

1. Jurisprudencia comentada

Los actos de Gobierno y la jurisdicción contencioso-administrativa

I

INTRODUCCION

En Sentencia de 27 de septiembre de 1966, el Tribunal Supremo, una vez más, se ha visto en la necesidad de enfrentarse con el concepto y ámbito de los actos políticos. Ante la pretensión de los defensores de la Administración de excluir de revisión jurisdiccional buen número de actos de los órganos que integran la Administración pública, bajo el pretexto de que son actos de Gobierno, la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, en la Sentencia citada (ponencia de MANUEL CERVIA), ha reducido a sus justos límites el ámbito de este tipo de actos, cuya subsistencia ha sido tan discutida por la doctrina.

En el segundo Considerando, la Sentencia que motiva estos comentarios sienta esta doctrina: «Que, en lo que concierne al primero de dichos extremos, es de reconocer que, si bien es cierto que, según el apartado b) del artículo 2.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, "no corresponderán a la jurisdicción contencioso-administrativa... las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno"—y sin entender la cita que a continuación se hace, de los que afecten a la defensa del terri-

torio nacional, "relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando (u) organización militar", como limitativa, sino como meramente enunciativa, sin exclusividad alguna—, es igualmente indudable que el Decreto impugnado, aun estando producido por el Consejo de Ministros o Gobierno, por su naturaleza carece de aquella conceptuación, pues no constituye una medida que quepa encuadrarla entre las que son formativas del arte de dirigir a una nación para el cumplimiento de sus fines como Estado, en las que, sobre un fondo jurídico han de predominar razones de conveniencia y oportunidad, sino que su contenido y finalidad son estrictamente administrativas, ya que se contrae a regular la retribución de los funcionarios de la Administración civil del Estado, o, más concretamente aún, de uno de sus elementos, cual es el coeficiente multiplicador que deba aplicarse, para cada Cuerpo, sobre el sueldo base establecido legalmente, en cuya determinación han de estimarse, no criterios políticos o de gobierno, ni facultades de una discrecionalidad absoluta, sino las normas administrativas preestablecidas en la Base III de la Ley de 20 de julio de 1963 y en el artículo 23 de la Ley de 7 de febrero de 1964, que señalan objetivamente la titulación exigida para ingreso en el Servicio como pauta para aplicar el grado retributivo correspondiente, en cuanto a los Cuerpos genegales de la Administración; de lo que debe seguirse, no cabe acoger la inadmisibilidad propuesta, al amparo de los preceptos invocados y de conformidad con el apartado a) del artículo 82 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, ya que es de reafirmar la competencia jurisdiccional para conocer del asunto sometido a revisión contencioso-administrativa.»

Este nuevo jalón de las conquistas jurisdiccionales, en la línea de reducir al máximo la esfera de los actos excluidos de impugnación contenciosa, nos lleva una vez más al estudio de los actos políticos (1).

(1) Por nuestra parte, nos hemos ocupado del tema, con amplia referencia a la doctrina y al Derecho comparado, en *El procedimiento administrativo*, Publicaciones Abella, Madrid, 1964, págs. 73 y siguientes, y en *Derecho procesal administrativo*, 2.ª edición, Madrid, 1966. II, págs. 64 y siguientes.

II

ADMINISTRACION Y POLITICA

1. *La actividad política.*

a) La política es toda actividad humana por la que se reglamenta la comunidad, con arreglo a un plan (2), o, si se quiere, la actividad tendente a la reglamentación de la comunidad con arreglo a un plan. Existirá política tanto cuando un conjunto de hombres tratan de conquistar el Poder para llevar a cabo la reglamentación de la comunidad con arreglo a sus propias convicciones, como cuando, desde el Poder, van convirtiendo en realidad sus aspiraciones. No tiene nada de particular, por tanto, que se haya vinculado la idea de política a la de Poder (3). Porque el poder es el instrumento que el político tiene en sus manos para conformar la sociedad según sus propias convicciones.

Ahora bien, el ejercicio del Poder adopta muy diversas manifestaciones. Manifestaciones del Poder son todas y cada una de las funciones estatales (4). De aquí que surja una primera cues-

(2) CONDE: *Teoría y sistema de las formas políticas*, Madrid, 1944, en especial, págs. 78 y siguientes. Vid., también, RUIZ DEL CASTILLO: *Concepto de lo político*, «El Español», 11 marzo 1944. La política es actividad humana sobre la que puede construirse una teoría y formularse unos principios. FERNANDEZ MIRANDA: *Pedagogía y política*, RE, núm. 18, pág. 583.

(3) Como hace, entre nosotros, OLLEDO, en *Introducción a una teoría de la política*, RE, núms. 22-23, págs. 1 y siguientes, donde dice: «La superación de un concepto estatal de la política nos llevó a la estimación más comprensiva de la política desde el punto de vista sociológico, y esa vía nos ha conducido a la consideración de la política como lucha por el Poder» (página 31), si bien, después, afirma: «La actividad humana que tiende de alguna forma a asegurar mediante la existencia del Poder un orden de convivencia libre y voluntariamente aceptado—considerado legítimo—es la política» (página 34).

(4) SÁNCHEZ AGESTA: *Lecciones de Derecho político*, II, Granada, 1945, página 163. Todas las funciones del Estado—dirá POSADA—son manifestaciones de una misma dirección de su actividad: realizar el Derecho y, por su intermediario, colaborar al desarrollo de todos los intereses humanos. En *La fonction administrative de l'Etat*, «Revista de Derecho Público», tomo V, 1896, página 296. «La legislación, la justicia y la Administración son todas actividades mediante las cuales el Estado tiende a realizar su fin.» O. MAYER: *Derecho administrativo alemán* (edición esp.), Buenos Aires, 1949, I, pág. 5.

ción: ¿Hasta dónde llega la actividad política y dónde empiezan las otras funciones estatales? ¿Es posible establecer una línea diferencial clara, o, por el contrario, tal diferenciación es imposible por llegar la política hasta las últimas manifestaciones de la actividad legislativa, administrativa y jurisdiccional?

b) Esto nos lleva a considerar la relación entre política y las funciones clásicas del Estado. Y en seguida surge una diferencia capital. El paso de la política a la administración y a la jurisdicción puede ser directo, o, por el contrario, puede existir de por medio nada menos que la legislación. Las consecuencias serán radicalmente distintas. En efecto:

a') Cabe, en primer lugar, que el paso de la política a la jurisdicción y administración sea directo. Entre lo político y el Juez o el Administrador no existe una legislación. En el antiguo régimen, según SANTAMARÍA, no se puede distinguir entre política y administración. Los actos del príncipe y de sus funcionarios se extienden por un ancho campo en que es imposible diferenciar parcelas con arreglo a este criterio (5). Ello es posible, señala MURILLO, porque, de un lado, la administración no es todavía lo suficientemente complicada como para exigir una especie de fanal de aire inmóvil que preserve de huracanes políticos su delicado mecanismo; de otro, porque el mando político en manos del monarca absoluto no es aún como un Poder casi demoníaco, de cuya contaminación hay que preservar algunas posiciones de la vida pública. Por el contrario, la efusión generosa del carisma regio hasta las venillas que hoy llamaríamos administrativas del Estado, vivifica la entera actividad del Poder (6).

No hay que acudir a antecedentes tan remotos. En el panorama que nos ofrece el mundo moderno es posible encontrar ejemplos claros de esta concepción. Por citar el más característico, recordemos el significado del principio de la «legalidad revolucionaria», también llamado, a partir de la estabilización relativa a las conquistas revolucionarias, «legalidad socialista», en las democracias populares. Según aquél, todo lo que se reconoce dictado

(5) Cit. por MURILLO, en ob. cit., en nota siguiente.

(6) *Administración y política*, «Revista de Administración Pública», número 6, pag. 91.

por el interés del conjunto de trabajadores y del orden revolucionario en general, y que, por consiguiente, se encuentra reglamentado de cualquier manera, debe ser realizado contra los contraventores. Se trata de la aplicación efectiva de todo el orden jerárquico *lato sensu*, que abarca, no sólo las normas que nosotros consideramos jurídicas, sino también las instrucciones de los Ministros, de los Jefes de las ramas autónomas de la Administración, de los Presidentes de las comisiones diversas, de las decisiones de los Soviets. Y el Juez no es el órgano imparcial que decide con arreglo a Derecho, con arreglo a una Ley previa. Porque debe velar por el principio de la legalidad en el sentido señalado, por ello escoge para el caso concreto la solución que le parece más útil a la causa de la revolución. De aquí que haya podido afirmarse que no existe la distinción entre justicia y política, porque «el Juez ejerce una función declaradamente política» (7).

b') Sistema contrario es el que entre la política y la administración y la jurisdicción coloca la Ley. El instrumento esencial del político será el legislativo. Son las Leyes las que permiten conformar la comunidad con arreglo a un plan. A través de la actividad legislativa se introducirán en el Ordenamiento aquellas innovaciones que exija el plan. Para el legislador no existen trabas legales. El gobernante tiene sobre sí los principios inmutables del Derecho natural. Pero goza de la máxima libertad para dictar normas jurídicas. El Ordenamiento vigente no constituye obstáculo alguno. Puede ser derogado, modificado, reformado. Es lógico que se haya considerado esencial a la legislación la idea de «innovación» (8), y hasta que se haya querido eliminar la legislación como actividad distinta de la de gobierno, reduciendo las funciones del Estado a las tres siguientes: gobierno, administración y jurisdicción (9). Porque el legislador es—en frase de CALAMANDREI—el verdadero transformador de la política en Dere-

(7) CALAMANDREI: *Proceso e Democrazia*, Padova, 1954, pág. 51.

(8) RANELLETTI: *Principi di Diritto amministrativo*, Napoli, 1911, págs. 240 y siguientes.

(9) Cfr., entre los administrativos, GAETANO, *Tratado elemental de Derecho administrativo*, trad. L. Rodó, Santiago, 1946, pág. 30; entre los procesalistas, GUASP, prólogo a mi *Derecho procesal administrativo*, I, págs. 29 y siguientes.

cho (10). El Juez o el Administrador parten ya de unas normas positivas. Su función se reduce a obrar con arreglo a estas normas.

2. Política y legislación.

Ahora bien: ¿se agota la actividad política en la legislativa? ¿Puede admitirse como cierta la división tripartita: gobierno, administración y jurisdicción? Para responder a esta pregunta conviene no olvidar elementales consideraciones.

a) Por un lado, que para que el plan político sea realidad, para que se conforme la sociedad según el plan, no basta que éste haya plasmado en normas jurídicas. «El Derecho—se ha dicho—ha de hacerse real creando el orden jurídico; el Derecho se manifiesta por medio de las fuentes jurídicas y es realidad al organizar jurídicamente la vida social. La actividad de los hombres como creadores de las normas positivas no estará completa hasta conseguir su fin: que la vida humana quede ordenada del modo en que mejor se aproxime a la "Ley eterna"» (11).

De aquí que no pueda haber una separación neta de política y administración. No puede establecerse en un momento determinado la separación entre una y otra. Resulta imposible afirmar que en un concreto escalón de la jerarquía administrativa acaba lo político y empieza lo administrativo. Por la sencilla razón de que todas las decisiones administrativas están teñidas de un matiz político que, naturalmente, se irá atenuando a medida que el Órgano que adopta la decisión se aleja de la cúspide del Poder.

Si en el Jefe del Estado y en el Consejo de Ministros el matiz político alcanza su máxima magnitud, en los actos de un Jefe de Sección el matiz político apenas si existe.

En un reciente y sugestivo libro, que no podemos por menos de recomendar (12), se dice: «El Ministro es el Gran Padre, el

(10) *Proceso e Democrazia*, cit., pág. 54.

(11) DE CASTRO: *Derecho civil de España*, Madrid, 1955, I, pág. 487.

(12) Me refiero al libro de HENRI DEROCHÉ *Les mythes administratifs*, Presses Universitaires de France, París, 1966, donde he encontrado, una vez más, confirmación de que los hechos que recojo en mi libro *El administrado* (Madrid, 1966), no son ni mucho menos exclusivos de la Administración pública española. El panorama desalentador para el administrado se da en todos

Jefe Supremo de la Administración que participa en la verdadera fuente del Poder en el seno del Consejo de Ministros. A este nivel, poder político y administración se confunden.» Y, poco después, añade: «El Gabinete del Ministro constituye así el punto de unión de la administración y de la política. A través de él, la política penetra en la administración, se transporta y se proyecta en los textos» (13).

b) Pues bien: lo que la teoría de los actos de gobierno supone es señalar la existencia de una serie de actos emanados de los órganos administrativos que, por su acentuado matiz político, escapan de toda fiscalización jurisdiccional.

III

DOCTRINA SOBRE LOS ACTOS DE GOBIERNO

A. Teorías negativas.

Cada día está más extendida la opinión que niega toda razón de ser a la categoría de actos políticos, que nació con el único

los países, a uno y otro lado del telón de acero (o de la cortina de hierro, como también se dice).

Es más, en este precioso libro de Henri Deroche me he encontrado con que fenómenos muy comunes en España, pero para los que todavía no hemos inventado un nombre, ya lo tienen en Francia

Por ejemplo, uno de los fenómenos por mí destacados (Cfr. *El administrador*, cit., pág. 71) es el ingreso en la empresa privada del político o funcionario, como premio de los servicios prestados durante la gestión pública.

Pues bien, en Francia este fenómeno ya tiene un nombre. H. DEROCHE «en *Le mythes administratifs*, cit., pág. 294), dice: «La expresión de "pantouflage" ha llegado a ser clásica en el lenguaje administrativo, en el que significa la partida de un alto funcionario hacia un empleo retribuido del sector privado o aun del sector semipúblico.»

Dada la frecuencia del hecho, sería muy interesante utilizar, respecto de estos «administrantes» una medida análoga a la que, para los contribuyentes, ha previsto el artículo 6.º del Decreto-Ley 8/1966, de 3 de octubre. Me permito sugerir que al finalizar cada año, se publique una lista de los casos de «pantouflage» de la Administración española.

(13) H. DEROCHE: *Les mythes administratifs*, cit., págs. 79-80. De aquí que la Administración sea, formal y jurídicamente, parte de las relaciones, titular de un interés, si bien este interés sea el interés público. Si puede hablarse de una tendencia a la imparcialidad (así ALLEGRETTI, en *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padua, 1965, págs. 3 y siguientes), la imparcialidad queda en eso en una tendencia.

fin de sustraer al conocimiento de la jurisdicción administrativa de ciertas cuestiones propiamente administrativas. Particularmente en Francia, son muchos los que afirman que los llamados actos políticos o de gobierno son verdaderos actos administrativos, por lo que ninguna razón impide que puedan deducirse con relación a los mismos pretensiones ante la jurisdicción administrativa (14). Es cierto que gran parte de los Ordenamientos jurídicos reconocen la distinción; pero la doctrina y la jurisprudencia van reduciendo cada día más el núcleo de actos de gobierno (15). En realidad, la mayor o menor extensión de los

(14) En este sentido, MICHOU, *Des actes de gouvernement*, en «Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble», 1889 I, págs. 216 y siguientes; BREMOND, *Des actes de gouvernement*, en «Revista de Derecho Público», t V, 1896, págs. 23 y siguientes; MOREAU: *Manuel de Droit administratif*, París, 1903, pág. 124; BERTHELEMY: *Traité de Droit administratifs*, París, 1933, páginas 127 y 132. Vid también DUEZ: *Les actes de gouvernement*, París, 1933; GROS, *Survivance de la raison d'Etat*, París, 1933; PEQUIGNOT: *Journées juridiques et économiques Franco Suisses*, Montpellier, 1952, pág. 10.

Un completo resumen, en ZAGO: *L'atto politico nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milán, 1962.

En la doctrina reciente se ha acentuado esta tendencia, llegándose a hablar del «introuvable acte de gouvernement», como VILLARY, en «Revista de Derecho Público», 1952, págs. 317 y siguientes. Y, en todo caso, se reacciona contra la clásica distinción de dos especies de actos de gobierno—los que se referían a las relaciones internacionales y los que se referían a los diversos poderes de alta administración interna—, para afirmar que «esta segunda categoría no puede ser mantenida en la hora actual: los raros ejemplos que se citan por los autores no serían reproducidos, probablemente, en la hora actual por el Consejo de Estado». En este sentido, LIET-VEAUX: *Recours pour excès de pouvoir. Conditions de recevabilité*, JCA, fascículo 650, pág. 30. Vid también JEZE: *Contrôle juridictionnel des actes concernant les rapports internationaux*, «Revista de Derecho Público», 1945, págs. 267 y siguientes, donde se hacen interesantes consideraciones sobre el tema; y ODIENT: *Contentieux administratif*, «Les cours de Droit», París, 1954, págs. 122-126, donde todavía señala ejemplos de actos de gobierno internos en la jurisprudencia reciente. CHOUBLIER: *Les nouveaux Tribunaux administratifs*, París, 1954, página 28. En análogo sentido LAUBADÈRE, en *Manuel de Droit administratif*, 4.ª ed., París, 1955 pág. 92, todavía enumera los actos del ejecutivo en sus relaciones con las asambleas políticas y los de carácter diplomático. Cfr. también LAUBADÈRE: *Traité élémentaire de Droit administratif*, París, 1962, páginas 168-191; y ALESSI: *Principi di diritto amministrativo*, Milán, 1966, II, páginas 722-723.

En España niegan razón de ser a la distinción: GUITA: *Actos políticos y justicia administrativa*, en «Homenaje al Profesor Legaz Lacambra», Santiago, 1960; GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 38, páginas 182-183; TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA: *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1965, I, págs. 271-272.

(15) Cfr. BERCAITZ: *Proceso y procedimiento contencioso-administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 44, págs. 129-131; GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades...*, cit., págs. 180-195, y AUBY y DRAGO: *Traité de contentieux administratifs*, París, 1962, I, págs. 71-89.

actos políticos dependerá de la concepción política del Ordenamiento jurídico de que se trate (16).

En Derecho italiano, se planteó el problema de la subsistencia de la exclusión de impugnación de los actos políticos después de entrar el vigor la nueva Constitución, cuyo artículo 113 proclama la impugnabilidad de todo acto de la Administración. La doctrina parece inclinarse por la subsistencia de la exclusión y, por tanto, por la vigencia de la distinción (17).

B. *Teorías que reconocen la distinción.*

Frente a los autores que niegan toda razón de ser a la categoría de «actos de gobierno» existe un importante sector de la doctrina que considera imprescindible su mantenimiento. Entre nosotros, BOQUERA afirma: «Creemos que no es conveniente seguir afirmando que el acto político no existe; que es un puro azar de matiz técnico procesal, un simple acto administrativo exento de fiscalización jurisdiccional. Desde la perspectiva de nuestro Derecho positivo actual, dicha afirmación no es correcta ni beneficiosa para nadie» (18). Entre los autores que admiten la distinción se han formulado varias posiciones acerca de cuál es la característica que diferencia los actos de gobierno de los propiamente administrativos. Las principales son las siguientes:

(16) Si en un sistema inspirado en principios liberales, con una rígida aplicación del principio de legalidad, considerando la soberanía, como en la fórmula clásica del liberalismo, «competencia de competencias», el núcleo de actos de Gobierno será limitadísimo; por el contrario, en sistemas y épocas calificadas de «políticas», frente a las «jurídicas», su ámbito será más extenso.

(17) En este sentido, BACHELET: *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milán, 1966, págs. 64-65.

(18) En *Los orígenes de la distinción entre política y administración*, «Revista de Administración Pública», núm. 40, pág. 77.

Entre los tratadistas hispanoamericanos, BERCAITZ, en *Proceso y procedimiento contencioso-administrativo*, cit., pág. 131, afirma: «Hay una actividad esencialmente política de conducción del Estado, que aun cuando subsumida en normas constitucionales, escapa al control de legalidad por no hallarse reglada por ninguna norma de tipo legislativo. Tal la relativa a la defensa del territorio, a las relaciones internacionales, a la distribución y conducción de las fuerzas armadas, al indulto o conmutación de penas, etc. Por esto entendemos que los actos de gobierno no deben hallarse sometidos al remedio jurisdiccional contencioso-administrativo, sin perjuicio de la enumeración restrictiva del recurso de inconstitucionalidad, cuya finalidad y objeto es distinto, y del controlar político del Congreso.» Y en la propia doctrina francesa se afirma: negociar con potencias extranjeras, depositar proyectos de Ley,

1. *El móvil del acto.*

Puede considerarse clásica. Según esta posición, son los motivos los que determinarán el carácter político del acto; si se ha dictado por consideraciones de orden político, estamos en presencia del acto de gobierno. El autor más caracterizado de esta dirección es DUFOUR (19), habiendo sido acogida por la jurisprudencia francesa, si bien el Conseil d'Etat abandonó el criterio desde 1872, como también fue abandonado por el Tribunal de Conflictos. La doctrina reciente rechaza unánimemente este criterio, porque: por un lado, permitiría al Gobierno que, acudiendo a los motivos, impidiese la fiscalización jurisdiccional de actividad propiamente administrativa, y por otro en atención a que la naturaleza del acto no puede depender de los motivos que induzcan al Órgano a realizarlo. Un acto administrativo no deja de ser tal porque haya sido dictado por consideraciones de orden político (20). Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo todavía parece inspirarse en la idea del móvil en alguna decisión, como—según GARRIDO—en la Sentencia de 19 de enero de 1951 (21).

2. *El impulso o dirección.*

Para otros, lo característico de los actos de gobierno es la función de impulso, de dirección. Mientras que la Administración es acción, cuidado de los negocios del Estado en el orden establecido por la Ley y las directrices del Gobierno, el gobierno es función de iniciativa, de impulso, de dirección; es el motor, mientras la Administración es el agente transmisor. ESMEIN es uno de los

disolver la Asamblea Nacional, son realizaciones de una función distinta de la Administración. Así, PETOT, *Quelques remarques sur les notions fondamentales du Droit administratif française*, «Revue de Droit Public et de la Science Politique», 1965, pág. 393.

(19) *Traité général de Droit administratif appliqué*, 1870, V, págs. 127 y siguientes.

(20) JEZE: *Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques*, «Revista de Derecho Público», 1922, págs. 377 y siguientes.

(21) GARRIDO: *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, pág. 116.

principales defensores de esta posición (22), que ha sido criticada porque «cuando de este concepto de gobierno, muy general y también vago, se descende a determinar en qué se concreta, cuáles son actos de gobierno o políticos, las incertidumbres son graves» (23).

3. *La ejecución directa de una disposición formal de la Constitución.*

A diferencia de la administración—ejecución de una Ley ordinaria—, el gobierno es ejecución directa de una disposición formal de la Constitución (24). RANELLETTI, al criticar esta posición, señala cómo muchas Constituciones contienen disposiciones que se refieren a materia de naturaleza estrictamente administrativa, mientras que no todo lo político se encuentra recogido en los textos constitucionales (25).

4. *La naturaleza discrecional.*

Se postula como diferencia entre actos administrativos o de gobierno la naturaleza reglada o discrecional de los mismos. Reglado el acto administrativo, es discrecional el político (26). Se ha criticado porque si bien es cierto que todo acto de gobierno es, por naturaleza, discrecional, no lo es que todo acto administrativo sea reglado.

5. *La consideración de los intereses generales en su unidad.*

Para RANELLETTI es decisiva y determinante la consideración de los intereses generales en unidad; es la consideración unitaria

(22) *Eléments de Droit constitutionnel français et comparé*, Paris, 1921, I, paginas 21 y siguientes. Ya antes habían acogido esta dirección en la doctrina francesa, entre otros, AUCOC: *Conferences sur le Droit administratif*, 1885, I, número 4, págs. 34, 38 y siguientes, y DUCROQU: *Droit administratif*, I, número 32. En España sigue esta dirección, siguiendo la línea de nuestra doctrina clásica (cita a OLIVAN y ORTIZ DE ZÚÑIGA), GARCÍA OVIEDO.

(23) RANELLETTI: *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945, página 38.

(24) Entre otros, LE COURTOIS: *Théorie des actes de gouvernement*, 1945, paginas 112 y siguientes.

(25) *Teoria degli atti amministrativi*, cit., págs. 40 y siguientes.

(26) Por ejemplo, JELLINEK: *Allgemeinestaatslehre*, 1905, págs. 601 y siguientes.

de los intereses generales del Estado, en los momentos fundamentales o supremos de su vida, lo que da carácter político al acto que de aquella consideración es determinado, que en ella encuentra su causa. Es la causa la que marca el criterio diferencial decisivo; es la causa, el fin práctico del acto, lo que para RANELLETTI constituye lo esencial del acto de gobierno; no pueden ser tomados en consideración los motivos que, eventualmente, el órgano gubernativo había tenido presente al dictarlo (27). Y una vez fijada lo esencial del acto de gobierno, señala las siguientes características del mismo:

— Que es discrecional, pues si bien la Ley puede establecer la competencia del órgano para dictarlo y la forma y límites de la actividad, no puede determinarse el contenido de la acción ni de los acuerdos.

— Que no es homogéneo; puede ser acto legislativo o administrativo.

— Que ha de emanar siempre del Estado, no de otras entidades administrativas (28).

(27) *Teoria degli atti amministrativi*, cit., págs. 47 y siguientes.

(28) E incluso, dentro del Estado, parece que únicamente el Gobierno debe ser el autor de los actos de esta naturaleza. Porque «el Consejo de Ministros, en cuanto Gobierno, puede ser calificado de motor o soporte de la actividad política, mínimo del Estado, corazón político, matriz y residuo de la entera actividad estatal, "Deus ex machina" de la política; y adviértase que en este rosario o letanía no se contiene una serie de ditirambos, sino de metáforas, casi todas exactas». GASCÓN HERNÁNDEZ: *Consejo de Ministros*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», V. pág. 67. Por tanto, no es concebible un acto político de una entidad local. Cfr. MARTÍNEZ DÍAZ: *Trascendencia de al potestad discrecional en la esfera local*, en *Jornadas municipalistas en las Islas Canarias*, Las Palmas, 1957, págs. 11-13. TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, en *Comentarios*, cit., I, págs. 277-279, afirman que «el Gobierno no es el único órgano de la Administración que tiene carácter político. Lo tienen, además, todos los que, según el artículo 2.º de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, constituyen los órganos superiores de la Administración del Estado: Jefe del Estado, Comisiones delegadas, Presidentes del Gobierno y Ministros. Y aún hay otros órganos inferiores de la Administración cuyo carácter político es indudable».

En principio, es necesario insistir en que únicamente es admisible la exclusión de impugnación de aquellos actos que emanan del Consejo de Ministros.

La idea parece haber tenido acogida en alguna Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, como en la de 27 de septiembre de 1870, en que se reconoce el carácter político de un Decreto cuando «no es sólo el Ministro el que lo refrenda, sino colectivamente el Gobierno, acordado en Consejo de Ministros, como ejercitando el poder político supremo del país». Y se reitera en la jurisprudencia posterior a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa,

IV

LOS ACTOS DE GOBIERNO EN EL DERECHO ESPAÑOL

A. *Los actos de gobierno en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

Nuestra legislación procesal administrativa ha venido regulando defectuosamente la exclusión de los actos de gobierno del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 4.º, número 1, RC, decía que «corresponden señaladamente a la potestad discrecional... las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen, pertenecen al orden político o de gobierno». Es decir, si se excluía del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa los llamados «actos de gobierno», no era por no ser actos administrativos, sino porque, aun siendo «actos administrativos», eran actos «discrecionales», en los que no concurría el requisito segundo del artículo 1.º de la vieja Ley de lo contencioso-administrativo. La Ley de 28 de marzo de 1944, en su artículo 2.º, pareció mejorar algo la redacción al excluir, «como pertenecientes al orden político o de gobierno las resoluciones que la Administración dictare en aplicación y ejecución de Leyes y disposiciones referentes a...». Por último, la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa viene a regular adecuadamente al cuestión, al decir en su artículo 2.º, apartado 1, c), que no corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa «las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que

que vincula el acto político al acto emanado del Gobierno (verbigracia, Sentencias de 7 de abril de 1960 y 5 y 11 de octubre de 1961).

APELT, en *L'acte de gouvernement dans la jurisprudence et la doctrine en France et en Allemagne?*, LJCE, pág. 647, habla de los «órganos políticos supremos, y D. C. INGILLERI habla del Gobierno como elemento subjetivo del acto político en *Politica, Amministrazione e Giurisdizione amministrativa*, en «Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario», Roma, 1932, páginas 333-334.

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 si corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa». Y dicho artículo comienza diciendo que «no corresponderá, por tanto...»; es decir, por no ser administrativas, las materias enumeradas, entre las que se encuentra la citada (29).

B. *La doctrina jurisprudencial.*

Desde la entrada en vigor de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, la jurisprudencia ha ido reduciendo el ámbito de los actos de gobierno hasta dejarlo en sus justos límites. Interpretando correctamente dicha Ley, se establecen como requisitos esenciales del acto político los siguientes:

1. *Que emanen del Gobierno.*—Ya antes de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa así se había exigido. Por ejem-

(29) Es cierto que la política es toda actividad humana, por la que se reglamenta la comunidad con arreglo a un plan (CONDE: *Teoría y sistema de las formas políticas*, Madrid, 1944, en especial, págs. 78 y siguientes, y RUIZ DEL CASTILLO: *Concepto de lo político*, «El Español», 11 marzo 1944), por lo que existirá política tanto cuanto un conjunto de hombres trata de conquistar el Poder para llevar a cabo la reglamentación de la comunidad con arreglo a sus propias convicciones, como cuando desde el Poder va convirtiendo en realidad sus aspiraciones. No tiene nada de particular, por tanto, que se haya vinculado la idea de la política a la de poder (OLLERO: *Introducción a una teoría de la política*, RE, núms. 22-23, págs. 30-31). Porque el Poder es el instrumento que el político tiene en sus manos para conformar la sociedad según sus propias convicciones. De aquí que la política haya de realizarse precisamente a través de la legislación y de la administración.

Ahora bien, existe un núcleo de actos, actividad del Estado, que no puede ser calificada propiamente de legislativa o administrativa, y que también es política, y hasta, si se quiere, política por antonomasia: los llamados actos de gobierno. Pues bien, este núcleo de actos del Estado son los que escapan de toda fiscalización jurisdiccional. Es respecto de ellos como opera la discrecionalidad máxima del Estado. «La necesidad de dar con la norma de acción más congruente para cada momento, de conformidad con las circunstancias concurrentes, hacen del político un ser esencialmente ágil, flexible, vivo» L. E. PALACIOS: *La prudencia política*, RE, núm. 13, pág. 99.

«Se ha estimado por el legislador—dice PERA VERDAGUER—que tales actos 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» Cfr. *Comentarios*, cit., pág. 45.

plo, una Sentencia de 27 de septiembre de 1870 excluye de impugnación contenciosa unos Decretos en que «no es sólo el Ministro el que los refrenda, sino colectivamente el Gobierno, acordando en Consejo de Ministros, como ejercitando el Poder político supremo del país».

Quizá pudiera ampliarse la esfera de órganos de los que puede amañar un acto político, aceptando la tesis de VIRGA, al afirmar que este tipo de actos se caracteriza por dos elementos: «1) un elemento formal, constituido por el hecho de que haya emanado de órgano perteneciente al Gobierno del Estado (Presidente de la República, Consejo de Ministros, Presidente del Consejo de Ministros; 2) un elemento material, constituido por el hecho de que haya emanado en el ejercicio del poder político, que es considerado como un cuarto poder de los tres tradicionales, y en particular del administrativo» (30).

En España, aun cuando no faltan decisiones jurisprudenciales que admiten actos políticos, aunque emanan del titular de algún Departamento ministerial, va prevaleciendo la buena doctrina de negar tal carácter a los actos que no han sido adoptados «por el Gobierno». Así, Sentencia de 7 de abril de 1960. Otra Sentencia de 10 de febrero de 1962 se refiere a que sólo las disposiciones «acordadas a consecuencia de actos políticos del Gobierno pueden estimarse comprendidas en la norma excluyente contenida en el artículo 2.º, apartado b), LJ, caracterizándose por la jerarquía del órgano, pues éste ha de ser precisamente el Consejo de Ministros».

Posteriormente, se ha insistido en este carácter. Así, la Sentencia de 21 de diciembre de 1964 consagra el principio fundamental y alude al «criterio constantemente mantenido por la jurisprudencia, claramente manifestado en múltiples Sentencias, y entre ellas, en las de 26 de diciembre de 1959, 10 de febrero y 29 de octubre de 1962 y 30 de septiembre de 1963, de que los actos excluidos son únicamente los dictados por el Gobierno en

(30) VIRGA: *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica Amministrazione*, Milán, 1966, págs. 214-215. En el mismo sentido, se pronuncia BACHELET, en *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milán, 1966, pág. 65, al considerar los actos políticos como una categoría general de actos procedentes de los supremos órganos del Estado en el ejercicio de un poder distinto del propiamente administrativo. En el mismo sentido, ALESSI: *Principi di Diritto amministrativo*, Milán, 1966, II, págs. 722-723.

su unidad, o sea en Consejo de Ministros; pero no estas otras atemperadas al procedimiento de la Ley de Orden Público en la reducida esfera de una nueva sanción impuesta por la autoridad del Gobernador civil en su provincia». Y otra de 18 de febrero de 1963 afirma que para que se den las cuestiones que el artículo 2.º, b), de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, excluye de revisión jurisdiccional, es preciso que se den dos circunstancias: una, objetiva, el carácter político de la cuestión; otra, subjetiva, referente al organismo emisor de la decisión, que lo ha de ser el Gobierno, concebido como unidad de conjunto».

2. *Que, por su objeto, sean actos dictados en consideración de los intereses generales en su unidad.*—Esta concepción del acto político, que se había insinuado en alguna Sentencia anterior, adquiere consagración plena en la Sentencia comentada de 27 de septiembre de 1966, al señalar como nota específica del acto de gobierno el «arte de dirigir a una nación para el cumplimiento de sus fines como Estado, en los que, sobre un fondo jurídico, han de predominar razones de conveniencia y oportunidad», continuando la línea de la Sentencia de 7 de abril de 1960, al referir la expresión acto político «exclusivamente a asuntos trascendentales dentro del ámbito general».

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

Catedrático de Derecho Administrativo.