

Antonio Embid Irujo

Catedrático de Derecho Administrativo

La justiciabilidad de los actos de Gobierno

(De los actos políticos a la responsabilidad
de los Poderes públicos) (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Evolución legislativa e interpretación doctrinal sobre los actos de Gobierno: A) De la potestad discrecional a la función política: el artículo 2 b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; B) La interpretación jurisprudencial: los excesos de la misma y la insuficiencia, también, de los criterios restrictivos posteriores en su aplicación, y C) La crítica doctrinal: lo superfluo del criterio legal sobre el acto de Gobierno. III. La influencia de la Constitución Española de 1978 sobre la consideración y posibilidades de control de los actos de Gobierno: A) La decisión por el Estado de Derecho y el consiguiente amplio sistema de control judicial de la actividad de la Administración; B) El sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico; C) La posición preferente de los derechos fundamentales; D) Un sistema de jurisdicción constitucional que resuelve los conflictos entre órganos constitucionales y juzga del ejercicio correcto de sus competencias, y E) La posición constitucional del Gobierno. IV. La Jurisprudencia sobre los actos de Gobierno tras la Constitución: A) Enumeración de sentencias y consideración de la problemática tratada en ellas, y B) Valoración de esta jurisprudencia: a) El acto político o de Gobierno no es patrimonio de la Administración del Estado. Se alega por otras administraciones y se acepta su existencia por la jurisprudencia; b) La consiguiente necesidad de una revisión de la terminología usada: acto del Gobierno, acto político, acto de Gobierno; c) En la Administración del Estado, sólo el Gobierno puede producir actos de Gobierno; d) El acto de Gobierno o político por naturaleza: rechazo de la teoría del móvil; e) El desarrollo de las Leyes por el Gobierno, ¿es un acto político?; f) El respeto a la división de poderes protegida constitucionalmente, límite a las pretensiones controladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa; g) El control judicial de ciertos elementos separables en el acto político; h) El contenido del acto político: la gestión política; i) Las relaciones Gobierno-Parlamento, como ámbito específico y singular para la existencia de los actos políticos; j) El acto político o de Gobierno está sometido a un control político exclusivamente, y k) La compatibilidad entre el artículo 2 b) LJCA y el sistema constitucional; C) Un complemento necesario al examen jurisprudencial: el control de los actos de otros poderes públicos. V. Los actos de Gobierno en la dogmática alemana: A) Las primeras interpretaciones: la llamada al derecho comparado y la división doctrinal; B) Una importante aportación doctrinal: la obra de U. SCHEUNER; C) La doctrina reciente: el sometimiento al derecho, el ámbito de libertad de configuración política y el control judicial limitado, y D) La responsabilidad del Gobierno: el ámbito de tareas propio del ejecutivo. VI. Conclusiones: la justiciabilidad de los actos de Gobierno y la responsabilidad de los poderes públicos.

(*) Este trabajo ha sido elaborado originalmente con destino al Libro Homenaje al profesor García de Enterría.

I. INTRODUCCION

Creo que establecer una jerarquía, que se quisiera universal y aceptada con generalidad, entre la aportación científica del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, sería una tarea inútil de intentar. Es —y sigue siendo— tan variada y compleja su creación jurídica que sólo los criterios personales de quien pretende establecer esa jerarquía pueden ser los válidos, al menos para el que emita la opinión (1). Sentado este punto de partida inicial, debo decir que en mi gusto personal la reflexión del profesor homenajeadado en torno al control jurisdiccional de la actuación de la Administración Pública estaría a la cabeza de su trabajo científico. En concreto, su obra *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos* (2) sigue siendo para mí ahora, igual que cuando de estudiante la leí por vez primera, una ocasión permanente de aprendizaje, estímulo y superación como jurista.

Expuesta esta opinión propia, se comprenderá que haya querido tomar como punto de arranque para un muy especial trabajo, a este clásico de la literatura administrativa, que mantiene hoy con plenitud su lozanía interpretativa y cuyas más profundas claves siguen siendo respetables y válidas muchos años después de ser formuladas. Cuantas palabras aquí aparecen tienen, por tanto, un acreedor claro y un cimientito firme. Su desarrollo se apoya, sin embargo, en un dato normativo nuevo, evidentemente posterior a la obra citada, que hoy es para todos fundamento imprescindible de nuestro trabajo, la Constitución española de 1978 tan inspirada en su concepción sobre el control jurisdiccional de los poderes públicos por los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA.

Inicio, por tanto, una reflexión a la luz de la Constitución sobre los actos de Gobierno, o del Gobierno, o los actos políticos, que con muy diversa terminología se han designado en momentos distintos. Una reflexión que coloca en primer lugar una preocupación, su justiciabilidad. Es una finalidad, por tanto, semejante a la que inspirara estas palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA:

«Proclamar la inmunidad jurisdiccional de la Administración en estas materias, así genérica e imprecisamente llamadas políticas, implica ni más ni menos que consagrar que la Administra-

(1) Estoy convencido de que algún día se emprenderá en nuestro país por un brillante doctorando un intento de comprensión y de explicación científica del conjunto de la obra del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, al modo como en Francia lo hizo respecto a HAURIU L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, ed. LGDJ, Paris, 1966.

(2) Tengo ahora a la vista su reedición por ed. Civitas, Madrid, 1974, 99 pp.

ción puede obrar en las mismas sin límite legal ninguno, incluso atropellando los derechos más elementales y más obvios de los ciudadanos, puesto que no existe medio técnico ninguno, ni de imponerle esos límites legales, ni de exigirle el respeto a esos derechos hipotéticamente atropellados» (3).

Una preocupación que se comparte con otra: llevar a cabo una consideración de estos actos a la luz del esquema de división de poderes que, aun no expresamente consagrado en nuestra Constitución, es parte imprescindible de la decisión por el Estado de Derecho que sí aparece en el artículo 1.º de la misma (4). Se trata de compatibilizar el mandato del control judicial, con la protección que en un sistema de división de poderes deben de tener los ámbitos de competencia confiados a cada uno de ellos (4 bis).

II. EVOLUCION LEGISLATIVA E INTERPRETACION DOCTRINAL SOBRE LOS ACTOS DE GOBIERNO

Voy a tratar de resumir en este epígrafe lo que son muchos años de historia legislativa, de interpretación jurisprudencial y de notables aportaciones doctrinales teniendo, en todo caso, como horizonte final la promulgación de la Constitución de 1978. Es evidente que esta labor de síntesis se facilita por la consulta a la obra de autores como el propio GARCÍA DE ENTERRÍA (5), J. L. CARRO (6), L. MARTÍN-RETORTILLO (7) y BOQUERA OLIVER (8), entre otros que han dedicado páginas de gran valor a la cuestión que tratamos. La referencia a autores espa-

(3) Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha...*, op. cit., p. 62.

(4) Cf. el contenido de la cláusula del Estado de Derecho en K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, ed. Beck, München, cit. por la edición primera de 1977, p. 624 y ss. La división de poderes como componente esencial del Estado de Derecho aparece en la obra de STERN unida al reconocimiento de los derechos fundamentales, la vinculación al Derecho, la protección judicial, un sistema de responsabilidad de los Poderes Públicos y la prohibición de la arbitrariedad.

(4 bis) En trámite de corrección de pruebas he podido leer el reciente número de Documentación Administrativa, 215, 1988, dedicado a *El Gobierno* y donde en diversos artículos se exponen opiniones favorables a la renovación de la dogmática de los actos políticos. Vid., así, a los trabajos de LOPEZ GUERRA (pág. 39), DIEZ PICAZO (pág. 41) o SANTAMARÍA PASTOR (pág. 77 y ss.).

(5) Al margen del trabajo citado, puede consultarse con provecho su *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 4.ª ed., Madrid, 1983, en colaboración con el profesor T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, pp. 535 y ss. (igual en la 5.ª en, Madrid, 1989, pág. 558 y ss.).

(6) Cf. J. L. CARRO, *La doctrina del acto político*, RAP 53, 1967, pp. 73 y ss.

(7) Cf. L. MARTÍN-RETORTILLO, *Las sanciones de orden público en Derecho español*, ed. Tecnos, Madrid, 1973, pp. 79 y ss. singularmente.

(8) Cf. J. M. BOQUERA OLIVER, «La responsabilidad patrimonial del Estado por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa», en *Estudios Jordana*, vol. III-1, Madrid, 1961, pp. 195 y ss.

ñoles indica, también, uno de los objetivos implícitos en el método con que se aborda el trabajo: se va hablar en el mismo de los actos de Gobierno en nuestro país, con independencia de que puedan en momentos determinados realizarse citas sobre situaciones en otros países y de que, incluso, se dedique un epígrafe específico, el V), a la descripción de la problemática en Alemania.

A) DE LA POTESTAD DISCRECIONAL A LA FUNCIÓN POLÍTICA: EL ARTÍCULO 2 b) DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Seguir la pista a la evolución normativa de las instituciones jurídicas presupone la libre elección por el investigador del momento original de narración de la historia. En este caso elijo como punto de partida el Reglamento general para la ejecución de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888. En este Reglamento (de 29 de diciembre de 1890, en su primera versión, modificado por R. D. de 22 de junio de 1894), los actos que, se decía, pertenecían al orden político o de gobierno aparecían integrados en la potestad discrecional de la Administración y, por tanto, eran infiscalizables en el contexto de dicha legislación. La cuestión es singular y debe ser resaltada, por cuanto en el texto primitivo de la Ley no había referencia a estos actos. En efecto, el artículo 4 de la Ley de 13 de septiembre de 1888 indicaba en su párrafo primero que:

«No corresponderán al conocimiento de los Tribunales de lo contencioso-administrativo:

1. Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan, o de la materia sobre que versen, se refieran a la potestad discrecional.»

Sin embargo, el artículo 4 del Reglamento incluyó los actos pertenecientes al orden político o de gobierno, dentro de esta potestad discrecional:

«Corresponde señaladamente a la potestad discrecional:

1. Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen, *pertenezcan al orden político o de gobierno*, y las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, al orden público y a la defensa del territorio, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales disposiciones.»

Ampliación en el reglamento (9) sobre una escueta mención legal que tiene una virtualidad fundamental: la actividad política o de gobierno es inmune a las pretensiones de conocimiento que pueda tener la jurisdicción contencioso-administrativa, pero ello no sucede en virtud de su separación frontal de la actividad administrativa sino porque tiene una naturaleza peculiar aun siendo ejercicio de la misma administración pública: que es discrecional, que no procede del ejercicio de facultades regladas de la Administración Pública.

Aquí reside la importancia del cambio operado por la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956: lo político se configura desde la misma Exposición de motivos de la Ley como perteneciente a un orden diverso que el administrativo. La excepción al conocimiento de esas actuaciones por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa no se fundamenta en el carácter discrecional de las mismas —discrecionalidad que, con muy buen tino, se niega que exista de forma absoluta por la propia Ley— sino en que no provienen de la Administración Pública como tal, no están, así, sometidas al Derecho Administrativo y no son, por tanto, susceptibles del recurso contencioso-administrativo en los términos de los artículos 1 y 37 de la Ley. Repetamos las conocidas frases de la Exposición de Motivos:

«Creada la Jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las cuestiones que se susciten respecto de los actos sujetos al Derecho Administrativo, sus límites están determinados normalmente por la esencia de esta rama del Derecho en cuanto parte del Ordenamiento jurídico.

Con este criterio 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.*»

Este punto de partida de la Exposición de motivos tiene luego su plasmación en el articulado de la Ley en el artículo 2 b) cuando se indica que:

(9) Sigue siendo imprescindible sobre la Ley de 1888 el libro de L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, ed. IEA, Madrid, 1975. Del mismo autor y sobre las novedades del Reglamento, *vid.* «La introducción de la referencia al orden público en el Reglamento de lo contencioso-administrativo de 1890-1891, RAP 78, 1975, pp. 53 y ss.

«No corresponderán a la Jurisdicción contencioso-administrativa:

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.»

El planteamiento de la Ley es muy claro aparentemente: los actos políticos del Gobierno son esencialmente distintos de los administrativos, por ello no están sujetos al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa que juzga sólo de los actos administrativos y de las disposiciones de carácter general. Para saber cuáles son esos actos políticos no se sigue un criterio de finalidad, sino de naturaleza (10). Los actos políticos no lo son porque con ellos se persiga un fin político, sino porque tienen una naturaleza política, distinta de la administrativa. Una naturaleza que es difícil de concretar en una lista cerrada, de ahí que el artículo 2 b) plantee una enumeración ejemplificativa.

La construcción realizada por la LJCA mediante la creación del artículo 2 b) permite realizar algunas consideraciones sobre su significación. En primer lugar, el sacar a los actos políticos del Gobierno del ámbito de la actuación de la Administración era congruente con la misma supresión de la potestad discrecional pura de la Administración bajo cuya veste se habían incluido antes. Desde el punto de vista del control de la Administración pública, la LJCA representaba un paso impresionante, y baste para ello con referirse al progreso continuo posterior en el control judicial de la Administración basado en teorías como la de los conceptos jurídicos indeterminados o criterios reductores de los ámbitos discrecionales que puedan existir dentro de un acto como la competencia, el fin, los principios generales del derecho, los hechos determinantes... (11). Ahora bien, el arrojar a los actos políticos de un ámbito donde el control judicial iba a ir alcanzando poco a poco una perfección singular, implicaba la imposibilidad —al menos teórica— de entrar a juzgar elementos marginales, separables, desta-

(10) La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa se aparta claramente, así, de las construcciones sobrepasadas del «móvil» político con que en Francia surgió en la segunda década del siglo XX esta categoría de los actos políticos. Se apunta, entonces, a la cuestión de la naturaleza, que también en Francia sustituyó como criterio, a la teoría del móvil. Sobre la cuestión *vid.* J. L. CARRO, *La doctrina...*, pp. 74 y ss.

(11) El valor de la aportación de GARCÍA DE ENTERRÍA en ese camino reductor de la discrecionalidad es inmarcesible. Me remito, *in totum*, como obra más representativa, a la ya citada de *La lucha contra las inmunidades del poder*. En otro plano debe hacerse también una referencia obligada a F. SÁINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, ed. Civitas, Madrid, 1976.

cables, del acto político y que pudieran considerarse de alguna forma dentro del ámbito de la Administración.

En segundo lugar, la construcción del artículo 2 b) exigía, de manera natural, la labor interpretativa de la jurisprudencia para precisar el alcance de la lista ejemplificativa allí enumerada. Por un lado, los conceptos utilizados eran excesivamente amplios e imprecisos: defensa del territorio, seguridad interior... Por otro, repíto, se trataba de ejemplos que no prohibían en principio la inclusión de otros en su ámbito.

Pues bien, la evolución jurisprudencial del artículo 2 b) fue en los primeros años de la vida de la Ley bien lamentable. Se incluyeron dentro de su paraguas de inmunidad, actuaciones claramente administrativas. El recuerdo de los excesos cometidos en aquella época, el recelo consiguiente con que los juristas contemplaron la cláusula de inmunidad es sin duda la causa de muchas de las críticas que posteriormente, y dentro de un sistema político y jurídico con otras coordenadas radicalmente distintas, ha recibido y sigue recibiendo un precepto no derogado expresamente y, como yo defenderé, tampoco implícitamente por la Constitución.

B) LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: LOS EXCESOS DE LA MISMA Y LA INSUFICIENCIA, TAMBIÉN, DE LOS CRITERIOS RESTRINGIDOS POSTERIORES EN SU APLICACIÓN

Este trabajo no tiene pretensiones de exhaustividad en el tratamiento de una historia que bien poco parecido guarda con nuestros parámetros actuales de configuración del Estado. Por ello aquí se va a recordar solamente, y a modo de testigo, lo más notable de la interpretación jurisprudencial del precepto que tratamos.

Por un lado, la pretensión extensiva del artículo 2 b) a actividades claramente administrativas. El ejemplo más claro lo representan las sanciones impuestas por la Administración con motivo de la represión de ciertas conductas que se consideran contrarias al orden público. El tema ha sido estudiado de forma incomparable por L. MARTÍN-RETORTILLO y ahora sólo queda remitirnos a su trabajo y a sus conclusiones (12): durante mucho tiempo la Administración acude en la contesación a las demandas formuladas contra la misma por la imposición de sanciones en materia de orden público, a justificar la inadmisibilidad de las mismas en cuanto son muestra de una actuación política encuadrada en el artículo 2 b). En muchas ocasiones, también, los Tribunales ratifican el argumento administrativo, con lo que se consagra la inmunidad de una actuación inequívocamente administrativa. Lo

(12) Cf. L. MARTÍN RETORTILLO, *Las sanciones...*, *op. cit.*, pp. 79 y ss.

cierto es, sin embargo, que la utilización de las sanciones de orden público se hacía con finalidad evidentemente política, para reprimir al contrario político. En ese sentido tenían razón Administración y Tribunales: el acto era político porque su finalidad así lo era también. Lo que sucede es que, con ese razonar, se acudía a la teoría del móvil político que estaba alejada formalmente del modo de concebir la inmunidad jurisdiccional por la LJCA. Allí, como ya hemos resaltado, era la naturaleza política —esencialmente distinta de la administrativa, se decía— la justificante de la inmunidad. No cabía, por tanto, acudir a la mención del acto político.

Poco a poco la jurisprudencia se irá alejando de esta interpretación y comenzarán a admitirse las demandas formuladas contra sanciones en materia de orden público. Paralelamente a este proceso se consagrará una interpretación formal del artículo 2 b) de la LJCA: sólo cabe aducir que se produce un acto político cuando este provenga del Gobierno, considerado éste como el equivalente al Consejo de Ministros. No hay acto político cuando sanciona un Ministro u otra autoridad, aun cuando el recurso administrativo contra la sanción pudiera ser resuelto por el mismo Consejo de Ministros (13).

Esta forma de interpretación por la jurisprudencia se consolida y mantiene en el tiempo y llega en sus manifestaciones, como advertiremos luego en el punto IV), hasta nuestros días. Resulta, así, que algunas actuaciones que si hubieran sido realizadas por el Consejo de Ministros hubieran resultado inmunes al control jurisdiccional, no lo son si las reglas de la competencia encargan a un órgano inferior de la Administración su ejecución. Resulta, así, que la pretendida «naturaleza» del acto político es dependiente de una atribución competencial hecha por el Legislador o por la misma autoridad reglamentaria. Cuando se piensa en un sistema de «unidad de poder y coordinación de funciones» en el que la atribución de competencias era un acto reflexivo del Poder sobre sí mismo, se comprenderá el escepticismo que en tal sistema produce la búsqueda de soluciones jurídicas, de criterios de explicación. Todo depende, en última instancia, de una decisión sobre atribuciones competenciales que, en un sentido impropio, es evidentemente «discrecional».

En efecto: la construcción del acto político en un sistema que niega la división de poderes, el pluralismo, el sufragio universal, etc., que, en suma, no es democrático, no deja de ser un eufemismo. ¿Qué sentido tenían estas construcciones formales sobre el Gobierno en un sistema en el que el Jefe del Estado era, nada menos, cabeza de la Administración Pública? (art. 2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957). ¿Cómo distinguir, con

(13) Cf. L. MARTÍN RETORTILLO, *Las sanciones...*, op. cit., pp. 116 y ss.

estos planteamientos previos, lo que es político y lo que es administrativo?

Y, por otra parte, la negativa a la consagración de un catálogo de derechos fundamentales hace que el ordenamiento jurídico que enmarca a la LJCA —ordenamiento desaparecido, pero no la misma Ley ni su artículo 2 b)— en escasa medida pueda ser ejemplo hábil del que partir. Ni de sus conclusiones ni de sus negativas. La afección a un derecho fundamental —digamos impropriamente a un derecho de los protegidos en el artículo 28 LJCA— no justificaba el recurso contencioso-administrativo si se partía de que la actuación presuntamente violentadora del mismo era política. Las reglas de legitimación de la LJCA perdían su sentido, ni siquiera podían aplicarse porque el acto no era administrativo. Los derechos no se postulaban frente a todos los Poderes públicos, sino sólo frente a la Administración: ergo, si la actuación violentadora no era de la Administración, sino de otro Poder público, no había control judicial de la misma.

El cúmulo de inconsecuencias y de razonamientos de este estilo que podríamos realizar sería grande. No corresponde hacerlo ahora sino notar, otra vez, la carga previa con que la expresión acto político, o de Gobierno, llega hasta nuestros días. Proviene de un sistema que confunde en la realidad lo político y lo administrativo, pero que a la hora del control judicial pretende separarlo escrupulosamente. Lo hizo, además, con mala técnica incluyendo en lo político actuaciones inequívocamente administrativas. Sirvió, consiguientemente, para la exención jurisdiccional de la actividad de represión política. Tiene, por tanto, malos recuerdos para todos y, por supuesto, para los juristas del Estado democrático de Derecho. ¿Qué fundamento y trascendencia puede tener, dadas esas premisas, el acto de Gobierno en un sistema constitucional? ¿Existe realmente? ¿Cómo debe plantearse su justiciabilidad?

C) LA CRÍTICA DOCTRINAL: LO SUPERFLUO DEL CRITERIO LEGAL SOBRE EL ACTO DE GOBIERNO

Pero no respondamos todavía a esa pregunta. Debemos notar antes de ello la reflexión y las propuestas de la doctrina que se ocupa de esta cuestión. Propuestas y reflexión realizadas en el viejo sistema pero que, normalmente, se mantienen en este momento también.

Algo une a todos los autores que se ocupan del tema: su rechazo a una valoración del acto de Gobierno que suponga la exención de control de la Administración Pública. Con este fondo común, las posiciones particulares pueden, sin embargo, variar. En este sentido, algunos autores llegarán a negar la misma categoría formal de los actos de Go-

bierno, siendo el ejemplo más claro de ellos el de GARCÍA DE ENTERRÍA ya citado para el que la radical oposición entre Política y Derecho es falsa y la misma categoría de los actos de Gobierno cuestionable y, al final, inútil. La culminación de su razonamiento, ya tras la promulgación de la Constitución, será la derogación del artículo 2 b) LJCA por la Constitución, aunque a ello me referiré en el punto siguiente (14).

En la misma línea puede colocarse la valiosa reflexión de J. L. CARRO centrada, fundamentalmente, sobre el ejemplo francés e italiano aunque con conclusiones que el autor extrapola a nuestro país. Lo superfluo de la categoría y, sobre todo, la negación de la existencia de una categoría independiente de actos políticos o de Gobierno es el núcleo fundamental del trabajo de este autor (15).

Otros autores, críticos también con la doctrina y su interpretación, centran su preocupación en extraer, sobre todo, las consecuencias que el artículo 2 b) de la LJCA no niega sobre la posible indemnización hacia el particular. En ese sentido puede citarse a BOQUERA Y MUÑOZ MACHADO (16).

Una posición matizadamente distinta es representada por BAENA DEL ALCÁZAR, quien ya en la misma transición política acepta que cara al futuro continúen existiendo estos actos (pone el ejemplo de las medidas sobre circulación fiduciaria, paridad de la peseta, suspensión de sentencias) aun cuando no podrían estar nunca basados en su naturaleza política. Reflexiona sobre la posibilidad de control judicial del aspecto procedimental de estos actos y propone la posibilidad de construir un catálogo de estos actos donde sólo se incluyan los verdaderamente trascendentes para la vida de la comunidad (17).

Las citas podrían ser más amplias, pero todas deberían encuadrarse en las posiciones indicadas: o superfluidad de la mención legal,

(14) Al margen de la obra citada anteriormente, *vid. Su Curso...*, en colaboración con el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ cuya primera edición es de 1974 y la quinta y última de 1989. Últimamente e insistiendo en la falsedad de la separación entre Derecho y Política *vid. Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en el Derecho español*, REDA, 59, 1988, pp. 337.

(15) Cf. J. L. CARRO, *La doctrina...*, *vid.* la p. 130, en la que se sacan las conclusiones pertinentes del estudio del derecho italiano.

(16) Cf. de BOQUERA OLIVER su trabajo *La responsabilidad patrimonial...*, ya citado. De S. MUÑOZ MACHADO, *Protección diplomática y jurisdicción contencioso-administrativa*, REDA 6, 1975, donde se cita y comenta singularmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1974 en la que la pretendida omisión de medidas de protección funda, con éxito, una reclamación de responsabilidad al Estado español.

(17) Cf. M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Los actos políticos del Gobierno en el Derecho español*, Madrid, 1978. En la p. 112 indica que: «... mediante un catálogo enunciativo de actos u otra fórmula más feliz habría que poner en conexión el requisito del sujeto con la materia de los actos. Cuando menos habría que adoptar al respecto dos precauciones. Por una parte debería quedar claro que en todo caso es controlable el fondo de los actos dictados por el Gobierno en vía de recurso. Por otra sería aconsejable que, en el caso de actos del Gobierno (dictados en ejercicio de sus competencias directas) y susceptibles de ser considerados políticos, se hiciese una declaración de que no todos ellos han de ser incontrolables en cuanto al fondo, sino sólo aquellos que sean verdaderamente trascendentes para la vida de la comunidad».

o incidencia en las medidas indemnizadoras o, por fin, mantenimiento de la categoría, bien que incidiendo en las posibilidades marginales de control judicial. La Constitución, como intentaré demostrar en el siguiente punto, afecta profundamente al problema debatido hasta el punto de transformar los presupuestos del mismo.

III. LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978 SOBRE LA CONSIDERACION Y POSIBILIDADES DE CONTROL DE LOS ACTOS DE GOBIERNO

Como ya se ha advertido, la Constitución de 1978 va a significar un profundo cambio en los planteamientos del problema que tratamos. Ello está expresado en la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA para quien la Constitución produce la derogación del artículo 2 *b*) de la LJCA (18) y, también, en la de GARRIDO FALLA donde se advierte la opinión del autor acerca de la profunda afección que sobre los actos de Gobierno causa la Constitución (19). En este punto vamos a tratar de demostrar esa afección y el sentido de la misma. No pretendo llevar a cabo otra cosa que un señalamiento de aquellos preceptos y decisiones constitucionales más directamente relacionados con nuestro objeto de reflexión.

(18) «La doctrina del acto político, según lo expuesto, es hoy inútil; en su acepción histórica genuina está hoy superada y aun contradicha por la Constitución, en cuanto explicación de la injusticiabilidad de ciertos actos que no proceden de la Administración como persona, la doctrina resulta innecesaria. El artículo 2 *b*) LJ debe, pues, considerarse derogado a partir de la entrada en vigor del nuevo texto constitucional y ser eliminado, en consecuencia, de la LJ en la próxima revisión de la misma, a fin de evitar equívocos que, según demuestra la historia, pueden resultar gravemente dañosos». Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, *op. cit.*, p. 536.

(19) «Sin embargo, lo relatado debe estimarse hoy como pura ilustración de la evolución histórica del tema. Después de promulgada la Constitución todos los actos del Poder ejecutivo que afecten a situaciones jurídicas de los particulares son fiscalizables ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El principio de «cláusula general» está implícito en su artículo 24 que garantiza el derecho a obtener una tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. En la actualidad el «acto de Gobierno» sólo incluye los que afectan a las relaciones entre los organismos constitucionales del Estado: por ejemplo, disolución de las Cortes Generales o convocatoria de elecciones». Cf. F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, ed. Tecnos, undécima edición, Madrid, 1989, p. 385. Semejante su posición en *Comentarios a la Constitución Española*, ed. de F. GARRIDO FALLA, ed. Civitas, Madrid, 1985, 2.ª ed., p. 1371.

A) LA DECISIÓN POR EL ESTADO DE DERECHO Y EL CONSIGUIENTE AMPLIO SISTEMA DE CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Desde el artículo 1 de la Constitución está meridianamente claro el tipo de Estado y de relación entre los poderes públicos que desea la norma suprema del ordenamiento. Hay una decisión por el Estado social y democrático de Derecho y ello, conforme al entendimiento habitual entre la doctrina y la tradición jurídica implica entre otras cosas un amplio sistema de control judicial de la actividad de los Poderes Públicos (20). Nuestra Constitución saca las consecuencias de ello expresamente sólo para un poder público, la Administración. En el artículo 106 somete, así, toda la actuación administrativa y la potestad reglamentaria al control de los Tribunales, que pueden examinar no solamente la legalidad del actuar de la Administración, sino el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Debemos notar, pues, este amplio sistema de protección judicial y su limitación a la Administración Pública en cuanto al nombramiento expreso de un poder público. No quiere ello decir, ni mucho menos, que la actuación del resto pueda ser inmune al control judicial. Tiempo tendremos de ver cómo ello no sucede así. Pero tampoco podemos pasar por alto un pronunciamiento tan claro como el del artículo 106 relativo a la Administración, y la necesidad de acudir a otros preceptos en un proceso interpretativo, para postular cuotas de control —que observaremos que no son similares— para los otros poderes públicos (21).

B) EL SOMETIMIENTO DE LOS PODERES PÚBLICOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Pero que sólo la Administración esté contemplada específicamente para predicar el control judicial de sus actos no quiere decir que el resto de poderes públicos puedan vivir al margen del Derecho. Al contrario, el artículo 9, párrafo primero, consagra claramente esta idea al expresar que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» si bien de nuevo la Administración pública es contemplada especialmente también desde

(20) Cf. K. STERN, *Das Staatsrecht*, op. cit., pp. 656 y ss.

(21) Me remito en cuanto a lo dicho en el texto a la observación de L. MARTÍN-RETORTILLO, *El control por el Tribunal Constitucional de la actividad no legislativa del Parlamento*, RAP 107, 1985, pp. 79 y ss., en especial la p. 90, donde se resalta la falta de un precepto como el del artículo 106 para el control de la actividad del Parlamento.

este ángulo cuando el artículo 103, párrafo primero, concluye la exposición de los principios de actuación de la Administración Pública con la referencia al «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

No hay, por tanto, espacios ajenos al Derecho en la actuación de todos los Poderes Públicos (22), lo que no quiere decir, según lo que hasta el momento llevamos visto de la exposición constitucional, que el control judicial se predique por entero y de la misma forma para cualquier actuación de todos los Poderes Públicos.

C) LA POSICIÓN PREFERENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El control que sobre la actuación de la Administración o de los Poderes públicos operan los Tribunales no es, normalmente, puramente abstracto. Sucede con generalidad, por el contrario, que cuando alguien se cree afectado en sus derechos o intereses impugna un acto de un poder público ante el Tribunal competente, impugnación que, precisamente, es la que da ocasión a los Tribunales de proceder al control de una medida de un poder público. Cuando ese derecho tiene una cualidad especial y se trata de un derecho fundamental de los reconocidos en el artículo 14 y en la sección primera del Capítulo segundo, la Constitución dispone, incluso, que la protección tenga lugar «por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional» (del art. 53-2 de la Constitución). Pero es que, incluso, uno de los derechos fundamentales protegidos es el regulado en el artículo 24, párrafo primero, de la Constitución, el derecho a la tutela judicial efectiva que poseen todas las personas para la protección de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Protección singular de los derechos fundamentales, posición preferente (23) de los mismos tal y como venimos diciendo. Mandato general a los Tribunales de protección de los «derechos e intereses legítimos», lo que lleva consigo alguna consecuencia clara para el tema que estamos tratando. En efecto, en modo alguno podrá cualquier construcción sobre los actos políticos o de Gobierno considerar que el respeto a su existencia y singularidad llevará inexorablemente con-

(22) Cf. en esta idea L. LÓPEZ GUERRA, «La posición constitucional del Gobierno», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, ed. IEF, Madrid, 1988, p. 26. Igual sobre el sometimiento de los poderes al Derecho *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, «Los ciudadanos...», *op. cit.*, p. 337.

(23) Sobre la posición preferente de los derechos fundamentales en relación a la jurisdicción constitucional *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 145 con referencias fundamentales a la doctrina norteamericana.

sigu una inadmisibilidad judicial del recurso planteado contra uno de estos actos si éste ha violado un derecho fundamental. No hay restricciones en el control judicial de las violaciones a los derechos fundamentales, sea cual sea el poder público que haya producido la violación. El carácter de acto de Gobierno no justifica la inmunidad judicial cuando se ha producido la violación de un derecho fundamental (24).

D) UN SISTEMA DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL QUE RESUELVE LOS CONFLICTOS ENTRE ÓRGANOS CONSTITUCIONALES Y JUZGA DEL EJERCICIO CORRECTO DE SUS COMPETENCIAS

Si cualquier actuación de un poder público que violente un derecho fundamental es residenciable ante los Tribunales, también hay control, aunque ahora de un órgano específico, el Tribunal Constitucional, en relación a los actos de los órganos constitucionales que puedan menoscabar el ámbito de competencias de otro órgano constitucional si así lo estima éste. El procedimiento de resolución de estos conflictos está regulado por los artículos 73 y siguientes de la LOTC y supone que actos que, en principio, no serían susceptibles ni de recurso contencioso-administrativo —en cuanto no provienen de la Administración Pública ni están sometidos al derecho administrativo—, ni, tampoco, de recurso por un particular cuyo derecho fundamental fuera violado —porque por esencia en estos actos no habría posibilidad de que fueran violentados derechos fundamentales—, son sometidos al control del Tribunal Constitucional desde el ángulo específico de la defensa de las competencias.

Lo que se dice sobre los conflictos entre órganos constitucionales vale, igualmente, para las relaciones entre Estado y Comunidades Autónomas o de éstas entre sí (arts. 60 y ss. LOTC). Tampoco en este caso la decisión del Estado o de una Comunidad, presuntamente desconocedora de las competencias de la otra parte, queda sin posibilidad de control. El control, en este caso, es del Tribunal Constitucional y está concebido como defensa del reparto competencial establecido por la Constitución y el bloque de la constitucionalidad relativo a una materia (art. 28 LOTC).

Pero la jurisdicción constitucional también tiene el encargo de juzgar sobre el ejercicio correcto de las competencias de los órganos constitucionales con independencia del conflicto que pueda surgir entre éstos. Piénsese, así, en el control por el Tribunal Constitucional de la ur-

(24) Ultimamente, en la doctrina sobre los derechos fundamentales *vid.* L. MARTÍN-RETORILLO, I. DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, ed. Civitas, Madrid, 1988.

gencia como requisito indispensable para la emanación de Decretos-Leyes por el Gobierno. Con independencia de la reserva que el Tribunal se autoimpone para el control de esta urgencia (25), es evidente que la apreciación de la misma no forma parte de ninguna categoría de «actos de Gobierno» inmunes a cualquier tipo de control.

Los ejemplos podrían ser más amplios, pero todos desembocarían en una misma conclusión: allí donde existe jurisdicción constitucional, los actos de Gobierno deben tener necesariamente una configuración y un régimen de control sustancialmente distinto a donde no se prevea tal jurisdicción. Ya no se trata solamente de control de una actuación por una jurisdicción ordinaria, como la contencioso-administrativa, sino de supervisión por la jurisdicción que la misma Constitución ha querido instituir en garante de su aplicabilidad permanente. El campo de inmunidad jurisdiccional de los actos de Gobierno, si existe, se restringe notablemente desde esta perspectiva de la jurisdicción constitucional.

E) LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL GOBIERNO

Pero el examen de la Constitución quedaría incompleto si a todo lo dicho hasta ahora —de importancia fundamental, como es obvio— no se añadiera alguna consideración sobre la posición constitucional del Gobierno, del principal de los sujetos susceptible —junto a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y los de los Entes locales en alguna medida— de producir unos actos cuyo control jurisdiccional y la extensión del mismo estamos sometiendo a examen.

Es obvio que no pretendo realizar aquí un estudio pormenorizado de la consideración del Gobierno por la Constitución. Ello excedería mucho de los límites que debe tener este trabajo y, también, de las fuerzas del autor. No, me interesa solamente llamar la atención acerca de algunos rasgos que juzgo más importantes, resaltables, en la configuración constitucional del Gobierno.

Es el primero el de la separación formal entre el Gobierno y la Administración. La misma rúbrica del Título IV contiene, gráficamente, esa separación: «Del Gobierno y de la Administración», dice, y dentro de su articulado también existe esa separación; los artículos 97 a 102 se dedican íntegramente al Gobierno. Los artículos 103 a 107, a la Ad-

(25) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es muy clara acerca del margen de apreciación que se concede al Gobierno para discernir cuando existe la urgencia. No se niega el control del Tribunal, pero su intervención sustitutiva quedaría reservada para los casos más flagrantes de uso indebido del Decreto Ley. *Vid.*, así, la Sentencia 111/1983, de 2 de diciembre (BOE de 14 de diciembre) que luego consideraremos más detenidamente en el punto VI.

ministración o a algún órgano singular, como el Consejo de Estado (art. 107), supremo órgano consultivo del Gobierno.

No pretendo sacar consecuencias extraordinarias de una separación que a la hora de la verdad y en la realidad presenta zonas confusas, grises, cuya delimitación es bien problemática. No en vano el Consejo de Ministros es órgano supremo de la Administración (art. 2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado). Muchos de sus acuerdos, aunque no todos, son actos inequívocamente administrativos. Los Ministros son también órganos de la Administración, colocados a la cabeza de Departamentos administrativos... Pero al margen de esta realidad bien conocida y descrita por el ordenamiento, lo cierto es que la Constitución marca dos ámbitos separados, Gobierno y Administración, con tareas diversas, con consideración diversa también por ese ordenamiento jurídico. Antes me refería, precisamente, a una de estas divergencias: el control judicial absoluto (art. 106) se predica por la Constitución de la Administración, pero no se contiene textualmente ese control para el Gobierno ni, tampoco, para otros Poderes Públicos.

El Gobierno, además, tiene una peculiar relación constitucionalmente definida con la Administración. Esta relación se encuentra descrita entre las tareas del Gobierno que contiene el artículo 97 donde se indica que «el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes». El Gobierno dirige, pues, la Administración que aparece configurada como una organización instrumental (26) al servicio de la voluntad política del órgano legitimado democráticamente. Esa política es, además, dirigida —más preciso sería indicar «creada», «determinada» (27)— por el Gobierno que encuentra en este carácter político su rasgo más determinante.

Por fin, de este aspecto político el Gobierno es responsable ante el Congreso de los Diputados. La Constitución indica que «el Gobierno responde solidariamente de su *gestión política* ante el Congreso de los Diputados» (art. 108) y la Constitución articula esta responsabilidad a través de muchos instrumentos (preguntas, interpelaciones...), llegando en el grado máximo a la moción de censura, que permite la sustitución de un Gobierno por otro (art. 113) a través del cambio de

(26) Sobre el carácter instrumental de la Administración puede verse a GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, pp. 356-357. Igualmente, L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la Reforma Administrativa*, ed. Civitas, Madrid, 1983, pp. 134 y ss.

(27) L. LÓPEZ GUERRA insiste en este carácter creador, innovador, impulsor, como lo más determinante en la definición del Gobierno. Cf. «La posición constitucional...», p. 27. Sobre las características del Gobierno y sus competencias resulta sumamente interesante la exposición de I. DE OTTO, «Derecho constitucional...».

su Presidente. Configuración, entonces, específica de un modo de responsabilidad por los actos que no implica, de ninguna forma, que sea el único y exclusivo control que pueda existir sobre la acción del Gobierno. También es posible que actos que puedan estar sometidos al control político sean paralelamente impugnados ante los Tribunales contencioso-administrativos, si hay un legitimado para hacerlo y cumplen esos actos los requisitos generales del artículo 1 de la LJCA (singularmente el sometimiento al Derecho Administrativo). No hay exclusividad en la responsabilidad política, pero sí una preocupación especial de la Constitución por señalar el modo primigenio de responder de la gestión política ante un órgano político también, el Congreso de los Diputados.

IV. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS ACTOS DE GOBIERNO TRAS LA CONSTITUCION

Concluida la narración de la evolución legislativa y doctrinal sobre los actos políticos o de Gobierno (II) y la exposición de aquellas instituciones constitucionales más relevantes a nuestro objeto (III) llega la hora de investigar el tratamiento jurisprudencial de los actos de Gobierno tras la Constitución. Llega la hora de saber cómo han considerado los Tribunales la posibilidad de inmunidad jurisdiccional para determinados actos por el hecho de poder ser tratados exclusivamente como actos políticos y en modo alguno como actos administrativos. En general, es el momento de relatar y reflexionar sobre la manera como el aspecto exclusivamente político de la actuación de los Poderes Públicos, y no sólo del Gobierno, ha sido objeto de tratamiento por los Tribunales.

Esta última frase va a ser de singular importancia en las páginas que siguen: en efecto, a los Tribunales no llegan solamente recursos contra actos que el demandado considera como políticos, del Gobierno y, por tanto, infiscalizables; igualmente son actos de otros Poderes Públicos los impugnados y sobre los que alguien aduce su carácter político. Y, lo que es más notable, en ocasiones la jurisprudencia lo acepta y declara su inadmisibilidad, aunque en modo alguno y desde el punto de vista de la personalidad del productor del acto pudiera considerarse un acto del Gobierno en el sentido del artículo 2 b) LJCA.

Quiero llamar la atención antes de comenzar este estudio acerca de algo que pudiera considerarse curioso o incomprensible a la luz de quienes han postulado en nuestra doctrina el fin de los actos de Gobierno: la Constitución no ha representado el final de las impugnaciones contra estos actos, obviamente, pero tampoco el final de las declaraciones de inadmisibilidad. Han seguido produciéndose y en número

también apreciable como para que pueda intentarse una síntesis y hasta el establecimiento de una doctrina jurisprudencial. Son ya diez los años de vida constitucional y la permanencia de las declaraciones de inadmisibilidad —y lo contrario— frente a actos del Gobierno, de los Gobiernos de Comunidades Autónomas, de actos de otros órganos de distintos Poderes Públicos, permiten trazar un estado actual de la cuestión en la jurisprudencia a la luz de la Constitución, lo que no había sido intentado hasta ahora (28). En el punto A) me referiré, exclusivamente, a Sentencias en las que se trate la naturaleza de acto político de actuaciones del Gobierno de la Nación, de Gobiernos de las CCAA o de Entidades locales. En el punto B) llevaré a cabo una valoración de esta jurisprudencia y, por fin, en el punto C) me referiré a jurisprudencia que trata de la calificación política de actos de otros Poderes Públicos, singularmente de los Parlamentos.

A) ENUMERACIÓN DE SENTENCIAS Y CONSIDERACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA TRATADA EN ELLAS

Según la indagación que he realizado en los habituales repertorios de jurisprudencia, son hasta el momento 15 las Sentencias del Tribunal Supremo en las que la naturaleza administrativa o política del acto recurrido, es tratada de forma especial y resulta relevante para el mismo fallo de la Sentencia. De las 15, en seis se acepta de una u otra forma la existencia del acto político —y, por tanto, la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento del recurso— y en nueve, por diversos motivos, se rechaza la alegación de acto político. No obstante, en muchas de estas últimas sentencias se afirma la existencia de la categoría de acto político, aunque la falta, en el caso concreto, de algún requisito orgánico o funcional no permita apreciar su existencia. Igualmente, en algunas de estas sentencias del Tribunal Supremo denegatorias del carácter político del acto, se rechaza su previa afirmación por el Tribunal de instancia, lo que permite comprobar que no sólo es el Supremo el que, en ocasiones, aprecia el carácter político de algún acto, sino también ciertos Tribunales inferiores.

La primera Sentencia de la que tengo noticia es la de 3 de enero de 1979, *Arz. 7* (Pte. Excmo. Sr. D. José Luis Martín Herrero). En ella se conoce del recurso contra el Decreto de 16 de enero de 1975 que delimita las *zonas de seguridad de algunos polígonos militares*. La de-

(28) Algunas primeras reflexiones sobre el tema pueden leerse en A. EMBID IRUJO, «Actos políticos del Gobierno y actos políticos de las Cámaras parlamentarias. Reflexiones en torno a su control por la jurisdicción contencioso-administrativa», en *RCG*, 13, 1988, pp. 54 y ss. Defendiendo posiciones matizadamente contrarias *vid.* F. SÁINZ MORENO, «Actos parlamentarios y jurisdicción contencioso-administrativa», en *RAP* 115, 1988, pp. 233 y ss.

fensa de la Administración alude al carácter político del acto, con base en el artículo 2 b) de la LJCA, para sustentar la inadmisibilidad. *El Tribunal rechaza esta alegación* y, por motivos que no vienen al caso, declara nulo el Decreto.

La segunda es la Sentencia de 13 de junio de 1979, Arz. 4748 (Pte. Excmo. Sr. D. José Galaldón López) en la que aun declarándose la inadmisibilidad del recurso interpuesto contra acuerdo de la Diputación Foral de Navarra por el que se indicaba que la vecindad de Estella tendría un diputado, se niega la existencia de acto político porque éste sólo puede provenir del Gobierno de la nación. El tribunal de instancia había recurrido, sin embargo, el carácter político del acto acudiendo a la cita del art. 2.º b) de la LJCA. La inadmisibilidad final del TS se fundamenta en el carácter de acto de trámite que tiene el de la Diputación Foral.

La tercera es la Sentencia de 20 de junio de 1980, Arz. 3229 (Pte. Excmo. Sr. D. Enrique Medina Balmaseda). Se conoce en ella de un recurso contencioso-administrativo contra la resolución desestimatoria de un recurso de alzada interpuesto contra *una sanción de orden público* que ¡en 1970! impuso el Ministro de la Gobernación. La defensa de la Administración como en los viejos tiempos (29), adujo el carácter político del acto para fundar la inadmisibilidad. El Tribunal, afortunadamente también como en los viejos tiempos, *rechazó tal alegación*.

En 1980 se produce una nueva sentencia, la de 28 de noviembre de 1980, Arz. 4841, Pte. Excmo. Sr. D. Eugenio Díaz Eimil. Se conoce en ella de un recurso contra *los actos de constitución de la Junta Regional de Extremadura*. Del resumen de los hechos, se deduce que la Sala de instancia declaró inadmisibile el recurso en función del carácter político de dichos actos. *El Tribunal Supremo declara la inexistencia de acto político*, con lo que admite el recurso que desestima por otras razones.

En la Sentencia de 29 de enero de 1982, Arz. 235 (Pte. Excmo. Sr. D. José Garralda Valcárcel), se conoce de una reclamación de responsabilidad frente a la Administración. Con motivo de esa reclamación, el Tribunal aprovecha para indicar *que el acto de devaluación de la moneda es político* en el sentido del artículo 2 b) de la LJCA, aun cuando ello no tiene relevancia sobre el fallo del caso, que se centra exclusivamente en pretensiones indemnizatorias.

La Sentencia de 24 de septiembre de 1984, Arz. 4574 (Pte. Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe), declara inadmisibile el recurso contra el R. D. de 27 de agosto de 1982 por el que *se disuelven las Cortes*, porque el artículo 115 de la CE atribuye tal competencia al *Presi-*

(29) Recuérdese el libro de L. MARTÍN-RETORTILLO, *Las sanciones de orden público*, cit. en este trabajo.

dente del Gobierno bajo su exclusiva responsabilidad. El Tribunal declara que es patente que su contenido desborda lo que comúnmente se define como acto de la Administración Pública. Debo advertir, no obstante, que esta sentencia no utiliza expresamente la mención de acto político, limitándose a calificar de no administrativo el acto. Pienso que su inclusión aquí, a falta de esta mención, en modo alguno es caprichosa.

La Sentencia de 6 de noviembre de 1984, Arz. 5758, Pte. Excmo. Sr. D. Angel Martín del Burgo y Marchán, resulta sumamente interesante en cuanto los recurrentes solicitan del Gobierno que *actualice las rentas urbanas* tal y como indica el artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (30). El Tribunal va a indicar que lo que se solicita es un *acto de Gobierno, político*, respecto al cual la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene facultades para ordenar su emisión, aunque esté previsto en una Ley.

En la Sentencia de 29 de noviembre de 1985, Arz. 5574, Pte. Excmo. Sr. D. José María Reyes Monterreal, se conoce del recurso contra la *revocación de los representantes de una Diputación Provincial en una Caja de Ahorros* hecha por ella misma. *La sentencia de instancia rechaza la alegación de que el recurso sería inadmisibile por tratarse de un acto político*. El Supremo, al resolver el recurso de apelación, indica que no se trataría tampoco de una actuación discrecional.

En la Sentencia de 3 de marzo de 1986, Arz. 2305, Pte. Excmo. Sr. D. José María Reyes Monterreal, se conoce de un supuesto muy similar al de la primera sentencia examinada. Se trata de un recurso contra actos relativos a unos *polígonos militares*. *El Supremo rechaza que se esté ante actos políticos* en cuanto que no se cumplen los requisitos subjetivos y objetivos necesarios pero no se pronuncia contra la categoría.

Idéntico contenido de rechazo de la alegación de acto político se contiene en la Sentencia de 25 de junio de 1986, Arz. 3778, Pte. Excmo. Sr. D. Fernando de Mateo Lage. Se trata de un recurso interpuesto contra una resolución del Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada sobre *reglas de preeminencia en los Cuerpos de Oficiales*. *El Supremo indica que allí no existe acto político*.

En la Sentencia de 9 de junio de 1987, Arz. 4018, se indica que la falta de respuesta o respuesta juzgada incorrecta de un Gobierno (en este caso del Vasco) a la *solicitud de información de un parlamentario*,

(30) El artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en su párrafo primero, indica lo siguiente: «La renta y las cantidades asimiladas a ella de las viviendas comprendidas en el número 2 del artículo 6 y de los locales de negocio que se encuentren en período de prórroga legal se adaptarán cada dos años a las variaciones del coste de la vida, mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros que aplicará a la renta revalorizada el índice ponderado fijado por la Dirección General de Estadística, si las partes no hubieren convenido de modo expreso otro sistema de actualización».

es acto infiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa, porque *no se trata de un acto administrativo, sino de un acto político-parlamentario* (31).

De nuevo existe una negativa a la consideración de acto político en la *Sentencia de 6 de julio de 1987* (cito por la revista «Actualidad administrativa», 642), Pte. Sr. Rosas Hidalgo). Se trata de la decisión del Consejo de Ministros de continuar un proceso de *extradición* contra la que recurre el afectado, un súbdito colombiano. *Frente a la alegación de acto político, se dice que no hay tal, y se recalca la justiciabilidad del hecho.*

En la *Sentencia de 30 de julio de 1987*, Arz. 7706, sin ponente reseñado en la Recopilación Aranzadi, por el contrario *se acepta plenamente la existencia de acto político* y, por tanto, la imposibilidad de revisión jurisdiccional del Decreto 47/1983, de 12 de agosto, del Presidente de la Junta de Castilla-León, fijando provisionalmente la sede de la Junta en Valladolid. Se califica dicho acto de *político por su naturaleza intrínseca* y se niega la posibilidad de enjuiciamiento por la jurisdicción.

Igualmente hay aceptación de la calificación de acto político y, por tanto, negación del control judicial y aceptación de mera responsabilidad política, en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1987*, Arz. 6688, Pte. Excmo. Sr. D. César González Mallo en la que se resuelve el recurso interpuesto por varios Decanos de Colegios de Abogados vascos contra la denegación por silencio administrativo de una petición al Consejo de Ministros en demanda de determinadas *dotaciones de plazas en la Administración de Justicia y de convocatoria de las vacantes*. El Tribunal indica que la dotación o las convocatorias se encuadrarían en los *actos de gestión política del Gobierno* frente a los que no cabe ningún tipo de recurso judicial y sólo la exigencia de responsabilidad política (31 bis).

Por fin, la última sentencia por mí conocida es la de *15 de noviembre de 1988*, Arz. 8699, Pte. Excmo. Sr. D. Angel Rodríguez García, que en un supuesto coincidente con otra sentencia anterior, señala la infiscalabilidad de la respuesta —o falta de respuesta— a la *pregunta de*

(31) He analizado favorablemente la sentencia en mi trabajo «Actos políticos del Gobierno», pp. 69 y ss. En contra de la sentencia, el trabajo de A. SAÍZ ARNAIZ, «Sobre la efectividad del derecho de los parlamentarios vascos a recabar información del Gobierno Autónomo», en *La Ley*, 10 de febrero de 1988, que indica que dicha sentencia ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional. En trámite de corrección de pruebas es conocida la STC 161/88, de 20 de septiembre, que configura como derecho fundamental el de los parlamentarios a obtener información. En el mismo sentido *vid.* la STC 181/89, de 3 de noviembre.

(31 bis) Recientemente ha aparecido la STC 45/90, de 15 de marzo, Pte. Excmo. Sr. D. Jesús Leguina Villa, recaída en recurso de amparo 1681/87 contra esta Sentencia. La Sentencia no aborda de forma dogmática la problemática de los actos políticos sino que señala, solamente, que esta actuación del Gobierno no está sometida al Derecho Administrativo. En realidad, dice el TC, nos encontraríamos ante un mero ejercicio del derecho de petición.

un parlamentario (en este caso de la Asamblea de Cantabria) *por tratarse de un acto político-parlamentario*.

B) VALORACIÓN DE ESTA JURISPRUDENCIA

En el punto anterior he pretendido solamente enumerar las sentencias, su carácter afirmador o negador del acto de Gobierno o político y el tema fundamental sobre el que versan. Ahora es cuando voy a llevar un análisis pormenorizado de la información y de las decisiones contenidas en estas Sentencias. Los resultados de ese análisis serán materia imprescindible que deberá ser contrastada con los datos extraídos de nuestro sistema constitucional (III), iluminada por las enseñanzas que puedan extraerse de la consulta al derecho alemán (V) para sacar las conclusiones pertinentes en el punto final de este trabajo (VI).

- a) *El acto político o de Gobierno no es patrimonio de la Administración del Estado. Se alega por otras Administraciones y se acepta su existencia por la jurisprudencia*

Quizá sea ésta una de las primeras cosas que llaman la atención en el examen de la anterior jurisprudencia. El carácter político de los actos se alega por la defensa de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Administraciones Locales. Todas ellas parecen creer que, en ciertos casos, sus actos están revestidos de naturaleza política y, por tanto, son insusceptibles de conocimiento por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pero esto es algo más que una alegación. En un caso concreto, la Sentencia de 30 de julio de 1987 se produce una resolución estimatoria del carácter político del acto impugnado (designación de la sede provisional de la Junta de Castilla y León). Veamos cómo aprecia el Tribunal Supremo este carácter político según los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia:

«Tercero.—Pues bien, el acto residenciado en este proceso —el Decreto 47/1983, de 12 de agosto del Presidente de la Junta de la Comunidad Autónoma de Castilla-León, fijando provisionalmente la sede de la misma en Valladolid— ofrece a simple vista un cariz político indiscutible, tanto por su contenido, como por el órgano de que dimana, y por la causa determinante de la actuación de este órgano (el Presidente de la Junta): la imposibilidad, de momento, de contar en las Cortes de la Comunidad con una mayoría de dos tercios, para aprobar la Ley que fijara

la sede de las Instituciones, como preceptúa el Estatuto de Autonomía de 25 de febrero de 1983.

Cuarto.—Se trata, pues, de un acto político incuestionable, de alta política; no un simple acto provocado por un móvil político, lo que es completamente distinto, sino de un acto político por su naturaleza intrínseca.»

El texto, como se habrá comprobado, presenta una interesante problemática de fondo, como es la de la fijación extraestatutaria de la sede de las instituciones autonómicas en la que ahora no debo entrar. Ya lo he hecho en otra ocasión (32) señalando, paradójicamente, la existencia de un Auto del Tribunal Supremo (33) que obligaba al Tribunal de instancia a conocer del recurso con la decisión provisional de fijación de sede del Parlamento de dicha Comunidad. Un acto del Parlamento, según el Supremo, debía ser conocido por la jurisdicción contencioso-administrativa (34). Afortunadamente, y cuando el recurso sobre la misma materia se formula contra la fijación de la sede del Gobierno, el Tribunal Supremo afirma el carácter político del mismo y, por tanto, la incompetencia de la jurisdicción. Menos mal que se ha rectificado una barbaridad, pero el supuesto —por lo inconsecuente, por lo paradójico— merecería pasar a la pequeña historia del contencioso-administrativo.

El acto político o de Gobierno puede también darse, pues, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, lo que es congruente con el sistema de Gobierno Parlamentario que poseen estas Comunidades en función de lo regulado por sus Estatutos (35). El elemento de autonomía política propio de las Comunidades tal y como lo ha definido el Tribunal Constitucional (36), al ser usado por los Gobiernos, puede dar lugar a actos meramente políticos, que en modo alguno pueden ser juzgados por la jurisdicción contencioso-administrativa.

(32) En mi trabajo «Actos políticos del Gobierno...», ya citado, pp. 67 y ss.

(33) Se trata del Auto del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1987, en el que se conoce del recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 24 de mayo de 1985, de la Audiencia Territorial de Burgos.

(34) Transcribo algunas líneas del Auto: «y como ese acto de decisión de ubicar provisionalmente la mencionada sede es obviamente un acto de administración realizado por un órgano de la Comunidad Autónoma, como lo es la Mesa de las Cortes (...) es patente que este acto de administración, llevado a cabo por un órgano de la Comunidad Autónoma, está sujeto al control de esta jurisdicción conforme al expreso mandato del reiterado artículo 153 c) de la Constitución; por lo que el recurso jurisdiccional interpuesto contra dicho acuerdo era ciertamente admisible y debió admitirlo el Auto impugnado de la Sala Territorial y al no haberlo entendido el mismo así, procederán renovarlo».

(35) Sobre el sistema de Gobierno parlamentario, sus características y consecuencias, me remito a mi libro *Los Parlamentos territoriales*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 46 y ss., junto con toda la bibliografía allí citada.

(36) Sobre el tema me remito, otra vez, a *Los Parlamentos...*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

- b) *La consiguiente necesidad de una revisión de la terminología usada: acto del Gobierno, acto político, acto de Gobierno*

Diversas expresiones han sido usadas en este trabajo para designar la realidad del acto político, aun cuando una preside su mismo título y, además, me parece que con razones legítimas.

En efecto, si actos no susceptibles de control jurisdiccional por su naturaleza política pueden ser producidos por diversas Administraciones o Poderes Públicos, es obvio que la expresión «actos del Gobierno», deja de tener significación comprensiva, totalitaria del fenómeno. No sólo el Gobierno produce actos no susceptibles de control judicial. Por el contrario, también los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, los órganos constitucionales, los entes locales en teoría aunque de forma muy restringida en la práctica y, por último, y como he defendido en otro trabajo e insistiré más tarde, también los órganos parlamentarios pueden producir actos insusceptibles de control por su naturaleza política. Desde este punto de vista, por tanto, me parece que las expresiones acto político o acto de Gobierno (y no del Gobierno) son las más correctas. El acto político se refiere directamente a la naturaleza del mismo. El carácter «de Gobierno» expresa una función atribuida a aquellos que están al frente de una determinada institución.

- c) *En la Administración del Estado, sólo el Gobierno puede producir actos de Gobierno*

Como sucedía en la jurisprudencia tradicional anterior a la Constitución, pervive también en la postconstitucional la idea de que aceptar la existencia de los actos políticos no supone que cualquier órgano pueda emitirlos. Es generalizada y pacífica la atribución exclusiva al Gobierno de la Nación —dentro de la Administración del Estado— de la capacidad de producir actos de Gobierno. Veamos cómo expresa esto la Sentencia de 25 de junio de 1986:

«El motivo de inadmisibilidad invocado es el previsto en el artículo 82 a) en relación con el artículo 2 b), ambos de la Ley de esta jurisdicción, por entender que la resolución del Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada que se impugna en este recurso, sobre procedencia y preeminencia de los Cuerpos de Oficiales de la Armada, debe considerarse como un acto político de Gobierno que afecta al mando y organización militar, mas este motivo de oposición carece de viabilidad alguna, pues aun aceptando la subsistencia después de la Constitución, a la vista de su

artículo 24.1, de los supuestos de impugnabilidad establecidos en el apartado *b)* del artículo 2 de la Ley Procesal que antes se ha citado, este precepto, como acaba de expresarse, se refiere a actos políticos del Gobierno, ninguna de cuyas circunstancias se dan en el presente caso, pues ni el tema que se discute constituye un acto político, ni emana del Gobierno, que jurisprudencialmente se ha identificado con el Consejo de Ministros.»

Aun no habiendo referencias jurisprudenciales concretas, creo que no habría ningún problema en extender la misma jurisprudencia a las CCAA y afirmar, en concreto, que en su ámbito sólo sus Gobiernos pueden producir actos políticos o de Gobierno. Ello, en todo caso, será anotado cumplidamente en las conclusiones (VI).

d) El acto de Gobierno o político por naturaleza: rechazo de la teoría del móvil

La jurisprudencia examinada, cuando acepta la existencia del acto político, infiere que el mismo lo es por naturaleza, no porque se haya producido con una finalidad política. Veamos cómo expresa esta idea la Sentencia de 30 de julio de 1987, fundamento de derecho cuarto:

«Se trata, pues, de un acto político incuestionable, de alta política; no un simple acto provocado por un móvil político, lo que es completamente distinto, sino de un acto político por su naturaleza intrínseca.»

Esta descripción se aplica a la fijación de la Sede provisional de la Junta de Castilla-León.

e) El desarrollo de las Leyes por el Gobierno, ¿es un acto político?

La rúbrica plantea una cuestión sumamente interesante y de transcendencia dogmática indudable. Viene de la mano del recurso tendente a pedir la aplicación del artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, lo que, como ya sabemos, será negado por el Tribunal Supremo (Sentencia de 6 de noviembre de 1984) aduciendo el carácter político que tendría esta actuación y, por tanto, la imposibilidad de que la jurisdicción ordene tal cosa al Gobierno. Veamos el modo de razonamiento del Tribunal reproduciendo algunos de los Cdos. de la sentencia:

«Que en esta dirección, lo que aparece claro es que un texto legal promulgado en 1964 aparece sin desarrollar aún hoy, a los veinte años de su vigencia y, lo que es más significativo, es un devenir en el que se han sucedido regímenes tan opuestos como el anterior y el actual, y Gobiernos de muy distintos colores; significación que se acrecienta si se tiene en cuenta que ante esta inacción del Ejecutivo, ningún particular, hasta ahora que nosotros sepamos, ha intentado promover una acción semejante a la emprendida por los aquí recurrentes; actitud común de gobernantes y gobernados que viene a demostrar una concepción del precepto de que se trata no ligada a su cumplimiento forzoso e inmediato, sino supeditado a la determinación del Consejo de Ministros, como destinatario de la norma.»

«Que la explicación de este estado de cosas nos la da el hecho de la complejidad de la materia regulada por esta normativa, y el ingente entramado de intereses implicados, con unas consecuencias socioeconómicas incalculables; cuestiones inevitablemente inmersas en la política de los Gobiernos, portavoces de la voluntad preponderante en cada momento histórico, como encargados de dirigir este tipo de situaciones, con las medidas concretas adecuadas, como ocurre con la contemplada en el precepto legal tantas veces referido.»

«Que al ser el acto de que se trata un acto de Gobierno, este Tribunal no puede sustituirlo, ordenándole lo que tiene que hacer, por respeto al principio de división de poderes, pieza clave en el edificio constitucional...»

«Que la consideración de acto político del Decreto a dictar, conforme a lo previsto en el repetido artículo 100-1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y el ya citado principio de la división de poderes, impiden que este Tribunal emita juicios de valor respecto de esa pasividad gubernamental, mantenida, como hemos dicho, durante dos decenios: aunque no haya más remedio que reconocer la penosa situación de los propietarios de casas de renta antigua, insostenible en muchos casos e injusta, chocante con los principios socioeconómicos animadores de nuestro texto constitucional (art. 33-1); situación remediable por la vía política y parlamentaria, incluso acudiendo a instituciones como la del Defensor del Pueblo.»

Como he dicho en el comienzo de este punto, es más que sugerente lo que esta Sentencia plantea: la omisión en el desarrollo de una Ley, la omisión en la ejecución de un precepto legal tan claro como el artículo 100 LAU, no es controlable jurisdiccionalmente, sino que la excepción del acto político se muestra como valladar de cualquier po-

sible pretensión de conocimiento. No hay duda de que a pesar de las razones variadas, profusamente expuestas por el Tribunal —y que, anticipo ya, comparto— ello choca sobremanera con importantes esfuerzos doctrinales tendentes a controlar jurisdiccionalmente la inactividad material de la Administración. En concreto, el profesor NIETO ha encuadrado desde el punto de vista teórico un supuesto como éste —falta de desarrollo de una Ley— dentro de la inactividad material de la Administración postulando su control jurisdiccional (37), aun cuando reconozca sus dificultades y la falta de respuesta jurisprudencial a esas pretensiones doctrinales y, también, de algunos recurrentes (38).

Lo notable de esta Sentencia, frente a la tesis de NIETO, no es sólo que el Tribunal se niegue a controlar una inactividad material de la Administración, sino que el Tribunal ni siquiera indica que se esté ante una actividad administrativa. Por el contrario, la categoría del acto político —política sería la decisión de elaborar una disposición reglamentaria desarrollando el mandato del artículo 100 LAU— implica la falta de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, esta categoría del acto político va acompañada de una referencia rica de contenido a la división de poderes que merece un comentario separado.

f) *El respeto a la división de poderes protegida constitucionalmente, límite a las pretensiones controladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa*

Hay un considerando clave en la Sentencia de 6 de noviembre de 1984, que tenemos que reproducir aquí otra vez. Se trata de unas breves líneas en las que el Tribunal Supremo liga la afirmación de encontrarse ante un acto de Gobierno con las consecuencias que deben derivarse del principio de separación de poderes. Veamos:

«Que al ser el acto de que se trata un acto de Gobierno, este Tribunal no puede sustituirlo, ordenándole lo que tiene que ha-

(37) *Vid.* su magnífico trabajo «La inactividad material de la Administración: veinticinco años después», en *Documentación administrativa*, 208, 1986, pp. 11 y ss. En concreto, la inactividad reglamentaria se trata en las pp. 60 y 61.

(38) Reproduzco dos párrafos de su argumentación: «La situación es, con todo, la misma que ya se ha reiterado. Cuando existe el reglamento, los Tribunales contencioso-administrativos controlan con absoluta naturalidad sus excesos y hasta en alguna ocasión aislada no han vacilado en acordar un texto que sustituya al anulado. Pero aún no se han decidido a controlar la pasividad normativa. Y, sin embargo, la sentencia de condena resulta elemental. Y en ocasiones también parece muy fácil incluir en la sentencia un precepto positivo, que sustituya la omisión reglamentaria, al menos cuando las directrices de la Ley son lo suficientemente precisas y con ello se consigue desbloquear la parálisis de la Ley y hacer efectivos los derechos reconocidos en la misma», pp. 61, *op. cit.*

cer, por respeto al principio de división de poderes, pieza clave en el edificio constitucional, según queda reflejado en la parte orgánica de nuestra Ley Fundamental de 1978 (Títulos II, III, IV y V), en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en todas las Leyes Procesales.»

El planteamiento es sumamente interesante: no se trata sólo de una aplicación de la excepción del acto de Gobierno o político, reflejado sólo en una Ley procesal (art. 2 *b*) LJCA, cuya aplicación se defiende desde el primer considerando de la Sentencia) sino que es la misma Constitución la que, al reflejar el principio de separación de poderes y, por tanto, defender un ámbito reservado para cada poder, impide la sustitución de voluntades, que el poder judicial emita, en el caso concreto, la orden de elaborar un reglamento en aplicación de lo dispuesto en la Ley. La excepción de acto político tiene, pues, base constitucional.

g) *El control judicial de ciertos elementos separables en el acto político*

Las fronteras entre lo administrativo y lo político son bien difíciles de establecer. El acto político era una variedad de la actividad discrecional de la Administración en el sistema contencioso anterior a 1956, y después de esta fecha se independiza por su naturaleza. Pero las proximidades orgánicas y conceptuales permanecen. Por ello, en una sentencia que aprecia la existencia de acto político —y, por tanto, la imposibilidad de control judicial— se razona acerca de si podría haber control judicial de ciertos elementos «separables» del acto político al modo como la jurisprudencia tradicional orienta el control de la discrecionalidad de la Administración, o de lo separable de actuaciones administrativas sometidas al derecho privado, como en los contratos.

En la Sentencia de 30 de julio de 1987 (fijación de la sede provisional de la Junta de Castilla y León), el Tribunal no se contenta con proclamar la naturaleza política del acto de fijación de la sede, sino que investiga las razones, la justificación del procedimiento seguido y la competencia del órgano que decidió. Por ello, en el considerando décimo se indica que:

«Para resumir diremos, que si por un lado hemos declarado el contenido del Decreto de que se trata de contenido político, ajeno al campo de nuestra jurisdicción, por otro, no hemos ahorrado esfuerzos en analizar la justificación del procedimiento seguido, y de la competencia del órgano que lo emitió, sirviéndonos para ello de la técnica de los actos separables, respecto del

contenido y del fondo de la cuestión, para, de este modo, dar respuestas suficientes a las alegaciones y a las expectativas que todo proceso despierta en quienes recurren a él.»

h) *El contenido del acto político: la gestión política*

No hay en ninguna de las sentencias enumeradas una descripción precisa de lo que deba entenderse por contenido del acto político o de Gobierno. Sí está claramente expresada la idea de que la enumeración del artículo 2 b) LJCA está afectada por derogaciones posteriores y, sobre todo, por la promulgación de la Constitución (39), y en otras sentencias se reconocen actos políticos concretos, como la devaluación de la moneda (40). En otras sentencias, como la de 24 de septiembre de 1984, sin acuñarse expresamente la mención de acto político, se califica de no administrativa la disolución de las Cortes Generales. El Tribunal Supremo parece defender en el conjunto de estas sentencias la necesidad de no sentar criterios generales, sino de acudir a un sistema de lista para ir estableciendo qué actos merecerían la cualidad de políticos.

Sólo en una Sentencia se intenta una cierta construcción general partiendo del concepto constitucional de gestión política. Se trata de la Sentencia de 2 de octubre de 1987, donde las decisiones relativas a la cuantía de los presupuestos y a su ejecución se incluyen dentro de esa categoría de gestión política y, por tanto, se convierten en infiscalizables jurisdiccionalmente. Veamos el razonamiento del Tribunal en el fundamento de Derecho tercero:

«La cuantía de los presupuestos de cada Administración, su distribución y la consignación de las cantidades necesarias para que los servicios de sus respectivas competencias estén dotados de los medios personales, financieros y materiales que posibiliten una prestación eficiente, es una actividad netamente política, cuyo control y, en su caso, exigencia de responsabilidad tiene lugar por los cauces políticos antes señalados, excluida, por tanto, del control de los Tribunales, pues lo contrario supondría que cada ciudadano podría postular ante los Tribunales, que los órganos de Gobierno de la Administración del Estado, Comunidad Autónoma, Provincia o Municipio, de acuerdo con sus respecti-

(39) Por ejemplo, en el fundamento de derecho primero de la Sentencia de 25 de junio de 1986 se reconoce la afección por la Constitución en un supuesto relativo al mando y organización militar.

(40) Sentencia de 29 de enero de 1982, en un supuesto de reclamación de responsabilidad como consecuencia de una actuación política del Gobierno.

vas competencias, dotaran de mejores servicios sanitarios, de enseñanza, comunicaciones, etc., a un territorio determinado, alegando su interés en la prestación de ese servicio y sus deficiencias respecto de los prestados en otros ámbitos territoriales de la misma Administración que tiene competencia para la gestión de esos servicios.»

La doctrina del Tribunal es muy clara aunque, quizá, algo radical. Existe ya legislación específica que permite la exigencia de servicios concretos cuando la Administración no los presta o no de forma correcta. Me refiero al artículo 18 g) de la LRBRL que da al vecino legitimación para exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio.

i) *Las relaciones Gobierno-Parlamento, como ámbito específico y singular para la existencia de los actos políticos*

En dos sentencias relativas ambas a la no justiciabilidad de la respuesta a la petición de información al Gobierno de los parlamentarios, aflora la categoría del acto político-parlamentario como justificador de la no existencia de control. Sin ninguna duda —y como tradicionalmente se había afirmado— es el ámbito de las relaciones Gobierno-Parlamento uno de los más apropiados para el surgimiento de actos políticos y, por tanto, infiscalizables jurisdiccionalmente. Veámos cómo razona sobre esta exclusión el tercero de los considerandos de la Sentencia de 15 de noviembre de 1988:

«Los informes o documentos que, para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, pueden recabar los Diputados a la Administración Pública, por conducto de la Presidencia de la Asamblea Regional de Cantabria... y el deber que pesa sobre el Consejo de Gobierno y sus miembros de proporcionar a dicha Asamblea la información o ayuda que precise del mismo o de éstos... se enmarca en el ámbito de las relaciones institucionales de los poderes políticos de esta Comunidad Autónoma. Por ello los actos que se producen en el seno de estas relaciones no son actos administrativos y la eventual infracción de cualquiera de sus elementos reglados no puede someterse al control de los Tribunales sin desplazar a éstos la decisión en una materia cuyo contenido es exclusivamente político, o si se quiere, político parlamentario, por cuanto afecta a las relaciones institucionales entre la Cámara y el Ejecutivo, relaciones que no guardan afinidad

con las que surgen como consecuencia de un acto administrativo... Se trata, más bien, de un acto político, o si se quiere, político parlamentario, pero nunca administrativo y por ello no residenciable ante los Tribunales de este orden jurisdiccional por aplicación «a contrario» del artículo 1 de su Ley reguladora.» (40 bis)

j) *El acto político o de Gobierno está sometido a un control político exclusivamente*

En cuatro sentencias se contiene esta remisión expresa al control político. Se trata de las Sentencias de 6 de noviembre de 1984 (negativa a desarrollar el art. 100 LAU) donde el Tribunal indica que lo apropiado sería el control «por la vía política y parlamentaria, incluso acudiendo a instituciones como la del Defensor del Pueblo», la de 2 de octubre de 1987 (gestión política de las decisiones presupuestarias) donde se habla del control del Gobierno por el Congreso de los Diputados mediante mociones, interpelaciones, preguntas, etc., y las relativas al derecho de información de los parlamentarios (9 de junio de 1987 y 15 de noviembre de 1988). Es esta una conclusión lógica de la jurisprudencia que reconoce el aspecto político de ciertos actos, que lo juzga compatible con el sistema constitucional y que, por tanto, acude directamente a instituciones constitucionales específicas.

k) *La compatibilidad entre el artículo 2 b) LJCA y el sistema constitucional*

Es el último punto que querría resaltar de este breve examen jurisprudencial. En algunas sentencias se habla del carácter político del acto sin referirse al artículo 2 b) LJCA. Pero en la gran mayoría se afirma la vigencia del mismo, bien que afectado por la Constitución en su extensión. Sólo en alguna se calla sobre la permanencia de ese artículo afirmando, por el contrario, que no puede atenderse la naturaleza de acto político pues, tras la Constitución, «ya no hay área alguna de escape al control de un juez» (Sentencia de 6 de julio de 1987). La importancia de tal afirmación debe ponerse en el contexto de un derecho fundamental afectado, pues se trataba de un procedimiento de extradición en marcha.

(40 bis) *Vid.*, sobre la reciente jurisprudencia del TC el contenido de la nota 31.

C) UN COMPLEMENTO NECESARIO AL EXAMEN JURISPRUDENCIAL: EL CONTROL DE LOS ACTOS DE OTROS PODERES PÚBLICOS

Las conclusiones anteriores sobre la existencia de actos de naturaleza política en diversas Administraciones deben complementarse con las extraídas de otra jurisprudencia que enjuicia actos provenientes de poderes públicos distintos de los administrativos, singularmente de los Parlamentarios. A esta tarea me he dedicado en otro lugar (41) examinando diversa jurisprudencia (42), y ahora sólo me queda referirme a las conclusiones allí sentadas: en las relaciones Gobierno-Parlamento hay un ámbito político que da lugar a la existencia de actos políticos provenientes de ambos poderes públicos. Los órganos de Gobierno de las Cámaras producen actos políticos, de naturaleza distinta a los de pura administración, éstos sí sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 58.11 y 74.1.c) LOPJ). Cuando por medio de estos actos se violenta un derecho fundamental, queda abierta la vía de recurso de amparo previsto en el artículo 42 LOTC y, de la misma forma, la jurisdicción constitucional es competente para dictaminar sobre las decisiones de ciertos órganos que puedan afectar a las competencias de otros. El elemento político, de Gobierno, no es exclusivo, pues, de las Administraciones Públicas como criterio eliminador del control judicial, sino que puede encontrarse allí donde existe un órgano con capacidad de determinación política siempre y cuando su actuación no esté sometida al juicio del Tribunal Constitucional por la vía de la decisión sobre las competencias o del recurso de amparo.

V. LOS ACTOS DE GOBIERNO EN LA DOGMÁTICA ALEMANA

La interrogación sobre la consideración de los actos de gobierno en la dogmática alemana no es gratuita ni se apoya en un puro prurito academicista, erudito, gustoso de las citas múltiples. Al contrario, la

(41) Me remito a mi trabajo ya citado «Actos políticos del Gobierno y actos políticos de las Cámaras parlamentarias...».

(42) Singularmente, quiero recordar aquí el Auto del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1987 que, revocando otro de la Audiencia Territorial de Burgos, ordenaba a ésta que conociera del recurso contencioso-administrativo contra la fijación provisional de la sede de las Cortes de Castilla y León en el castillo de Fuensaldaña (Valladolid) hecha por la Mesa de las Cortes. En el trabajo criticaba dicho Auto (contradictorio, por otra parte y como se habrá advertido, con la posterior Sentencia del Supremo de 30 de julio de 1987 referida a la misma cuestión, pero ahora tratándose de fijación de sede del Ejecutivo), postulando la inadmisibilidad en razón del carácter político del acto de la Mesa.

consideración del problema por la dogmática alemana resulta sumamente interesante por las comparaciones que pueden establecerse con nuestro sistema jurídico. Por un lado, se parte de situaciones semejantes: el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn garantiza una protección judicial intensa contra las violaciones de los derechos fundamentales, al modo de nuestros artículos 24 y 53. Los preceptos de una y otra Constitución arrancan, también, de situaciones preconstitucionales totalitarias, en las que los actos de Gobierno y su exención jurisdiccional no tienen cortapisas que puedan provenir de una norma constitucional clara al respecto. Finalmente, las últimas aportaciones de la doctrina alemana destacan un nuevo aspecto del problema —la responsabilidad del Gobierno el ámbito de tareas del Ejecutivo en un sistema de división de poderes— que es, desde mi punto de vista, el camino hábil para solucionar un problema clásico como el de la justiciabilidad de los actos de Gobierno.

A todo esto debo añadir, como consideración adicional, que aun cuando se han producido en nuestro país meritorios estudios sistemáticos e históricos sobre los derechos francés e italiano (43), sin embargo no ha tenido lugar hasta ahora un estudio comprensivo, siguiendo una evolución relativamente pormenorizada, como el que yo pretendo llevar a cabo aquí sobre la consideración de los actos de Gobierno en la dogmática alemana (44).

A) LAS PRIMERAS INTERPRETACIONES: LA LLAMADA AL DERECHO COMPARADO Y LA DIVISIÓN DOCTRINAL

El precepto que, como indico, es el origen de la interrogación sobre la pervivencia de los actos de Gobierno a la luz de la GG es el artículo 19.4, que indica que «toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los Tribunales ordinarios. Ello no afecta a lo previsto en el artículo 10.2.2» (45).

(43) Vid. el trabajo de J. L. CARRO, «La doctrina del acto político», *in totum*.

(44) El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha...*, p. 75 y ss. ha realizado diversas consideraciones y citas doctrinales sobre la dogmática alemana.

(45) El texto en alemán es el siguiente: «Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt». La referencia al artículo 10-2-2 sirve para posibilitar la falta de recurso judicial en las limitaciones al derecho del secreto de las comunicaciones y tales limitaciones y la correspondiente previsión en el 19-4 fueron añadidas en la reforma constitucional de 24 de junio de 1968.

Pues bien, y aunque el tema no era nuevo en la dogmática alemana y tanto TRIEPEL (46) como SMEND (47) o SCHMITT (48) se habían ocupado de él, la promulgación de la GG anima al planteamiento del debate en torno a la vigencia de los actos de Gobierno (*Regierungsakt*) y su justiciabilidad a la luz del precepto examinado y, sobre todo, lo sitúa en un plano nuevo: en el de la vinculación sobre el derecho ordinario y los mismos Jueces de un precepto constitucional... Pronto BETTERMANN se manifestará por la supresión de esta categoría, indicando que a partir de la GG ya no existen actos de soberanía no sometidos a control judicial (49), pero esta opinión no es la única, sino que es contrapesada por voces contrarias importantes también.

En esta posición contraria a la tesis de BETTERMANN se manifestará H. KRUGER (50). Para él, a pesar de este precepto y de la aparente universalización del control que manifiesta, siguen existiendo incompetencias no escritas de los Tribunales que se corresponden con lo que no son controversias jurídicas, sino políticas. Indica, tras diversos ejemplos y recordatorios jurisprudenciales, que debe existir una gran discrecionalidad en la calificación de cuestiones como políticas, pero que, en última instancia, habrá competencia de los Tribunales para controlar lo adecuado de esa calificación hecha por la Administración (51).

Durante los primeros años de la vigencia de la GG se producen algunos estudios de derecho comparado que examinan la cuestión de los actos de Gobierno sin control judicial en otros países para tratar de extraer enseñanzas que aplicar a la propia situación. El examen de los derechos francés o anglosajón suele ser favorecedor de las opiniones contrarias a la plena justiciabilidad de los actos de Gobierno. En este sentido, pueden citarse a los trabajos de SCHNEIDER (52) y

(46) Cf. J. TRIEPEL, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL*, 5, 1929, pp. 2 y ss.

(47) Cf. R. SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, primitivamente aparecido en 1923. Ahora recogido en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Duncker und Humblot, Berlín, 2.ª ed., 1968, pp. 68 y ss.

(48) Cf. C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, reed. Duncker und Humblot, Berlín, 1969 (la primera edición es de 1929), pp. 12 y ss.

(49) «Es gibt keiner justizlosen Hoheitsakte, keine gerichtsfreien Staatsakte mehr», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1950, pp. 336.

(50) Cf. H. KRUGER, «Die Regierungsakt vor den Gerichten», en *DöV*, septiembre de 1950, pp. 536 y ss.

(51) Son las palabras finales de su trabajo: «Selbst wenn daher die Qualifikation den Gerichten im allgemeinen entzogen sein sollte, so würde sich doch eine willkürliche Qualifikation nach den eben dargelegten als Unrecht erweisen, und hieraus erwachst den Gerichten, in jedem Falle die Befugnis, die Sachlichkeit der Qualifikation zu prüfen und gegebenenfalls zu verneinen», cf. «Der Regierungsakt», p. 541.

(52) Cf. H. SCHNEIDER, *Gerichtsfreie Hoheitsakte. Ein rechtsvergleichender Bericht über die Grenzen richterlicher Nachprüfbarkeit von Hoheitsakten*, ed. JCB Mohr, Tübingen, 1951. SCHNEIDER se queja con las siguientes gráficas palabras de la sobrecarga de cuestiones políticas que recae sobre los Tribunales alemanes: «Wenn in Amerika politische Gegensätze auszutragen sind, wird zuerst die Presse mobil gemacht. In England tritt eine Kommission zusammen. Nur in

RUMPF (53), que en algún caso conducen a la enumeración de distintos actos de Gobierno, como en la obra de SCHNEIDER (54). Esta llamada al derecho comparado no era novedosa en Alemania. Ya SMEND la había realizado en su momento, llegando en sus indagaciones, es un dato curioso, a la utilización del Derecho español entonces vigente (55).

B) UNA IMPORTANTE APORTACIÓN DOCTRINAL: LA OBRA DE U. SCHEUNER

Quiero llamar la atención en este punto de la importante aportación de U. SCHEUNER, importante no sólo en cuanto a la teoría de los actos de Gobierno, sino para la misma construcción de un concepto de Gobierno que, por cierto, ha seguido luego repitiéndose por autores posteriores e iluminando nuevas teorías que, en muchos puntos, no son sino repeticiones de la obra de SCHEUNER.

En lo que en este trabajo nos interesa, la obra de SCHEUNER es particularmente resaltable en cuanto que representa un esfuerzo por diferenciarse de los clichés, de las rígidas posturas tradicionales a favor o en contra de la justiciabilidad basadas principalmente en criterios apriorísticos intentando, por el contrario, desentrañar los rasgos del propio sistema constitucional —con independencia de las enseñanzas del derecho comparado que puede estar basado en otros principios— sobre el control judicial de estos actos (56).

Para SCHEUNER, como indico, lo fundamental es el examen de la propia Constitución. En ese sentido dirá que hay que ver en la GG alemana muy distintas decisiones: en primer lugar, el ámbito que la Constitución juridifica. En la GG, al revés de lo que sucedía en las anteriores Constituciones alemanas, el ámbito político está muy estrictamente vinculado, mucho más, en su opinión, que lo que sucede en los derechos francés o británico. En segundo lugar, debe examinarse la concepción sobre la tarea y posición de los Jueces respecto a cuestio-

Deutschland wird sogleich nach Staatsanwalt und Richter gerufen. So kommt es, dass unsere Gerichte immer viel zu tun haben, und zwar sowohl was die Menge wie die politische Hintergründigkeit und Tragweite der Streitigkeiten angeht» (p. 7).

(53) Cf. H. RUMPF, *Regierungsakte im Rechtsstaat. Rechtsvergleichende Beiträge zu einer Untersuchung des Verhältnisses von Politik und Recht*, ed. Ludwig Rohrscheid, Bonn, 1955.

(54) El autor que citamos incluye entre ellos a las decisiones parlamentarias, actos de soberanía en el ámbito diplomático, actos de mando militar o policial, decisiones de establecimiento de directivas de la política, derecho de gracia, entrega de condecoraciones... Cf. *Gerichtsfreie...*, p. 47. En la doctrina posterior véase el mismo intento enumerador en G. KASSIMATIS, *Der Bereich der Regierung*, 1967, pp. 78 y ss.

(55) Se trata del sistema surgido a la luz de la vieja legislación de lo contencioso-administrativo de 1888-1894 que intregaba el acto político en la potestad discrecional de la Administración y que antes he referido. La cita de SMEND en la p. 75 de *Die politische Gewalt...*

(56) Cf. U. SCHEUNER, «Der Bereich der Regierung», en *Festgabe für Rudolf Smend*, Göttingen, 1952, pp. 253 y ss.

nes tales como la división de poderes, la soberanía popular y la esencia y la interpretación del derecho. En ese sentido sucede que en Estados como Francia e Inglaterra, los Jueces no tienen derecho de control de las Leyes. Sin embargo, donde hay verdadera jurisdicción constitucional, como en Alemania, también los actos de dirección del Estado pueden ser objeto de decisión judicial. En tercer lugar, y por último, la opinión sobre el control de los actos de Gobierno está influida por la medida del control judicial sobre la Administración. Desde este punto de vista hay que tener en cuenta la cláusula general existente en el Derecho alemán y, por tanto, el absoluto sistema de control judicial creado (57).

En la importancia de la existencia de la jurisdicción constitucional para el control de los actos de Gobierno está una de las principales aportaciones de SCHEUNER. Muchas de las cuestiones que tradicionalmente eran encuadrables en el ámbito del acto de Gobierno infiscalizable, bajo la GG pueden ser objeto de tratamiento por la jurisdicción constitucional. Por ello, si hay actos que en modo alguno pueden ser objeto de tratamiento por la jurisdicción contencioso-administrativa, no será tanto por razón de su carácter político, sino por la división de poderes reflejada en la Constitución y la consiguiente competencia sobre ellos del Tribunal Constitucional Federal. Pero pueden existir actos de Gobierno que tampoco caigan bajo la jurisdicción de este Tribunal Constitucional: ello, indica SCHEUNER, no será consecuencia de una naturaleza específica de esos actos, sino de los límites de la propia regulación de la jurisdicción constitucional. Ahora bien, y finalmente, que SCHEUNER reconduzca en última instancia el control de lo político a la órbita del Tribunal Constitucional no quiere decir que entregue a éste la completa libertad sobre la determinación de la decisión política. El autor que tratamos postula una reserva del Tribunal Constitucional Federal sobre cuestiones en las que el Gobierno decide en uso de sus facultades políticas. En ellas el Tribunal Constitucional Federal sólo podrá sustituir o anular la decisión gubernamental si se ha producido un claro abuso de la competencia, discrecionalidad partidista o abierta inconstitucionalidad (58).

(57) Cf. SCHEUNER, *Der Bereich...*, pp. 293-294.

(58) Cf. U. SCHEUNER, *Der Bereich...*, pp. 300-301.

C) LA DOCTRINA RECIENTE: EL SOMETIMIENTO AL DERECHO, EL ÁMBITO DE LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN POLÍTICA Y EL CONTROL JUDICIAL LIMITADO

La reflexión sobre el propio sistema constitucional era la principal aportación que, desde mi punto de vista, estaba en la obra de SCHEUNER. La doctrina alemana ha llevado, continuamente, un progresivo proceso de reflexión sobre los propios fundamentos constitucionales y una profundización sobre el principio de control judicial de los actos de los poderes públicos tal y como demanda el artículo 19.4 GG. No es de este lugar la narración de ese camino, singularmente feliz en lo que se refiere al control sobre la actividad discrecional de la Administración, con aportaciones doctrinal y jurisprudencialmente tan destacadas como la de los conceptos jurídicos indeterminados (59), pero sí el señalar el resultado alcanzado en el estadio actual sobre el problema planteado y que se resume en la rúbrica de este punto: sometimiento al Derecho, libertad de configuración política, control judicial limitado.

En cuanto al primer punto, está perfectamente consolidada la idea de que no existen actos de poderes públicos que puedan desarrollarse al margen del Derecho, de vinculaciones jurídicas. La regulación de la competencia del órgano, los principios constitucionales sobre los fines del Estado, sobre los derechos fundamentales, sobre los objetivos económicos... están formando un entramado jurídico vinculante para una decisión que, aun discrecional políticamente, no se desarrolla en este sentido al margen del Derecho (60).

Pero el acto de Gobierno, como la misma actividad de Gobierno, tiene un principio fundamental que lo significa: en su producción, el Gobierno goza de una libertad de configuración política propia, que no puede ser sustituida con legitimidad por otro órgano. La tiene como consecuencia del cumplimiento de sus funciones constitucionales, como consecuencia de la naturaleza de su función. Esto se observa singularmente en las definiciones dogmáticas del Gobierno por oposición a las definiciones de Administración. En efecto: cualquier intento de separar los conceptos de Administración y Gobierno se apoya en la dogmática alemana, precisamente, en este aspecto de la libertad de configuración política (*politische Gestaltungsfreiheit*). Con una u otra ex-

(59) En nuestra doctrina ha llevado a cabo tal narración F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos..., in totum*. Para bibliografía posterior sobre la cuestión puede verse A. EMBID IRUJO, «La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana», en *RAP*, 115, 1988, pp. 403 y ss.

(60) Cf. lo dicho en el texto en K. STERN, *Das Staatsrecht Der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, ed. Beck, München, 1980, pp. 689 y ss. Entre los procesalistas *vid.* el libro de TSCHIRASCHMITT GLAESER, *Verwaltungsprozessrecht*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 1977, pp. 34 y ss.

presión según los distintos autores, pero con un fondo común. Así, por ejemplo, para LEISNER, el Gobierno será una combinación de múltiples discrecionalidades que conduce a un punto unitario (61), mientras que para STERN el Gobierno será un poder no definido, frente a la Administración que es un poder definido (62). En última instancia, con una u otra definición y aunque represente una vuelta atrás en el tiempo que narramos, hay que reconocer que siguen presentes en la dogmática alemana los principios establecidos por SCHEUNER, para el que el Gobierno es aquella parte del Ejecutivo al que corresponde la decisión creadora, la iniciativa política y la completa dirección del Estado (63).

El sometimiento al Derecho hace que, por principio, ningún acto del Gobierno esté excluido del control judicial a reserva de las propias normas constitucionales que excepcionan ese control (64). Pero la libertad de configuración política hace que ese control judicial sea limitado y que, incluso, pueda no existir en ocasiones. La no existencia del control se dará en los supuestos de falta de derecho fundamental afectado (no se aplica, ya, el art. 19.4) (65) y cuando tampoco esté prevista expresamente una competencia del Tribunal Constitucional Federal (66).

La limitación en el control —lo más importante a nuestros efectos— se basaría, según SCHMITT-ASSMANN, en una propia característica del 19.4: este precepto pide un control adecuado a las mismas características del derecho. Si el derecho está configurando al Gobierno un marco de actuación con posibilidad de ejercicio de medidas discrecionales, de juicio, prognosis, etc..., el control judicial necesariamente deberá ser limitado y atender al campo de juego que el ordenamiento ha entregado al Gobierno (67). Esta última determinación doctrinal nos

(61) Resumen en el texto la conocida definición de W. LEISNER: «Regierung ist Koordinierung vielfachen Ermessens nach einheitlichen Gesichtspunkten, in Richtung auf einheitliche Ziele», p. 729 de «Regierung als Macht kombinierte Ermessens», en *Juristenzeitung*, 1968, pp. 727 y ss.

(62) Cf. STERN, *Das Staatsrecht*, vol. II, p. 697. La Administración es un poder definido en cuanto a sus objetivos por la Ley, o por el Gobierno que la dirige.

(63) Cf. U. SCHEUNER, *Der Bereich...*, p. 278.

(64) Cf. E. SCHMITT-ASSMANN, en su comentario al artículo 19-4 en *Grundgesetz Kommentar*, Beck, Munchen, *vid.* lo especificado en el texto en el párrafo 77 y ss. y las referencias a los artículos de la GG que excepcionan ciertas actividades del control judicial (10-2-2, 44-4-1, 139).

(65) En el mismo sentido *vid.* W. SEUFFERT, «Über gerichtsfreie Akte und die Grenzen des Rechts», en *Festschrift für Gebhard Müller*, Tübingen, 1970, especialmente pp. 493 y ss. Este autor se pregunta, específicamente, por la cuestión de la justiciabilidad del derecho de gracia manifestándose a favor de la falta de control judicial sobre la misma (p. 500). Apoya, por tanto, la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 23 de abril de 1969 (BVerfGE 25, 352) que también negó el control judicial.

(66) Estoy citando, de nuevo, a SCHMITT-ASSMANN, *op. cit.*, párrafo 77. Igual STERN, *Staatsrecht II*, p. 691.

(67) Estoy citando otra vez el párrafo 77 de *Grundgesetz. Kommentar*, al artículo 19.

lleva a un planteamiento del que difícilmente nos alejamos de forma completa: competencias del Gobierno, responsabilidad dentro de un sistema de división de poderes.

D) LA RESPONSABILIDAD DEL GOBIERNO. EL ÁMBITO DE TAREAS PROPIO DEL EJECUTIVO

El planteamiento de la cuestión creo que varía sensiblemente cuando se pone el acento en el ámbito de poderes del Gobierno, el productor de los actos respecto de los que pretende establecerse su justiciabilidad o lo contrario. En ese sentido es necesario recordar cómo en Alemania, aun con notables aportaciones anteriores en particular en la obra de H. PETERS (68), se está desarrollando actualmente un profundo debate en torno a la reserva constitucional de poderes para la Administración, la imposibilidad de que sean restringidos por el Legislador y, la consecuencia, la imposibilidad también de que el poder judicial pueda sustituir la decisión establecida por el Gobierno.

En este sentido ha tenido influencia fundamental una decisión del BVerfG, de 8 de agosto de 1978 (BVerfGE 49, 89 y ss.), en la que abandonando expresamente la teoría de la esencialidad que suponía la reserva a la Ley (al Parlamento en su última formulación) de cualesquiera decisiones que se consideraran esenciales para la comunidad (69), el Tribunal alemán afirma la legitimidad de la Administración —deducida directamente de la GG— para adoptar ciertas decisiones en el marco del ordenamiento jurídico.

En otro lugar he descrito el supuesto de hecho de la decisión y a él me remito ahora (70). En este punto me interesa destacar solamente tres de las aportaciones del Tribunal:

— En primer lugar la afirmación del BVerfG de que es una interpretación falsa del principio de la democracia el conceder una amplísima reserva de intervención al Parlamento. Del hecho de que los miembros del Parlamento sean elegidos de forma directa por el pue-

(68) Cf. H. PETERS, *Die Verwaltung als eigenständige Gewalt*, Im Scherpe Verlag, Krefeld, 1965. Una mayor información sobre el significado de su obra y críticas posteriores en la p. 408 de mi trabajo «La relación...».

(69) Al margen de las decisiones concretas del BVerfG que fundamentan la teoría de la esencialidad y que se contienen en mi trabajo «La relación...», pp. 412 y ss. la formulación de la teoría alcanza su punto más alto en T. OPPERMANN, «Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihrn Beteiligten zu ordnen?», en *Gutachten zum 51 Deutschen Juristentag*, ed. Beck, München, 1976, 108 pp., especialmente las pp. 48 y ss. Entre nosotros se ha referido a la situación en la doctrina y jurisprudencia alemana sobre este tema R. GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y potestad reglamentaria*, ed. Ariel, Barcelona, 1988, pp. 67 y ss.

(70) Cf. «La relación...», pp. 413 y ss.

blo, no se sigue que a otros poderes del Estado les falte legitimación para actuar. También el Ejecutivo está concebido por la Constitución como una institución constitucional, y los miembros del Gobierno, incluso, tienen una elección indirecta.

— La decisión básica normativa, en pro o en contra de la utilización jurídica del uso pacífico de la energía atómica en la República Federal Alemana —se está describiendo el caso cuestionado— está reservada a la Ley a causa de sus amplios efectos sobre el ciudadano, singularmente en lo que afecta a su ámbito de libertad, de igualdad, a sus condiciones de vida y por todo lo que a estas premisas está unido.

— Por fin, si la Ley ha encargado al Gobierno que autorice las instalaciones concretas, no puede deducirse de la Ley Fundamental nada en contra de ello. Los Jueces, a su vez, no podrán ponerse en lugar de la autoridad administrativa sustituyendo las valoraciones del Gobierno con las suyas.

La decisión es importante, capital, en un medio ambiente jurídico que estaba siendo iluminado por una supervaloración de la reserva de Ley y, por tanto, por una completa dependencia del Ejecutivo, como señalan los primeros comentaristas de la decisión que saludan su aparición (71). La intervención de BVerfG será, quizá, la señal que se esperaba en la dogmática para comenzar un profundo proceso de reflexión sobre si existe un ámbito de poder reservado a la Administración por la Constitución y, caso de respuesta positiva, su extensión y consecuencias. En ese sentido puede señalarse la reunión de 1984 de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho público donde se trata el tema de la reserva de Administración, *Der Verwaltungsvorbehalt*, con informes de MAURER y SCHNAPP (72). El contenido de los dos interesantes trabajos (73) es, con matices, sustancialmente idéntico y coincide en la dificultad de estructurar ámbitos extensos de reserva para la Administración capaces de resistir las pretensiones de inmisión del Legislativo. No obstante, y en todo caso, la ejecución de las Leyes con todo lo que ello significa y la autoorganización serían ámbitos vedados a la posibilidad de intervención del Legislativo.

Si la defensa de las competencias del Gobierno frente al Legislativo forma un núcleo importante de la actual discusión, permanece también en la doctrina alemana el debate que comienza en los años 50 sobre los límites del control judicial sobre la actuación de la Administración. Los reproches entonces escuchados sobre el «deslizamiento»

(71) Por ejemplo, H. U. ERICHSEN, «Zum Verhältnis von Gesetzgebung und Verwaltung nach dem Grundgesetz», en *Verwaltungsarchiv*, 1979, pp. 249 y ss.

(72) Ver la publicación en *VVDStRL*, 43, 1985, ed. de Gruyter, Berlín. Los resúmenes de los trabajos, como es habitual, en *DöV*, 22, 1984.

(73) Los he estudiado pormenorizadamente en «La relación...», p. 415.

del Estado de Derecho hacia un «Estado de vías judiciales» (74) o al «desenfreno» del poder judicial (75), tienen una continuación en nuestros días. Quizá, sin embargo, la diferencia estribe en la relatividad con que se contemplan las soluciones posibles a ese problema que, en todo caso, irían por una reflexión y acción consiguiente sobre el ámbito de actuación de cada poder en el sistema de división de poderes de la GG. Esto es, quizá, lo más resaltante de la última gran reflexión sobre el tema plasmada en el libro editado por GOTZ, KLEIN y STARCK con el significativo título de *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle* (76) (la Administración pública entre el Legislativo y el control judicial). Las aportaciones dentro del mismo de los profesores Gunter PUTTNER y Ferdinand O. KOPP (77) insisten en la necesidad de resolver el problema en el marco de los poderes atribuidos por la Ley Fundamental. En ese sentido, se resalta la necesidad de que el legislador en su acción legislativa cree claridad y no confusión y exprese sencillamente los ámbitos de poder libre que quiera conferir a la Administración. Todo ello debería ir acompañado de una reserva natural de los Jueces en sustituir al Gobierno allí donde se estuviera ante el ámbito natural político de la acción administrativa. Por supuesto, ello no implicaría una merma de la protección judicial en el caso de la afeción a derechos fundamentales (vid. la pág. 142, por ejemplo).

El principio de división de poderes fundamentaría claramente, entonces, la predicación de un ámbito reservado para el Ejecutivo cuyas valoraciones no podrían ser sustituidas legítimamente por el Poder Judicial. Con esta solución, el control sobre los actos de Gobierno se conduce, en la dogmática alemana, a los principios generales sobre el control judicial de los actos de los poderes públicos, lo que transforma el problema de naturaleza y lo hace más fácilmente reconducible a esquemas generales. La problemática de la solución estriba en que los contornos de dicho ámbito no son en todos los casos fáciles de establecer, no acaban de precisarse de manera general, sino sólo caso por caso, punto por punto, en función del problema planteado, en un debate doctrinal que autorreconoce sus limitaciones, que sigue en marcha y que tiene continuas aportaciones (78). Puede concluirse este pun-

(74) Cf. E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, pp. 213 y ss. En sentido semejante, hablando de que la República Federal se ha convertido en un *Rechtswegstaat*, Estado de recursos, de vías judiciales, cf. JAHREISS, *Mensch und Staat*, 1957, p. 7.

(75) La expresión «desenfreno» (*Entfesselung*) es de p. van HUSEN, «Die Entfesselung der Dritten Gewalt», en *AoR*, 78, 1952, pp. 49 y ss.

(76) El libro se publica en ed. Beck, Munchen, 1985.

(77) Ambas llevan el mismo título, *Handlungsspielräume der Verwaltung und Kontrollrechte gerichtlichen Rechtsschutzes* (ámbito de acción de la Administración e intensidad del control judicial), en las pp. 131 y 146 y ss. respectivamente.

(78) Recientemente y volviendo al tema del ámbito propio, esencial, puede verse a V. BUSSE, «Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung im Spannungsfeld der staatlichen Ge-

to con las palabras de una reciente decisión del Tribunal Constitucional Federal recordadas por un jurista al que hemos utilizado repetidamente en este trabajo, defensor de la sumisión absoluta al Derecho de la actuación de los Poderes públicos y, por tanto, situado en una línea que creo correcta y que en modo alguno puede ser contrapuesta a la necesaria reserva judicial frente al ámbito de lo político:

«Las valoraciones políticas de esta clase corresponden al Gobierno Federal. La Ley Fundamental sólo pone para este poder de juicio los límites de la ostensible arbitrariedad. El Tribunal Constitucional Federal no tiene que controlar dentro de estos límites, si las valoraciones de esta clase son acertadas o no, puesto que para ello carece de medida jurídica; de esas valoraciones sólo se responde políticamente» (79).

VI. CONCLUSIONES: LA JUSTICIABILIDAD DE LOS ACTOS DE GOBIERNO Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PUBLICOS

El estudio pormenorizado llevado a cabo sobre nuestros fundamentos constitucionales, la jurisprudencia posconstitucional que ha tratado estas cuestiones y la evolución en la dogmática alemana, creo que permiten que la última parte del estudio pueda limitarse a la formulación de unas conclusiones lógicamente desprendidas de todo lo anterior. Unas conclusiones que, en líneas generales, van a poder responder positivamente a las cuestiones planteadas en el título del trabajo: justiciabilidad de los actos de Gobierno, desplazamiento de la razón que justifique las posibles inadmisibilidades en el control judicial hacia el ámbito de competencias constitucionalmente garantizado a los Poderes Públicos, dentro de un sistema que reconoce como principio básico el de división de poderes. Vayamos recorriendo sucesivamente el camino anunciado mediante la formulación sucesiva de conclusiones parciales.

walten», en *DöV*, 2, 1989, pp. 45 y ss. La preocupación del autor, en este caso, se manifiesta por la defensa de la propia responsabilidad del Ejecutivo frente a las facultades indagatorias de las comisiones parlamentarias de investigación.

(79) Prefiero transcribir en alemán el trozo traducido en el texto: «Einschätzungen und politische Wertungen dieser Art obliegen der Bundesregierung. Das Grundgesetz zieht dieser Beurteilungsmacht nur die Grenze offensichtlicher Willkur. Das Bundesverfassungsgericht hat innerhalb dieser äussersten Grenze nicht nachzuprüfen, ob Einschätzungen und Wertungen dieser Art zutreffend oder unzutreffend sind, da es insoweit, rechtlicher Masstabe ermangelt; sie sind politisch zu verantworten». Cf. SCHMIDT-ASSMANN, *Grundgesetz*, parágrafo 81 del comentario al artículo 19.

1.^a En el Estado de Derecho creado por la Constitución no hay lugar a la existencia de actividades que se desarrollen al margen del Derecho. Todos los Poderes Públicos están sometidos a la Constitución y al ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) en todas sus actuaciones.

2.^a El sometimiento al ordenamiento jurídico no implica necesariamente un control jurisdiccional de toda la actuación de los Poderes Públicos.

3.^a Siempre habrá control judicial cuando la actuación del Poder Público violente un derecho fundamental (arts. 24 y 53.1 CE).

4.^a Las relaciones entre los órganos constitucionales, o la defensa de las competencias en las relaciones establecidas entre Estado y Comunidades Autónomas y entre éstas, están sometidas al control del Tribunal Constitucional. En países, como el nuestro, con jurisdicción constitucional, desaparece una posible fuente de exención de control jurisdiccional en las relaciones entre ciertos órganos. Lo que ocurre es que no es la jurisdicción ordinaria la competente para conocer de estas relaciones, sino la Jurisdicción constitucional.

5.^a El verdadero problema del control judicial se plantea en las actuaciones que no violentan derechos fundamentales, que tampoco se refieren a las relaciones entre órganos sometidas al control del Tribunal Constitucional y donde aparece un elemento político inequívoco en el acto considerado que hace dudar de su consideración como acto administrativo.

6.^a Las dudas sobre el control judicial de estos actos no se plantean sólo en relación al Gobierno de la Nación, sino también en relación a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, los órganos parlamentarios, otros órganos constitucionales —Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, por ejemplo— y hasta sería pensable, aunque con más limitaciones, en ciertas actuaciones de los Gobiernos locales (80).

7.^a La mayor problematicidad jurídica —cuantitativa y cualitativamente considerada— se plantea sólo, no obstante, respecto de los actos políticos del Gobierno o de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, pero la predicación constitucional de la autonomía para los Entes locales y la consiguiente construcción de un ámbito de «Gobierno local» (81) hace posible que también los Entes locales puedan

(80) No hay, como se habrá advertido en el trabajo, hasta ahora jurisprudencia que aprecie positivamente la existencia de acto político en las actuaciones de las entidades locales, pero *vid.* la nota 82, donde se proporciona un ejemplo hipotético de acto político de una entidad local.

(81) A la existencia de un sistema de «régimen local», de «Gobierno local» y no de mera «Administración local» me referí ya en A. EMBID IRUJO, «Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal», en REDA, 30, 1981, p. 465. Sobre la misma cuestión *vid.* en general L. PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, 1981. El mismo hecho de la evidente existencia de una función de Gobierno cumplida por las autoridades locales, le da pie a este autor

producir actos políticos y, por tanto, insusceptibles de control jurisdiccional. Es obvio, sin embargo, que las posibilidades de producción de actos políticos por los Entes locales son muy escasas en cuanto los órganos locales —Alcalde, Presidente, Diputación, Ayuntamiento Pleno, Comisiones de Gobierno, etc.— están imbuidos, fundamentalmente, de facultades administrativas.

8.^a No pueden alcanzarse soluciones válidas con criterios generales apriorísticos positivos o negativos en relación al control de estos actos. Debe partirse de un principio: el examen de la naturaleza del acto enjuiciado despreciándose, por tanto, cualquier consideración en torno al móvil con que habrá sido producido.

9.^a Desde ese punto de vista, pocas dudas caben de que existen actos producidos por los Poderes Públicos que en modo alguno pueden calificarse como administrativos, sometidos al Derecho Administrativo y, por tanto, enjuiciables por la jurisdicción contencioso-administrativa.

10.^a Para estos actos puede ser adecuada la calificación como de actos políticos o de Gobierno.

11.^a Resulta muy difícil formular a priori una lista de estos actos políticos o de Gobierno. En tal sentido, no es feliz un precepto como el artículo 2 b) de la LJCA que intenta una enumeración ejemplificativa de los mismos aun cuando no por ello resulte inconstitucional en su mención a un límite a la actuación de la jurisdicción contencioso-administrativa.

12.^a Es, por el contrario, un camino más seguro el de la deducción de actos políticos a partir de los expresamente regulados por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o respecto a los que la jurisprudencia va afirmando, caso por caso, su carácter político. Así, es posible encuadrar en esta categoría la mayor parte de las cuestiones que surgen en las relaciones Gobierno-Parlamento en cuanto no afecten a un derecho fundamental, la disolución de las Cortes, la devaluación de la peseta y la fijación de la sede de las instituciones parlamentarias, de los órganos constitucionales o de Gobierno y Administración.

13.^a Un problema particular es planteado por la decisión sobre el desarrollo reglamentario de las Leyes que parece configurarse como política por la jurisprudencia, aun cuando la misma Ley fije con cierta precisión el contenido de la disposición reglamentaria y el plazo en el que debe de emitirse, como sucede en el ejemplo jurisprudencial que se ha manejado en este trabajo. Sin embargo, y en relación a esta cues-

a la crítica de la supresión del fuero especial a la hora del procesamiento de autoridades locales, cf. su «Estudio preliminar» a *La Administración y los Jueces*, de J. R. PARADA, *op. cit.*, en nota 87, p. 81. Más recientemente sobre la dimensión política de los entes locales, *vid.*, M. SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, ed. Civitas, Madrid, 1990, págs. 174 y ss.

ción, establecer con absoluta rotundidad una conclusión puede ser aventurado. El principio de sujeción de los ciudadanos y de los Poderes Públicos al ordenamiento jurídico (art. 9 CE) podría ser la base para obligar —y controlar jurisdiccionalmente— a dictar un reglamento sin el cual no fuera aplicable una Ley de mandato cierto e incondicionado. Por el contrario, Leyes cuya aplicabilidad temporal no pudiera deducirse de forma concreta y expresa, dejarían al Gobierno un ámbito de juego, a la hora de elaborar y aprobar el Reglamento, que sería insusceptible de ser controlada jurisdiccionalmente (82). Puede establecerse, así, que no puede obligarse al Ejecutivo por medio de una sentencia judicial, por principio y como regla general, a desarrollar reglamentariamente una Ley. Ello puede llevarnos, también, a afirmar como pertenecientes al ámbito del poder político reservado al Gobierno las facultades de elevación de las sanciones administrativas que con autorizaciones bajo la fórmula «podrá» fijan el marco de esa elevación conforme al índice de precios al consumo. Conclusión coherente con cuanto se dice en este punto sería la de configurar como política, igualmente, la decisión de dictar un texto articulado o refundido en el marco de la autorización conferida por las Cortes Generales o los Parlamentos territoriales. La inactividad del Gobierno, en este punto, sólo podría ser objeto de censura política y de asunción plena de la potestad legislativa por el Parlamento una vez transcurrido el plazo de la delegación.

14.^a Fundamentalmente, el reconocimiento de que se está ante un acto político lleva consigo la imposibilidad de que el Poder Judicial anule o sustituya una medida del Poder Político porque le falta competencia para inmiscuirse en el ámbito de actuación de otro poder. El acto político y su defensa están, pues, íntimamente relacionados con el principio de división de poderes.

15.^a La razón que explica que una actuación de un Poder Público no pueda ser controlada por los Tribunales más que en sus aspec-

(82) Lo que se dice en el texto respecto al Gobierno —y, por tanto, respecto a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas— podría aplicarse en cierto sentido también a los Ayuntamientos y a su potestad reglamentaria. En ciertos casos, la decisión sobre elaborar y aprobar una Ordenanza reglamentadora de una Ley podría considerarse como política e insusceptible de ser controlada jurisdiccionalmente. Piénsese, por ejemplo, en la decisión sobre la imposición de los impuestos no obligatorios (art. 60.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas locales). La ordenanza que regulara, así, el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras no podría ser objeto de control judicial por el hecho de su existencia sino, en todo caso, por alguno de sus contenidos concretos. De la misma forma no podría recurrirse la negativa de un Pleno a establecer y regular un impuesto no obligatorio. Al contrario, nunca sería política, sino controlable jurisdiccionalmente la misma decisión de reglamentación de un servicio municipal obligatorio, dado el derecho subjetivo que el artículo 18.1 g) LBRL concede al vecino. Sobre la potestad reglamentaria municipal y su conexión con el principio constitucional de autonomía local —que también debería tenerse en cuenta a estos efectos— me remito a A. EMBID IRUJO, *Ordenanzas y Reglamentos Municipales*, en las pp. 389 y ss. del vol. I del *Tratado de Derecho Municipal* (dirigido por S. MUÑOZ MACHADO), ed. Civitas, Madrid, 1988.

tos externos —competencia, procedimiento— es la falta de habilitación del Poder Judicial para entrar en el terreno reservado por norma hábil —Constitución, Estatuto de Autonomía— a un Poder Público. Las competencias de control del Poder Judicial no son ilimitadas, por tanto, sino que terminan allí donde comienza el ámbito libre de actuación de un Poder Público, siempre y cuando éste sea conferido legítimamente (83).

16.ª La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha aceptado la necesidad de las limitaciones en el control del Gobierno y se lo ha aplicado a sí misma. En una Sentencia capital, la 111/1983, de 2 de diciembre, sobre el control de los Decretos-Leyes emitidos por el Gobierno se ha dicho que:

«El Gobierno, ciertamente, ostenta el poder de actuación en el espacio que es inherente a la acción política; se trata de actuaciones jurídicamente discrecionales, dentro de los límites constitucionales, mediante unos conceptos que si bien no son inmunes al control jurisdiccional, rechazan por la propia función que compete al Tribunal— toda injerencia en la decisión política, que correspondiendo a la elección y responsabilidad del Gobierno, tiene el control, también desde la dimensión política, además de los otros contenidos plenos del control, del Congreso. En aquella misma sentencia (se está hablando de una de 31 de mayo de 1982) marcábamos las líneas del ámbito del control jurisdiccional cuando decíamos que «el Tribunal Constitucional podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso de extraordinaria y urgente necesidad, de tal naturaleza que no pueda ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia. Es claro que el ejercicio de esta potestad de control implica que dicha definición sea explícita y razonada y que exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que en el Decreto Ley se adoptan» (fundamento tercero). El Tribunal no podría, sin traspasar las fronteras de su función, y a la vez de su responsabilidad, inmiscuirse en la decisión de Gobierno, pues si así se hiciera quedarían alterados los supuestos del orden constitucional democrático.

17.ª Si existe ese freno al control del Tribunal Constitucional es porque, repetimos, se acepta la existencia de ámbitos reservados don-

(83) Es obvio, por otra parte, que también el Poder Judicial puede tener su ámbito reservado de funciones que no puede ser afectado por el Ejecutivo. Me parecen, por ello, muy atinadas y correctas las reflexiones que se contienen en el magnífico trabajo de S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, ed. *La Ley*, Madrid, 1989.

de no puede haber inmisión de otros poderes. La Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre, también lo afirma claramente para resaltar el freno que el Legislativo debe tener en su poder expansivo:

«A pesar de ello, no puede desconocerse que la Constitución encomienda la potestad legislativa del Estado a las Cortes Generales —art. 66.2— y la ejecución al Gobierno —art. 97— y, por tanto, esta separación debe ser normalmente respetada a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de dichos poderes en la función propia del otro».

18.^a Si a las actuaciones políticas les falta el control judicial, no por eso están exentas de cualquier control pero el que les es aplicable es el control político, que también está previsto constitucionalmente. En tal sentido, se dice que el Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados (art. 108 CE) y que éste puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura (art. 113.1). Iguales instrumentos de control político se dan para los responsables de las Comunidades Autónomas (84) y de los Entes locales (85) y también semejantes principios de control político existen —o pueden existir— para quienes estén colocados al frente de las instituciones parlamentarias (86). Los responsables de otros órganos constitucionales tampoco serían inmunes a un control presente en los actos de elección o cese o en las mismas afectaciones presupuestarias llevadas a cabo por el Legislativo para el cumplimiento de sus funciones (87).

19.^a En el ámbito de tareas reservado, los Poderes Públicos obran bajo su propia responsabilidad. Esa responsabilidad puede ser cuestionada en el plano político como hemos visto en el punto anterior, lo que significa que puede sufrirse una desautorización sobre el modo de ejercicio de la gestión política. Pero esa responsabilidad no puede ser

(84) Para las referencias normativas concretas y su tratamiento bibliográfico, me remito a A. EMBID IRUJO, *Los Parlamentos territoriales*, *op. cit.*, pp. 52 y ss. La responsabilidad política es congruente con los principios de sistema de Gobierno parlamentario de que se han dotado las Comunidades Autónomas españolas (*op. cit.*, pp. 48 y ss.).

(85) *Vid.* los artículos 197 y 207.3 de la LO 5/1985 de 19 de junio reguladora del Régimen Electoral General (modificada por LO 1/1987, de 2 de abril) que se refieren a las mociones de censura que pueden presentarse a los Alcaldes y Presidentes de Diputación.

(86) Aunque no siempre los Reglamentos parlamentarios contengan la responsabilidad política para quienes dirijan desde las Mesas los distintos Parlamentos. Sobre la situación y la posibilidad inequívoca de exigir esa responsabilidad, *vid.* A. EMBID IRUJO, *Los Parlamentos territoriales*, *op. cit.*, p. 232.

(87) Me parecen de suma utilidad las reflexiones que en torno a la responsabilidad política de los miembros del Consejo General del Poder Judicial lleva a cabo L. PAREJO ALFONSO en su *Estudio preliminar* al libro de J. R. PARADA VÁZQUEZ, *La Administración y los Jueces*, edición conjunta de Editorial Jurídica Venezolana y Marcial Pons, Caracas, 1988, pp. 19 y ss.

sustituida o asumida por otro poder del Estado porque está atribuida, con la competencia, al Gobierno. La responsabilidad unida ineludiblemente a la gestión política es, en el sentido utilizado, un concepto constitucional: se usa por el artículo 115, por ejemplo, para indicar que sólo el Presidente del Gobierno, sin compartir su decisión con otro poder del Estado y sin que otro poder pueda anular o sustituir su decisión, puede proceder a la disolución de las Cortes.

20.^a Cuando los Jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa se enfrenten a un acto proveniente de un órgano con capacidad de gestión política y ese acto haya sido emitido en uso de dicha capacidad (88), deberán declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo y, por tanto, abstenerse del enjuiciamiento de fondo. No pueden hacer otra cosa porque la competencia de la gestión política es del órgano controvertido, normalmente el Gobierno, que la ejerce bajo su responsabilidad, estando sometido sólo al control político. En todo caso podrán controlarse aspectos formales (competencia, procedimiento) sin perjuicio de la exigencia de responsabilidad administrativa por los daños producidos como consecuencia de la actuación que se juzga política y dejando al margen, por supuesto, que un derecho fundamental sea afectado por esa decisión.

(88) La consulta al *BOE* me ha ofrecido un curioso —y controvertido— ejemplo de esta actuación. El Gobierno, en el mismo preámbulo del RD que luego citaré, aduce a su función política para su emisión con las siguientes palabras: «La función de defensa nacional es contenido esencial de la función política del Gobierno y así lo expresa la Constitución cuando en su artículo 149.1.4, atribuye al Estado la competencia exclusiva de su defensa y en su artículo 97 asigna al Gobierno la dirección de esta función. Compete así constitucionalmente al Gobierno dirigir la política de defensa y la política militar y adoptar, en su consecuencia, las decisiones necesarias para su mejor eficacia». Las líneas transcritas corresponden a parte del preámbulo del RD 811/1988, de 20 de julio, por el que se declara zona de interés para la defensa nacional el espacio comprendido entre las coordenadas geográficas 4° 49,3'0 /39° 26,7' N; 4° 53,1' 0/39° 24,2' N; 4° 57,2' 0/39° 27,4' N; 4° 53,4' 0/39° 30,3' N (*BOE* de 27 de julio de 1988). Digámoslo más sencillamente, se trata de la delimitación del polígono de tiro en Anchuras contra la que, según la prensa, se han interpuesto recursos contencioso-administrativos. Al margen de los posibles derechos fundamentales afectados —cuestión que ignoro, pero que dudo— o de cuestiones de procedimiento o competencia, la resolución de este recurso será un test para cuanto en este trabajo se ha defendido.