

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

AÑO VIII

JULIO-AGOSTO 1949

NUM. 46

Actos de Gobierno ^(*)

La Ciencia del Derecho público en sentido estricto, sobre ser, en comparación con la Ciencia del Derecho privado, cuya elaboración viene siendo hecha desde Roma, una Ciencia muy joven, ha perdido mucho con su inestabilidad metodológica característica. De la Ciencia del Derecho público casi podemos decir que es una Ciencia en busca de un método...; y lo que este hecho importa desde el punto de vista de los resultados no precisa ser aclarado ahora. La teoría general del Estado, el Derecho constitucional, el Derecho internacional y el Derecho administrativo están aun hoy a la espera de una definitiva (en la medida en que en este campo se puede hablar de algo definitivo), de una definitiva aptitud metodológica, que será la primera condición para que se entiendan entre sí los juspublicistas y no sean despreciadas como supuestamente erróneas las contribuciones de cada cual.

Otra circunstancia que contribuye sensiblemente a la precariedad de los resultados y conclusiones de la Ciencia del Derecho público reside en el hecho de ser edificada sobre datos políticos y jurídicos progresivamente mudables, justamente al revés de lo que ha sucedido con la Ciencia del Derecho privado, que ha tenido la suerte de ser construída sobre instituciones seculares y aun multiseculares, sólo muy poco y lentamente alteradas y, de todos modos, casi políticamente neutrales.

Pues bien, la *Methodenstreit* y la inestabilidad institucional

(*) Conferencia pronunciada en el Aula Magna del Instituto de Estudios de Administración Local el 27 de abril de 1949.

han sido probablemente las dos causas principales del hecho de que la *teoría de los actos de Gobierno* no haya cristalizado aun hoy en una comunidad de criterios suficientemente amplios para poder decirse que estamos ante un resultado científicamente adquirido.

No sería difícil demostrar aquí, en verdad, que las divergencias metodológicas se reflejan en la problemática de los *actos políticos*. Pero sobre todo nos interesa llamar la atención en orden a la rigurosa dependencia en que la teoría respectiva se muestra para con la realidad institucional concreta. De tal manera, que bien puede decirse que la teoría de los actos de Gobierno, de la función o del poder gubernamental, es la teoría de esos actos, de esa función o de ese poder en los varios tipos o especies de Estados dentro de la Historia temporalmente circunscrita al llamado Estado de Derecho moderno. De otra forma, la problemática de la función gubernamental evolucionó recorriendo una serie delimitada de posibilidades inherentes a la propia doctrina de la separación de poderes y del Estado de Derecho, adquiriendo todas ellas, una tras otra, un mínimo de concreción histórica. No es posible alinear unas junto a otras las doctrinas sobre la función gubernamental y discutir su exactitud, alejándonos de los factores políticos que sucesivamente las explicaron. Los conceptos jurídicos —acostumbra a decirse—, son política e históricamente condicionados, y de ninguno se dirá eso con mayor exactitud que del concepto de acto político. Importa relacionar en la mayor medida posible, los conceptos generales por los que en cada momento histórico se identifica nuestra institución con la concreta situación política y constitucional a que fundamentalmente corresponde y que indudablemente la condiciona.

Para esclarecer nuestra exposición, recordemos ante todo que, tanto en el plano de la teoría general del Estado, como en el del Derecho constitucional y administrativo, la *necesidad* del concepto de actividad política o gubernamental surgió para explicar el hecho de que una cierta parcela de la actuación del *Ejecutivo* se presentaba como absolutamente insusceptible de apreciación contenciosa, por ser estrictamente indeseable que los

Tribunales pudiesen eventualmente suspender su ejecución, anular, por último, esos actos, o hacer responsable al Erario, por sus consecuencias dañosas. Permitirles esa suspensión o anulación sería lo mismo que transferirles la responsabilidad de la eventual frustración de efectos jurídicos y sociales particularmente importantes; sería lo mismo que hacer de los Tribunales órganos políticos, y aun órganos políticos superiores al propio Ejecutivo. Hacer responsable al Erario público por los daños derivados de esos actos equivaldría, por último, a consentir una fiscalización de su legalidad, a fin de determinar la *injuria*, y eventualmente calificar de ilegal lo que se basó en necesidades superiores a las del mantenimiento de la propia legalidad estricta.

Sólo por relación y dentro de la actividad de un órgano normalmente sujeto a fiscalización contenciosa, es donde se plantea inicialmente el problema de distinguir dos modalidades o especies diferentes de actuación. Pero en la medida en que la actividad legislativa, a su vez, se encuentre también sustraída al «control» jurisdiccional, por entenderse que tal «control» podría ser obstáculo a la eficiencia del órgano legislativo y suponer alteración sustancial en el sistema de fuerzas que caracteriza una organización constitucional dada, en esa medida, decíamos, nada obsta a que se amplíe el concepto de actividad gubernamental a ese nuevo campo, y se hable, por lo tanto, más adecuadamente, de *actividad política* o de *función política* del Estado.

Como quiera que sea, de lo que no debemos olvidarnos es de que en la polémica sobre la función política estuvo siempre envuelta la estimativa de las fuerzas respectivas del Ejecutivo y de la Justicia, fuerzas que precisamente variarán en consecuencia de la intervención de factores político-constitucionales. Fundamentalmente, toda la cuestión de la actividad de Gobierno se cifra en determinar, en cada momento, la fuerza política del Ejecutivo (o también del Legislativo), en relación con los Tribunales, o viceversa. Toda la cuestión está, en cada momento, en saber cuál de los dos poderes —Ejecutivo y Legislativo de un lado, Tribunales de otro— detenta la supremacía política so-

bre el otro o en qué medida eventualmente la detenta y es, en el fondo, conductor o árbitro incontrolado de la vida política estatal. Será justamente con respecto a la mayor o menor parte de la actividad del Ejecutivo que deba sustraerse al control de la Justicia y en la medida en que se ha atribuido a él o a otro órgano constitucional y no a los Tribunales, la última decisión, como se podrá hablar de una actividad política o de Gobierno.

Ahora bien; a la Justicia fué negada ya genéricamente competencia para controlar toda la actividad del Ejecutivo. Toda ésta puede, por tanto, ser considerada simultánea o coherentemente administrativa y gubernamental.

Por el contrario, el liberalismo judicialista ha procurado en este y en los demás países llevar las cosas hasta el punto de conferir a la Justicia el poder de comanditar toda la actividad del Ejecutivo. En este sistema, toda la actividad del Ejecutivo habría de ser considerada estrictamente administrativa. No ejercería ninguna función política, en el sentido técnico que reservamos para esta palabra. El Ejecutivo perdería su milenaria cualidad de órgano político y se cerraría ya el ciclo temporal en que fué uno de los órganos constitucionales, uno de los Poderes soberanos.

Entre los dos sistemas se sitúa aquel que traduce el tipo normal de relaciones entre el Ejecutivo y la Justicia, de acuerdo con el cual cabe a esta última la competencia para garantizar la legitimidad de actuación del Ejecutivo, prescribiéndose, no obstante, que en ciertas materias la decisión sobre el valor no ya sólo político, sino también jurídico de su actividad, no pueda corresponder a la Jurisdicción, sino al mismo Ejecutivo o a un órgano político diferente, el Legislativo. Sólo esa parcela de la actividad del Ejecutivo puede ser específicamente considerada política o gubernamental. Cualquier evolución en el sentido judicialista supondrá siempre, dentro de este sistema, una restricción de la Política en favor de la Administración. El *Jurisdiktionsstaat*, es, a la letra, un Estado sin Política.

Dos dificultades capitales se opusieron históricamente a la teoría de la actividad política, aun después de haberse instituí-

do un «control» jurisdiccional de la actividad jurídica del Ejecutivo. El primer obstáculo consistió en la institución de la *Justice* meramente *retenué*; imperfecto sucedáneo de los Tribunales ordinarios en el control de la Administración. Detentando fundamentalmente la jurisdicción, el Ejecutivo no tuvo que defenderse contra sí mismo, evitando el «control» de una parcela mayor o menor de sus propios actos. Fué sólo a medida que el Ejecutivo dejó de ser *de facto* aquello que era formalmente, esto es, fué solo en la medida en que la jurisdicción, aunque continuase siendo formalmente detentada por el Ejecutivo, pasó realmente a los Tribunales, cuando se hizo necesario crear un expediente para preservar la independencia política del Ejecutivo frente a la Justicia. Las dificultades políticas que el Ejecutivo no dejaría de encontrar si recusase la homologación de sus propias decisiones con las de la Justicia administrativa, aunque éstas tuvieran carácter consultivo, hicieron de esta Jurisdicción, antes de que la legislación formal lo dispusiese, una Justicia delegada, no debiendo por eso causar extrañeza el hecho de que la teoría de los actos de Gobierno no hubiese tenido rigurosamente que esperar la consagración formal de la independencia de los Tribunales administrativos. Tal hecho podría documentarse fácilmente con la evolución de la Jurisprudencia y de la doctrina en Francia y en Portugal. Debe ser notado, entre paréntesis, que el Ejecutivo no abandonó su supremacía política, su independencia de la Justicia, sino después de una larga «batalla de retardamiento», que le permitió conservar durante mucho tiempo una libertad política considerable. Transferida de hecho la Jurisdicción a los Tribunales administrativos, conservó el Ejecutivo, mientras tanto, la competencia de calificación de sus actos políticos, lo que le permitía llevar la Política a todos los campos de la Administración. El sistema de la competencia jurisdiccional de calificación de la política solo aparece más tarde con la Justicia delegada, y obedeciendo a exigencias liberales.

El segundo gran obstáculo a la aparición de la teoría de los actos políticos residió durante mucho tiempo en la teoría de la

discrecionalidad administrativa. Tal teoría hizo de los actos de Gobierno durante muchas décadas una teoría supérflua. La explicación del hecho está en que el concepto de poder discrecional estuvo ligado esencialmente al concepto de Derecho subjetivo, considerándose la Administración libre o discrecional siempre y en la medida en que no fuera susceptible de lesionar los derechos subjetivos perfectos de los individuos. Quien no pudiese lamentar la lesión de un derecho subjetivo no podría obtener la anulación de ninguna medida, aunque ilegal, ni la reparación de ningún daño, porque justamente en esa misma medida la Administración era libre o discrecional, y contra los actos discrecionales no hay recurso o acción de indemnización. Como los actos que el Ejecutivo desearía ver sustraídos al «control» contencioso en razón de producirse grave inconveniente por la eventual suspensión o anulación, no eran susceptibles de lesionar derechos subjetivos, es claro que su exención de lo contencioso se explicaría perfectamente por su naturaleza discrecional. Ni la Jurisprudencia ni la doctrina tuvieron, mientras duró esta situación, que pensar para nada en una teoría de los actos de Gobierno. Como ésta es aún sensiblemente y *grosso modo* la situación allende el Rhin, se explica que la doctrina alemana y austríaca, en el plano de lo contencioso de anulación, niegue preferentemente la necesidad de una teoría propia de los actos políticos. «La relación de los actos de Gobierno, escribe Laun, debe ser considerada como una serie de actos del Poder discrecional». «Los actos de Gobierno, agrega, no son incontrolables por constituir una categoría particular sino porque dependen del Poder discrecional en sentido estricto...». De esta manera, bien vistas las cosas, y para decirlo paradójicamente con Hauriou, «la catégorie des actes de Gouvernement aurait le pire des défauts, celui d'être inutile».

Mientras tanto, el rigor de la comprensión del requisito de «violación de un derecho subjetivo» vino, obedeciendo al progresivo triunfo del liberalismo judicialista, a relajarse cada vez más, hasta llegar, por último, a la consagración de la legitimidad del recurso con base en la simple lesión de un interés personal, directo, actual y legítimo. Esta circunstancia, unida a la

admisión del recurso por desviación de poder, determinó una modificación radical en el entendimiento y en el significado de la discrecionalidad administrativa. Es lo que los autores señalan como *fin de la teoría de los «actos discrecionales»*, o fin de la Administración graciosa o pura. En vez de esa teoría, surge razonablemente la teoría del *Poder discrecional* o de la discrecionalidad, la cual ya no faculta a la Jurisprudencia y a la doctrina para prescindir de la teoría de los actos de Gobierno. Una buena parte de los actos políticos sería impugnabile contenciosamente sin tener apenas base en la moderna teoría de la discrecionalidad, puesto que la actividad política *stricto sensu* está jurídicamente regulada por normas constitucionales u ordinarias; es actividad *vinculada*.

Y, de hecho, hoy en día, hay lugar para dos teorías diferentes, no teniendo nada que ver la Política con el Poder discrecional de la Administración. Sus fundamentos, objeto y régimen, son diversos e inconfundibles.

Cuando, sin embargo, parecía que toda la tarea de la doctrina debería ser la de delimitar, caracterizar y definir la actividad política del Ejecutivo, he aquí que un cierto sector de ella, movido no se sabe bien por qué antipatía, concibe el propósito de inutilizarla como construcción doctrinal pretendiendo que o *fin de «non recevoir»*, la desvinculación jurisdiccional absoluta opuesta por los Tribunales a las peticiones de anulación e indemnización por los llamados «actos de Gobierno», se explicaría perfectamente por los principios comunes sobre legitimidad de las partes, de competencia de los Tribunales, de fuerza mayor, de estado de necesidad y, en otro caso, de propia discrecionalidad. «La verité —concluye en esta orientación Berthélémy— c'est qu'il n'y a pas d'actes de gouvernement».

Resumiendo las críticas circunstanciadas que podríamos hacer a este punto de vista, notaremos que, ni aún recurriendo simultáneamente a estos varios expedientes, esta corriente doctrinal podrá explicar toda la jurisprudencia en materia de actos de Gobierno, viéndose, por esto, en ciertas hipótesis, obligada a combatirla por... inexplicable frente a los conceptos corrien-

tes, lo que, evidentemente equivale a combatir el propio Derecho positivo, cuando, por el contrario, su misión debería ser interpretarlo y dogmatizar las respectivas soluciones. De todos modos, ninguna clase de expedientes serviría para garantizar al Ejecutivo de que, bajo ningún pretexto, se suspenderían o anularían sus actos políticos.

Donde, por tanto, creo —y lamento no poderlo aquí demostrar— que la teoría de los actos de Gobierno es perfectamente dispensable, es en el campo de la responsabilidad. La inmunidad del Erario, en los casos cubiertos por la teoría de los actos de Gobierno, tiene otras explicaciones. Y cuando no existan, creo que el intérprete deberá ser conducido a admitir la responsabilidad del Estado.

Habrían de ser estas tentativas viables en el campo de lo contencioso de anulación, y aún así tendríamos que repudiarlas, puesto que necesitamos precavernos contra la sugestión ejercida por la viabilidad de síntesis ordenadoras capaces de reunir, aproximándolas, soluciones idénticas, hijas, por tanto, de razones que sean fundamental o sustancialmente diversas. Requiere, efectivamente, que los aspectos sintetizados en cada «concepto de orden» sean funcionalmente idénticos, bajo pena de recaer en un conceptualismo abstracto e inexpresivo, encubriendo y desfigurando las realidades y falseando la misión primera de la dogmática. De esta suerte nunca debería inducirnos a repudiar y negar la utilidad del concepto de acto de Gobierno o de función gubernamental el solo hecho de la inviabilidad del control jurisdiccional de los llamados actos de Gobierno, si pueden ser también explicados recurriendo a otros conceptos diversos o más generales. Convendría siempre ir más allá y analizar el fundamento común de la exclusión de estos actos, partiendo de ahí para la elaboración de un concepto de orden que adecuadamente englobe todas esas medidas.

En este sentido se concluirá que es imposible reconducir la teoría de los actos de Gobierno al concepto de actividad o función política, o a cualquier otra teoría o concepto. Trátase de actos que el legislador pretende ver íntegramente apartados de

la competencia de la jurisdicción administrativa, y ninguna de las causas de exclusión de lo contencioso admitidas en Derecho, ni cualquiera de las razones que pueden explicar la inadmisibilidad *a limine* de un recurso, podrá funcionar como motivo de exención incondicional y absoluta de fiscalización judicial sobre todos esos actos, en toda y cualquier hipótesis. Un concepto, una teoría autónoma tórnase así estrictamente necesaria.

Hay quien ha pretendido encontrar la justificación de la exclusión de los actos de Gobierno de todo lo contencioso en el hecho de que tales actos se traducen en el ejercicio de una competencia conferida al Ejecutivo por disposiciones constitucionales, y de ser también constitucionales los preceptos eventuales limitativos de ese ejercicio. Explicación nada satisfactoria es ésta, puesto que no siempre son constitucionales las leyes que confieren la competencia política o que limitan su ejercicio, y que, por otro lado, no puede ser la circunstancia meramente accidental de haber sido o no conferido por la Constitución lo que ha de servir para determinar la competencia de los Tribunales administrativos.

Hay quien, como Orlando, explica que sin sanción jurisdiccional, puedan ser violados preceptos vigentes de ley, o sea, que haya actos políticos por la *urgente necesidad pública* que puede justamente imponer que la ley sea infringida sin consecuencias.

Otros, como Cammeo, pretenden hallar la explicación para que muchas veces las leyes sean violadas, y, del mismo modo, para que no se permita la anulación de ciertos actos ilegales, en el hecho de ser inspirados por la *necesidad de conservación del Estado*.

Tanto el punto de vista de Orlando como el de Cammeo pecan de estrechez, y serían por eso insuficientes para explicar que fueran excluidos de lo contencioso ciertos actos, considerados políticos, que nada tienen que ver con la urgente necesidad pública o con la necesidad de conservación del Estado. Los actos de clemencia, ciertos actos diplomáticos, por ejemplo, son mucho más modestos en dignidad.

A nuestro modo de ver, no puede decirse, en materia de jus-

tificación de la actividad política, más que lo siguiente. Se trata de actos referentes a la prosecución de intereses o a la satisfacción de necesidades, con un grado de intensidad tal que su práctica, en opinión del legislador, no puede depender de la eventual opinión contraria de los Tribunales de lo contencioso administrativo. Es el legislador quien gradúa las necesidades, reputando algunas de tal intensidad que determinan la conveniencia de consentir al Ejecutivo apartarse del Derecho legislado, *limitare jus scriptum*. Es el legislador quien pondera las ventajas y los inconvenientes de la judicialización de determinados actos, como también le compete la decisión de todos los conflictos de intereses.

La fiscalización jurisdiccional de los actos de Gobierno servirá, como es evidente, el interés público de la legalidad.

Pudieran, a título subsidiario o reflejo, ser protegidos eventuales intereses de los particulares, acaso despreciados por la actividad de Gobierno. Sólo un mayor interés público puede explicar que el legislador evite a toda costa la intervención jurisdiccional en defensa del interés público, de la legalidad y de aquellos eventuales intereses particulares. Ese interés reside en evitar la creación de condiciones mediante las cuales un órgano jurisdiccional, un tribunal, por superior que sea, pueda desempeñar un papel político, ajeno a su destino. Las eventuales suspensiones de ejecutoriedad y las anulaciones que pudieran referirse a actos de Gobierno, por correctas que fuesen desde el punto de vista estrictamente jurídico, implicarían, o serían susceptibles de implicar, tales consecuencias políticas, y, desde luego, tales prejuicios para el óptimo equilibrio de las fuerzas constitucionales, que se juzga preferible encomendar a otro órgano la apreciación de su regularidad.

Evidentemente, este fundamento explica que queden excluidas de lo contencioso un número muy variable de medidas del Ejecutivo, porque es, en verdad, en cada momento histórico, muy variable la «sensibilidad» de la Administración ante las eventualidades del «control» jurisdiccional. Pueden ser muchos los actos excluidos, o puede ser un número extremadamente reducido. Es el legislador —en Francia es el Consejo de Estado

o el Tribunal de conflictos— quien aprecia cuál es el grado de independencia que debe ser concedido al Ejecutivo frente a la Justicia administrativa.

Variable en su amplitud, la actividad política del Ejecutivo no podrá, por consiguiente, tener un contenido uniforme u homogéneo. La actividad de Gobierno no es en modo alguno algo que pueda contraponerse a la actividad legislativa, administrativa y jurisdiccional. Incluso la primera y la última pueden ser erigidas en actividades de Gobierno.

Si, explorando en otra dirección, se quisiere procurar un criterio material en sentido de los fines, la empresa sería igualmente ingloriosa e impracticable. Al contrario de lo que sostiene RANELETTI y en general la moderna y mejor doctrina italiana, la actividad de Gobierno no está (al menos no está siempre) objetivamente destinada a servir los intereses públicos en su unidad. No es exacto que en cada uno de esos actos se distinga un elemento común dominante, que sea *su causa*, diferente de *la causa* de los actos administrativos. Algunos actos de Gobierno tienen manifiestamente como función objetiva la realización de intereses públicos específicos, y no el interés general del Estado unitariamente considerado: y serán los actos administrativos a los que el legislador retira la tutela jurisdiccional; y serán los actos diplomáticos, que sirven para la realización de los más variados intereses públicos; y serán las medidas de clemencia, que atienden a consideraciones de política criminal; y será la declaración de guerra, que sirve la necesidad pública de seguridad exterior, y será la que OTTO MAYER llamó «actividad auxiliar de Derecho constitucional» que tiene por objeto poner en movimiento la Constitución y proveer a su funcionamiento regular, etc....

Pero no porque no pueda ser encontrada forma de dar a la actividad política del Ejecutivo un contenido propio y homogéneo, se sigue que un concepto de «actividad de Gobierno» sea inviable e innecesario. Se trata de un concepto «de orden» en que se encuadra toda una serie de actos excluidos de lo contencioso-administrativo por la misma razón fundamental.

Este concepto puede, como ya se ha dicho, ser ampliado hasta abrazar también la actividad legislativa, en la medida en que a ésta repugna una fiscalización contenciosa, por el mismo género de razones que a veces determinan excluir de lo contencioso una parcela de los actos del Ejecutivo.

Sin embargo, en un sistema como el portugués, en que se instituyó un «control» jurisdiccional de ciertos aspectos de la constitucionalidad de las leyes, se debe reconocer que cada vez hay menos motivos para aproximar la legislación y el «Gobierno» en un concepto unitario.

ALFONSO RODRÍGUES QUEIRÓ