

N° 237
Año LXXXIII
Enero-Junio 2015
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

*LA EVOLUCIÓN DEL CONTROL JUDICIAL
DE LOS ACTOS DE GOBIERNO EN EL DERECHO
ESPAÑOL*

*THE EVOLUTION OF JUDICIAL CONTROL ON ACTS OF
GOVERNMENT IN SPANISH LAW*

MARIELA VALDÉS PÉREZ*

Abogado

RESUMEN

El presente trabajo se centra en determinar la evolución que ha tenido en el Derecho español el control judicial del *acto de gobierno*, en el ámbito tanto legislativo como jurisprudencial. El objeto es apreciar cómo los actos de gobierno han pasado de la absoluta inmunidad al sometimiento de la justicia contencioso-administrativa y determinar cuál es el mecanismo jurídico utilizado por este ordenamiento para adaptarse a las nuevas exigencias y garantías que se imponen hoy a un Estado de Derecho.

Palabras clave: Acto de gobierno, justicia administrativa, control judicial, derecho español.

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Máster en Derecho Administrativo y de la Administración Pública, Universidad de Valencia, España. Estudiante de doctorado en Derecho, Universidad de Valencia, España. Correo electrónico: marielavaldesp@gmail.com. Artículo recibido el 17 de octubre de 2014 y aceptado para su publicación el 10 de abril de 2015.

ABSTRACT

This work focuses on determining the evolution that has taken – in Spanish law – judicial review of the *act of government* in both legislative and jurisprudential level. Its purpose is to see how government actions have gone from absolute immunity, to the submission of the administrative justice and determine the legal mechanism used by this system to adapt to new requirements and guarantees that today requires the rule of law.

Keywords: Act of government, administrative justice, judicial control, Spanish Law.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la creación jurisprudencial por el Consejo de Estado francés de la figura de los actos de gobierno, el control judicial de los mismos ha sido uno de los temas difíciles con los que ha debido lidiar el Derecho Administrativo del siglo XX. El acto de gobierno, concebido en sus inicios como aquellos que emanan tanto del Gobierno como de otros miembros de la Administración y cuya característica fundamental era que no podían ser objeto de revisión judicial,¹ constituyó un espacio de amplia libertad y discrecionalidad para el actuar del Poder Ejecutivo. Esta nota de inmunidad que en sus inicios caracterizaba a la figura de los actos de gobierno, se ha ido desvaneciendo lentamente a lo largo del tiempo, evidenciando que el gran problema en esta materia no resulta de determinar la naturaleza, tantas veces discutida, de este tipo de actos sino de la ausencia de adecuados controles judiciales que permitan reducir su ámbito de actuación y cumplir con el espacio de discrecionalidad que se le ha querido entregar al Poder Ejecutivo, sin efectos indeseados.

En pleno siglo XXI, la exclusión del control judicial de los actos de gobierno se vislumbra como un vestigio de la extensión desmesurada del ámbito de actuación de los mismos. Hoy, la ausencia de dichos controles o la instauración deficiente de los mismos en cualquier Estado democrático

¹ DUEZ, Paul; DEBEYRE, Guy, *Traité de Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1952. p. 486.

contemporáneo, pone en tela de juicio la existencia de un Estado de Derecho y con ello la protección de los derechos y garantías de la persona frente al poder de la Administración.

En la mayoría de los países europeos este debate aparece prácticamente superado, tal es el caso de Francia, cuna de la figura en cuestión y también España, donde antes de que finalizara el siglo XX se había arribado ya a una solución armoniosa del problema. No obstante, hoy aún existen ordenamientos jurídicos en los que esta materia no ha sido discutida con la debida profundidad como es el caso del Derecho chileno, y en los que la experiencia de países más avanzados en el tema resulta indispensable a la hora de aportar una visión más amplia al respecto.

El objetivo del presente trabajo es apreciar esta experiencia extranjera y determinar cuál fue la evolución del control judicial de los actos de gobierno en el Derecho español, evolución que le ha permitido arribar al actual régimen de control en sede judicial de estos actos. Para ello, una primera parte del trabajo se centrará en exponer cómo se fue configurando el control de estos actos en la legislación contencioso-administrativa española a partir del año 1888. Luego, se expondrá cuál ha sido la jurisprudencia de los Tribunales españoles que a lo largo del tiempo y de forma coetánea a la legislación contencioso-administrativa, ha formado una sólida doctrina jurisprudencial al respecto para, finalmente, llegar a la etapa final de esta evolución precisando cuál es la solución jurídica a la que ha llegado España respecto del control judicial de los actos de gobierno.

II. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS

Los actos de gobierno es una materia que ha sido abordada y tratada de forma reflexiva y profunda, desde todas sus aristas, por la doctrina, legislación y jurisprudencia españolas. Esto ha sido determinante para la evolución de la figura que ha tenido un importante desarrollo a lo largo del tiempo como veremos a continuación.

1. Evolución de la figura en la legislación española

1.1. Periodo anterior a la Constitución española de 1978

Los actos de gobierno hacen su aparición en el derecho español de forma patente y como manifestación de la influencia de los fenómenos franceses,² a fines del siglo XIX con la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1888 o también denominada Santa María de Paredes. Esta norma es de gran importancia para el Derecho Administrativo español, pues entrega una solución, por largo tiempo, al problema de determinar si la Jurisdicción contencioso-administrativa debía quedar radicada en tribunales ordinarios o en órganos administrativos. Esta ley estableció “un sistema armónico en virtud del cual se constituyeron órganos jurisdiccionales con jurisdicción delegada cuyos integrantes eran a la par personal judicial y personal administrativo”.³ Además, es un importante punto de partida para el debate de los actos de gobierno y para estudiar su desarrollo en el ámbito legislativo español.

La ley de 1888 si bien estableció una cláusula general de enjuiciamiento de la Administración, también contenía limitaciones con el objetivo de restringir efectivamente su enjuiciamiento. Así, para poder impugnar una resolución administrativa se requería que hubiera causado estado, que fuera resultado del ejercicio de facultades regladas y que hubiera lesionado un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente a favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo.⁴ De esta forma se excluían importantes materias y asuntos de índole administrativo del control contencioso-administrativo. Así en el artículo 4,

² LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16ª edición, Dalloz, París, 2007, p. 17. La primera resolución en la que se emplea la noción de “acto de gobierno” es en el *Caso Laffite* de 1 de mayo de 1822 en virtud de la cual el Consejo de Estado rechaza la pretensión del banquero Laffite, a quien la princesa Paulina Borghese le había enajenado la renta otorgada por su hermano Napoleón. El en caso concreto se discutía la validez de esta renta pues una ley de 12 de enero de 1816, posterior a Waterloo, privó a todos los miembros de la familia Bonaparte de todos los bienes adquiridos a título gratuito, entre los que se encontraba la renta de la princesa. El cesionario Laffite reclamó ante el Consejo de Estado el pago de la renta, pretensión que el Consejo resolvió declarándose incompetente, teniendo en cuenta el contenido político de la cuestión.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, 16ª edición, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 578.

⁴ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989, pp. 103-104.

Nº 1 de esta ley, se contempla la exclusión del contencioso-administrativo de “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”.

Si bien este cuerpo legal sólo se refería a los actos discrecionales como excluidos del control jurisdiccional, no apareciendo en su cuerpo legal la expresión de actos políticos o de gobierno, esta noción sí se encuentra mencionada expresamente en el Reglamento para la ejecución de la ley de Jurisdicción contenciosa administrativa expuesta, de 29 de diciembre de 1890, que en su artículo 4, Nº 1 expresa que “corresponde señaladamente a la potestad discrecional: 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”.⁵ Por tanto se observa que los actos de gobierno, en cuanto pertenecen a la potestad discrecional, son también excluidos del control de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Contrario a lo que se desprende del tenor literal del Reglamento, Garrido Cuenca señala que antes de que entrara en vigor este Reglamento la jurisprudencia administrativa ya habla del acto político o de gobierno con especial referencia a su carácter de “gobierno” y sería esta la razón por la que lo consideraban excluido del control judicial y no por pertenecer a la potestad discrecional.⁶

La Ley de Santa María de Paredes así como su reglamento de 1890, sufrieron modificaciones. La primera de ellas vino dada por el nuevo Reglamento de 22 de junio de 1894, el cual reformó varios artículos de ambos textos legales.⁷ En relación con los actos de gobierno se adiciona al art. 4 del anterior reglamento nuevos elementos equiparables a los actos de gobierno, pero estos seguían siendo considerados parte de la potestad discrecional de la Administración aún con la modificación de la Ley de Jurisdicción y por tanto, excluidos del control contencioso-administrativo.⁸

⁵ FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *Historia legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa* (1845-1998), Iustel, Madrid, 2007, p. 484.

⁶ GARRIDO CUENCA, Nuria, *El acto de gobierno: un análisis en los ordenamientos francés y español*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 315-318.

⁷ FERNÁNDEZ TORRES, cit. (n. 5), p. 548.

⁸ *Ibidem*, p. 566.

En el siglo XX se producen importantes cambios a la legislación vigente que implicaron un retroceso en materia de control contencioso administrativo, pues primero, producto de la Dictadura del General Primo de Rivera (1923-1930) se restringió el acceso a la jurisdicción por medio de diversos decretos leyes y luego desde 1936 a 1939, periodo en que se desarrolló la guerra civil, se suspendió el recurso contencioso administrativo contra todos los actos del Estado de forma categórica hasta 1944,⁹ año en que la Ley de 18 de marzo restablece la Jurisdicción contencioso-administrativa pero excluyendo algunas materias por pertenecer al orden político o de gobierno, las cuales se enumeran en el art. 2 de este cuerpo legal.¹⁰

Este artículo 2 de la ley de 1944 constituye una mejora en la materia pues intenta detallar, aunque de forma escueta, qué es lo que debe entenderse como pertenecientes al orden político o de gobierno.¹¹ Además ahora el concepto de acto de gobierno sí se encontraba expresamente mencionado en una ley y no en un simple reglamento.¹² Sin embargo, los actos de gobierno seguían estando excluidos del control contencioso administrativo.

Vigente aún el reglamento de 1890 y esta nueva Ley de 1944, existían dos interpretaciones diferentes respecto a los actos de gobierno. La primera de ellas aludía al carácter discrecional de dichos actos y la segunda se basaba en lo dispuesto en este nuevo artículo 2 de la Ley de 1944, en virtud de la cual quedaban fuera del control contencioso-administrativo una serie de materias señaladas en dicho artículo, con independencia de cual fuese el órgano o autoridad que dictara el acto.¹³ Por su parte, adelantaremos que la jurisprudencia no contribuyó en concordar ambos textos legales pues hasta el año 1960 continuó aplicando la primitiva teoría del móvil político¹⁴ lo

⁹ Ibidem, p. 747.

¹⁰ BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Los actos políticos del Gobierno en el Derecho Español*, Servicio Central de Publicaciones, Madrid, 1978, pp. 78-79.

¹¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II, 2ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, p. 70.

¹² BAENA DEL ALCÁZAR, cit. (n. 10), p. 79.

¹³ Ibidem, p. 83.

¹⁴ DUEZ, Paul, *Les actes de gouvernement*, Recueil Sirey, París, 1935, p. 20. Junto con la noción de acto político o de gobierno, surge también la primera teoría que elabora la doctrina francesa para tratar de explicar la exclusión de este tipo de actos de la competencia del Consejo de Estado. Es la denominada teoría del "móvil político o de la causa subjetiva". Esta doctrina señalaba que un acto tendrá carácter político si el fin tenido en cuenta por la autoridad de la cual emana el acto es también de carácter político, prescindiendo de la verdadera naturaleza del acto.

que impedía que se pudiese avanzar en esta materia.

El Decreto de 8 de febrero de 1952 fundió la Ley de 1944 y el Reglamento de 1890, dando lugar a un texto refundido de la Ley de lo contencioso-administrativo que separó a los actos discrecionales de los actos de gobierno, señalando en su art. 4 que los actos de gobierno, y en su art. 1º; que los actos emanados de la potestad discrecional, no corresponderían al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.¹⁵ De esta forma, esta normativa introdujo una novedad al respecto pues separa ambas materias y los actos de gobierno ya no se consideraban parte de la potestad discrecional, al menos en la teoría.

Como puede observarse, la legislación española hasta 1952, se caracterizó por la vinculación entre el acto de gobierno y la teoría de la discrecionalidad, estando claramente influenciada por los estudios que en esa época llevó a cabo la doctrina francesa.¹⁶ Con el texto refundido de 1952 se produce un cambio de paradigma en el modo de entender estos actos y que fue confirmado con posterioridad por la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. Esta ley junto con instaurar un sistema judicialista del contencioso-administrativo, en virtud del cual este quedaba definitivamente radicado en los tribunales ordinarios como jurisdicción especializada, significó un gran avance respecto de los actos que podían ser controlados jurisdiccionalmente, pues mantiene el sistema de cláusula general de competencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa, pero reduce las limitaciones y materias antes excluidas. Prueba de ello es que si antes los actos que emanaban de la potestad discrecional eran incontrolables en sede contencioso-administrativo, bajo el imperio de esta legislación sí podían ser conocidos y resueltos por dicha jurisdicción.¹⁷ Respecto de los actos de gobierno, estos se mantienen excluidos del control que de ahora en adelante se efectuaría en sede judicial, no obstante, esta situación estaba pronta a desaparecer.

En esta línea, la Ley de 1956 contribuyó a perfilar la noción de “acto

¹⁵ FERNÁNDEZ TORRES, cit. (n. 5), p. 776.

¹⁶ Estos estudios fueron llevados a cabo por la doctrina francesa siendo DUEZ, cit. (n. 14), p. 193, el que propone la extensión de la teoría del poder discrecional a la materia de los actos de gobierno, implicando ello la posibilidad de controlar los elementos reglados de la legalidad en vez de inadmitir a priori los asuntos por este acto político o de gobierno.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 11ª edición, Civitas, Madrid, 2008, p. 579.

de gobierno”, dejando claro en su Exposición de Motivos la diferencia entre los actos de gobierno y la teoría de la discrecionalidad y ahondando en la naturaleza de los primeros atendida a la función que estos encarnaban.¹⁸ Al respecto los autores señalaban que no se trata de una distinción de carácter técnico sino que de una “realidad política”.¹⁹ O que si bien dicha diferencia entre un acto administrativo y uno político o de gobierno o entre Administración y Política es “obvia”, jurídicamente no existiría dicha distinción pues ambos actos emanarían de la Administración la cual está sometida al derecho, por lo que de dicha diferenciación no puede concluirse una “diferencia de régimen jurídico tan grave como la de la definitiva exclusión del derecho administrativo de todo un sector de actos que inicialmente serían propios de la Administración”.²⁰

Como señalábamos, esta Ley regula expresamente al acto de gobierno en su art. 2 b), que señalaba que “no corresponderán a la Jurisdicción contencioso-administrativa: 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”.

García de Enterría señala que este art. 2 b) se configuró como un límite a la extensión objetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa.²¹ Con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, el mismo autor afirma que la nueva legislación, a pesar de que contempla a los actos de gobierno como excluidos del control de la jurisdicción contencioso-administrativa “hizo un esfuerzo por intentar restringir el significado político de estos actos políticos”, lo cual se habría concretado en dos sentidos. En primer

¹⁸ Apartado II número 4 señala que: “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”. Rápidamente la doctrina española se centró en precisar y determinar el contenido y alcance de la función de gobierno y la función administrativa, lo que se acentuó con la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

¹⁹ BAENA DEL ALCÁZAR, cit. (n. 10), p. 90.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, 38, 1962, pp. 182-183.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 3), p. 621.

lugar, en cuanto al sujeto que dicta este tipo de actos: sería el Gobierno desde el punto de vista orgánico, pues la ley utiliza la expresión “actos políticos *del Gobierno*”. La ley emplea mayúscula en la palabra gobierno y el artículo “del”, lo que junto a lo señalado por la exposición de motivos no deja lugar a dudas. Este órgano en concreto sería el Consejo de Ministros que se compone de los ministros y el Jefe de Estado.²² De esta forma los actos de gobierno que emanan de los órganos o autoridades inferiores al Gobierno serían fiscalizables.²³ Esta fórmula utilizada por la ley supuso una innovación en el estudio de esta figura, pues ahora la atención se centra en el sujeto que dicta el acto y no en su naturaleza como ocurría con la legislación anterior y con las doctrinas francesa e italiana, que por mucho tiempo intentaron buscar una explicación para este tipo de actos, desde este aspecto.²⁴ La jurisprudencia, por su parte, tardaría un par de años desde la entrada en vigencia de esta ley, en tomar en consideración estos nuevos elementos y desplazar la vieja teoría del móvil político de su jurisprudencia.

La segunda restricción que señala el profesor García de Enterría apunta a la contra excepción dispuesta por el art. 2 b) en orden a que en caso de proceder indemnizaciones por los perjuicios que pudiesen derivarse de estos actos, estas si pueden ser determinadas por la jurisdicción contencioso-administrativa no obstante la imposibilidad de entrar en el enjuiciamiento de los mismos.²⁵ Si bien el autor apunta a que con esta restricción se intentó justificar estos actos, lo cierto es que de esta misma manera se consigue ampliar de forma incipiente el control judicial de esta figura.

El profesor García de Enterría, continuando con su análisis de este artículo 2, también subrayó que respecto de las relaciones internacionales y los actos de relación interconstitucional, no serían actos administrativos pues no proceden con claridad de la Administración, por esa razón no están sometidos al Derecho Administrativo y por tanto no habría inmunidad jurisdiccional respecto de estos en el ámbito administrativo. Los primeros pueden ser controlados en la jurisdicción internacional, mientras que los

²² Esta precisión del órgano de gobierno fue hecha por la jurisprudencia de la época como se verá más adelante. BAENA DEL ALCÁZAR, cit. (n. 10), pp. 86-89, señala que la ley de régimen jurídico de la Administración del Estado del año 1956 separó institucionalmente al Jefe de Estado del Jefe de Gobierno. Bajo esta ley el Gobierno es el Consejo de Ministros y el Jefe de Estado.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, cit. (n. 20), p. 180.

²⁴ BAENA DEL ALCÁZAR, cit. (n. 10), p. 86.

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, cit. (n. 20), p. 181.

segundos en la jurisdicción constitucional. Agrega además que el resto de los actos señalados en dicho artículo tienen el carácter de administrativos, pero dotados de una especial importancia política, pero no por ello puede excluirse de control.²⁶ Este planteamiento recoge de alguna manera la solución a la que se llegó en Francia en este mismo periodo y en virtud de la cual sólo se excluía del control los actos que se referían a las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento y a las Relaciones Internacionales.²⁷

1.2. Periodo posterior a la Constitución Española de 1978:

Un nuevo escenario

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, se establece un nuevo escenario constitucional que constituyó un cambio importante en el Ordenamiento jurídico español pues introdujo nuevos principios rectores que lo determinarían. El Derecho Administrativo no quedó ajeno a este avance, logrando que su principal institución, la Administración, quedara sometida al Derecho por imperativo constitucional en virtud del art. 103.1, y se estableciera el pleno control por parte de los tribunales de todas las decisiones de la Administración de acuerdo al art. 106.1.²⁸ El punto de partida de la Carta Fundamental fue asumir “la vocación universal de asegurar el imperio de la Ley y el Derecho en el contexto de un Estado, que se reputa de Derecho, y que proclama la Justicia como un valor superior a cuyo cumplimiento ha de orientar todos sus esfuerzos”.²⁹

A estos importantes artículos se agrega lo dispuesto en el art. 24 que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, que significa, por una parte, expresión de la pretensión de protección jurídica de los titulares de derechos e intereses legítimos; y, por otra, que “el contencioso-administrativo, antes

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, cit. (n. 20), pp. 184-186. En el mismo sentido BAENA DEL ALCÁZAR, cit. (n. 10), p. 21.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, cit. (n. 20), p. 191-192. El autor señala que en Francia, el Consejo de Estado francés dio muerte a la “antigua teoría de los actos políticos” el 16 de febrero de 1962. Se trataba de un acto del Presidente De Gaulle dictado en ejercicio de los poderes dictatoriales que le otorgaba el art. 16 de la Constitución gala, el cual había sido utilizado con ocasión del último golpe de Estado de Argelia. Este acto fue recurrido.

²⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I. El Ordenamiento jurídico*, Iustel, Madrid, 2006, p. 603.

²⁹ FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *Jurisdicción Administrativa y Tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, p. 256.

que todo, debe velar por el cumplimiento del mandato constitucional y ello por encima de las limitaciones o restricciones que podría llevar consigo la aplicación del dogma revisor del contencioso administrativo”.³⁰

Por tanto, de los arts. 103.1, 106.1 y 24, se concluye que todo acto de la Administración debe estar ajustado a Derecho y que en el Ordenamiento jurídico español no existen actos excluidos de control judicial. En virtud de este derecho que le asiste a los ciudadanos y dada esta nueva configuración, no se puede aceptar que los actos de gobierno estén exentos de revisión³¹ como lo reafirmaría, según veremos, la jurisprudencia española de forma incipiente en la década de los ochenta y de forma definitiva en los noventa.

En esta nueva etapa, y con la nueva regulación contenida en la Constitución, la situación en la que se encontraban los actos de gobierno estaba forzada a cambiar.³² Los nuevos principios rectores de la Constitución que establecen un Estado de Derecho y con ello el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho, dan cuenta de una nueva realidad jurídica que representaba una significativa evolución del ordenamiento jurídico en términos generales y, sobre todo, respecto de la materia que nos atañe, invitaría a avanzar en la extensión del control judicial del acto de gobierno.

No obstante este nuevo aire “progresista”, existió una discusión importante que comenzaría por lo dispuesto en el título IV de la Carta Fundamental que permitía afirmar que el Gobierno como órgano político, podía producir actos políticos o de gobierno exentos de control.³³ La

³⁰ Ibidem, pp. 322-323.

³¹ MUÑOZ MACHADO, cit. (n. 28), p. 603.

³² Un tema que generó un arduo debate en la época estuvo determinado por la adecuación de la legislación que se encontraba vigente y era anterior a la Constitución, a la Carta Fundamental. Las interrogantes fueron dirigidas a determinar si el art. 2b) de la ley de 1956 había sido o no derogado en virtud de la Norma Suprema. La mayoría de la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 3), p. 582) se inclinó por afirmar que sí se encontraba derogado, incluso el Tribunal Supremo en su jurisprudencia posterior a 1978 deja de aplicar paulatinamente dicha disposición para formar una nueva doctrina jurisprudencial. No obstante un sector minoritario se inclinó en sentido contrario (EMBIU IRUJO, Antonio, *La justiciabilidad de los actos de gobierno*, en *Documentación Administrativa*, 220, Madrid, 1989, p. 25.)

³³ El debate en esta materia se centró en determinar qué se entiende por función de gobierno y función administrativa. Baena del Alcázar señaló que los conceptos de Gobierno y Administración, lejos de dar mayor claridad al tema lo dificulta y con ello transforma “el problema de los actos políticos, en la piedra de toque de cualquier sistema administrativo” BAENA DEL ALCÁZAR, cit. (n. 10), pp. 22-23; Más detalle, SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Concepto jurídico del acto político (los nuevos límites de la jurisdicción contencioso-administrativo)*, Homenaje a Nicolás Pérez Serrano, Vol. II, Reus, Madrid,

norma inicial en este sentido fue el art. 97 de la Constitución que señala: “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”.

Al Gobierno, de acuerdo a lo señalado por el art. 97 de la C.E, se le atribuye claramente la función de “dirección”. Respecto de la dirección que ejerce sobre la Administración es donde se planteó mayor debate, el cual se centró en buena parte en entender a la Administración desde una perspectiva objetiva,³⁴ en cuanto únicamente referida a la función que ella desempeña que es la de administrar. Sin embargo, siguiendo la tesis subjetiva o de la persona jurídica de la Administración,³⁵ en virtud de la cual la persona jurídica del Estado desaparece interiormente para dar lugar a la existencia tan solo de la Administración Pública, como uno de sus elementos, con lo que se excluye a los órganos legislativos y judiciales, el Gobierno formaría parte de la Administración. Esta fue al respecto la tesis que se impuso como mayoritaria en el ámbito del derecho administrativo español, quedando zanjado el tema.³⁶

La Constitución de 1978 significó un antes y un después en el ordenamiento jurídico administrativo. De acuerdo a los nuevos principios

1959; LÓPEZ GUERRA, Luis, “Funciones del Gobierno y Dirección Política”, en *Documentación Administrativa*, 215, 1988; BOQUERA OLIVER, José María, “Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, 40, 1963.

³⁴ Como argumento a esta postura en primer lugar se señaló que si al Gobierno le corresponde la dirección de la Administración, ello significa que se encuentra por encima de ella como órgano y que los actos políticos o de gobierno que el Poder Ejecutivo realice en la dirección política interior y exterior así como en la defensa del Estado no serían de la Administración y por tanto no podrían estar sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativo. Lo anterior aparecería confirmado por lo que dispone el art. 106 de la C.E., que expresa que sólo la legalidad y potestad reglamentaria de las actuaciones administrativas podrán ser controladas por tribunales y no se menciona al Gobierno ni tampoco a otros poderes públicos. Además, este artículo se encuentra ubicado con posterioridad al art. 97, de manera que se seguiría la lógica planteada en el título IV. Esto significa que existiría una gran libertad e inmunidad judicial para los actos de gobierno que este produce fuera de su función de dirección de la Administración. En este caso, el único control que recaería sobre el Gobierno sería el del Congreso de Diputados. Más detalle, GARCÍA LLOVET, Enrique, “Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 45/1990 de 15 de marzo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36, 1992, pp. 277-298; URIARTE TORREALDAY, Roberto, “La reciente jurisprudencia constitucional en materia de actos del gobierno no controlables judicialmente”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 30, 1991, pp. 213-226.

³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 3), p. 52.

³⁶ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Gobierno y Administración. Una reflexión preliminar”, *Documentación Administrativa*, 215, 1988, p. 68.

rectores, se hacía indispensable adecuar la justicia administrativa y el contencioso a la nueva regulación, pues la Ley de 1956 no concordaba con esta³⁷. Si bien el cambio de la normativa contencioso-administrativa se realizó cuatro décadas más tarde, cuando en 1998 entró en vigor la Ley de Jurisdicción, dicho tiempo no fue en vano pues el curso evolutivo en el control judicial de los actos de gobierno siguió a buen ritmo, gracias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual jugaría un rol importante en esta materia. Serían los propios pronunciamientos jurisprudenciales que formularían con coherencia al texto constitucional, un planteamiento que permitiría extender el control judicial a estos actos e impulsar e influir en una nueva legislación conforme a estos y a la Constitución, consiguiendo una sólida y congruente doctrina jurisprudencial durante el periodo en que la legislación no fue capaz de adaptarse a este nuevo escenario, como revisaremos más adelante.

En 1998 se dicta la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa, hoy vigente, que representó un gran paso en la reducción de los ámbitos que quedaban fuera del control contencioso-administrativo.³⁸ La ley de 1998 siguiendo los principios constitucionales excluye la inmunidad absoluta de forma definitiva³⁹ siendo el legislador no sólo influenciado por lo que la jurisprudencia de la época estaba diciendo al respecto sino también por el debate doctrinal que se mantuvo en torno a esta materia.⁴⁰ Ello se vería claramente reflejado en su cuerpo legal, empezando por su exposición de motivos la que sostiene con firmeza que no se puede reconocer un ámbito de

³⁷ FERNÁNDEZ TORRES, cit. (n. 29), p. 253.

³⁸ En 1995 se habían desplegado esfuerzos con el fin de renovar la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, algunos de ellos no se encontraban en la dirección correcta. Es así como, en virtud del anteproyecto de 16 de enero de 1995, se intenta resucitar el concepto del acto de gobierno pero ahora como un acto de dirección política. Véase, JORDANO FRAGA, Jesús, “¿Jaque Mate al acto político?”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 95, 1997, p. 4. Lo más insólito de este anteproyecto es que después del avance que representó la ley de 1956 que logró someter algunos actos considerados de gobierno al control judicial, en el artículo 3 de este texto legal, se excluía del contencioso-administrativo el control de estos actos y se extendía el concepto no sólo a los dictados por el Gobierno sino también a los dictados por los Consejos de Gobierno Autónomos, MANZANO LAGUARDA, Rafael, “La dialéctica entre la inmunidad del poder y su control jurisdiccional”, en *Jueces para la democracia*, 29, 1997, p. 81. La razón de esta decisión habría sido la necesidad de “mayores espacios de libertad para desarrollar los programas de gobierno, que respondan al ejercicio de legítimas opciones políticas”, todo ello en nombre del Estado Social y Democrático. GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 3), p. 582.

³⁹ MUÑOZ MACHADO, cit. (n. 28), p. 603.

⁴⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano, “Comentario al artículo 2 letra b) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 100, 1998, p. 4.

actuación excluida del control jurisdiccional, pues ello sería un contrasentido al espíritu de la Constitución. Así en su apartado 2 señala que “el principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico es la verdadera cláusula regia del Estado de Derecho”.

La Ley no deja lugar a dudas en cuanto a que se está tratando de ser consecuente con la Constitución y modernizar el sistema en torno a esta y por ello se termina con la inmunidad de estos actos puesto que lo contrario es incompatible con un Estado de Derecho.

Dentro del articulado del texto legal ya no quedan resquicios de lo que fue el art. 2 b) de la antigua ley de 1956. En su lugar la nueva ley señala en su art. 2 que: “El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”. A diferencia de lo que disponía la ley de 1956, ahora la regulación se hace de forma positiva como lo señala la exposición de motivos y el sujeto que puede dictar actos políticos o de gobierno también se extiende, ahora no sólo es el Gobierno sino que también los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

Nos parece importante detenernos y adelantar que la noción de “elementos reglados”⁴¹ a los que la norma se refiere, es una muestra de que esta ley recogió y tomó en consideración lo dispuesto por la jurisprudencia de la época a partir del caso del Nombramiento del Fiscal General del Estado en 1994 como veremos. Aquí podemos observar cómo la vinculación con la teoría de la discrecionalidad tomada en consideración en el siglo XIX por la doctrina francesa y por la normativa española nuevamente sirve para formular una solución al momento de controlar de forma judicial los actos de gobierno nacida del seno del Tribunal Supremo de España.

Hay quienes señalan que con la aprobación de la ley de Gobierno de 1997 y la de la Jurisdicción contenciosa-administrativa de 1998 “el debate se habría trasladado desde el control de la discrecionalidad hacia las cuestiones

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 3), p. 625, señalan estos autores que a los actos políticos o de gobierno se los califica de forma indirecta como actos discrecionales al expresar que son controlables dichos elementos reglados.

de la inadmisibilidad de los actos políticos”.⁴² Y Junto con ello en virtud de estas leyes se habría producido la “muerte civil” de los actos políticos o de gobierno o al menos su neutralización al privarlos de un especial régimen, lo que se acercaría a la culminación del Estado de Derecho.⁴³

2. Evolución de la figura en la jurisprudencia española

En el Derecho español, la jurisprudencia ha tenido un rol sobresaliente en materia de los actos de gobierno pues en su seno se ha creado una sólida y consecuente doctrina jurisprudencial. Si bien en una época esta fue reacia a aplicar lo dispuesto por la legislación, quedándose entrampada en una visión histórica que en nada favorecía a la extensión del control judicial de la Administración, lo cierto es que ello fue un momento excepcional pues con posterioridad, serían los propios pronunciamientos jurisprudenciales que formularían con coherencia al texto constitucional, un planteamiento que permitiría extender el control judicial a estos actos e impulsar una nueva legislación conforme a estos y a la Constitución.

Para poder apreciar la evolución que ha tenido la jurisprudencia española en relación con estos actos, expondremos el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo, en una primera etapa, que coincide con el periodo anterior a la entrada en vigencia de la Constitución Española de 1978. Luego, veremos cuál ha sido la doctrina jurisprudencial formada en el seno del Tribunal Supremo a partir de la entrada en vigencia de la Carta Fundamental, y también los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación con la materia, todo ello con el objeto de tener una visión global que nos permita apreciar el ámbito legislativo y jurisprudencial desde una misma perspectiva.

2.1. Jurisprudencia anterior a la Constitución de 1978

Estando en vigencia la Ley de Jurisdicción de 1888 y Luego la ley de 1956, la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicó la doctrina del móvil

⁴² PRIETO ÁLVAREZ, Tomas, “Todavía seguimos hablando de los actos políticos”, en AA.VV., *La Administración pública entre dos siglos, Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2010, p. 1254.

⁴³ SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, “Actos políticos, Inteligencia Nacional, y Estado de Derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, 65, 2002, p. 108.

político tal como señalamos en el apartado anterior.⁴⁴ De esta forma, y bajo esta teoría, el espectro de actos considerados como políticos o de gobierno era más amplio en comparación con lo que hoy pueden aceptarse como tales.

Aprobada la ley de 1944, y como ya mencionamos, el criterio jurisprudencial no fue capaz de otorgar una solución armónica ante la aplicación y vigencia de la ley de 1944, que restableció la jurisdicción contencioso-administrativa, y que mencionaba algunos actos como pertenecientes al orden político o de gobierno, y del Reglamento de 1894, vigente, en cuyo art. 4 se sostenía que los actos políticos o de gobierno eran discrecionales. Los tribunales tendían a catalogar como políticos, materias que no se encontraban señaladas expresamente en la ley de 1944, pero sí contempladas en otra legislación. Además, frente al enjuiciamiento de indefensión del interesado, se declaraba incompetente, aun cuando este no había tenido oportunidad de ser oído.⁴⁵

Con la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, norma que, junto con establecer un sistema judicial de control, reconoce como distintas la función administrativa y política y trata de forma separada a los actos de gobierno de aquellos que emanan de la potestad discrecional, pueden identificarse dos etapas en cuanto los pronunciamientos del Tribunal Supremo. La primera de ella se extiende desde que se aprueba la ley hasta los años 60 aproximadamente.⁴⁶ Así, en esta primera etapa la jurisprudencia continúa aplicando la teoría del móvil político y en la primera interpretación del art. 2 b) de esta ley, el Alto Tribunal la aplica a toda la materia represiva (sanciones de orden público por razones políticas, seguridad interior de Estado), a cuestiones militares e incluso a la impugnación de reglamentos, pues consideraba que en cada una de esas materias se expresaba una determinada política.⁴⁷

En este periodo, la mayoría de las Sentencias del Tribunal Supremo [STS] no hacen caso de la nueva distinción que ofrece la ley en cuanto a la función administrativa y política. Tampoco escuchan a la doctrina y no se refieren al elemento subjetivo ni objetivo como sí lo hará más adelante.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 3), p. 622.

⁴⁵ BAENA DEL ALCÁZAR, cit. (n. 10), pp. 83-84.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 32-33.

⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cit. (n. 3), p. 622.

Esto último se traducía que el Tribunal consideraba como actos políticos o de gobierno, y por tanto excluidos de su competencia, los dictados por las autoridades inferiores o incluso por los ministros, aunque en el sentido estricto dichos actos no tuviesen ese carácter.⁴⁸

Sin embargo, ya se vislumbra en 1959 y principios de 1960 un par de sentencias en las que se resuelve con un criterio diferente, lo que sería determinante para la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo.⁴⁹ Esta nueva doctrina jurisprudencial significó el abandono de la teoría del móvil político y por tanto una importante reducción en la práctica del concepto de acto de Gobierno.

De esta forma, la segunda etapa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo aprobada la ley de 1956, comienza a principios de la década de los sesenta, y marcadamente con la sentencia de 10 de febrero de 1962, a partir de la cual el Tribunal empieza a señalar con fuerza que para que el acto sea de Gobierno se requiere además de su naturaleza política, que el sujeto de quien emana sea el Gobierno.⁵⁰

En esta etapa, el primer desafío que se le plantea al Tribunal Supremo fue determinar qué es lo que se entendería por Gobierno. Así un importante número de sentencias señaló que solo existe acto de Gobierno si se trata de aquellos que lo son del Gobierno en su unidad conjunta, es decir, del Consejo de Ministros. Sólo serían los actos emanados de este órgano los excluidos del control contencioso-administrativo.⁵¹ Con esta interpretación se excluía la posibilidad que los ministros individualmente considerados o bien otros órganos inferiores pudiesen dictar este tipo de actos y que no fueran controlables.⁵² Muchas de estas sentencias adoptaron este criterio en base a la interpretación literal del art. 2 b) de la ley 1956⁵³ en el que como mencionamos, dos elementos permitían perfilar este elemento subjetivo. El

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, cit. (n. 20), p. 181.

⁴⁹ BAENA DEL ALCÁZAR, cit. (n. 10), p. 31.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 32-33.

⁵¹ GONZÁLEZ PÉREZ, cit. (n. 11), p. 72.

⁵² BAENA DEL ALCÁZAR, cit. (n. 10), p. 34.

⁵³ Recordemos que el art. 2 b) de la Ley de 1956 señalaba: "No corresponderán a la Jurisdicción contencioso-administrativa: 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".

primero de ellos era que este artículo establecía la expresión “del Gobierno”, utilizaba la palabra gobierno con mayúscula y en segundo lugar lo precisaba utilizando el artículo determinante “del”. A partir de 1962, la gran mayoría de pronunciamientos comienza a respetar el tenor del art 2 b) de la ley de 1956.⁵⁴

Ahora bien, la concurrencia de este elemento subjetivo no fue el único requisito exigido por el Tribunal Supremo para considerar de gobierno una determinada actuación; como lo mencionamos en la página anterior, el Tribunal requiere que el acto de que se trate tenga además una naturaleza o carácter político.⁵⁵ De esta forma, por una parte, el Alto Tribunal reconoce la distinción realizada en la exposición de motivos de la ley que diferencia la función política de la función administrativa, siendo los actos de gobierno una manifestación de la primera y por otra obedece el mandato legal del art. 2 b), lo que se expresó con fuerza en los pronunciamientos del Tribunal a partir de 1964.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la aprobación de la Constitución de 1978 fue de menos a más. Aunque tardó un par de años en lograr estar en armonía con la nueva regulación de 1956, lo consiguió. Su mayor éxito fue haber desterrado de una vez la teoría del móvil político tan fuertemente arraigada en el criterio judicial. Con ello se extiende el control contencioso-administrativo a actos que a la luz de la vieja teoría hubiese sido impensado controlar. Esto no hubiese sido posible sin que el Alto Tribunal haya compartido la opción escogida por el legislador, precisando y dotando sus fallos de nuevas aristas que la convertirían en una sólida doctrina jurisprudencial. Finalmente, el acto de gobierno en esta primera etapa se ajustó a un criterio que permitiría tenerlo bajo control.

2.2. Jurisprudencia posterior a la Constitución de 1978

La entrada en vigor de la Constitución de 1978 marcó un importante cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Más que un cambio radical en esta, significó un avance considerable en materia del control de estos actos de gobierno como ya señalamos. Ello se produce en virtud de los nuevos principios establecidos en la Carta Fundamental, que como

⁵⁴ Tribunal Supremo Español, STS 2193/1980 de 28 de noviembre, es un ejemplo de ello.

⁵⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, cit. (n. 11), p. 72.

mencionamos anteriormente se refieren al pleno control de los tribunales de todas las decisiones de la Administración (art. 106.1); el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho (art 103.1); además de la función de los tribunales respecto de la legalidad (art. 117.1) y el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24).⁵⁶

En este periodo y ya en la dos últimas décadas del siglo XX, el Tribunal Supremo adoptó una nueva doctrina jurisprudencial que, sumada a la de la anterior etapa, contribuyó a reducir aún más el ámbito de actuación de los actos en cuestión por medio de la extensión del control de los mismos. El nuevo criterio del Tribunal se habría manifestado por primera vez según Saiz Arnaiz en 1984.⁵⁷

El mismo autor agrega que en 1985 aparecen las primeras referencias a los arts. 106.1, 103 y 24 de la Constitución con el objeto de dejar claro que la Administración debía ser controlada sin excepciones, y ya desde 1987 aparecen nuevos elementos que sirvieron para precisar esta nueva doctrina. Así en la STS de 9 de junio de 1987 el Tribunal Supremo entra a conocer de las características del acto enjuiciado y lo inadmite por tratarse de actos de carácter constitucional.⁵⁸

Otra sentencia destacada por Saiz Arnaiz es la del 30 de julio de 1987. En esta el Tribunal Supremo plasmaría por primera vez su teoría de la “separación del fondo del acto de sus elementos no políticos”. El objetivo es someter a control estos últimos.⁵⁹ Esta teoría sería la antesala de lo que posteriormente se conocerá como “conceptos judicialmente asequibles” y finalmente como “elementos reglados”.

Otro concepto que aparecería en la jurisprudencia del Tribunal

⁵⁶ MUÑOZ MACHADO, cit. (n. 28), p. 603.

⁵⁷ Tribunal Supremo Español, STS de 6 de noviembre de 1984, SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “Los actos políticos del gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista de Administración Pública*, 134, 1994, p. 243.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 244. Tribunal Supremo Español, STS 4039/1987 de 9 de junio, fundamento segundo: “Estos órganos, especialmente el Gobierno, no son sólo eventualmente órganos de la Administración Pública (...), sino que cumplen, además, otras funciones que nada tienen que ver con la Administración Pública en cuanto persona. Este es el caso de los actos constitucionales en que se plasman las relaciones entre los altos órganos del Estado. Desde la consideración del sujeto y órgano, esto es, del Gobierno, cabe afirmar que es plenamente aplicable la doctrina de los órganos constitucionales según la cual estos, en cuanto configuradores del sistema de Gobierno y del régimen político, tienen unas características que lo singularizan. Por ello, las relaciones que existen entre ello se disciplinan desde la Constitución”.

⁵⁹ SAIZ ARNAIZ, cit. (n. 57), p. 245.

Supremo en este periodo fue el de “máxima discrecionalidad o politicidad” en virtud del cual “el Gobierno ejerce unas de las competencias que directa y explícitamente le confiere la Constitución”.⁶⁰

El Tribunal Supremo formula este concepto luego de reconocer la “condición bifronte del Consejo de Ministros”,⁶¹ es decir, que por un lado estaba el Gobierno y por otra la Administración Pública como órgano superior⁶² y que existen funciones específicas que la Constitución le encomienda al Gobierno. Este argumento fue reconocido por la doctrina como determinante para que el Tribunal Supremo decidiera si un acto podía o no ser impugnado en virtud de un recurso contencioso-administrativo y por ende controlado por dicha jurisdicción y sólo basándose en la lógica constitucional sin necesidad de acudir al art. 2 b) de la ley de 1956, norma que no se encontraba en armonía con el nuevo texto constitucional.⁶³

Respecto de este elemento de máxima discrecionalidad o politicidad, salvo sentencias de 1984 y otra de 1986, es a partir de 1990 en que los pronunciamientos del Tribunal se producen en este sentido ya que las nociones de oportunidad o discrecionalidad adquieren fuerza.⁶⁴

En la década de los noventa, el Tribunal Constitucional también se pronunció respecto de los actos de gobierno y su control judicial, marcando un precedente en dos de sus sentencias: la primera de ellas 45/1990 y la segunda 196/1990.

La sentencia 45/1990 de 15 de marzo resuelve un recurso de amparo interpuesto por los Colegios de abogados del País Vasco en contra de un Acuerdo del Consejo de Ministros y otras resoluciones recaídas en dicho acuerdo, respecto de una reclamación de medios materiales y personales de la Administración de justicia del País Vasco. En este caso el Tribunal Constitucional utiliza la configuración constitucional y la lógica derivada del principio de separación de poderes para explicar la inmunidad judicial de ciertos actos. Agrega que ello no supone una infracción del art. 24.1, que se refiere a la tutela judicial efectiva, pues reconoce también el mandato constitucional al Gobierno para que realice funciones otorgadas por la

⁶⁰ SAIZ ARNAIZ, cit. (n. 57), pp. 235-236.

⁶¹ Ibidem, p. 231.

⁶² Tribunal Supremo Español, STS de 25 de octubre de 1990.

⁶³ Tribunal Supremo Español, STS 4398/1991 de 24 de julio, fundamento tercero.

⁶⁴ SAIZ ARNAIZ, cit. (n. 57), pp. 237-238.

Carta Fundamental y esa es la razón por la que dichos asuntos no pueden ser conocidos por la jurisdicción contencioso-administrativo.

Posteriormente vendría la sentencia 196/1990 de 29 de noviembre. Esta sentencia también resuelve un recurso de amparo interpuesto por un diputado del país Vasco por la denegación del Gobierno Vasco de entregarle determinada información que se refería a prestaciones. El Tribunal en este caso señala que un acto sea político o de gobierno no significa que se sitúen fuera de todo control sino que están sujetos a instrumentos de control político como lo es el parlamentario.

No obstante, serían dos sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo las que marcarían un paso importante en esta evolución jurisprudencial y conjugarían todos los criterios expuestos de forma separada en una sola lógica jurídica, completando este nuevo criterio adoptado por el Tribunal Supremo.

La primera de ellas es la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994. Este asunto trataba de la impugnación del nombramiento del Fiscal General del Estado realizado por decreto 364/1992. En este caso se discutió si el nombramiento del Fiscal General del Estado tenía o no carácter político.⁶⁵ Esta sentencia resumió la doctrina expresada por el Tribunal Supremo en autos anteriores, de 15 y 18 de enero de 1993 y de 27 de enero de 1993. En un comienzo se había opuesto, por el abogado defensor del Estado, una excepción de inadmisibilidad, exponiendo que el Tribunal Supremo carecía de jurisdicción para entrar a conocer del asunto pues este no estaba sujeto al Derecho administrativo, ya que el acto de nombramiento impugnado tenía el carácter de político y no de administrativo. En los autos mencionados el Tribunal llega a la conclusión que tenía jurisdicción para entrar a conocer del recurso, no obstante reconocer que el nombramiento sí tenía un carácter gubernamental, pues el nombramiento del fiscal así como sus funciones encontraban una regulación en la Carta Fundamental.

En este fallo, el Alto Tribunal reitera lo señalado a partir de la sentencia de 1987 en cuanto a que reconoce la existencia de actos de gobierno cuyo fundamento es su carácter constitucional y por ello no sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativo. También señala que dichos actos están sometidos a otros controles. La innovación viene dada porque incorpora un nuevo elemento a su doctrina y que son los

⁶⁵ MUÑOZ MACHADO, cit. (n. 28), p. 604.

denominados “conceptos jurídicamente asequibles” que de acuerdo al texto de la sentencia son aquellos por medio de los cuales la ley define los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse los actos de dirección política.⁶⁶ Cuando se enfrente a este tipo de conceptos, el Tribunal concluye que sí podrá controlar dichos elementos. Esto corresponde a lo que se ha denominado comúnmente como elementos reglados y que se encuentran expresamente mencionados en la Ley de 1998. Podríamos señalar que este nuevo concepto contribuye a dar una mayor precisión a la teoría de los actos separables, formuló el Supremo. En el caso concreto, estos conceptos eran los requisitos exigidos en el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal para poder ser nombrado como Fiscal General del Estado. En base al control de estos elementos y por defectos del procedimiento por el cual se propone al Fiscal, el Tribunal desestima la inadmisibilidad y declara la nulidad del decreto de nombramiento.

El Tribunal reconoce el paso dado en esta materia al reconocer en el fundamento primero del fallo que: *“Ciertamente, no desconocemos que esta doctrina se mueve en el límite de lo jurisdiccionalmente posible, pero incardinada, al mismo tiempo, en la importante tradición de la jurisdicción contencioso-administrativa, dirigida a reducir las inmunidades del Poder Ejecutivo, procurando que las legítimas y necesarias apreciaciones y decisiones políticas de éste se hagan efectivas dentro de los linderos previamente marcados por el Poder Legislativo”*.⁶⁷

El segundo pronunciamiento decisivo vino dado por tres Sentencias del Tribunal Supremo Español de 4 de abril de 1997, del pleno de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Se trata del caso de los denominados “papeles del CESID”. En 1986 el Consejo de Ministros acordó no desclasificar los documentos catalogados como secretos. Diez años más tarde, tres jueces investigaban presuntas actividades delictivas en la lucha contra el grupo terrorista ETA. Por ello, solicitaron al Consejo de Ministros que desclasificara determinados documentos, pero este órgano se negó en

⁶⁶ Tribunal Supremo Español, STS 28 de junio de 1994, fundamento primero, *“la vigencia de los artículos 9 y 24-1 de la Constitución nos obliga a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión”*.

⁶⁷ Tribunal Supremo Español, STS 4985/1994 de 28 de junio, fundamento primero.

Acuerdo de fecha 2 de agosto de 1996. Dicho acuerdo fue impugnado y en virtud de estas sentencias el tribunal ordena que se cancelen como materia secreta dichos documentos. Parte importante de esta sentencia se centra en analizar con detalles en su fundamentación jurídica los límites de la potestad jurisdiccional para revisar la decisión del Consejo de Ministros de no desclasificar los documentos.⁶⁸

En esta sentencia se reitera la noción de los conceptos jurídicamente asequibles al señalar que: *“si claramente establecíamos la vinculación entre los documentos, su clasificación como secretos y la seguridad del Estado, no hay razón para que no consideremos que nos sea también asequible determinar negativamente la concurrencia de elementos que o bien eliminan totalmente la afección a dicha seguridad o bien la aminoren en términos que –ponderando los intereses jurídicos en juego– nos permitan dar prevalencia, en su caso, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva invocado por los recurrentes para pedir la desclasificación”*.⁶⁹

Lo importante de esta última conclusión es que el Tribunal confronta dos bienes jurídicos: la seguridad nacional versus el derecho a la tutela judicial efectiva y cede en virtud de este último, reconociendo su trascendencia constitucional y colocando al ciudadano en centro del ordenamiento jurídico.

2.3. El control judicial del acto de gobierno y derechos fundamentales

El Tribunal Constitucional ha señalado que el control de los actos de gobierno en sede constitucional también procede cuando se afectan derechos fundamentales, todo ello de acuerdo a los principios constitucionales.⁷⁰ El recurso de amparo se presenta como la vía más idónea para alegar dicha vulneración.

El Tribunal Supremo por su parte también se refirió a esta materia en STS 7422/2003 de 24 de noviembre de 2003. En este asunto dos ayuntamientos, el de Agüimes y el de Garachico, acordaron declarar como persona *Non grata* a una empresa de telefonía. Esta interpuso el recurso

⁶⁸ LOZANO CUTANDA, Blanca, “El control judicial de los secretos de Estado: las sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID (RJ 1995, 4513 A4515)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 94, 1997, pp. 255 y ss.

⁶⁹ Tribunal Supremo Español, STS 2391/1997 de 4 de abril, fundamento séptimo.

⁷⁰ Tribunal Supremo Español, STC 220/1991 de 25 de noviembre, fundamento segundo.

contencioso contra dicho acuerdo y el Tribunal Superior de justicia de Palmas de Gran Canarias declaró su inadmisibilidad pues consideró que se trataba de una manifestación de una actividad política. La empresa afectada interpuso un recurso de casación contra ese fallo, y el Tribunal Supremo concluye que el acto impugnado no tiene ni objetiva ni subjetivamente las características que revisten los denominados actos políticos y que solo se trata de un acuerdo municipal que vulnera el derecho al honor pues no se encuentra legitimado para emitir juicios de ese tipo por el ordenamiento jurídico.

*“Los llamados actos políticos son siempre residenciables ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando vulneren derechos fundamentales, ya que estos derechos vinculan a todos los poderes públicos en sus relaciones con los ciudadanos, independientemente de la naturaleza política o no de la actividad desarrollada, y su protección corresponde, por vía sumaria y preferente, a la jurisdicción ordinaria (art. 53.2 CE) y, en vía de amparo, al Tribunal Constitucional. Y, en fin, cuando los actos exentos de control jurisdiccional afecten a derechos intereses legítimos o a situaciones jurídicas de terceros de contenido patrimonial o susceptibles de una valoración de tal naturaleza, es menester prever el resarcimiento del perjudicado por la Administración”.*⁷¹

En este pronunciamiento del Tribunal se deja claro la importancia de los derechos fundamentales cuando han sido lesionados por un acto de gobierno, aun cuando estos sean exentos de control pues en ese caso la jurisdicción contencioso-administrativa intervendrá de todas formas para determinar la indemnización que corresponda al ciudadano afectado.

3. Control judicial de los actos de gobierno en la actualidad

La jurisprudencia del Tribunal Supremo consolidada con anterioridad a la entrada en vigencia de la actual Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, influyó considerablemente en la forma en cómo la nueva norma trataría los actos políticos o de gobierno. La Ley recoge sin lugar a dudas la doctrina creada por el Tribunal Supremo en su art. 2 a) de la Ley de 1998, que recordemos, señala: “El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en

⁷¹ Tribunal Supremo Español, STS 7422/2003 de 24 de noviembre de 2003.

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

El Tribunal Supremo luego de la aprobación de la Constitución, extiende el control de los actos políticos o de gobierno, teniendo como principios rectores de su razonamiento los principios de la Constitución⁷² y después de la ley de jurisdicción de 1998, se ha visto con más libertad para controlar actos de gobierno aunque sigue manteniendo otros excluidos del control. Creemos que en ello ha contribuido el mencionado art. 2 pues el respaldo legal en esta materia es de suma importancia para la extensión del control judicial.

Con ello se logra adecuar, en esta materia, el control judicial de estos actos, con las exigencias que imponen los principios constitucionales. Por tanto, con posterioridad a la Ley de 1998 la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha presentado cambios significativos respecto de su doctrina jurisprudencial. Así, en una reciente sentencia del año 2012 expone ésta casi en los mismos términos señalados en páginas anteriores. Señala:

*“Los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo han de asumir el control que les otorga el art. 2 a), incluso frente a los actos gubernamentales de dirección política, cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse para comprobar si el Gobierno ha respetado aquellos y cumplido estos al tomar la decisión de que se trate”.*⁷³

En conclusión, y en la actualidad, la jurisdicción contencioso-administrativo cuando se le pide que conozca de un acto de gobierno, antes de declarar su falta de jurisdicción o la inadmisibilidad del recurso como ocurría antes, podrá entrar a conocer del acto y de sus características para decidir si el acto es administrativo o es político. En el primer caso el asunto no plantea problema alguno. En caso de que se llegue a la conclusión que el acto es político o de gobierno, lo que tendrá que hacer el juez es revisar si mediante conceptos jurídicos asequibles se establecieron elementos reglados. En este caso, no se podrá entrar a juzgar el núcleo de la decisión adoptada,

⁷² MUÑOZ MACHADO, cit. (n. 28), p. 606.

⁷³ Tribunal Supremo Español, STS 452/2012 de 9 de mayo de 2012.

pues esta se tomó en virtud de una potestad atribuida al autor del acto, con carácter de máxima discrecionalidad. Sin embargo, si podrán controlarse dichos elementos que corresponderán a la competencia, al procedimiento o a la causa, por lo que la jurisdicción contencioso-administrativa puede controlar su legalidad. Si se ajustan a derecho, el juez debe desestimar el recurso ya que el poder judicial “no puede invadir el ámbito de la decisión política atribuida al ejecutivo”.⁷⁴ Con posterioridad entrará en juego el control parlamentario o constitucional según corresponda.

Sólo se podrá declarar la inadmisibilidad del recurso cuando se trate de actos constitucionales o de dirección política en donde no se puedan identificar elementos reglados. Para llegar a esa conclusión el juez debe entrar a conocer el asunto para determinar las características del acto y asegurarse de que este tiene una naturaleza política y se encuentra autorizado por la Constitución.⁷⁵

Si el tribunal se enfrenta a un acto que corresponde a las materias de relaciones internacionales o relaciones entre los altos órganos del Estado el Tribunal debe declarar la inadmisibilidad del recurso sin más pues en estos casos es absolutamente aceptado por la doctrina y jurisprudencia que no existe acto administrativo y por tanto no le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa ningún tipo de control ya que carece de jurisdicción y estos actos podrán ser controlados en sede constitucional o internacional.⁷⁶

A nuestro parecer y en esta etapa, el concepto de acto de gobierno no ha desaparecido, sino que ha sido enfrentado por el Alto Tribunal estableciendo criterios de control que nos recuerdan antiguas soluciones ya planteadas por la doctrina francesa, en cuanto la técnica de control es similar a lo que ocurre cuando el tribunal debe enfrentarse al control de un acto discrecional. De esta forma se permite que estos puedan subsistir sin que ello signifique un menoscabo para las garantías, que todo Estado de Derecho debe asegurar a sus ciudadanos. El atentado contra dichas garantías, que representaba la inmunidad jurisdiccional de estos actos a principios del siglo XIX, queda hoy prácticamente reducida a nada al reconocerse el control de esta figura

⁷⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2010, p. 533.

⁷⁵ SAIZ ARNAIZ, cit. (n. 57), p. 241.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 247-251.

por los tribunales españoles en los términos expuestos. El logro del Derecho español ha sido desmentir la célebre frase del autor francés Henrion de Pansey: “Juzgar a la Administración es también administrar”.

III. CONCLUSIONES

El control judicial de los actos de gobierno en el Derecho español ha sido una materia que ha evolucionado de forma ascendente a lo largo del tiempo.

En una primera etapa que comienza con la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1888, estos actos se encontraban totalmente excluidos del control jurisdiccional al ser considerados como manifestación de la potestad discrecional, excluida a su vez de dicho control.

En la primera mitad del siglo XX y a pesar de algunas modificaciones en la legislación vigente, esta inmunidad de los actos de gobierno se mantiene, lo que se ve reforzado a su vez por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual aplica la teoría del móvil político sin generar análisis más profundos respecto de esta materia.

En la década de los cincuenta y con la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, la situación del control de los actos de gobierno se ve forzada a cambiar pues junto con establecerse un sistema de justicia administrativa radicada en tribunales especializados, se confirma la separación de los actos de gobierno de los actos discrecionales, por ser considerados los primeros una manifestación de la actividad política propiamente tal. Es esta misma ley la que perfila estos actos, requiriendo que concurra para la exclusión de su control judicial, tanto un elemento subjetivo como objetivo. Por su parte la Jurisprudencia abandona la vieja teoría del móvil político armonizando sus pronunciamientos con el nuevo tenor de la Ley de Jurisdicción. Con ello, el ámbito de inmunidad de estos actos comienza su camino a la reducción.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y los nuevos principios rectores del ordenamiento jurídico español, se impone un nuevo escenario que conlleva a cuestionar el ámbito de actuación de los actos de gobierno. Si bien la legislación contencioso-administrativa tardó más de cuatro décadas en adecuarse a las nuevas exigencias constitucionales, el trabajo de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo suplió dicho vacío creando una sólida y congruente doctrina jurisprudencial durante este periodo, cuyo

objetivo final sería conseguir, de forma paulatina y progresiva, la reducción de la inmunidad a la que se encontraban sujetos los actos de gobierno. El paso culmine en esta evolución fue el reconocimiento de dicha doctrina jurisprudencial, en la actual Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. Finalmente, podemos concluir que los actos de gobierno en el Derecho español existen, pero el ordenamiento jurídico ha encontrado una forma idónea en que estos actos puedan coexistir con el sistema constitucional de garantías y con los requerimientos que hoy impone un Estado de Derecho en pleno siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Los actos políticos del Gobierno en el Derecho Español*, Servicio Central de Publicaciones, Madrid, 1978.

BOQUERA OLIVER, José María, “Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, 40, 1963.

DUEZ, Paul, *Les actes de gouvernement*, Recueil Sirey, París, 1935.

DUEZ, Paul; DEBEYRE, Guy, *Traité de Droit Administratif*, Dalloz, París, 1952.

EMBID IRUJO, Antonio, *La justiciabilidad de los actos de gobierno*, en *Documentación Administrativa*, 220, Madrid, 1989.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *Jurisdicción Administrativa y Tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *Historia legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Iustel, Madrid, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, 38, 1962.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 16ª edición, Aranzadi, Navarra, 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 11ª edición, Civitas, Madrid, 2008.

GARRIDO CUENCA, Nuria, *El acto de gobierno: un análisis en los ordenamientos francés y español*, Cedecs, Barcelona, 1998.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II, 2ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.

LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16ª edición, Dalloz, París, 2007.

LÓPEZ GUERRA, Luis, “Funciones del Gobierno y Dirección Política”, en *Documentación Administrativa*, 215, 1988.

LOZANO CUTANDA, Blanca, “El control judicial de los secretos de Estado: las sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID (RJ 1995, 4513 A4515)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 94, 1997.

MANZANO LAGUARDA, Rafael, “La dialéctica entre la inmunidad del poder y su control jurisdiccional”, en *Jueces para la democracia*, 29, 1997.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I. El Ordenamiento jurídico*, Iustel, Madrid, 2006.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “Comentario al artículo 2 letra a) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 100, 1998.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, “Todavía seguimos hablando de los actos políticos”, en AA.VV., *La Administración pública entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2010.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “Los actos políticos del gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista de Administración Pública*, 134, 1994.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Concepto jurídico del acto político (los nuevos límites de la jurisdicción contencioso-administrativo)*, Homenaje a Nicolás Pérez Serrano, Vol. II, Reus, Madrid, 1959.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Gobierno y Administración. Una reflexión preliminar”, en *Documentación Administrativa*, 215, 1988.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, “Actos políticos, Inteligencia Nacional, y Estado de Derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, 65, 2002.

URIARTE TORREALDAY, Roberto, “La reciente jurisprudencia constitucional en materia de actos del gobierno no controlables judicialmente”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 30, 1991.