor CERVIÁ. Se recurría contra una Orden del Ministerio del Aire por la que se convocaba concurso para diplomarse en el Servicio de Estado Mayor del Aire. La Sentencia afirmaba que «...planteada... la inadmisibilidad del presente recurso... (porque) no corresponde a esta jurisdicción conocer de las cuestiones que se suscitan en relación con los actos políticos que afecten a la defensa del territorio nacional, mando y organización militar, no puede ponerse en duda que corresponde a esta última potestad cuanto concierne a la selección del personal a quien en cada momento se juzgue interesante para el mejor servicio del Estado Mayor del Aire». Lamentablemente la Sentencia no entró en el cumplimiento del requisito subjetivo de que los actos debían emanar del Gobierno.

(72) Ponente: magistrado señor LÓPEZ GIMÉNEZ. Se recurría contra Orden acordada en Consejo de Ministros a propuesta del de Marina, destinando a servicios de tierra al comandante de un buque de la Armada que había sufrido varamiento y pérdida. Se había enjuiciado el asunto por un Consejo de Guerra que absolvió al inculpado del delito que se le imputaba de pérdida del buque por negligencia. El Tribunal Supremo aceptó la alegación de inadmisibilidad por entender que se trataba de acto político sobre mando y organización militar. Desgraciadamente no se mencionó en la Sentencia el requisito subjetivo, lo que hubiera sido de especial interés por tratarse de Orden acordada en Consejo de Ministros. Véase más arriba el apartado correspondiente a los problemas abiertos a propósito de este requisito.

(73) Ponente: magistrado señor CERVIÁ. Se impugnaba la validez de Orden del Ministerio del Ejército.

bien es cierto que el caso planteado no era ni mucho menos idéntico. Esta decisión jurisprudencial, que versaba sobre el recurso interpuesto por un militar por habersele denegado una plaza de comandante, rechaza la alegación de inadmisibilidad por tratarse de acto político, basándose en dos tipos de argumentos. De una parte, que

... las resoluciones impugnadas no han sido adoptadas por el Gobierno, ni afectan directamente a la defensa del territorio nacional, y menos aún se relacionan con el mando militar, pues por ellas únicamente se confiere determinado destino de funciones fundamentalmente burocráticas, que además no corresponden a Cuerpo o Arma que tenga potestad sobre tropa alguna...

De otra parte, que la consideración como actos políticos de los que afectan al mando y organización militar se produce sólo cuando dichos actos se refieren

... exclusivamente a asuntos trascendentes dentro del ámbito general, y no precisamente para ventilar cuestiones individuales de la escasa importancia que al interés común pueden llevar el que una plaza de Comandante... sea servida por una persona, o por otra.

Se reproduce, pues, en esta sentencia, que abre la brecha en cuanto a justiciabilidad de la Administración militar, el criterio general del Tribunal Supremo en cuanto a la interpretación de la ley: dar un sentido restrictivo a las materias mencionadas en la enumeración ejemplificadora de los actos de carácter político y, al mismo tiempo, exigir que la cuestión controvertida tenga una importancia o repercusión nacional. No se olvide, por otra parte, que se trata de la única declaración jurisprudencial sobre la materia en la que se ha abordado el aspecto subjetivo de los actos políticos (74).

(74) Aunque se trata sólo de una afirmación hecha de pasada según la cual «las resoluciones impugnadas no han sido adoptadas por el Gobierno». La *ratio decidendi* de la Sentencia parece ser claramente la trascendencia del acto, según se deduce del considerando parcialmente reproducido en el texto. Adviértase que el ponente era el mismo que el de la Sentencia antes citada de 10 de octubre de 1959.

Es dudoso, sin embargo, que esta correcta y valiente sentencia haya llegado a sentar doctrina jurisprudencial, pues con posterioridad sólo se han pronunciado sobre el tema otras dos. En una de ellas, si bien se niega el carácter político de la creación de plaza de coronel auditor, no se entra a fondo en el razonamiento (75). En otra, el Alto Tribunal considera desenfocado el planteamiento de la alegación de inadmisibilidad por entender que en el caso de autos no se trataba de controvertir normas ni criterios de organización militar, sino precisamente de comprobar si se habían cumplido criterios o normas sobre la materia, ya previamente establecidos (76).

c) *Seguridad interior del Estado y orden público* (77)

A diferencia de las materias contempladas en los apartados anteriores, sobre las que han recaído diversas sentencias que enriquecen la visión jurisprudencial de lo que sean los actos políticos, pero que no constituyen su núcleo esencial, éste se encuentra posiblemente en el grupo de decisiones dictadas en materia de seguridad interior del Estado y orden público, cuestiones quizá diferenciables conceptualmente, pero que se agrupan aquí porque así lo ha hecho el Tribunal Supremo, como inmediatamente se verá (78).

Igual que sucede en relación con otros aspectos del tema, existe una primera etapa inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley, en la que se dictan sentencias cuyos cri-

(75) Sentencia de 5 de octubre de 1961. Ponente: magistrado señor VILLANUEVA. Se trataba de recurso ante silencio del Ministerio del Ejército, que no contestó a la petición del demandante solicitando se crease una plaza de coronel Auditor de la Escala Complementaria del Cuerpo Jurídico Militar, por haberse demorado su ascenso hasta la publicación de una Orden que reformaba la plantilla suprimiendo el empleo de coronel. No se entró en el cumplimiento del requisito subjetivo.

(76) Sentencia de 24 de noviembre de 1964. Ponente: magistrado señor DE LOS RÍOS. Se sustanciaba en el proceso recurso ante silencio producido al presentarse recurso de reposición contra Orden del Ministerio del Aire disponiendo la baja del demandante en el Servicio de Vuelo y su pase al Servicio de Tierra. Tampoco se entró, en este caso, en el cumplimiento del requisito subjetivo.

(77) Sobre las Sentencias estudiadas en este apartado, véase ampliamente MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo: *Las sanciones de orden público en derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, en especial pp. 79 y ss. Adviértase, sin embargo, que aquí interesa, además de la materia, la visión general que se deduce de su tratamiento jurisprudencial respecto al problema de los actos políticos.

(78) Adviértase, sin embargo, que la fórmula del artículo 2, b) de la Ley Jurisdiccional no hace referencia expresa al orden público, limitándose a mencionar la seguridad interior del Estado.

terios han sido rectificadas por la doctrina jurisprudencial que prevaleció después. Tratándose de seguridad interior del Estado, éste es el caso de la sentencia de 18 de junio de 1959, en la que no sólo se ignora el requisito subjetivo considerando acto político una Orden de la Presidencia del Gobierno, sino que se entiende es materia que afecta a la seguridad interior del Estado la admisión en el Cuerpo de Policía Armada y de Tráfico de personas que se estimaba tenían malos antecedentes político-sociales (79).

Pero el Tribunal Supremo corrigió este criterio inicial sentando otra doctrina que ha prevalecido, en la que no sólo se exige el cumplimiento del requisito subjetivo (emanación del acto del Gobierno), sino que además se interpreta restrictivamente la alusión a la seguridad interior del Estado y el orden público como materias de naturaleza política. Sin embargo, también es cierto que un grupo de sentencias que no se apartan del planteamiento general, al afinar en la interpretación de lo que debe entenderse por acto político dentro del marco de estas materias, sientan una lamentable y claudicante doctrina, que puede considerarse como el más negro borrón sobre la (en general) progresiva jurisprudencia española respecto a los temas que ahora se estudian.

Pero veamos primero el marco genérico del planteamiento. Este comienza a dibujarse en la sentencia ya anteriormente estudiada de 10 de febrero de 1962 (80). En ella se encuentra por primera vez la afirmación de que

(79) Ponente: magistrado señor VILLANUEVA. Se trataba de unos policías de Tánger que, rechazando entrar al servicio de Marruecos, regresan a España, donde son destinados al Cuerpo de Policía Armada y de Tráfico. Ingresados en la Academia de este Cuerpo, cuando estaban pendientes de repetir el curso de capacitación (que se deduce habían suspendido), se publicó una Orden de la Presidencia del Gobierno, dictada a propuesta de la Dirección General de Seguridad, en virtud de la cual se les excluía. Los interesados presentaron recurso de reposición, que fue desestimado.

(80) Ponente: magistrado señor FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. El recurso se interponía contra un acto de un gobernador civil por el que se sancionaba una supuesta actividad separatista, que, una vez recurrido conforme a la legislación de orden público, fue confirmado en súplica por el mismo gobernador y en alzada por el ministro de la Gobernación. En cuanto al fondo del razonamiento mantiene el mismo criterio, aunque sin justificarlo y sin hacer afirmación tan terminante como la reproducida en el texto, la Sentencia de 25 de abril de 1961, de la que fue ponente el magistrado señor ARIAS RAMOS. Se trataba de recurso contra Orden del Ministerio de la Gobernación que confirmó en alzada sanción impuesta por un gobernador civil en materia de abastecimientos con ocasión de supuestas irregularidades cometidas con un carga-

... no es aceptable el criterio de que todas las sanciones impuestas por infracción de las disposiciones de la vigente Ley de Orden Público son irrecurribles en vía jurisdiccional...

aunque el razonamiento se apoya exclusivamente en que no se cumplía en el caso de autos el requisito subjetivo, ya que el acto no había sido dictado por el Gobierno.

Un paso adelante en este camino de fijación de un criterio más ajustado lo dio la sentencia de 29 de octubre del mismo año 1962 (81), la cual mantuvo también la exigencia del requisito subjetivo, pero además precisó

... que es necesario para aplicar la exclusión de la vía contencioso-administrativa (a los actos presuntamente políticos recaídos en materia de orden público) atender a la naturaleza, carácter y finalidad del acto correspondiente...

y que

... la noción de acto que afecta a la seguridad interior del Estado alude a una importancia y trascendencia en la repercusión de tales actos que hace que no puedan encerrarse en tal noción múltiples acciones que, aun afectando al normal orden jurídico, no menoscaban la integral seguridad del Estado.

La misma doctrina, que en esta sentencia puede encontrarse en la de 22 de mayo de 1964 (82), mientras que otras, sin des-

mento de harina primitivamente incautado por la Autoridad militar que quedó luego a disposición del recurrente.

(81) Ponente: magistrado señor ARIAS RAMOS. Se recurría contra Orden del Ministerio de la Gobernación que confirmó en alzada sanción impuesta por la Dirección General de Seguridad en ejecución de la legislación de orden público, porque en una reunión previamente autorizada se habían pronunciado discursos y expuesto conceptos que se estimaron daban margen a contravenciones de las Leyes Fundamentales de la Nación y a la emisión de conceptos contrarios a las más altas instituciones del Estado. Reproduce la afirmación de esta Sentencia (aunque como *obiter dicta*) la de 29 de noviembre de 1963, de la que fue ponente el magistrado señor BERRILL. Se trataba, en el caso de autos, de recurso contra Resolución de la Dirección General de Política Interior, que confirmó en alzada sanción impuesta al demandante por el gobernador civil, previa denuncia de su propio hermano que le imputaba una actividad subversiva. Ambos hermanos habían sido condenados previamente por un juez comarcal como mutuamente autores de lesiones leves.

(82) Ponente: magistrado señor ROVERES. La Sentencia resuelve recurso interpuesto contra Orden del Ministerio de la Gobernación que confirmó en alzada multas impuestas a los demandantes por un gobernador por haber denunciado aquéllos a dos guardias civiles. La razón de la denuncia era que los guardias civiles los habían denunciado a su vez indebidamente por poseer un tractor sin la documentación de transferencia cuando en realidad el tractor les había sido prestado.

arrollarla tan extensa y claramente, se adhieren a la *ratio decidendi*, al declarar, como hace la sentencia de 30 de septiembre de 1963 (83), que

... su naturaleza (la de los actos supuestamente políticos), dados los (hechos) que se imputan al recurrente (no) permite conceptuarlos como de los que afectan a la seguridad interior del Estado.

y la de 21 de diciembre de 1964 (84), según la cual los hechos debatidos debían considerarse

... sin alcance político y sin afectación propiamente dicha a la seguridad interior del Estado.

Por otra parte merece destacarse la sentencia de 23 de enero de 1967 (85), que reproduce en parte la de 29 de octubre de 1962 (86), pero que profundiza más en la doctrina, siendo ello tanto más significativo cuanto que la sanción dictada aplicando la legislación de orden público se refería a materia durante mucho tiempo tan vidriosa en la legislación española como una huelga o paro. A tenor de la mencionada sentencia de 23 de enero de 1967:

... la calificación de acto político... obliga a examinar en cada caso las circunstancias de comisión y de cómo se configure en su alcance finalista, y de trascender a la seguridad inte-

(83) Ponente: magistrado señor DOCAVO. Se trataba de recurso contra multa impuesta por el gobernador civil y confirmada por el Ministerio de la Gobernación. El demandante alegaba indefensión por habérsele denegado en vía administrativa vista del expediente, que consistía sólo en un informe confidencial.

(84) Ponente: magistrado señor DE OLIVES. En el caso de autos se trataba de dos testigos de Jehová que al ir a visitar a un correligionario llamaron equivocadamente a otra vivienda del mismo piso, que resultó estar ocupada por un funcionario del Cuerpo General de Policía. Este los envió a la Comisaría, de donde pasaron a disposición del juez, quien tras tomarles declaración los puso en libertad. El gobernador civil, no obstante, les impuso una multa, confirmada en alzada por la Dirección General de Política Interior, recurriéndose contra este último acto.

(85) Ponente: magistrado señor SUÁREZ MANTEOLA. Se recurría contra acto del Ministerio de Trabajo que confirmaba en alzada sanción impuesta por una Delegación Provincial de Trabajo con motivo de incidentes laborales. Estos habían consistido en una breve paralización del trabajo como protesta por una sanción laboral impuesta por la empresa.

(86) Sigue también la doctrina de la Sentencia de 29 de octubre de 1962 en este punto la más reciente de 27 de mayo de 1975, de la que fue ponente el magistrado señor SUÁREZ MANTEOLA, anteriormente citada, a propósito de los actos en materia de relaciones internacionales. Véase nota 66.

rior del país, forzoso será interpretar el contexto legal, pues para ser atacado tiene que actuar el agente productor en la ejecución mediante gran importancia y publicidad para que produzca trastornos violadores de aquél con repercusión suficiente; de ahí *que no se pueden encerrar en tal noción múltiples acciones que aun perturbando el normal orden público no menoscaben la integral seguridad interior.*

Y añade el «considerando» correspondiente de la sentencia:

... luego como aquí no se caracteriza acto alguno de Gobierno que ahora se impugne, y en cuanto a lo que supone la huelga o paro, aun pasando de matiz político como la paralización de trabajos en la Empresa, sin realidad de reclamación laboral pendiente o ya presentada y sí para evitar unas sanciones legítimas, como esta suspensión de actividad lo fue en plazo brevísimo, y sin producir daño alguno al orden público, o al menos no se evidenció en el proceso, lleva consigo la inadecuación del motivo de inadmisibilidad.

Puede verse, por tanto, que el Tribunal Supremo, al enfrentarse con el delicado tema de los actos políticos en materia de seguridad interior y orden público:

1. Ha exigido rigurosamente la concurrencia del criterio subjetivo de emanación del acto del Consejo de Ministros.
2. Ha mantenido reiteradamente que no todas las medidas adoptadas en aplicación de la legislación de orden público pueden considerarse actos políticos.
3. Ha afirmado que en cada caso debe realizarse una interpretación del contexto legal para insertar en él los hechos controvertidos, manteniendo que el acto será o no político según constituya o no la reacción de las altas autoridades del Estado ante una conducta que por su publicidad e importancia menoscabe la integral seguridad interior.

Este es el marco genérico de la doctrina jurisprudencial que, sin duda, contiene elementos de acertada exégesis y fina interpretación jurídica y constituye en buena parte una valiente y generosa toma de posición (87).

(87) Además de las Sentencias citadas en este apartado hay que tener en cuenta las de 16 de marzo de 1962 y 21 de mayo de 1963. En ambos casos el Alto Tribunal

Pero también es cierto que con ello no hemos llegado al corazón del problema, ni al concreto de la interpretación de cuándo es político el acto dictado en esta materia, ni al más importante y general de la *ultima ratio*, interpretativa de los actos políticos.

Pues, en efecto, la convicción común de la doctrina, avalada, como acaba de verse, por la jurisprudencia, es que para que existan actos políticos ha de tratarse de los imputables al Consejo de Ministros, identificado con el Gobierno, requisito subjetivo de comprobación relativamente fácil; de otra parte, ha de tratarse de actos de naturaleza política, punto de mucha más difícil comprobación por el carácter ejemplificativo del artículo 2.º, b), de la Ley Jurisdiccional; pero la posibilidad de que tengan esta naturaleza no ofrece dificultades si se trata precisamente de una de las materias enumeradas por vía de ejemplo.

El problema verdaderamente arduo se plantea, por el contrario, cuando se trate de actos del Gobierno, presuntamente políticos, sobre una de las materias expresamente enumeradas. Sin duda no todos estos actos serán verdaderamente políticos. Por lo demás ya hemos visto que, en la materia concreta de seguridad interior del Estado y orden público, la jurisprudencia exige que la actuación afecte a la seguridad integral y que se refiera en el caso planteado a una actuación dotada de gran publicidad e importancia.

4. El criterio de distinción entre actos políticos y actos administrativos del Gobierno

Ahora bien, ¿quién decide y cómo se decide si en el caso concreto se dan estas circunstancias? La respuesta a esta pregunta vamos a encontrarla, en el pequeño grupo de sentencias sobre actos políticos en materia de seguridad interior del Estado

declaró que no eran actos políticos determinadas sanciones impuestas de acuerdo con la legislación de orden público. Se refieren a la materia de seguridad interior del Estado y orden público las Sentencias de 5 de mayo de 1985 y 17 de febrero de 1989, pero ambas rechazan la alegación de inadmisibilidad fundamentada en el supuesto carácter político del acto, por no emanar éste del Consejo de Ministros y no cumplirse por tanto el requisito subjetivo. En la primera de ellas, de la que fue ponente el magistrado señor SÁEZ DE TEJADA, se trataba de Orden del Ministerio de la Gobernación confirmando la expulsión de las Plazas de Soberanía del Norte de África de personas que se consideraba peligrosas para el orden público. En la se-

y orden público que falta aún por examinar, y cuya importancia es difícil exagerar porque se trata prácticamente de las únicas relativas a actos que reunían plena e indudablemente los dos requisitos de haber sido dictados por el Gobierno y referirse a una de las materias expresamente enumeradas, concretamente la seguridad interior del Estado y el orden público.

Varias son las sentencias fundamentales para obtener la respuesta a la pregunta que se ha dejado abierta inmediatamente más arriba y, como en otros aspectos, también se da aquí una evolución desde los criterios manifestados por las primeras sentencias posteriores a la Ley de 27 de diciembre de 1956 a las expresadas por las decisiones jurisprudenciales más recientes.

En la primera de estas sentencias, la de 26 de diciembre de 1959 (88), cabeza de una corriente jurisprudencial posterior, todavía el Tribunal Supremo entra directamente en la cuestión de si es o no verdaderamente de carácter político el acto del Gobierno en materia de orden público. En cambio, en cuanto a la *ratio decidendi*, el criterio no es, ni remotamente, tan feliz. Pero veamos el texto correspondiente del «considerando» clave de la sentencia:

... en el Derecho español vigente la obligada e inequívoca orientación para conocer la naturaleza del acto que se contempla es la de la rama del Derecho que le dio vida y actuación, y si esto es así no puede ponerse en tela de juicio que se está en presencia de un acto político, ya que el impugnado se acogió y desarrolló al amparo de la Ley de Reuniones, por esencia política hasta su espíritu, ya que nació para des-

gunda, de la que fue ponente el magistrado señor AMAT, se trataba asimismo de Orden del Ministerio de la Gobernación, confirmatoria en este caso de sanción impuesta por el gobernador civil porque al cubrir aguas de un edificio en construcción se utilizó la bandera catalana y no la nacional.

Después de todo lo dicho en este apartado es claro que no puede compartirse el criterio de GUAITA, según el cual la materia de orden público se encuentra excluida del control jurisdiccional, entre otras razones «por habérsela considerado tradicionalmente en España como cuestión política o de gobierno». *Derecho administrativo especial*, II, reimpresión, Librería General, Zaragoza, 1965, p. 51. Contra la opinión de GUAITA se pronuncia también MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo: *Las sanciones de orden público en derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, p. 73.

(88) Ponente: magistrado señor NOMBELA. Se trata de recurso contra acto del Consejo de Ministros que confirmó en alzada sanción impuesta por el ministro de la Gobernación porque el demandante había hecho uso de la palabra vertiendo conceptos considerados tendenciosos y que habían convertido una reunión autorizada del Colegio de Abogados en un hotel en un acto de carácter político y de gran trascendencia.

arrollar el artículo 13 de la Constitución de 1876 y hoy sigue formando parte de nuestro sistema jurídico-político, establecido en el Fuero de los Españoles, y ello es de tal evidencia que rebasa de otras muchas consideraciones que abonan esta tesis, como sería la de que el propio demandante sostiene sus pretensiones sobre un soporte legislativo eminentemente político (Ley de Reuniones, Ley de Orden Público, Fuero de los Españoles), todo lo que determina la procedencia de la inadmisibilidad del recurso en este aspecto, por carecer de competencia esta Jurisdicción para conocer el fondo de la cuestión debatida (89).

Como puede verse, el Tribunal Supremo sienta el criterio, desafortadamente restrictivo para los derechos de los particulares, del carácter político de los actos dictados en ejecución de la legislación que desarrolla normas constitucionales o fundamentales. Este criterio, de pobre doctrina y aún menos sensibilidad jurídica, es el que utiliza para afirmar el carácter de actos políticos de los dictados por el Consejo de Ministros en materia de seguridad interior del Estado y orden público, siendo también el manejado por las sentencias concordantes (90). Pero con ser un punto de vista lamentablemente regresivo, al menos era un criterio afirmado por el propio Tribunal Supremo. Después de esta sentencia podía estarse disconforme con el desafortunado razonamiento, pero había fundamento lógico para pensar que era el mismo Alto Tribunal quien decidiría, en función de sus

(89) Parece verdaderamente sorprendente que el Tribunal Supremo se refiera a la Ley de Reuniones de 1888, dictada en desarrollo de la Constitución de 1876 para decir que seguía formando parte de nuestro sistema jurídico político establecido en el Fuero de los Españoles, olvidando que la mencionada Ley de Reuniones había quedado en buena parte desvirtuada por la mísera Orden Circular de la Dirección General de Seguridad de 20 de julio de 1939.

(90) Téngase en cuenta que siguen fielmente la doctrina de la Sentencia de 26 de diciembre de 1959, las de 29 de febrero, 23 de marzo y 7 de octubre de 1960, de las que fue ponente el mismo magistrado (al menos en dos de ellas, pues no he podido comprobarlo en la de 23 de marzo) y que se refieren a sanciones impuestas con ocasión de los mismos hechos. El criterio a que se alude en el texto ha sido combatido por GONZÁLEZ PÉREZ, quien comentando estas Sentencias afirma que la materia de orden público es siempre de carácter administrativo, aunque los actos sean conocidos por el Consejo de Ministros en vía de recurso. «Los recursos administrativos en materia de orden público», *Documentación Administrativa*, núm. 39, marzo de 1961, pp. 7 y ss.; *El procedimiento administrativo*, Publicaciones Abella, Madrid, 1964, p. 121; *Los recursos administrativos*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1969, pp. 428-429; *Comentarios a la Ley de Orden Público*, Publicaciones Abella, Madrid, 1971, pp. 263 y ss. También en su obra más reciente, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, Madrid, 1978, pág. 162.

propios puntos de vista, cuando se estaba en presencia de actos políticos en estos supuesto, que, en definitiva, podían no serlo si no se encontraban amenazados los fundamentos del Estado mismo o su integral seguridad interior.

Desgraciadamente no ha sido éste el camino seguido por la jurisprudencia posterior sobre casos en que se daban los mismos requisitos. Así la sentencia de 18 de febrero de 1963 (91), al enfrentarse con el problema, declara:

... es obvio además que en la seguridad interior del Estado que la norma menciona pueden muy bien encuadrarse los discursos del tipo del que origina este litigio; y que dicha seguridad interior del Estado abarca una flexible y amplia gama de actos en cuya apreciación en cada lugar y momento los gobernantes han de hacer uso de un lógico y prudente arbitrio...

Obsérvese el conjunto de sombras y medias tintas que presenta el razonamiento. El Tribunal no afirma que el discurso político que dio lugar al litigio afectase a la seguridad interior del Estado, aunque desde luego lo sugiere al afirmar que en ella «pueden muy bien encuadrarse» los discursos de este tipo. Por otra parte el Tribunal tampoco afirma que sea el Gobierno quien decida cuándo el acto es político o no, pero también lo sugiere al decir que la apreciación sobre lo que afecte a la seguridad interior del Estado en cada lugar y momento es materia en la que los gobernantes deben «hacer uso de un lógico y prudente arbitrio».

La conclusión de estos claroscuros es que con fundamento en ellos se declaró la inadmisibilidad del recurso. De ahí a establecer la doctrina de que son las propias autoridades políticas las que deben decidir cuándo el acto es político no había más que un paso, y éste fue dado por la triste y claudicante sentencia de 15 de marzo de 1965 (92), según la cual cuando

(91) Ponente: magistrado señor ARIAS RAMOS. Se trataba asimismo de sanción impuesta por el ministro de la Gobernación, confirmada en alzada por el Consejo de Ministros, por haber pronunciado el demandante un discurso de carácter político en el curso de una reunión autorizada de homenaje al ganador de un premio literario.

(92) Ponente: magistrado señor FERNÁNDEZ VALLADARES. Se recurría contra acto del Consejo de Ministros, confirmando en alzada sanción impuesta por el ministro de

... se trata de actos peculiares de la función política confiada únicamente a los superiores órganos del Estado (lo que se afirma comentando la exposición de motivos de la Ley)..., 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 de los señores Y. y S. es ineludible destacar que *el Consejo de Ministros estimó*, según al principio se dijo al mencionar su acuerdo, *la conducta de aquellos multados coadyuvante al estado de agitación a la sazón promovido*, y razona que en reacción defensiva contra el cual y del orden público en riesgo, acordó mantener las multas aquí recurridas... *y surgidas así estas medidas correctoras impugnadas del ejercicio de una superior función gubernamental amparadora, en su objetivo declarado, de la normalidad política y la seguridad interior del Estado*, caen juntamente dentro del recurso contra ellas, dentro de lo que el artículo 2.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956 enuncia en cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, y conceptuada de esta suerte la materia, el párrafo segundo del precepto dispone que no corresponde a esta Jurisdicción.

Nótese cuál es el núcleo de la argumentación de la sentencia. No se trata de que, a la vista de los hechos y por un razonamiento más o menos acertado, se concluya que el acto es efectivamente político, como sucedió en la sentencia de 26 de diciembre de 1959. El Tribunal Supremo no llegó a la conclusión de que el acto fuese político, sino a la de que el Consejo de Ministros estimó que lo era. Con ello bastó a la Sala para declarar la inadmisibilidad del recurso.

Eso supone nada más y nada menos que renunciar a formarse una opinión y trasladar al Consejo de Ministros, cuyo acto iba a ser eventualmente juzgado, la competencia para decidir hasta dónde llegan los límites de la jurisdicción contenciosa y con ello

la Gobernación a diversos miembros de un Consejo Diocesano de Hombres de Acción Católica. Los sancionados, demandantes en el recurso, habían dirigido un escrito al gobernador civil de la provincia denunciando torturas infligidas a un detenido y pidiendo se abriese información. Practicada ésta el gobernador civil estimó carente de fundamento la denuncia y propuso al ministro de la Gobernación que sancionase a los denunciantes, como efectivamente hizo. Contra la sanción conoció en recurso dealzada el Gobierno.

renunciar de antemano al control, no de los actos políticos, sino de los actos que el Consejo de Ministros considere políticos o de «ejercicio de una superior función gubernamental», en palabras de la sentencia. Nada garantiza, por otra parte, que el Consejo de Ministros siga los criterios establecidos en las sentencias anteriores de que, en la materia concreta de orden público, el acto sancionado afecte a la integral seguridad interior del Estado.

Ahora bien, aunque en modo alguno puede pasarse por alto esta sentencia, pues hay que denunciar el peligro que supondría la generalización de su doctrina, sería prudente no supervalorarla, pues parece más que dudoso que haya sentado jurisprudencia. Sólo haciendo una interpretación jurisprudencial sumamente ligera e irresponsable podría estimarse que esta sentencia reproduce la doctrina de la de 18 de febrero de 1963, única que se aproxima a ella. Sin duda ambas sentencias están relacionadas, de modo tal que las medias tintas del razonamiento de la sentencia de 18 de febrero de 1963 desembocan en un criterio más claro en la de 15 de marzo de 1965. Pero de ello a afirmar que existe identidad entre la doctrina de ambas media un verdadero abismo.

Por lo demás con posterioridad a las citadas sólo se ha dictado una sentencia en la que se resolvía el recurso contra un acto dictado por el Gobierno sobre materias presuntamente incluidas en la enumeración de la Ley Jurisdiccional. Se trata de la que lleva fecha de 27 de mayo de 1975 (93), en la que se declara que el acto impugnado no podía considerarse acto político y en la que el Tribunal Supremo resolvió según su propio criterio.

En definitiva, la sentencia de 15 de marzo de 1965 debe considerarse como un precedente lamentable y desgraciado, pero nada más. Es de esperar del ponderado criterio de nuestro más Alto Tribunal que no caiga en la tentación de seguir tan claudicante doctrina en posibles casos posteriores.

(93) Ponente: magistrado señor SUÁREZ MANTEOLA. Se trata de la Sentencia de esta fecha, repetidas veces citada anteriormente. Véanse notas 86 y 86 y los textos correspondientes.

5. El tratamiento jurisprudencial de los aspectos formales

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se refieren habitualmente como requisitos del acto político al aspecto subjetivo (órgano de que emana) y al objetivo (materia sobre la que recae). Suele olvidarse, en cambio, algo previo y elemental, como es que si seguimos a la letra el texto de la Ley, la exclusión se refiere sólo a los actos, por lo que no debe operar en los demás casos.

Ahora bien, esto plantea algunos problemas de interpretación que se exponen seguidamente distinguiendo entre el que suscita el posible valor político del silencio y el que suponen las disposiciones de carácter general.

A) EL POSIBLE VALOR POLÍTICO DEL SILENCIO

La cuestión hay que plantearla de manera sesgada, extendiendo al Consejo de Ministros la situación producida en la práctica respecto a un Departamento concreto. Prescindiendo de alguna sentencia anterior, dictada antes de que se hubiera definido por completo el criterio jurisprudencial sobre el requisito subjetivo (94), la cuestión apuntada se deduce de la sentencia de 24 de noviembre de 1964. En esta decisión jurisprudencial se ventila el tema de un recurso interpuesto ante silencio del Ministerio del Aire, invocándose por el abogado del Estado el carácter político (¿del silencio?, ¿del «acto presunto»?) por referirse la cuestión a mando y organización militar.

Inexplicablemente, a pesar de que ya entonces había arraigado la interpretación de que debía tratarse de conductas imputables al Consejo de Ministros, el Tribunal no entró en este aspecto. Ello es tanto más sensible cuanto que el silencio se produce ante recurso de reposición contra Orden (acto concreto) del Ministerio del Aire. Pero además tampoco se entró en la cuestión de que el recurso se interponía ante una situación de silencio, lo que sin duda hubiera sido posible y lógico, pues el texto de la Ley se refiere inequívocamente a *actos políticos*.

(94) Sentencia de 5 de octubre de 1961, en la que se interponía recurso ante silencio del Ministerio del Ejército en materia de mando y organización militar. Para ésta y las Sentencias citadas a continuación manejadas anteriormente remito a los lugares oportunos, especialmente a aquellos donde deben encuadrarse por razón de la materia.

La sentencia no puede ser más desorientadora no sólo por la indicada doble omisión, sino además porque abre la vía para que en ocasiones posteriores algún representante de la Administración alegue inadmisibilidad del recurso por un pretendido carácter político de la materia ante silencio imputable al Consejo de Ministros. Se trata, desde luego, de una mera hipótesis, pues no conozco ningún caso en que, en la práctica, se haya interpuesto recurso ante silencio del Consejo de Ministros en una materia susceptible de ser considerada como acto político. Por ello no parece necesario especular sobre lo que es sólo una hipótesis.

B) EL POSIBLE CARÁCTER POLÍTICO DE LOS REGLAMENTOS

Otra cuestión a considerar es la planteada en el epígrafe, ya que la Ley, al efectuar la exclusión, se limita a mencionar los actos sin extenderla a la otra categoría de conductas revisables, la emanación de disposiciones de carácter general, que, sin duda, pueden tener un contenido político.

La jurisprudencia sólo se ha ocupado frontalmente del tema en dos ocasiones, y en ellas ha declarado de forma inequívoca que cuando se trata de disposiciones de carácter general no puede pretenderse la no justiciabilidad de las mismas al amparo de un supuesto carácter político.

Así la sentencia de 22 de noviembre de 1965 (ponente: magistrado señor Bombín), en la que se discutía la impugnación del Decreto de 12 de febrero de 1964 por el que se creó el Colegio Nacional de Opticos, afirmaba que un reglamento no es un acto político, ya que si lo fuera

todas las disposiciones de carácter general con rango inferior a Ley, como es el caso de autos, tendrían la consideración de actos políticos del Gobierno y, por tanto, estarían excluidas del conocimiento de esta Jurisdicción, que es precisamente lo que el legislador, según el articulado de la Ley, no quiso que ocurriera.

En este sentido es también terminante la sentencia de 27 de febrero de 1970, relativa a un caso en que se impugnaba un

reglamento, concretamente la Orden del Ministerio de Justicia de 28 de abril de 1966 (95). Según el considerando correspondiente:

... no siendo calificable de «acto político del Gobierno», sino de norma-disposición administrativa de uno de los Departamentos que integran el Consejo de Ministros, por lo que es inconfundible con los actos políticos...

Pese a las incorrecciones de expresión, el sentido de lo que afirma el Tribunal Supremo es claro. Una cosa son los actos y otra las disposiciones de carácter general, y éstas no se encuentran excluidas por la Ley de la revisión. Por tanto deben considerarse sometidas al control jurisdiccional.

Ahora bien, además de las que acaban de mencionarse, en las que el Tribunal Supremo ha abordado frontalmente el tema, en otra sentencia anterior, la de 9 de noviembre de 1965 (96), hizo algunas matizaciones de interés que también conviene recordar aquí. Se trataba en el caso de autos de una petición de los recurrentes de que se dictase una norma reglamentaria para regular un derecho que les había sido reconocido por una Ley. Alegada la inadmisibilidad del recurso por el abogado del Estado, el Tribunal Supremo declara:

... no pidieron ni piden los recurrentes que se dicte una disposición sin otro fundamento que satisfacer con ella lo que estiman justo, lo que haría inadmisibile el recurso toda vez que apreciar la necesidad o simple conveniencia de promulgar o no disposiciones es, por su naturaleza, como dice el defensor de la Administración, un acto de Gobierno, excluido como tal de la Jurisdicción contencioso-administrativa por el artículo 2.º de la Ley que la regula; pero contrariamente a tal supuesto fundan los recurrentes su pretensión en las Leyes, disposiciones que imponen a la Administración la obligación de regular un derecho que ya les fue reconocido, que es en definitiva lo que constituye el fondo del recurso.

(95) Ponente: magistrado señor CORDERO TORRES. Se trataba de aplicación de Convenio Internacional.

(96) Ponente: magistrado señor DE LOS RÍOS. La Sentencia se menciona por primera vez en este trabajo.

Con base en este razonamiento el Tribunal entra, en efecto, a conocer del fondo y falla en el sentido de ordenar que se inicie el procedimiento para elaborar la disposición, aunque sin precisar sobre cuál ha de ser el contenido de la misma.

A la vista de ello parece claro que el Tribunal entiende que no debe entrar en las facultades del Consejo de Ministros para apreciar si debe promulgarse o no un reglamento, aunque este principio no es aplicable con carácter general, pues cede en los casos en que las leyes reconocen derechos que luego han de ser regulados por la Administración. En cambio, una vez dictado el reglamento, siempre es controlable.

La sentencia ofrece base para muy amplias consideraciones, aunque quizá no estarían justificadas más que si en vez de una decisión aislada se tratase de una doctrina reiterada. En todo caso sí parece que debe abrirse la duda sobre el carácter de acto político de la apreciación de conveniencia de dictar disposiciones de carácter general. Al menos podría oponerse a la afirmación la posibilidad, clara en nuestro Derecho, de que estas disposiciones sean dictadas por autoridades inferiores al Consejo de Ministros, lo que —aun dando por bueno el razonamiento de la sentencia de 9 de noviembre de 1965— limitaría el supuesto a los Decretos.

En todo caso, lo que sí resulta cierto es que, a tenor de la sentencia de 27 de febrero de 1970, una vez promulgada la disposición siempre es controlable, sin que pueda alegarse su carácter político. Por ello resulta desechable a su vez el criterio mantenido en sentencias ya mencionadas de que ciertos actos no son controlables por apoyarse en disposiciones anteriores o por referirse a materias políticas previamente reguladas (97). Parece claro, *a fortiori*, que si las disposiciones son controlables, tanto más lo serán los actos de ejecución. En todo caso si resultan excluidos no lo serán por este argumento, sino por un carácter político basado en otras consideraciones.

(97) Véase anteriormente el apartado 3, A), de este mismo capítulo II.

6. El tratamiento jurisprudencial de las garantías procedimentales

Finalmente, para cerrar el examen de la jurisprudencia dictada bajo la vigencia de la Ley de Jurisdicción de 1956, se va a dedicar alguna atención a las garantías procedimentales en materia de actos políticos, asunto del que quizá puedan deducirse algunas consecuencias de interés.

Aunque sin duda podrían suscitarse otras cuestiones, limitándose a las aludidas por el Tribunal Supremo hay que referirse al tema nuclear de la audiencia del interesado, planteado en la importante sentencia de 26 de diciembre de 1959 y las concordantes con ella.

La sentencia, en la que pueden advertirse ecos de la jurisprudencia anterior a 1956, parte del punto de vista de que no tienen por qué aplicarse a los actos políticos los mismos principios y normas que a los administrativos, pero ello no le lleva a afirmar que no sea necesario otorgar audiencia al interesado. En un considerando de redacción nada feliz y muy difícil comprensión se limita el asunto a los criterios a tener en cuenta en materia de orden público cuando se trate precisamente de actos políticos.

Para el Tribunal Supremo en estas ocasiones no es necesario que el Consejo de Ministros dé nuevamente audiencia contra Orden del Ministerio de la Gobernación, pues estima que la misma interposición del recurso ya es una oportunidad para ser oído. Pero junto a esto se dice también que ello está justificado con base a la normativa vigente, ya que el Decreto de 10 de octubre de 1958 excluye de la aplicación de la Ley de Procedimiento el de imposición de sanciones en materia de orden público. El Supremo interpreta que en el caso de los actos políticos e incluso en algunos administrativos (sin duda en la materia de orden público) la audiencia del interesado no es previa, sino posterior a la sanción (98).

(98) Véase sobre los dos puntos básicos de este párrafo del texto (consideración del recurso como oportunidad de ser oído; carácter posterior de la audiencia del interesado en materia de orden público) el tratamiento y la crítica que se hace referidos precisamente a la Sentencia de 26 de diciembre de 1959 y concordantes en MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo: *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, pp. 261 y ss.

Como puede verse, en todo este razonamiento hay una contradicción de base (99), ya que, a pesar de decirse que estamos ante un acto del que no conoce la jurisdicción, se entra en el problema de si es conforme al ordenamiento la inexistencia de audiencia del interesado, pareciendo partirse de la idea de que ésta es siempre necesaria. Lo que sucede es que se consideró que se había respetado en el caso concreto.

El Supremo entiende, por tanto, que puede entrar a discutir la adecuación al ordenamiento de los actos políticos si se trata de esta importante garantía de audiencia al interesado, a pesar de que en la misma sentencia se afirma que los actos políticos son distintos de los administrativos de acuerdo con la exposición de motivos de la Ley. La conclusión, progresiva y generosa, sería que los actos políticos se entienden sometidos al ordenamiento, aunque no del mismo modo que los administrativos (100). Estamos, sin duda, ante un criterio basado en una sensibilidad jurídica digna de toda alabanza, pero que no parece deducirse de ningún razonamiento sólido. A los efectos del análisis que se está llevando a cabo parece conveniente dejar así, por el momento, el problema para cuya solución no ofrecen base las sentencias posteriores de nuestro más Alto Tribunal.

(Concluirá.)

(99) Esta contradicción ya fue advertida en su momento por GARCÍA DE ENTERRÍA, que se pronuncia en tono laudatorio sobre ella en cuanto contiene una insinuación de que el Tribunal debe entrar en el fondo del asunto. Esta alusión al control del fondo sigue de cerca el tenor literal de encabezamiento del Considerando 3.º de la Sentencia de 26 de diciembre de 1959, pues se están comentando ésta y las concordantes de 29 de febrero, 23 de marzo y 7 de octubre de 1960. No advierte el autor citado que aunque el texto de la primera de las Sentencias mencionadas se refiere en efecto a las facultades jurisdiccionales «para juzgar si se infringió su ordenamiento propio e incluso la desviación de poder», luego este ambicioso comienzo termina por resolverse únicamente en el examen de la audiencia del interesado. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública* núm. 38, mayo-agosto de 1962, página 189 en nota 61.

(100) Una alusión a las garantías de forma en el caso de los actos políticos puede verse en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *La doctrina de los vicios de orden público*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970. Para este autor no existe contradicción alguna en la aplicación de las garantías de forma a actos considerados por el ordenamiento como esencialmente distintos de los administrativos, ya que niega esta realidad aludiendo a «la falacia que encierra la fantasmal categoría de los actos políticos». Tan rotunda condenación no se apoya en más razones científicas que un argumento magistral reducido a la desnuda cita bibliográfica del trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA mencionado en la nota anterior. Véase *ob. cit.*, p. 186