

VEINTICINCO AÑOS DE ACTOS DE GOBIERNO

FLORENTINA NAVAS CASTILLO

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. SOBRE LA EXISTENCIA DEL ACTO DE GOBIERNO: PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES. 3. LA CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA DE LA TEORÍA DEL ACTO DE GOBIERNO DURANTE LOS VEINTICINCO AÑOS DE VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. 4. A MODO DE REFLEXIÓN.

VEINTICINCO AÑOS DE ACTOS DE GOBIERNO

POR

FLORENTINA NAVAS CASTILLO

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

1. INTRODUCCIÓN

Se cumplen en estos días veinticinco años de vigencia de nuestra Constitución, circunstancia ésta que, sin duda, nos invita a reflexionar sobre el significado del XXV Aniversario de nuestra Norma Fundamental, y, por ende, sobre como ha sido vivida la relación entre la realidad normativa y la realidad fáctica del Texto Constitucional. Con tal reflexión se nos permite, por un lado, ir forjando entre todos un concepto sustancialista de Constitución, es decir una concepción integradora de la Constitución, en sentido formal, material y de carácter normativo, en definitiva, un concepto que va más allá de concebir el Texto Constitucional como norma jurídica suprema, pues es más que eso; y por otro, contribuir humildemente, y en la medida de lo que nos sea posible, al propio proceso de consolidación de nuestro sistema democrático, en tanto que, el mismo, exige «no sólo mantener «ese espíritu constitucional» de 1978, sino actualizarlo constantemente»¹.

La aprobación de la Constitución española de 1978, ha incidido sustancialmente en importantes sectores de nuestro Derecho Público;

¹ RAJOY BREY, M., «Presentación», en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978* (coord. Álvarez Conde, E.), INAP, 1998, pág. 16.

incidencia que, como no podía ser de otra manera, se ha manifestado con una especial intensidad en el ámbito de los tradicionalmente denominados actos políticos o de gobierno. Y ello, por una razón bien simple, y es que, el análisis histórico de la teoría del acto de gobierno nos demuestra el hecho de que cada sistema político ha dotado al concepto de acto de gobierno de unas características que le son propias; de tal manera, que hacen difícil, por no decir imposible, elaborar una teoría con pretensiones de generalidad que sea aplicable a todo momento y a todo lugar.

Desde tales premisas, parece, que la formulación teórica del acto de gobierno, como acto inmune al control jurisdiccional, no podrá ser la misma en un Estado Autocrático, como lo fue el que precede al fenómeno constituyente que se tradujo en el Texto de 1978, que en un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; planteándose, entonces, la necesidad de elaborar una construcción teórica general del acto de gobierno actualizada y conforme al marco constitucional en el que se inserta, en la que no sólo se lleve a cabo la revisión del concepto preconstitucional del acto de gobierno, sino que, además, permita abandonar, de una vez por todas, doctrinas que, heredadas del pasado, carecen, hoy, de todo sentido; una reformulación conceptual, a la que, a pesar, de haberse dirigido los esfuerzos de los diversos operadores jurídicos en estos veinticinco años de vida de nuestra Norma Fundamental, entendemos, que se encuentra, todavía en nuestros días, sin concluir.

2. SOBRE LA EXISTENCIA DEL ACTO DE GOBIERNO: PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES

¿Existen los actos de gobierno? La respuesta a este interrogante se ha presentado, sin duda, como uno de los aspectos más controvertidos en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, lo que, por otra parte, demuestra la propia tramitación parlamentaria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998. En cualquier caso, y por lo que a nosotros nos interesa, el problema no se centra tanto en determinar si es o no posible afirmar la existencia de los «actos de gobierno» entendida como categoría jurídica autónoma y diferenciada de los «actos administrativos», como el de verificar si, todavía hoy, la calificación política del acto conlleva su exención o no del control jurisdiccional, y todo ello, a la luz de nuestra Norma Fundamental, para lo cual deberemos tener presente las siguientes reflexiones:

A) En primer lugar, la configuración constitucional del Gobierno de la Nación como órgano primario, autónomo, complejo, en el que su Presidente ostenta, sin ningún atisbo de duda, una posición preeminente; un órgano legitimado democráticamente, de carácter bifronte, e incluso pluriforme, en tanto que al tiempo que órgano constitucional, se nos aparece como el órgano supremo de la Administración del Estado, diferenciando, a su vez, el Gobierno de la Administración, tal y como se desprende, no sólo de la rotulación del Título IV «Del Gobierno y de la Administración», sino también de los artículos 97 y 103.1 de la Carta Magna y, en consecuencia, un órgano titular de unas funciones concisamente definidas, entre las que es posible discernir la dicotomía «función de gobierno *versus* función administrativa»², afirmándose, con ello, su posición constitucional como poder y, por ende, la función de *indirizzo politico* a él encomendada; función ésta que, por lo demás, deberá ser respetada por el resto de los poderes constitucionales.

B) La segunda reflexión se desplaza a una cuestión no baladí, como lo es, el determinar si es posible inferir de nuestra Norma Fundamental la pervivencia del acto de gobierno como acto diferenciado del acto administrativo, y, por tanto, sujeto a un distinto régimen de fiscalización.

A nuestro juicio, el análisis sistemático de los artículos 103, 106.1, 97 y 108 de la Constitución, no sólo permiten sino que obligan a contestar afirmativamente a la cuestión ahora planteada, afirmación ésta avalada tanto por nuestra jurisprudencia ordinaria como constitucional³. Y ello, porque resultaría constitucionalmente improcedente aplicar el artículo 106.1 de nuestra Norma Fundamental al ejercicio de la función de dirección política que el artículo 97 CE encomienda al Gobierno, en tanto en cuanto, el mismo, limita el objeto de control jurisdiccional a «la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»; el citado precepto deberá vincularse, entonces, al control jurisdiccional de la actuación administrativa ex artículo 103.1 CE, así como a las funciones administrativas del Gobierno, es decir, al ejercicio de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria atribuidas al órgano gubernamental ex artículo 97 CE; no refiriéndose, en cambio,

² En este sentido *vid.* STC 11/1983 y 45/1990.

³ En este sentido *vid.* SSTS 29-1-1982; 24-9-1984; 3-3-1986; 9-6-1987; 2-2-1987; 2-10-1987; 15-11-1988; 13-3-1990; 25-10-1990; 4-4-1997. SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, y 196/1990, de 20 de noviembre.

a la función de dirección política del Gobierno, cuyo control y fiscalización corresponde al Congreso de los Diputados a tenor del art. 108 de la Constitución. En definitiva, entendemos que el acto de gobierno en sí mismo considerado, es decir, en cuanto a su adopción y oportunidad, no está sujeto al control jurisdiccional del orden contencioso-administrativo, sino que dicho control deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos previstos constitucionalmente, y que no son otros, que el control político parlamentario y, en su caso, el control por el Tribunal Constitucional; a los que, por otra parte, se podrían añadir otros tipos de control, como son: el control social o control difuso ejercido por la opinión pública.

C) Como tercera reflexión, advertir, que si bien es cierto, que es posible inferir de nuestra Norma Fundamental la propia existencia del acto de gobierno como acto distinto del acto administrativo, y, en consecuencia, sujeto a un distinto régimen de fiscalización; también lo es, que ello no obsta para que en cada caso concreto sea preciso analizar: si nos encontramos o no ante un acto de gobierno, si dicho acto vulnera o no derechos fundamentales, o si el mismo está sujeto al cumplimiento de determinados requisitos; pues, es entonces cuando pueden entrar en juego principios y normas constitucionales de aplicación ineludible que determinan la necesidad de una interpretación restrictiva sobre la existencia de «actos de gobierno» inmunes al control jurisdiccional. Nos estamos refiriendo, en buena lógica, al artículo 9.1 y 3 de la Carta Magna, por el que se somete a todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y, por tanto, también al Gobierno; y al artículo 24.1 CE, en el que se consagra el derecho de todas las personas a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, lo que, en principio, nos parece que choca frontalmente con la posibilidad de admitir la inmunidad jurisdiccional de la actividad política del Gobierno siempre que de ella se derive la conculcación de derechos e intereses legítimos de las personas. Por esta razón, con la promulgación de la Constitución española de 1978, se iniciará una línea jurisprudencial que, afirmando la existencia de un ámbito inmune al control jurisdiccional respecto de la actividad del Gobierno, interpretará dicha exención con carácter restrictivo, y ello, en aras de adecuar la teoría de los actos de gobierno a la Norma Constitucional.

En efecto, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a 1988 se observa una progresiva delimitación e interpretación restrictiva sobre esta categoría de actos, en la que, sin duda, supone un punto de inflexión el Auto del Pleno de la Sala Tercera, de 15 de enero de 1993, y después, la Sentencia de 28 de junio de 1994, por la que se

resuelve el recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 364/1992, de 10 de abril, de nombramiento de D. Eligio Hernández Gutiérrez como Fiscal General del Estado, invalidando el nombramiento gubernamental; evolución jurisprudencial que encontrará su punto culminante en las Sentencias de 4 de abril de 1997, y que el Tribunal Supremo detallará y completará en la Sentencia de 15 de julio del mismo año⁴. En análogo sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional, que, con el objeto de reducir las zonas inmunes a cualquier tipo de control jurisdiccional, en su Sentencia 220/1991, de 25 de noviembre, alejándose de cualquier coherencia con lo preceptuado hasta esa fecha en nuestro ordenamiento jurídico, convino en admitir la posibilidad de recurrir en amparo «actos políticos» del Ejecutivo sin necesidad de seguir el régimen procesal previsto por el artículo 43 LOTC, dando acceso directo al amparo constitucional como si de un acto parlamentario sin valor de ley se tratara, tal y como exige el art. 42 LOTC, por entender que se trata de un acto potencialmente vulnerador de un derecho fundamental constitucionalmente protegido (art. 23 CE), de naturaleza «política», respecto del que no existía a esa fecha vía jurisdiccional previa utilizable dada la incompetencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para conocer en estos casos. En conclusión, la línea jurisprudencial descrita ha supuesto un avance de primera magnitud en la configuración de la teoría del acto de gobierno en el marco de la Constitución española de 1978.

D) Como cuarta y última reflexión, indicar, como a nuestro parecer, una formulación teórica del acto de gobierno adecuada a la Constitución, no debe, en ningún caso, obviar, la nueva organización territorial del Estado diseñada por nuestra Norma Fundamental, y por ende, el surgimiento de nuevas instancias de gobierno, consecuencia, sin duda, del reconocimiento constitucional del principio de autonomía. Parece ineludible, entonces, plantearse las siguientes cuestiones: ¿es posible trasladar al ámbito autonómico la teoría del acto de gobierno? ¿Y al ámbito local?

En este orden de ideas, entendemos que será el principio de autonomía política de las nacionalidades y regiones, que se identifica con el autogobierno a tenor del art. 143 CE, el fundamento en el que es posible sustentar, en el marco de la Constitución española de 1978, la teoría del acto de gobierno en el ámbito autonómico, si bien, la

⁴ La tendencia jurisprudencial hacia la interpretación restrictiva de la categoría de los actos de gobierno ya se observa en las SSTS 24-7-1991 y 22-1-1993.

transposición real y efectiva del mismo, dependerá, en buena lógica, de cuál sea la organización institucional concreta de cada Comunidad Autónoma, consecuencia del ejercicio de su potestad de autoorganización, cuestión ésta respecto de la cual nuestra Norma Fundamental no contiene una regulación uniforme, a pesar de hacer referencia a ella en algunos de sus preceptos.

En este contexto, lo cierto, es que la estructura institucional de las Comunidades Autónomas debe ser analizada a la luz de dos principios básicos: el primero el mimetismo existente entre las dualidades Legislativo-Ejecutivo y Gobierno-Administración propias de los entes autonómicos y el constitucionalmente determinado para el Estado⁵; y el segundo, la uniformidad estatutaria que es posible vislumbrar por lo que a la regulación de los órganos de gobierno autonómicos se refiere⁶. Por lo que en una relación de proporcionalidad directa, es posible trasladar al ámbito autonómico las mismas consideraciones que, respecto de la teoría del acto de gobierno, ya se hicieran sobre el modelo estatal.

Partiendo de tales planteamientos, parece, entonces, que, en el ámbito autonómico, se configuran como órganos legitimados para producir actos políticos: el Consejo de Gobierno y su Presidente. Afirmación ésta avalada desde la Constitución al atribuir a los mismos funciones de dirección política⁷ y ratificada en sede jurisprudencial⁸.

En otro orden de ideas, y por lo que a la traslación de la teoría del acto de gobierno al ámbito local se refiere, es nuestra opinión, que «la garantía constitucional de la autonomía local condiciona la consideración de la gestión de los asuntos locales en términos no ya meramente administrativos, sino también políticos, de gobierno de los intereses locales»⁹.

En efecto, en el ámbito local se producen decisiones tales, como la aprobación de declaraciones políticas, la moción de censura, la el-

⁵ Vid. PENDÁS GARCÍA, B., «Gobierno y forma de gobierno de las Comunidades Autónomas. Reflexiones sobre el dogma de la homogeneidad y sus límites», D.A. núm.25, 1988, pág. 85; EMBID IRUJO, A., *Los Parlamentos territoriales*, Tecnos, Madrid, 1997.

⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, págs. 1084 y ss.

⁷ En este sentido *vid.* arts. 152.1, 155 y 162.1.a) de la Constitución española de 1978.

⁸ En este sentido *vid.* SSTC 196/1990 y 220/1991; STS de 20 de julio de 1987.

⁹ BARATA I MIR, J., *Los actos de gobierno en el ámbito municipal*, Tecnos, Madrid, 1999.

boración de ordenanzas o la convocatoria de consultas populares, cuya calificación de puramente administrativas es del todo dudosa, y que nos obliga, por ello, a plantear la necesidad de reflexionar acerca de si también es posible vislumbrar en el ámbito local, a la luz de la Constitución y de su normativa de desarrollo, la existencia de auténticos actos de gobierno¹⁰.

3. LA CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA DE LA TEORÍA DEL ACTO DE GOBIERNO DURANTE LOS VEINTICINCO AÑOS DE VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Como ya hemos puesto de manifiesto, con la promulgación de nuestra Norma Fundamental, se iniciará una línea jurisprudencial que, afirmando la existencia de un ámbito inmune al control jurisdiccional respecto de la actividad del Gobierno, interpretará dicha exención con carácter restrictivo. Se observa, por tanto, una tendencia que no tiene otra pretensión que la de reducir, en la medida de lo posible, las zonas inmunes a cualquier tipo de control jurisdiccional, como es propio de todo Estado de Derecho; y que, por tanto, reclama una revisión del ámbito y extensión de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; revisión, que se llevará a cabo con la aprobación de su Ley Reguladora, la Ley 29/1998, de 13 de julio.

Pero es que, además, esta tendencia tendrá, su consecuente plasmación, en la regulación legal que, sobre esta cuestión, se ha venido sucediendo, reproduciéndose en la letra de la Ley lo que en cada momento se iba consolidando, tanto en sede jurisprudencial como doctrinal, en relación con la fiscalización de los denominados actos políticos. De ahí, que con el objeto de analizar la evolución legislativa de la teoría del acto de gobierno en estos veinticinco años de vigencia de la Constitución, consideremos necesario hacer referencia a

¹⁰ Sobre el ámbito local *vid.*, entre otros, PAREJO ALFONSO, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981, y también «La autonomía local en la Constitución», en *Tratado de Derecho Municipal*, vol. I, (Muñoz Machado, S., dir.), Civitas, Madrid, 1988; GARCÍA MORILLO, J., *La configuración constitucional de la autonomía local*, Marcial Pons, Madrid, 1998; AJA FERNÁNDEZ, E., «Configuración constitucional de la autonomía local», en *Informe sobre el Gobierno Local*, (Font i Llovet, T., dir.), Ministerio de Administraciones Públicas-Fundació Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics y Locals, Madrid, 1992.

aquellas normas que, de una u otra forma, han incidido en nuestra materia objeto de estudio y reflexión.

Siguiendo con esta línea argumental, cabe mencionar, en un primer lugar, a la **Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común** (modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), en cuya Exposición de Motivos se establece:

«(...) El art. 97 de la Constitución arrumba definitivamente esta concepción y recupera para el Gobierno el ámbito político de la función de gobernar, inspirada en el principio de legitimidad democrática. Se perfilan así con nitidez los rasgos propios que definen el Gobierno y la Administración, como instituciones públicas diferenciadas y los que establecen la subordinación de la Administración a la acción política del Gobierno».

En concordancia con lo anterior, y, por entender, que una juridificación excesiva del funcionamiento del Gobierno podría introducir factores de rigidez incompatibles con la agilidad y flexibilidad más amplias de que debe disponer el Gobierno en el cumplimiento de sus altas responsabilidades de poder, la Disposición Adicional 1.^a de la citada Ley, excluirá del régimen de funcionamiento de los órganos colegiados, previsto en el Capítulo II del Título I de la misma, tanto al Consejo de Ministros como a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y los Plenos de las Corporaciones Locales.

A pesar de todo, introduce en su art. 54.a) y f), la necesidad de motivación, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, de los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, así como de los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales. Exigencia, por otra parte, que encuentra su origen en el Dictamen 1076/1991, del Consejo de Estado, sobre el Proyecto de Ley.

En otro orden de ideas, debemos hacer referencia a la **Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno**, en la que tras determinar en su Exposición de Motivos que, en la Ley «se regulan diversas formas de control de los actos del Gobierno, de conformidad con lo establecido por nuestra Constitución y por nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria, con la finalidad de garantizar el control jurídico de toda la actividad del Gobierno en el ejercicio de sus funciones»; el legislador optará por remitir la regulación de la delimitación concreta del contenido y alcance del acto de gobierno a la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Así, a tenor del art. 26 de la Ley del Gobierno de 1997:

- «1. El Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación.
2. Todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales
3. Los actos del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley Reguladora.
4. La actuación del Gobierno es impugnable ante el Tribunal Constitucional en los términos de la Ley Orgánica reguladora del mismo».

A nuestro parecer, de la dicción literal del citado precepto es posible deducir las siguientes circunstancias:

- En primer lugar, el legislador reiterando el contenido del art. 9.1 de nuestra Norma Fundamental, afirma la sujeción del Gobierno a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación, arbitrando, para ello, tres escenarios diferenciados donde residenciar el control de la misma: el ámbito del Tribunal Constitucional; el ámbito parlamentario y el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- En segundo lugar, y como consecuencia de la premisa anterior, el Legislador parte del principio del control de los actos de gobierno; lo que no significa, como igualmente se advierte del tenor del referido artículo, que dicho control deba ser ejercitado, en todo caso, por la Jurisdicción Contencioso-administrativa; abandonándose, con ello, esa concepción pretérita y trasnochada, desde los nuevos postulados del Texto Constitucional, que concibe el control ordinario como el único medio de control efectivo.
- Y por último, la impugnación de los actos de gobierno ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, deberá efectuarse de conformidad con lo dispuesto en su Ley Reguladora. De tal manera, que el control jurisdiccional del acto de gobierno queda acotado a lo que, al efecto, disponga la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Obviamente, la remisión a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, iba a poner de manifiesto, una vez más, la necesidad de adecuar el régimen legal de ésta a la letra y espíritu de la Constitución.

Los sucesivos Anteproyectos con los que se pretendió llevar a cabo la Reforma de la Jurisdicción Contenciosa (con la excepción del

Anteproyecto de 10 de diciembre de 1996), y que antecedieron al Proyecto de Ley de 1997, no sólo aludían expresa y específicamente, en su articulado, al problema del acto político, sino que, además, admitían su existencia en su condición de categoría jurídica autónoma; siendo posible vislumbrar, en los mismos, toda una pluralidad de definiciones con las que referirse a tan polémico concepto:

- Así, en el Borrador del Anteproyecto de 15 de junio de 1994 (art. 2.d), era definido como «acto de gestión política».
- Por su parte, en el Anteproyecto de 25 de diciembre de 1994 (art. 3.c), serán definidos como «la actividad no administrativa del Gobierno y en su caso de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas», adoptando, con ello, el concepto utilizado por esa línea jurisprudencial que los excluía de su conocimiento *ex art. 1* de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1956, para seguidamente completar tal definición con un sistema de lista.
- Finalmente, el Anteproyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 16 de enero de 1995, dispondría, a estos efectos, en su art. 3.c), que:

«No corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa: El control de los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas que se refieran a sus relaciones con otros órganos constitucionales y estatutarios y los dictados en el ejercicio de la función de dirección de la política interior y exterior, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo».

Ahora bien, será, sin duda, el Informe de 22 de febrero de 1995, emitido por el Consejo General del Poder Judicial, con ocasión del antepenúltimo de los Anteproyectos citados, el que inicie una interesante tendencia legislativa sobre los elementos fiscalizables del acto político en su núcleo; pues, conforme al mismo, deberán ser en todo caso controlables jurisdiccionalmente: los derechos fundamentales que se vean afectados, los elementos reglados, y la determinación de las indemnizaciones procedentes.

En este sentido se orienta el Anteproyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 10 de diciembre de 1996, que, asumiendo las manifestaciones vertidas por el Consejo General del Poder Judicial en el citado Informe; va a operar un cambio sustancial en el tratamiento del control contencioso de los «actos

políticos»; y ello, por las dos razones que ya señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 1125/1997, de 29 de mayo:

- En primer lugar, porque la norma de referencia se incluye en un artículo que define los límites positivos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo frente a la tradicional ubicación sistemática del precepto en el artículo relativo a los límites negativos de dicha jurisdicción.
- En segundo lugar, porque frente al sistema de lista, se optará por una formulación de talante innovador, que señala en términos positivos, una serie de aspectos sobre los que, en todo caso, será posible el control jurisdiccional, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto, y la determinación de las indemnizaciones procedentes.

El art. 2.a) del Proyecto de Ley de 18 de junio de 1997, antecedente directo e inmediato del art. 2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, otorgará el mismo tratamiento al control de los «actos políticos» que el establecido en el ya referido Anteproyecto de 1996.

Lo cierto, es que durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de 1997, estuvo, en todo momento, presente, la preocupación por delimitar y definir el control contencioso de los tradicionalmente denominados «actos políticos», cuestión ésta que conecta directamente con el problema de la fiscalización de la actividad gubernamental.

Como hemos podido comprobar al analizar el *iter legis* del art. 2.a) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1998, la distinción que hicieran entre «actos políticos» y «actos administrativos» los Grupos Parlamentarios Socialista, Izquierda Unida, así como el Grupo Mixto, fue, igualmente aceptada por el Grupo Parlamentario que sustentaba al Gobierno, circunscribiéndose, entonces, su discrepancia con aquéllos en la determinación de la forma de llevar a cabo su control.

Finalmente, la regulación que, del acto de gobierno, se contiene en el art. 2.a de la **Ley 29/1998, de 13 de junio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, se expresa en los siguientes términos:**

«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».

En principio, la regulación que, sobre los actos políticos, contiene la estrenada Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, merece, a nuestro juicio, una valoración positiva en su conjunto, ya que al reconocer, aun cuando sea a través de un truco de magia, la existencia de los actos políticos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, y admitir el control de dichos actos: en sus elementos reglados, cuando de ellos se derive la conculcación de derechos y libertades fundamentales y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes; hace posible la *revisión jurisdiccional de cualquier tipo de «acto político»*, sin que ello pueda suponer, en ningún caso, la asunción por los Tribunales de la opción política propiamente dicha. En definitiva, se ha llevado a la letra de la Ley lo que ya se había mantenido a nivel jurisprudencial, y se da un paso más, en tanto que se hace posible la fiscalización de zonas que todavía nuestra jurisprudencia mantenía inmunes a cualquier tipo de control, ganándose, con ello, en seguridad jurídica y, garantizándose la tutela judicial efectiva en relación con el control jurisdiccional del Poder Ejecutivo.

Ahora bien, a pesar de esta valoración positiva, cabe, a nuestro juicio, oponer, a tal regulación, las siguientes objeciones:

- En primer lugar, el legislador omite cualquier referencia a la exclusión de la competencia de la Jurisdicción para conocer del control de los denominados «actos políticos», planteando tan debatida cuestión en sentido inverso, es decir, como un supuesto de atribución de competencia, mediante la ubicación de su art. 2.a) entre los preceptos que dibujan los límites positivos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Ahora bien, aunque, en principio, de una primera lectura del art. 2.a) de la Ley, pudiera parecer que la exención es ya inexistente, la realidad es, sin lugar a dudas, otra muy distinta. Y ello, por dos ordenes de razones fundamentalmente: la primera, porque si la categoría de los actos políticos hubiera dejado de existir, la cláusula «cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos» sería innecesaria por redundante, ya que toda la actuación de naturaleza administrativa sujeta al Derecho Administrativo, se encuentra sometida al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a tenor del artículo 1 de la Ley; y en segundo lugar, porque «la referencia específica a la posibilidad de control de aspectos tales como la protección de los derechos funda-

mentales, los elementos reglados y la fijación de las indemnizaciones, parece dar a entender, a sensu contrario, que los demás aspectos de estos actos siguen sin ser fiscalizables»¹¹.

En definitiva, nos encontramos ante una regulación que, no es, ni más ni menos, que la consecuencia de un juego malabarístico, en el que por un lado, se aceptan las tesis negadoras del acto político, es decir, aquellas que niegan la propia existencia del concepto; y, por otro, se es consciente de una realidad: su incuestionable existencia fáctica; una regulación que, en consecuencia, bien pudiera plantear confusión. Consideramos, por ello, más acorde tanto con la legalidad constitucional como con la realidad jurídico-política, las enmiendas números 275, 16 y 18, formuladas por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso y del Senado, respectivamente, en las que se proponía la extensión negativa de la función jurisdiccional a los actos políticos.

- En segundo lugar, con la expresión «actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas», el legislador ha optado, claramente, por definir el acto político en función de su elemento subjetivo, es decir, en cuanto actos que emanan de unos órganos determinados: el Gobierno y los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, ante tal regulación cabe, a nuestro juicio, reflexionar sobre algunos extremos:

A) Por lo que a los **actos políticos del Gobierno de la Nación** se refiere, la letra de la Ley viene a ratificar a nivel legislativo la delimitación subjetiva que, del acto de gobierno, había sido ya perfilada en sede jurisdiccional. No obstante, encontramos en su redacción algunas imprecisiones terminológicas que pudieran plantear, sin duda, problemas exegéticos dignos de mención.

En efecto, el «Gobierno» ha sido configurado por la Ley del Gobierno de 1997, como un órgano complejo, compuesto, a su vez de otros órganos. Si partimos de tal consideración, ¿en qué sentido ha de ser entendida la referencia del artículo 2.a) al «Gobierno»? ¿qué actos deberemos entender incardinados en el ámbito del artículo 2.a LJCA?, ¿los actos de todos los órganos que conforman, según la Ley del Gobierno de 1997, al órgano Gobierno, en cuanto que son partícipes de su naturaleza?, ¿sólo los actos del «Gobierno» en su expresión colegiada plena?, ¿los actos del Presidente del Gobierno?, ¿los actos del Vicepresidente?

¹¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 146.

Para dar respuesta a los interrogantes planteados deberemos tener en cuenta dos ordenes de circunstancias: la primera, el carácter restrictivo que, la figura del acto político, posee en el marco constitucional; la segunda, un hecho indiscutible *ex constitutione*, y es que la función de dirección política corresponde, en exclusiva, al Gobierno en su actuación colegiada, al Presidente del Gobierno, y, en su caso, al Vicepresidente cuando haga las veces de aquél.

Partiendo de estos planteamientos, y de conformidad con la doctrina jurisprudencial el acto político únicamente podrá emanar, en este caso del Gobierno de la Nación en su actuación colegiada y en su condición de órgano constitucional distinto de la Administración. Por lo que, en principio, no podrá predicarse tal condición de los actos que procedan de algunos de sus órganos individualmente considerados¹².

Sin embargo, la contención de la Ley en este punto peca, a nuestro parecer, de prudente; y ello, porque como ya apuntó el Dictámen número 503/95, y reiteró de nuevo el Dictamen del Consejo de Estado 1125/1997, de 29 de mayo, al Anteproyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 10 de diciembre de 1996, existen actos de contenido genuinamente político que no necesariamente tendrían que emanar del Gobierno de la Nación. Nos estamos refiriendo, en buena lógica, a los actos que, en función de su posición constitucional propia, son dictados por el Presidente del Gobierno. Afirmación ésta, por lo demás, avalada jurisprudencialmente¹³.

B) La Ley de 1998 ha trasladado, sin duda, la teoría del acto político al **ámbito autonómico**; y ello, porque como ciertamente señala su Exposición de Motivos, al igual que el resto del ordenamiento, también el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa debe adecuarse por entero a la letra y al espíritu de la Constitución. Lo cierto, es que el Legislador de 1998 ha traído a la letra de la Ley, lo que ya había sido ratificado en sede jurisprudencial¹⁴, si bien,

¹² Vid. SSTS 3-1-1979; 13-6-1979; 3-3-1986; 9-3-1985. La jurisprudencia ha rechazado expresamente la definición de acto político: de los actos emanados de los Ministros (SSTS 20-6-1980, 3-3-1986); de los actos procedentes del Director General de Política (STS 21-4-1987), del Almirante Jefe Mayor de la Armada (STS 25-6-1986); así como de la Junta de Jefes de Estado Mayor (STS 4-4-1997).

¹³ En este sentido *vid.* STS de 24-9-1984.

¹⁴ En este sentido *vid.* SSTC 196/1990 y 220/1991; STS de 20-7-1987. Aunque el criterio manifestado por nuestra jurisprudencia ha sido favorable a la ampliación subjetiva del acto político al ámbito autonómico, existen pronunciamientos jurisprudenciales en contra de tal posibilidad, así, a título ejemplificativo, podemos citar las SSTS 13-7-1979, 28-11-1980 y 1-12-1992.

y al igual que en el supuesto anterior, también en este caso ha pecado de prudente al configurar, únicamente, como elemento subjetivo del acto político al Consejo de Gobierno autonómico, no haciendo referencia expresa, en cambio, a su Presidente, al que corresponde ex artículo 152.1 de nuestra Norma Fundamental, la dirección de aquél, la suprema representación de la respectiva Comunidad Autónoma y la ordinaria del Estado en aquella.

C) Por último, con la expresión «actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas», el legislador ha optado, desafortunadamente, a nuestro juicio, por excluir de raíz a las **Corporaciones Locales** de entre los órganos legitimados para emanar actos políticos. Decimos que desafortunadamente, porque, con dicha exclusión, el legislador, por un lado parece haberse guiado por esa primera jurisprudencia constitucional en la que se calificaba de «autonomía política» a los niveles estatal y autonómico y de «autonomía administrativa» a la que es propia del nivel local; y por otro, no ha hecho más que llevar a la letra de la Ley el criterio restrictivo que ya se había mantenido en sede jurisdiccional, como demuestran las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1985, en la que curiosamente, la causa de la inadmisibilidad no se basaría en la naturaleza del órgano que adoptó el acuerdo impugnado —Diputación Provincial—, sino en el rechazo a la teoría de los actos políticos; de 10 de febrero de 1993, en la que se recurría la designación como Juez de Paz del hijo de un Concejal que no se abstuvo en la correspondiente votación, acto éste calificado por el Tribunal Supremo como «administrativo», y, por tanto, plenamente fiscalizable; y de 26 de mayo de 1997, relativa a la impugnación del acuerdo aprobatorio de una moción de censura adoptado por un Cabildo Insular, en la que el Tribunal Supremo rechazará la calificación del acto impugnado como político «por tratarse de un acto emanado de la Administración Local».

- Finalmente, indicar, como la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1998, ha definido el acto político en su elemento subjetivo, pero no, en cambio, en su elemento material u objetivo, dejando, con ello, en manos de la jurisprudencia la labor de delimitar el contenido y el alcance del acto de gobierno. Desafortunadamente, a nuestro juicio, el Legislador parece haber optado por mantener una posición ambigua, dejando sin cubrir, en esta ocasión, una necesidad, que no es, ni más ni menos, que la de establecer una definición legal y actualizada de acto de gobierno.

4. A MODO DE REFLEXIÓN

Partiendo de las reflexiones expuestas, resulta paradójico, a nuestro juicio, que habiendo sido admitida la teoría del acto político cuando el Gobierno aparecía como un Comisionado del Parlamento en los albores de su construcción constitucional, se produzcan, en nuestros días, desde autorizadas y muy diversas tribunas, duras críticas a la misma. Por ello, si como dijera ORTEGAY GASSET, en la rebelión de las masas, «lo mejor que humanamente puede decirse de algo es que necesita ser reformado, porque ello implica que es imprescindible y que es capaz de nueva vida», parece que la interpretación del principio democrático en conexión con el acto de gobierno, no sólo plantea la necesidad de una reformulación o revisión del concepto preconstitucional del acto político, sino aún más, apostar por su adecuación al sistema diseñado por la Constitución española de 1978, e, incluso, apostar por la necesidad de su propia existencia. Lo que indefectiblemente implica, parafraseando a ORTEGAY GASSET, que los actos de gobierno son, hoy, capaces de nueva vida, como lo demuestra, sin duda, la evolución experimentada por tan debatida categoría conceptual durante los veinticinco años de vigencia de nuestra Norma Fundamental y que deberá seguir experimentando en los años venideros.