

I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

LOS ACTOS POLITICOS DEL GOBIERNO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (*)

Por
ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La jurisprudencia estudiada.—3. El acto político se vincula al Gobierno entendido como órgano constitucional distinto de la Administración Pública.—4. El acto político resulta del ejercicio de competencias constitucionalmente atribuidas al Gobierno.—5. El acto político se caracteriza por su máxima discrecionalidad u oportunidad.—6. La fiscalización jurisdiccional del acto de dirección política resulta posible en aquellos de sus elementos definidos legislativamente y que no afectan al fondo de la decisión gubernamental.—7. La jurisdicción contencioso-administrativa no puede controlar los actos (políticos) de relación entre poderes ni siquiera en sus elementos reglados.

1. INTRODUCCIÓN

Resulta comúnmente admitida la existencia de un sector de la actividad gubernamental no susceptible de fiscalización jurisdiccional o, más precisamente, y por referencia a nuestro ordenamiento, de imposible control por los Tribunales Contencioso-Administrativos. En un reciente escrito dedicado a la jerarquía administrativa, el profesor Alejandro NIETO se refería, en términos muy expresivos, a la indiscutible realidad del acto político: «¿Cuántas veces no han sido expulsados, por ejemplo, del mundo de la vida y del Derecho la discrecionalidad o el acto político? Pues lo mismo está sucediendo, aparentemente, con la jerarquía. No obstante, y pese a quien pese, estos muertos, ideológicamente suprimidos, siguen gozando de buena salud» (1). En sentido similar, y sin ánimo de agotar las referencias doctrinales, puede recordarse también la opinión de J. A. SANTAMARÍA, para quien la existencia de tal categoría de actos —«ante los que es inútil cerrar los ojos»— «es la evidencia misma» (2).

De la compatibilidad entre el Estado constitucional de Derecho y la ac-

(*) El presente estudio forma parte de un Proyecto de Investigación dedicado a las relaciones entre el Gobierno y la Administración financiado por la Universidad del País Vasco UPV-EHU.

(1) *La jerarquía administrativa*, «DA», núm. 229, 1992, pág. 59.

(2) *Gobierno y Administración: Una reflexión preliminar*, «DA», núm. 215, 1988, pág. 77.

tividad política excluida (en principio) del control judicial da buena muestra la actitud del Tribunal Supremo estadounidense, que en ausencia de una expresa previsión normativa de la figura se consideró incompetente para decidir sobre toda *political question* desde su trascendental sentencia en el caso *Luther v. Borden*, de 1849 (3). También en defecto de cualquier disciplina positiva, y aunque en un ámbito constitucional que poco o nada tenía que ver con el norteamericano, el acto político o de gobierno hizo su aparición en el continente europeo en la primera mitad del siglo pasado de la mano de la jurisprudencia del *Conseil d'Etat* francés en el período de la Restauración, citándose como sentencia más célebre de la época en la materia la recaída el primero de mayo de 1822 en el conocido como *affaire Laffitte* (4).

Sirva este necesariamente breve apunte histórico —que exigiría numerosas matizaciones— para insistir en un dato de sobra conocido: el acto político acompaña al Estado constitucional desde su nacimiento y ha evolucionado con el mismo de acuerdo con la interpretación judicial de su extensión y límites (5). Se trataría, en definitiva, de una más de las expresiones de la tensión entre *gubernaculum* y *jurisdictio* en el seno de dicha forma de Estado que se caracteriza, precisamente, por la limitación del gobierno, en el sentido anglosajón del término, mediante el Derecho (6).

Sin embargo, más allá de esta genérica afirmación queda todo por precisar. En cada ordenamiento los contornos del acto político poseen características propias que hacen en la práctica muy difícil (si es que resulta posible, cosa que dudo) la elaboración de una teoría con pretensiones de generalidad. La intención de las páginas que siguen es, por ello, mucho más limitada: se trata únicamente de analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo español a propósito de los *actos políticos del Gobierno* (del Estado o de alguna Comunidad Autónoma), intentando deducir de la misma

(3) Aunque incluso en su más conocido pronunciamiento en *Marbury v. Madison*, de 1803, se encuentran ya algunas de las premisas de esta doctrina jurisprudencial. Véase, al respecto, L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Nueva York, 1988, 2ª ed., págs. 96 y ss.

(4) Resulta obligada en este punto la remisión a P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, París, 1935; en concreto, para el desarrollo histórico del acto de gobierno, cfr. págs. 30-37.

(5) Recuérdese, a propósito del indiscutible y decisivo peso de la jurisprudencia en la conformación del acto político, la opinión de las denominadas teorías empíricas (HAURIOU, SALANDRA), para las cuales «la noción de acto político es científicamente inexistente en cuanto que no se deriva de una elaboración doctrinal que la hubiese delimitado con precisión, sino que es el resultado de razones de oportunidad política o de una concreta orientación jurisprudencial de los órganos de la justicia administrativas»; la cita es de J. L. CARRO, *La doctrina del acto político*, núm. 53 de esta REVISTA, 1967, págs. 96-97.

Resulta obvio afirmar que el papel de la jurisprudencia ha resultado aún más decisivo en los ordenamientos de *common law*; así, el británico (cfr., sobre los *prerogative powers*, O. HOOD PHILLIPS, *Constitutional and Administrative Law*, 7.ª ed., a cargo de O. H. PHILLIPS y P. JACKSON, Londres, 1987, págs. 262-290) y el estadounidense (véase P. STRUM, *The Supreme Court and «Political Questions»: a Study in Judicial Evasion*, The University of Alabama Press, sin lugar de edición, 1974; en particular, págs. 140 y ss.).

(6) Sobre la tensión entre *gubernaculum* y *jurisdictio* como rasgo característico del constitucionalismo desde sus orígenes, que sobrevive en la actualidad, puede consultarse Ch. H. MCILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, trad. esp., Madrid, 1991, págs. 155 y ss.

una serie de elementos que puedan servir para conformar dicha categoría. No se trata, en consecuencia, de elaborar una teoría del acto político sino, mucho más limitadamente, de estudiar uno de los elementos (el más importante, en mi opinión, junto con la jurisprudencia constitucional) que contribuyen a la misma (7), reconociendo en todo caso su valor relativo de acuerdo con el carácter dinámico que define, por naturaleza, a la actividad política y, en consecuencia, a su propio entendimiento jurisprudencial (8).

(7) Entre esos elementos ha de destacarse igualmente a la doctrina. Así, y entre otros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, se cita por su edición de 1983, págs. 50 y ss.; J. L. CARRO, *op. cit.*, en su integridad; L. SÁNCHEZ AGESTA, *Concepto jurídico del acto político*, en AA.VV., *Estudios en Homenaje al profesor PÉREZ-SERRANO*, vol. II, págs. 183-201; D. LÓPEZ GARRIDO, *Principio de legalidad versus acto político*, «RFDUCM», núm. 43, 1972, págs. 113 y ss.; M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Los actos políticos del Gobierno en el Derecho español*, Madrid, 1978, *in toto*; las contribuciones de E. ALONSO GARCÍA («El ámbito de decisión política y técnica del Gobierno exento de control jurisdiccional») y M. A. APARICIO («¿Hacia una nueva figura de actos políticos del Gobierno?») en la obra colectiva *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 1985; A. CANO MATA, *Admisión por el Tribunal Constitucional de los actos políticos o de gobierno*, «REDA», núm. 72, 1991, págs. 555-557; F. GARRIDO FALLA, *Democracia y Estado de Derecho: Sometimiento efectivo de todos los poderes a la ley*, núm. 128 de esta REVISTA, 1992, págs. 18-21; A. EMBID IRUJO, *La justiciabilidad de los actos de Gobierno*, «DA», núm. 220, 1989, págs. 19 y ss.; del mismo autor, *Actos políticos del Gobierno y actos políticos de las Cámaras parlamentarias. Reflexiones en torno a su control por la jurisdicción contencioso-administrativa*, «RCG», núm. 13, 1988, págs. 53 y ss.; ídem, *La actividad de gobierno de las entidades locales y su control jurisdiccional. Nuevas reflexiones sobre el control de la actividad de gobierno de los poderes públicos*, «REALA», núm. 258, 1993, págs. 251 y ss.; J. TORNOS, *Funzione di governo e funzione amministrativa*, en AA.VV., *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici*, Milán, 1991, págs. 59-67; E. COBREROS, *Sobre el control de los actos de gobierno. Aportaciones a una cuestión abierta*, «RVAP», núm. 31, 1991, págs. 161 y ss.; de este mismo autor, «Actos políticos y jurisdicción contencioso-administrativa», en AA.VV., *El acto y el procedimiento*, Madrid, 1993, págs. 53-85; A. PORRAS NADALES, *Actos políticos y función de dirección política*, «Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario», núm. 3, 1991, págs. 129 y ss.; P. GONZÁLEZ SALINAS, *Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno*, «REDA», núm. 79, 1993, págs. 493 y ss.; E. GARCÍA LLOVET, *Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, «REDC», núm. 36, 1992, págs. 277 y ss. Téngase igualmente presente otra bibliografía que se citará a lo largo de las próximas páginas.

(8) «Una cuestión como ésta —ha puesto de relieve EMBID IRUJO— es todo menos estática. Si cambia el ordenamiento jurídico de base, también lo pueden hacer las posturas doctrinales frente a él y, sobre todo y lo más importante, pueden variar o matizarse o abordar nuevos problemas las decisiones jurisprudenciales que sucesivamente van apareciendo y, por supuesto, las mismas actitudes de los poderes públicos» (*La actividad de gobierno...*, cit., pág. 253).

Resulta también enormemente expresiva, a propósito de la condición cambiante del concepto de acto político, la caracterización de J. P. ROCHE: «The definition of a political question can be expanded or contracted in accordion-like fashion to meet the exigences of the times. A juridical definition of the term is impossible, for at root the logic that supports it is circular: political questions are matters not soluble by the judicial process; matters not soluble by the judicial process are political questions. As an early dictionary explained, violins are small cellos, and cellos are large violins» (*Judicial Self-Restraint*, «American Political Science Review», 1955, pág. 762).

2. LA JURISPRUDENCIA ESTUDIADA

Se analizan a continuación treinta pronunciamientos del Tribunal Supremo (veintiocho Sentencias y dos Autos), todos ellos dictados tras la entrada en vigor de la Constitución y hasta la primera mitad del año 1993, en los que, en mi opinión, la doctrina del acto político —aunque no se hayan utilizado estos términos— ha tenido, en uno u otro sentido, un peso notable en la decisión del Tribunal (9). El conjunto parece conformar una tendencia jurisprudencial que, a los quince años de la primera de las sentencias estudiadas (la de 3 de enero de 1979), puede darse en buena medida por consolidada.

No quiere con ello afirmarse que las decisiones del Tribunal Supremo hayan seguido una línea absolutamente homogénea en el entendimiento y en la argumentación de lo que el acto político significa, a partir de la Constitución, para aquel Tribunal. Piénsese, por ejemplo, que en tales decisiones todavía pueden encontrarse definiciones del acto político con pretensiones de exhaustividad (10), clasificaciones de grupos de actos *ratione materiae* considerados en su totalidad como políticos (11) y remisiones al artículo 2.b) LJCA en la más tradicional de sus interpretaciones (12).

Sin embargo, no es menos cierto que se tiende, mayoritariamente, a prescindir de elementos de la teoría preconstitucional del acto político —como los recién apuntados— en la perspectiva de su adecuación a la

(9) Un estudio de esta jurisprudencia puede igualmente encontrarse en A. EMBID, *La justiciabilidad...*, cit., y, puesta al día, en *La actividad de gobierno...*, cit. También en E. COBREROS, «Actos políticos...», cit.

(10) Así, en la STS de 3 de enero de 1979, en la que se lee que «actos políticos son aquellos mediante los que los órganos superiores del Estado, mediante una actuación unitaria ejercen la función política que les ha sido atribuida o confiada y que es perfectamente diferenciable de la función administrativa»; en la de fecha 13 de junio del mismo año, en la que se identifican aquellos actos con «las grandes decisiones del Estado», y en la de 3 de marzo de 1986, donde, asumiéndose por el Tribunal Supremo los considerandos de la sentencia de la Audiencia Nacional apelada, se establece que los actos políticos son «expresión de una actuación unitaria de los Poderes del Estado». En presencia de una figura como la que aquí se estudia, proclive a evitar los catálogos y las conceptualizaciones más o menos excluyentes, la validez de las afirmaciones reproducidas se agota en el supuesto singular.

(11) En este sentido, las Sentencias de 3 de enero de 1979 y 3 de marzo de 1986, que se refieren a los actos que afectan a la defensa nacional; la STS de 21 de abril de 1987, que alude a los que inciden en la seguridad interior del Estado y a las relaciones internacionales, y el Auto de 19 de enero de 1987, en el que se asumen como políticos todos los actos del Gobierno dictados en el ejercicio de la potestad organizativa militar.

(12) En la STS de 1 de diciembre de 1992, se establece que la jurisprudencia del propio órgano «ha ido limitando tal doctrina y disposición legal, estimando que aquellos actos públicos limitados por el artículo 2, apartado b), de la ley de la jurisdicción, se reducen a los dictados por el Gobierno en su unidad y que directamente afectan a la defensa del territorio nacional, a la seguridad interior del Estado y al mando y a la organización militar» (en esta ocasión el Tribunal Supremo reproducía algunos de los fundamentos de derecho de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que era objeto de recurso en apelación). Afirmaciones casi idénticas pueden encontrarse, con anterioridad, en la STS de 9 de marzo de 1985, en la que también se recuerda por el Tribunal el carácter de *numerus apertus* de las cuestiones excluidas por el artículo 2.b) LJCA.

Norma Fundamental. Los resultados más evidentes de la nueva actitud de la jurisprudencia llegarán relativamente pronto; en concreto, se manifestarán en las, a mi juicio, importantes Sentencias de 24 de septiembre y 6 de noviembre de 1984. En ellas, por vez primera, aparecerán las referencias al ejercicio gubernamental de potestades constitucionales (24 de septiembre) y a la necesidad de enjuiciar el fondo del asunto para proceder a la eventual identificación de un acto político, evitándose así la pura y simple inadmisibilidad apriorística (6 de noviembre) (13). Ambos pronunciamientos marcarán un punto de inflexión —que todavía conocerá algunas excepciones— en la concepción judicial de los actos de dirección política que se consolidará y enriquecerá en particular mediante las Sentencias de 9 de junio, 30 de julio y 2 de octubre de 1987. El Auto de 15 de enero de 1993 y la Sentencia de 22 del mismo mes y año completarán la secuencia formulando, de modo completo y acabado (tanto como lo permite la figura del acto político), aunque sin incorporar ninguna novedad de relevancia, la posición del Tribunal Supremo a propósito de la fiscalización de aquella categoría de actos.

A partir de este momento intentaré reconstruir los elementos de la teoría del acto político tal y como pueden deducirse de la jurisprudencia posterior a 1978.

3. EL ACTO POLÍTICO SE VINCULA AL GOBIERNO ENTENDIDO COMO ÓRGANO CONSTITUCIONAL DISTINTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La interpretación de este aspecto de la teoría del acto político puede considerarse una constante incluso en la jurisprudencia anterior al propio texto constitucional (14). Únicamente el Gobierno, en su articulación cole-

(13) En esta misma Sentencia el Tribunal se refiere, también por primera vez, al principio de la división de poderes para evitar una intervención por su parte en los ámbitos de competencia gubernamental.

Un año antes, en la Sentencia de 31 de octubre, el Tribunal Supremo había aludido implícitamente a dicho principio al poner de relieve que «las atribuciones del Órgano Jurisdiccional no alcanzan, ni aun al socaire de la defensa a ultranza de los Derechos Fundamentales de la Persona, a la posibilidad de constreñir a ninguno de los poderes del Estado a una actuación positiva y determinada en cuestiones que están dentro del marco de su propia y exclusiva competencia». En esta misma decisión (por la que se inadmitió el recurso de los actores contra la denegación presunta del Gobierno a su petición de expropiación de la empresa en la que trabajaban a los efectos de garantizar sus puestos laborales), y aun reconociendo al comienzo de su argumentación que la pretensión de los recurrentes se identificaba en un acto político que «nos encuadra el tema tratado entre las cuestiones excluidas de esta jurisdicción por el artículo 2.b) de la Ley Jurisdiccional», el Tribunal se preocupó, no obstante tal calificación, de demostrar la no conculcación por el Gobierno, contrariamente al razonamiento de la parte actora, de los artículos 14 y 29 CE.

(14) La concreción del requisito subjetivo en el Gobierno o Consejo de Ministros tiene lugar, antes de la Constitución, a partir de la STS de 10 de febrero de 1962, «que constituye el punto de apoyo de las posteriores y es la que verdaderamente sienta jurisprudencia». En estos términos se expresa M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Los actos políticos del Gobierno en el Derecho español*, op. cit., pág. 33.

Con posterioridad a la Constitución véanse, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El concepto de personalidad jurídica en el derecho público*, núm. 129 de esta REVISTA, 1992, pág.

giada como Consejo de Ministros y en su condición de órgano constitucional, es susceptible de producir actos de dirección política que, en ningún caso, pueden ser resultado de la actividad de la Administración Pública por él dirigida (15).

Así, y a este respecto, el Tribunal Supremo ha insistido en la necesaria «actuación unitaria» del Gobierno (STS de 3 de enero de 1979) o en su entendimiento «en el sentido orgánico que en denominación supone» (STS de 13 de junio de 1979), identificándolo con el Consejo de Ministros «como genuino órgano del Gobierno en su unidad» (STS de 3 de marzo de 1986), del que han de emanar «los actos políticos que existan» (STS de 9 de marzo de 1985), y rechazando en todo caso la definición política de actuaciones de alguno de los ministros (SSTS de 20 de junio de 1980 y 3 de marzo de 1986) (16), del «escalón inferior» al Consejo de Ministros (STS de 9 de marzo de 1985), o de instancias manifiestamente incardinables en el ámbito de la Administración Pública (Director General de la Policía, STS de 21 de abril de 1987; Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada, STS de 25 de junio de 1986 y Auto de 19 de enero de 1987; Almirante General del Estrecho, STS de 22 de septiembre de 1986). La utilización *indistinta* de los términos Gobierno y Consejo de Ministros en toda la jurisprudencia estudiada, de la que da buena muestra la Sentencia de 22 de enero de 1993, avala la plena equiparación de ambos conceptos en orden a la producción de actos políticos.

202; L. M. DIEZ-PICAZO, *La estructura del Gobierno en el Derecho español*, «DA», núm. 15, 1988, págs. 44-46, y R. JIMÉNEZ ASENSIO, *La dirección de la Administración Pública como función del Gobierno*, «RVAP», núm. 34 (II), 1992, págs. 72-74.

(15) En general, sobre el Gobierno en el sistema constitucional español y su posición directiva (a la luz de la que deben analizarse los actos políticos) véanse, además de la obra colectiva ya citada *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, J. A. SANTAMARÍA, *Gobierno y Administración...*, cit., págs. 67 y ss.; L. LÓPEZ GUERRA, *Funciones del Gobierno y dirección política*, «DA», núm. 215, 1988, págs. 15 y ss.; del mismo autor, «La posición constitucional del Gobierno», en AA.VV., *El Gobierno y la Administración*, Madrid, 1988, vol. I, págs. 17 y ss.; J. L. CASCAJO CASTRO, *La forma parlamentaria de gobierno en el sistema constitucional español*, «RVAP», núm. 34 (II), 1992, págs. 9 y ss.; I. DE OTTO, *La posición constitucional del Gobierno*, «DA», núm. 188, 1980, págs. 172 y ss.; J. L. PÉREZ FRANCESCH, *El Gobierno*, Madrid, 1993, págs. 67 y ss., y A. SAIZ ARNAIZ, *El Gobierno y la dirección de la política*, «RVAP», núm. 34 (II), 1992, págs. 185 y ss.

(16) La STS de 24 de septiembre de 1984, que inadmitió un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un ciudadano contra el Real Decreto de 27 de agosto de 1982, de disolución de las Cortes Generales, atribuyó la condición de acto político —aunque sin utilizar el concepto ni referirse al art. 2.b) LJCA— al Decreto en cuestión, que, como se sabe, se dicta bajo la exclusiva responsabilidad del Presidente del Gobierno, *ex artículo 115.1 CE*, previa deliberación del Consejo de Ministros. A la luz de la peculiar posición que ocupa el Presidente del colegio gubernamental en el parlamentarismo diseñado por la Constitución de 1978, no parece que haya mayores dificultades teóricas para admitir que en el ejercicio de sus competencias constitucionales también el Presidente es susceptible de producir actos políticos.

En opinión de L. LÓPEZ GUERRA que aquí se comparte, la capacidad directiva gubernamental «puede corresponder, bien al Gobierno como un todo, bien a su Presidente, por prescripción constitucional» (en «El Gobierno en la Constitución de 1978», en AA.VV., *1812-1992. El arte de gobernar*, Madrid, 1992, pág. 190). En sentido concordante, A. BAR CENDÓN, *El Presidente del Gobierno en España. Encuadre constitucional y práctica política*, Madrid, 1983, págs. 185 y ss., y J. L. PÉREZ FRANCESCH, *op. cit.*, págs. 61 y ss.

Además de en la referencia a la institución Gobierno o Consejo de Ministros, el Tribunal Supremo ha insistido en el *status* de aquél como órgano constitucional diferenciado de la Administración Pública. Emblemática en este sentido resulta la STS de 9 de junio de 1987, en la que puede leerse que «la consideración de la Administración Pública como una persona jurídica, exige y, al propio tiempo, justifica la exclusión de la misma de una parte de la actividad de los Organos Superiores de tipo político. Estos Organos, especialmente el Gobierno no son sólo eventualmente Organos de la Administración Pública [...] sino que cumplen, además, otras funciones que nada tienen que ver con la Administración Pública en cuanto persona», a la vez que se afirma que «el Gobierno al igual que las Cortes es un Organos Constitucional, al que el artículo 97 de la Constitución encomienda la dirección de la política interior y exterior, la Administración Civil y Militar y la defensa del Estado». En el mismo sentido puede mencionarse la STS de 25 de octubre de 1990, en la que se alude a la condición bifronte del Consejo de Ministros como «órgano superior» de la Administración Pública y, al mismo tiempo, como sujeto titular de unas funciones encomendadas por la Constitución en las que «predomina un principio de conveniencia y oportunidad política».

4. EL ACTO POLÍTICO RESULTA DEL EJERCICIO DE COMPETENCIAS CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUIDAS AL GOBIERNO

Se trata de un elemento de la teoría del acto político íntimamente vinculado al que acabamos de analizar. La condición constitucional del órgano Gobierno significa la atribución directa e inmediata al mismo de competencias específicas en la propia Norma Fundamental en el ejercicio de las cuales se manifiesta la actividad política (17).

Para avalar esta interpretación puede citarse numerosa jurisprudencia. Ya en la Sentencia de 24 de septiembre de 1984, y antes de declarar la inadmisión por incompetencia de jurisdicción del recurso interpuesto por un ciudadano contra un Decreto de disolución de las Cortes Generales, el Tribunal se refirió al ejercicio por el Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, «de una potestad constitucionalmente reconocida en el artículo 115 de la Carta Magna». Con posterioridad, ha considerado el ejercicio de la iniciativa legislativa, explicitada en la aprobación y posterior remisión a las Cortes de un proyecto de ley, como un acto político resultado de «unas funciones específicas que la Constitución encomienda al Gobierno» (STS de 25 de octubre de 1990), o como una «función política que se manifiesta en el ejercicio de competencias del Gobierno como órgano constitucional» (STS de 10 de diciembre de 1991) y, *contrario sensu*, ha puesto de relieve cómo aquella calificación resulta im-

(17) Sobre el Gobierno como sujeto de acciones o titular de competencias directamente derivadas de la Constitución véanse, por todos, J. A. SANTAMARÍA, *Gobierno y Administración...*, cit., págs. 69-75, y L. M. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 47-53.

posible cuando la actividad que se cuestiona «no aparece derivada de la consideración del Gobierno como órgano constitucional, en cuanto que no se presenta como directamente derivada de la Constitución y supraordenada a la ley» (STS de 13 de diciembre de 1990). Siempre en este mismo sentido el Tribunal ha establecido que la denegación por el Consejo de Ministros de la autorización para la convocatoria de un referéndum de ámbito municipal «es un acto de un alto órgano constitucional que actúa en uso de su voluntad política» (STS de 22 de enero de 1993).

La relación entre Gobierno-órgano constitucional, ejercicio de actividades directamente vinculadas a la Constitución y función política (entendida como manifestación de la máxima discrecionalidad u oportunidad, a la que me referiré en el próximo epígrafe), resulta, por consiguiente, fundamental para entender la jurisprudencia sobre el acto político. De esa relación dan buena muestra las Sentencias del Tribunal Supremo en las que se ha utilizado el artículo 97 CE (solo o en compañía de otra disposición constitucional), y la función de dirección política en él conferida al Gobierno, como argumento principal para inadmitir o desestimar sendos recursos contencioso-administrativos al considerar el órgano judicial —sin aludir para nada en ninguno de los cuatro casos al artículo 2.b) LJCA— que los actos sometidos a su conocimiento eran expresión de la función gubernamental de dirección política y por ello mismo no susceptibles de fiscalización (18).

En la primera de las Sentencias a las que ahora me refiero el Tribunal, antes de concluir desestimando el recurso, sostiene «el talante absolutamente discrecional» del uso de la iniciativa legislativa por el Ejecutivo, a la que califica de actuación encuadrable «por derecho propio en el ámbito de la política interior del Estado, cuya dirección es competencia privativa del Gobierno (art. 97)» (STS de 1 de diciembre de 1986). En el segundo de estos supuestos (STS de 9 de junio de 1987), tras recordar que el Gobierno es un órgano constitucional al que el artículo 97 encomienda la dirección de la política interior y exterior, el Tribunal Supremo sostiene que la respuesta gubernamental a una solicitud de información parlamentaria es una actividad que «participa [...] de naturaleza política» y que se sitúa «en el campo de los actos de gobierno o políticos», lejos de la Administración Pública dentro de cuya «misión servicial de intereses públicos no es incardinable dicho acto» (19). En la tercera Sentencia de este grupo (STS de 2 de

(18) El entendimiento de los actos políticos como expresión de la función de dirección política es habitual en la doctrina italiana; véanse las referencias contenidas en E. GARCÍA LLOVET, *op. cit.*, pág. 282. Entre nosotros, por ejemplo, C. F. BALBÍN, «El control de los actos políticos», en AA.VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, 1991, pág. 55; O. ALZAGA, *La Constitución Española de 1978 (Comentario sistemático)*, Madrid, 1978, pág. 615; F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por el propio GARRIDO FALLA, 2.ª ed., Madrid, 1985, págs. 1369-1371, y A. SAIZ ARNAIZ, *op. cit.*, págs. 194-199.

(19) Sobre esta Sentencia pueden consultarse F. SAINZ MORENO, *Actos parlamentarios y Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, núm. 115 de esta REVISTA, 1988, en concreto págs. 245 y ss.; A. EMBID IRUJO, *Actos políticos del Gobierno...*, cit., págs. 70-71; E. COBROS, «El status parlamentario como derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2

octubre de 1987) el Tribunal diferencia con claridad en el seno del artículo 97 CE entre la función política directiva del Gobierno, de la que éste —afirma— responde solidariamente ante el Congreso de los Diputados, y la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, sujetas ambas al control de los Tribunales, para concluir, antes de declarar la inexistencia de acto susceptible de impugnación, que la definición de la cuantía de los presupuestos de cada Administración y su distribución «es una actividad netamente política» (20). En la cuarta y última de esas Sentencias que relacionan directa y expresamente el artículo 97 CE con los actos políticos, se declara por el Tribunal que el establecimiento por el Gobierno mediante Decreto del salario mínimo interprofesional, por su incidencia sobre la política económica general del Estado, «es un aspecto de la función política que por imperativo constitucional reflejado en el artículo 97 de la Constitución, compete a ese órgano estatal en su dimensión de órgano constitucional, y ajena por tanto a su posible actuación como supremo órgano de la Administración» (STS de 24 de julio de 1991), concluyéndose la inadmisión del recurso al igual que había sucedido en los dos últimos pronunciamientos referidos.

Para la identificación de la competencia gubernamental ejercida se han utilizado por parte del Tribunal Supremo, siempre que ello ha sido posible, concretas disposiciones constitucionales, afirmándose entonces la presencia de un acto político, de gestión política, de gobierno, de dirección política, de relación institucional o político-parlamentario, que tales han sido, en función de los diversos supuestos planteados, los calificativos empleados en la jurisprudencia que aquí se estudia. Así: artículo 115 (disolución de las Cortes, STS de 24 de septiembre de 1984), artículo 109 (peti-

de la Constitución», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, Madrid, 1991, vol. III, págs. 2170 y ss., y A. SAIZ ARNAIZ, *Sobre la efectividad del derecho de los parlamentarios vascos a recabar información del Gobierno autónomo*, «La Ley», núm. 1902, 1988, págs. 1-4.

Contra esta Sentencia (y los Autos de 21 de noviembre de 1987 y 25 de febrero de 1988) se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por el parlamentario autor de la solicitud de información al Gobierno Vasco. Dicho recurso fue resuelto por la STC 196/1990, de 29 de noviembre (véase la nota 20).

(20) Se trataba, en esta ocasión, de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por los Colegios de Abogados de las tres provincias de la Comunidad Autónoma Vasca contra una resolución del Consejo de Ministros que denegaba, por silencio administrativo, la reclamación por aquéllos formulada sobre dación de medios personales y materiales a la Administración de Justicia en el País Vasco.

Contra esta Sentencia del Tribunal Supremo (además de dos Autos de fecha 9 de febrero) y la propia negativa gubernamental, los actores plantearon un recurso de amparo resuelto mediante STC 45/1990, de 15 de marzo. De este pronunciamiento del Alto Tribunal, y de la STC 196/1990, aludida en la anterior nota, pueden deducirse con claridad, en palabras de E. COBREROS, dos ideas: «La primera, que existen funciones gubernamentales que no están sometidas al Derecho Administrativo o, dicho con otras palabras, que no todas las actuaciones del Gobierno son actuaciones administrativas, lo que acarrea, en consecuencia, su no sujeción a revisión por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La segunda, que si tales actuaciones gubernamentales comprometen un derecho fundamental el Tribunal tiene competencia para su conocimiento y reparación» (*Sobre el control...*, cit., pág. 166). Un comentario a la STC 45/1990 puede encontrarse en E. GARCÍA LLOVET, *Control del acto político...*, cit., que en las págs. 279-280 se refiere críticamente a la STS de 2 de octubre de 1987.

ción parlamentaria de información, SSTS de 9 de junio de 1987 y 15 de noviembre de 1988), artículos 87 y 88 (iniciativa legislativa, SSTS de 1 de diciembre de 1986, 25 de octubre de 1990 y 10 de diciembre de 1991) y artículo 124 (propuesta de nombramiento del Fiscal General del Estado, Auto de 15 de enero de 1993). Cuando ha faltado un engarce *directo* con la Constitución, entendiéndose por tal la específica previsión en la misma de una competencia gubernamental *singular* a la que fuera reconducible el acto enjuiciado, el artículo 97 se ha comportado como *título genérico* legitimador de la actuación político-directiva del Gobierno: STS de 2 de octubre de 1987 —en la que se recuerda, de modo poco claro, la competencia gubernamental y parlamentaria en materia de presupuestos (21)— y STS de 24 de julio de 1991 (donde se vincula la fijación del salario mínimo interprofesional a la política económica general del Estado) (22). En cualquier caso, e incluso a falta de toda mención al artículo 97 CE, no puede dudarse de que el contenido de su primer inciso se encuentra latente en la consideración como actos políticos del Gobierno de la devaluación de la moneda (STS de 29 de enero de 1982), la no adopción por el Consejo de Ministros de ciertas medidas expropiatorias solicitadas por unos particulares (STS de 31 de octubre de 1983), el no desarrollo de una norma de ley con evidentes implicaciones económicas (STS de 6 de noviembre de 1984, actualización de las rentas urbanas), el establecimiento de la sede de una institución en ausencia del acuerdo parlamentario legalmente previsto (STS de 30 de julio de 1987) y la no autorización de la convocatoria de un referéndum municipal (STS de 22 de enero de 1993). En ninguno de los supuestos últimamente citados falta en los considerandos o en los fundamentos de derecho de las respectivas sentencias la alusión al contenido político o absolutamente discrecional del acto enjuiciado.

Podríamos concluir estableciendo que la idea de las competencias constitucionalmente atribuidas al Gobierno como elemento de la doctrina judicial del acto político puede entenderse tanto por referencia a preceptos concretos de la Norma Fundamental en los que se singulariza una determinada potestad gubernamental, como por remisión a la genérica función directiva contenida en el artículo 97 CE; una función que ha podido ser objeto de desarrollos más o menos sectoriales por parte del legislador, concretándose así en potestades singulares, pero siempre en la óptica de la posición constitucional (directiva) del Gobierno. Sobre esta cuestión volveré inmediatamente.

(21) El Tribunal Constitucional se ha referido en varias ocasiones al Presupuesto como «instrumento de la política del Gobierno» y a la Ley de Presupuestos como «vehículo de dirección y orientación de la política económica» (así, entre otras, SSTC 27/1981, FJ 2.º; 65/1987, FJ 4.º; 76/1992, FJ 4.º).

(22) En este caso la competencia gubernamental, tal y como se acaba de mencionar, no deriva directamente de la Constitución sino del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, y además de la notable relación que existe, y la sentencia pone de manifiesto, entre el salario mínimo interprofesional y un aspecto de la política interior, como es la política económica, los criterios que define aquel Estatuto en orden al establecimiento del citado salario son, en palabras del Tribunal, «de contenido político al menos en sus efectos y significación».

5. EL ACTO POLÍTICO SE CARACTERIZA POR SU MÁXIMA DISCRECIONALIDAD
U OPORTUNIDAD (23)

Este nuevo elemento, al que también me referiré con el nombre de «politicidad» para diferenciarlo de la idea de discrecionalidad administrativa (24), no puede entenderse prescindiendo de los otros dos que acabamos de analizar, es decir, de la condición del Gobierno como órgano constitucional y del ejercicio por su parte de funciones directamente derivadas de la Norma Fundamental (25) —expresión, en última *ratio*, de su capacidad de dirección política (26)—. Se trata, seguramente, del aspecto más difícil

(23) Discrecionalidad u oportunidad, conviene aclarar desde este momento, que —a salvo de ulteriores precisiones— no van referidas a los elementos de procedimiento, competencia y forma con los que el ordenamiento jurídico pueda vincular la toma de la decisión por el Gobierno (me remito en este momento a cuanto se dirá al tratar de la fiscalización judicial de los actos de dirección política). En opinión de C. BALBÍN, *op. cit.*, pág. 41, «en principio el acto político tiene determinados elementos reglados como son: el procedimiento con respecto a su manifestación, la formación de voluntad de los órganos colegiados y el principio de publicidad. Lo discrecional es la facultad de hacer o no hacer, de decidir entre varios contenidos o de escoger el tiempo de la acción».

(24) La Ley, afirma T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «puede y debe conceder a la Administración —en los límites en que la Constitución en cada caso lo permita, que esto es otra cuestión [...]— tanta libertad como necesite para cumplir eficazmente sus complejas tareas, pero esa libertad, cualesquiera que sean los términos en que la Ley convenga darla en cada caso, vendrá siempre condicionada, en una u otra medida, por el Derecho al que la Constitución somete plenamente la actuación administrativa. Sólo la actuación específica y exclusivamente política en el sentido que también explicó hace veinticinco años GARCÍA DE ENTERRÍA, está más allá de ese sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y puede en este sentido considerarse enteramente libre en el marco, claro está, de la Constitución» («Arbitrariedad y discrecionalidad», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española...*, cit., vol. III, pág. 2305).

La politicidad a la que me refiero ha de entenderse, lógicamente, dentro del marco constitucional por cuanto el artículo 97 CE no puede, en ningún caso, devenir patente de corso que exima del sometimiento a la Constitución. De acuerdo con E. GARCÍA LLOVET, *op. cit.*, pág. 288, «libre es la voluntad política del Gobierno, como lo es la del legislador, pero sólo puede desenvolverse legítimamente desde el respeto a los límites y a las obligaciones constitucionalmente impuestas». Función de gobierno sí, en palabras de LÓPEZ GUERRA, pero no «caracterizada por su exclusión del mundo del Derecho» (en *La posición constitucional...*, cit., pág. 26).

(25) Refiriéndose al ejercicio de las competencias constitucionales del Gobierno, L. M. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 46, sostiene que «se trata de competencias inspiradas por un *telos* específicamente político, el cual determina que el ejercicio de aquéllas, más allá de los lindes de la discrecionalidad, se rija por criterios de pura oportunidad. En otras palabras, el fin, en cuanto elemento de los actos de ejercicio de dichas competencias, no viene reglado por el ordenamiento, sino que el propio ordenamiento configura esos actos como teleológicamente libres —a fin de permitir el juego político— y, por consiguiente, como insusceptibles de control causal o desviación de poder».

(26) GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH sostienen que «la dirección política (y la actuación gubernamental a través de ella) aparece como la actividad más libre de todas las que se realizan en el Estado, ya que ni la legislación ni la jurisdicción, ni tampoco la función ejecutiva que corresponde al propio Gobierno y a la Administración, tienen tales márgenes de decisión ni tales posibilidades de coordinación y combinación mediante la elección de sus formas de actuación» (*Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, dirigidos por O. ALZAGA, Madrid, 1985, vol. VIII, pág. 44).

de precisar *a priori* como integrante de la teoría del acto político. Remitirse, en estas circunstancias, «a la sensibilidad jurídica casuística propia del ejercicio de la función judicial para alcanzar un pronunciamiento individualizado que dé solución satisfactoria al concreto conflicto al que sea preciso dar una respuesta en Derecho» (Auto de 15-I-93) es, además de un reconocimiento de la complejidad del problema, una puesta en evidencia de los límites de cualquier ejercicio intelectual en el vacío, no confrontado a un supuesto de hecho concreto.

En principio, puede afirmarse que la «politicidad» se evidencia cuando el Gobierno ejerce una de las competencias que *directa y explícitamente* le confiere la Constitución. Por utilizar uno de los supuestos analizados en la jurisprudencia a la que me referiré a continuación, parece bastante claro que ninguno de los otros poderes estatales puede limitar la capacidad de iniciativa legislativa que al Gobierno le otorgan los artículos 87.1 y 88 CE, es decir, la posibilidad constitucionalmente atribuida a dicho órgano para enviar al Congreso, o no hacerlo, en el momento a su juicio más oportuno, un proyecto de ley regulando, conforme al contenido que considere más apropiado, la materia que estime necesitada de una intervención del legislador.

Cuando, por el contrario, esa misma «politicidad» se reconduce a la *previsión genérica* del artículo 97 CE resulta necesario el análisis de la norma que, desarrollando dicho título gubernamental directivo, ha atribuido una específica competencia al Gobierno, o al Consejo de Ministros, para verificar si la norma en cuestión, *respetuosa con aquel título y*, en definitiva, con la posición constitucional del Gobierno (27), garantiza el ámbito de la politicidad (28). Veamos cómo se ha reflejado en la jurisprudencia el elemento de la oportunidad política.

A este respecto las Sentencias analizadas pueden subdividirse en tres grupos (29). En el primero de ellos es el carácter reglado, vinculado, so-

(27) Cfr. L. M. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 50-51, sobre el *status* constitucional del Gobierno como límite al legislador.

(28) Como afirma A. EMBID refiriéndose a la STS de 24-VII-91 (véase *infra*, en el texto), «el acto de gobierno puede existir no sólo en ausencia de regulación jurídica de una determinada actividad —en ausencia de parámetro de legalidad—, sino también coexistir con una regulación jurídica que, en el fondo y materialmente, no construya un camino único de actuación gubernamental que pueda, por tanto, ser controlado por los Tribunales» (*La actividad de gobierno...*, cit., pág. 257).

(29) Una referencia aparte, siempre a propósito de la discrecionalidad ahora estudiada, merece la STS de 30 de julio de 1987, en la que el fundamento de un «acto político in cuestionable, de alta política» del Presidente de la Junta de Castilla-León (un Decreto por el que se fijaba la sede institucional) se hace reposar no ya en el margen de libertad decisoria de aquél sino en la condición del referido Decreto de único remedio «para superar una situación de hecho inextricable» como «medida impuesta por unas circunstancias anómalas exorbitantes». Esta sentencia, ejemplar en otra parte de su contenido, parece legitimar de este modo el acto político como remedio no vinculado por el orden jurídico para hacer frente a situaciones excepcionales o anormales, recordando pretéritas teorías poco compatibles con los fundamentos de un Estado constitucional de Derecho. A mi juicio, y compartiendo la sentencia en todo lo demás, el Tribunal podía haber evitado las consideraciones a propósito de las «inflexiones del principio de legalidad» (unas «inflexiones», insisto, difícilmente adecuables a la letra y el espíritu de nuestra norma constitucional) para llegar al mismo pronunciamiento final.

metido a parámetros definidos en normas legales de los supuestos enjuiciados, el que lleva a declarar la inexistencia de una actividad de dirección política. Así, el Tribunal Supremo rechaza la inadmisibilidad solicitada al considerar que la actuación analizada —tendente, en el supuesto concreto, a la constitución de un órgano colectivo— lo es «con arreglo a las normas preestablecidas» en un Decreto-Ley, por lo que se «realiza una actividad que generalmente viene sometida en nuestro Derecho Positivo a la revisión contencioso-administrativa» (STS de 28 de noviembre de 1980) (30). En el mismo sentido, la STS de 13 de diciembre de 1990, después de sostener que la actuación cuestionada no tenía que ver con la consideración del Gobierno como órgano constitucional al no presentarse como directamente derivada «de la Constitución y supraordenada a la ley», concluía —denegando igualmente la inadmisibilidad— la falta en aquélla de «la nota de absoluta discrecionalidad, propia de la actividad política, visto que el Estado aparece actuando a través del Consejo de Ministros y demás Ministerios citados, que desarrollan su actividad dentro de los límites reglados de la Ley 4/1986, y manifestándola como resultado de un expediente administrativo» (31). Igualmente «sujeta al Derecho Administrativo» consideró el Tribunal Supremo, en afirmación que resulta difícil de compartir, «la actuación del Presidente del Gobierno y del Ministro de Trabajo en la elaboración y firma del AES [Acuerdo Económico y Social]» (STS de 9 de marzo de 1985). En esta ocasión, amparándose en una eventual violación de derechos fundamentales como resultado de la actividad gubernamental en la negociación (32), el Tribunal, en un afán garantista digno de mejor causa, rechazó las alegaciones de inadmisibilidad basadas, entre otros motivos, en el carácter político de aquella actividad.

La segunda agrupación de Sentencias tiene que ver con la diferencia que oportunamente marca el Tribunal Supremo entre la eventual intencionalidad política de determinada decisión y la materialización concreta de ésta. La voluntad política, los fines que persigue el actor al obrar de una determinada manera, no son en ningún caso fiscalizables; no pueden serlo, entre otros motivos, ya que ni siquiera tienen por qué ser conocidos. Pero la existencia de ese elemento volitivo no convierte en actividad

(30) El acto era imputable, en esta oportunidad, a un conjunto de parlamentarios actuando para la constitución de la Junta Regional de Extremadura. En cualquier caso, y aunque no se tratara de un acto de origen gubernamental, las consideraciones aludidas en el texto sirven perfectamente para avalar la idea de máxima discrecionalidad o politicidad que aquí se sostiene.

(31) Se trataba en este caso de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Nacional del Trabajo contra un acuerdo del Consejo de Ministros sobre reintegración de parte del patrimonio sindical histórico.

(32) Hipótesis harto improbable, por no decir imposible. Resulta muy difícil imaginar cómo la negociación de un acuerdo político-social —que así se define en la sentencia citada— con empresarios y trabajadores puede llegar a provocar, en cuanto tal negociación, y sin entrar ahora en el contenido de dicho acuerdo o pacto y en el modo en que el mismo se concreta en actos administrativos o disposiciones normativas, una conculcación de algún derecho fundamental.

de dirección política toda intervención del Gobierno (33), o de los órganos a él equiparables; en otras palabras, esos actos dotados de una determinada voluntad política pueden explicitarse a través de concretas intervenciones a las que, para diferenciar de aquella actividad directiva, podríamos calificar como administrativas. En este sentido pueden recordarse dos Sentencias del Tribunal Supremo. En la primera (STS de 29 de noviembre de 1985), enjuiciando un acuerdo de la Diputación Provincial de Valladolid por el que se sustituía a los representantes de ésta en el Consejo de Administración de la Caja de Ahorros Provincial, el Tribunal, para rechazar la pretensión de inadmisibilidad del Abogado del Estado, afirma, reproduciendo los considerandos de la sentencia apelada, que «el trasfondo o intencionalidad política de una decisión Corporativa como la contemplada, no anula el carácter netamente administrativo del trámite, ni el del acto al que se incorpora». En la segunda (STS de 1 de diciembre de 1992), el Tribunal reconoce que «el impulso de la negociación» de un acuerdo entre el Gobierno de la Comunidad de Madrid y dos centrales sindicales «fue una decisión política», pero que los resultados del citado acuerdo «traspasan los límites iniciales» y lo convierten —al menos en el objeto de la *litis*— en materia susceptible de control contencioso-administrativo (34).

Dentro del tercer grupo de Sentencias al que me refería más arriba se incluirían todas aquellas en las que el Tribunal afirma la existencia de un acto de dirección política incidiendo en el argumento de la máxima discrecionalidad gubernamental o politicidad (35).

En la STS de 6 de noviembre de 1984 la libre valoración gubernamental de las «consecuencias socioeconómicas» y de los «intereses implicados» en la decisión que del Consejo de Ministros se solicita por parte de los recurrentes (actualización de las rentas de alquileres urbanos), se hace descansar en la condición de los Gobiernos como «portavoces de la voluntad preponderante en cada momento histórico, como encargados de regir este tipo de situaciones, con las medidas concretas adecuadas». En la

(33) A salvo de un indeseable, e incompatible con el Estado constitucional de Derecho, retorno a la teoría del móvil o de la causa subjetiva.

(34) En el caso concreto se declara la vulneración por el acuerdo de los artículos 14 y 28.1 CE, al haberse excluido de la participación en los procedimientos de consulta y negociación previstos en aquél a una tercera central sindical que a tenor de la normativa vigente en la materia había de incorporarse necesariamente, en función de su representatividad, a tales procedimientos.

La referencia a la condición política del «impulso de la negociación» en un acuerdo de estas características puede considerarse en alguna medida contradictoria con la sujeción al Derecho Administrativo que de la actuación de los representantes gubernamentales en la *negociación* de un pacto político-social predicó el Tribunal Supremo en su ya mencionada Sentencia de 9 de marzo de 1985 (véase *supra*, la nota 31 y el texto correspondiente).

(35) Esa vinculación entre los conceptos de dirección política y máxima discrecionalidad se pone también de relieve en la ya aludida Sentencia de 29 de noviembre de 1985, en la que el Tribunal Supremo, con una declaración que puede parecer, al menos sacada de contexto, excesivamente rotunda, sostiene que «no hay actos absolutamente discrecionales, si se entiende tal potestad como la facultad absoluta de tomar una decisión libre —exceptuados los actos políticos de gobierno—».

Sentencia de 1 de diciembre de 1986 se declara que el «talante absolutamente discrecional» de una decisión gubernamental lo es por tener «como componentes no sólo factores sustantivos, sino también otras circunstancias como la conveniencia o utilidad pública y la oportunidad», y se pone de relieve cómo aunque se dieran «plena e inequívocamente» todas las circunstancias previstas en la ley para poder acceder a la petición de los actores (derogación de una determinada normativa) nada podría obligar al Gobierno a ejercer su iniciativa legislativa para proceder a dicha derogación.

Todos los demás pronunciamientos judiciales incluidos dentro de este grupo se producen a partir de finales del año 1990, momento desde el cual el motivo de la máxima discrecionalidad u oportunidad política adquiere un peso relevante en el razonamiento judicial, explicitándose repetidamente en la argumentación de las Sentencias. Así, en la primera de esta serie, de fecha 25 de octubre de 1990, se define como uno de los elementos de la actividad política el predominio en la misma del «principio de conveniencia y oportunidad política» (36); en la de 24 de julio de 1991 se declara no susceptible de revisión judicial «la causa determinante del contenido sustantivo de la Disposición impugnada» (37), al depender la misma de unos criterios «de contenido político al menos en cuanto a sus efectos y significación»; en la de 10 de diciembre de 1991 se insiste en que el ejercicio por el Consejo de Ministros de la iniciativa legislativa «se mueve dentro de un ámbito de absoluta discrecionalidad, no fiscalizable judicialmente».

Más recientemente, en el Auto de 15 de enero de 1993, el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha reconocido la existencia en nuestro ordenamiento de actos de dirección política en los que, como en el supuesto enjuiciado, «se actúa una opción política» que la propia resolución aleja de los actos «de naturaleza exclusivamente administrativa» (38). Sólo una semana más tarde el mismo Tribunal establecía, a mi juicio en una precisa aproximación al concepto que ahora estudiamos, que la eventual autorización o denegación de un referéndum municipal «son actos de contenido político en cuanto al fondo [...], no hay en nuestro ordenamiento una vinculación al efecto de la voluntad política del Gobierno mediante elementos reglados que establezca la Ley».

La idea de la politicidad, vinculada al ejercicio por parte del Gobierno de las competencias que constitucionalmente se le atribuyen, va acompañada en algunas ocasiones de referencias al principio de la divi-

(36) A propósito de la decisión del Gobierno de remitir, o no hacerlo, un proyecto de ley a las Cortes. A esta facultad se ha referido el Tribunal Constitucional como una de las que expresan «la función de dirección política que le atribuye [al Gobierno] el mencionado artículo 97 de la Constitución» (STC 45/1990, de 15 de marzo, FJ 2.º).

(37) El Decreto por el que se fijaba el salario mínimo interprofesional.

(38) En este caso, y en mi opinión, la referencia a la máxima discrecionalidad u oportunidad gubernamental debe entenderse *ínsita* en el ejercicio de la opción política a la que el Auto se refiere. Libre opción que tendría que ver, en el supuesto de hecho estudiado, con el amplio margen que el *texto constitucional* ofrece al Gobierno para la propuesta de nombramiento del Fiscal General del Estado.

sión o separación de poderes y a la imposible ocupación por los Tribunales del ámbito de la decisión política que corresponde al Gobierno (39). Al ser el acto de que se trata, puede leerse en la STS de 6 de noviembre de 1984, «un acto de Gobierno, este Tribunal no puede sustituirlo, ordenándole lo que tiene que hacer, por respeto al principio de división de poderes, pieza clave en el edificio constitucional». Del mismo modo, la iniciativa legislativa gubernamental (STS de 25 de octubre de 1990) «no puede ser sustituida por una orden judicial» por cuanto, afirma el Tribunal remitiéndose a la «doctrina jurídica de carácter científico», «la Constitución impide que la potestad de juzgar, propia de los Jueces y Tribunales [...], se extienda e inmiscuya en las funciones reservadas constitucionalmente a los demás Poderes, lo que quebrantaría el principio de la separación e independencia recíproca», de tal manera que, en definitiva, el Tribunal Supremo «no puede, pues, constreñir al Gobierno para que ejercite la iniciativa legislativa» (40). Insistiendo igualmente en la imposible sustitución de la actividad política discrecional del Gobierno por la jurisdicción pueden mencionarse las Sentencias de 24 de julio de 1991 y 22 de enero de 1993.

6. LA FISCALIZACIÓN JUDICIAL DEL ACTO DE DIRECCIÓN POLÍTICA RESULTA POSIBLE EN AQUELLOS DE SUS ELEMENTOS DEFINIDOS LEGISLATIVAMENTE Y QUE NO AFECTAN AL FONDO DE LA DECISIÓN GUBERNAMENTAL

La postura del Tribunal Supremo a propósito del control judicial de los actos políticos se formula de modo completo en el Auto del Pleno de la Sala Tercera, de fecha 15 de enero de 1993, y en la Sentencia del día 22 del mismo mes y año (41). En ambos pronunciamientos el Tribunal asume y reelabora ordenadamente jurisprudencia anterior, conformando una teoría que en sus elementos fundamentales resulta plenamente comparable.

En pocas palabras, el criterio del máximo órgano del Poder Judicial

(39) A la división de poderes se refiere también implícitamente la STS de 31 de octubre de 1983 (véase *supra* la nota 13) y —en otro contexto— el primero de los fundamentos de derecho de la ya varias veces citada STS de 30 de julio de 1987. Su texto es el siguiente: «De lo primero que somos conscientes al enfrentarnos con el importante tema que ha sido sometido a nuestro enjuiciamiento, es de la amplitud que ha llegado a adquirir el campo de materias asignado a nuestra Jurisdicción, como culminación del proceso de perfeccionamiento del Estado de Derecho en el que el sistema de división de poderes es pieza clave, garante de libertades de los ciudadanos e impedimento para el uso arbitrario del Poder Público.» Un buen inicio para una sentencia ejemplar, como comprobaremos más adelante, desde el punto de vista de la fiscalización jurisdiccional de los actos políticos, pero que resulta poco compatible con sus propios contenidos a propósito de las inflexiones del principio de legalidad (ver nota 29).

(40) De contenido muy similar a esta sentencia, casi cuatro años antes, véase STS de 1 de diciembre de 1986.

(41) Un comentario a ambos puede encontrarse en P. GONZÁLEZ SALINAS, *Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno*, cit.

podría resumirse del siguiente modo: compete a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a solicitud de actor legitimado que invocare un derecho o interés legítimo lesionado como consecuencia de una actuación gubernamental, identificar en ésta: *a)* una intervención catalogable como política, para lo cual deberá analizar sus características a la luz del ordenamiento, y *b)* la eventual existencia en la misma de algunos elementos sometidos a parámetros legislativos. En presencia de una actividad política el Tribunal deberá abstenerse de sustituir o enmendar la voluntad discrecional del órgano gubernamental (42) y, además, habrá de comprobar la adecuación a Derecho —en tales elementos reglados— de la actuación de aquél, salvándose de este modo la politicidad decisoria o, lo que es lo mismo, el control sobre el núcleo del poder político del Gobierno. En todo lo demás, y a salvo siempre la competencia del Tribunal Constitucional, el control de los actos de dirección política corresponde a las Cortes Generales o a los Parlamentos territoriales; el control es, en tales casos, parlamentario y, por lo mismo, carente «de parámetro normativo, objetivado, indisponible, no hay razonamiento jurídico necesario. Son los principios de libertad y oportunidad los que rigen tanto la composición del parámetro como la formulación del juicio valorativo o de adecuación» (43).

Una concepción tal descansa, como resulta fácil de suponer, en el rechazo de la tradicional doctrina del acto político «como fundamento de la inadmisibilidad» (STS de 22 de enero de 1993), de modo que pronunciamientos de este tipo sólo podrán ya tener lugar en presencia de actos de dirección política en los que no sea posible identificar la existencia de elementos reglados de ningún tipo (o, como comprobaremos más adelante, cuando se trate de actos políticos de relación entre poderes) y siempre después de una convincente argumentación sobre las características del acto implicado: origen gubernamental, ejercicio de competencia constitucional, máxima discrecionalidad o politicidad. En caso contrario, y debiendo comprobar el Tribunal Supremo el sometimiento al ordenamiento jurídico por parte del Gobierno en el cumplimiento de los que venimos denominando elementos reglados, el fallo habrá de ser desestimatorio siempre que el órgano gubernamental hubiera actuado conforme a Derecho (44). La com-

(42) En este sentido, F. RUBIO LLORENTE recuerda cómo el cuestionamiento de la «visión del juez como poder en cierto sentido nulo [...] no puede llevarse hasta el extremo de convertir al juez en un poder libre, esto es, dotado de criterio y voluntad propios con los que puede sustituir el criterio y la voluntad de los órganos controlados, pues son éstos, como órganos activos y, en el más noble sentido de la palabra, políticos, los únicos legitimados para resolver con libertad en el marco de la ley» (*El control parlamentario*, «Revista Parlamentaria de Habla Hispana», núm. 1, 1985, pág. 87).

(43) En los términos de M. ARAGÓN REYES, *El control parlamentario como control político*, «RDP», núm. 23, 1986, pág. 23.

(44) La actitud del Tribunal Supremo moviéndose entre la inadmisibilidad y la desestimación, no se adecúa en todos los supuestos estudiados a cuanto se acaba de afirmar en el texto; tal parece ser, sin embargo, la postura más reciente de aquel órgano. Ha de reconocerse, en cualquier caso, que «una sentencia en cuanto al fondo que razone por qué dicha pretensión no puede ser en absoluto estimada, cumpliría las garantías del artículo 24 mucho más correctamente de lo que lo haría una desestimación sin entrar en el fondo por

patibilidad de cuanto se acaba de afirmar con el artículo 2.b) LJCA resulta más que dudosa.

En efecto, una breve estadística sobre el uso de dicha disposición a lo largo de los últimos quince años pone de manifiesto cómo en once de las Sentencias analizadas no aparece ni siquiera una sola referencia al mismo (45); en trece de ellas la excepción de inadmisibilidad argumentada en aquel precepto es rechazada por el Tribunal Supremo (46); en dos más, y en los Autos de 19 de enero de 1987 y 15 de enero de 1993, la referencia al artículo 2.b) LJCA tiene carácter de *obiter dictum* irrelevante a los efectos del fallo, por lo que podría pensarse que el Tribunal de hecho (*rectius*, en Derecho) ignora su existencia y, desde luego, no le concede ninguna trascendencia (47), y sólo en dos casos, Sentencias de 31 de octubre de 1983 y 25 de octubre de 1990, el Tribunal Supremo declara la inadmisibilidad teniendo en cuenta aquella (aunque no sólo aquella) disposición. En concreto, en la primera de ellas «por aplicación del artículo 82.c) en relación con los artículos 1 y 2.b) de la Ley Jurisdiccional»; de acuerdo con la segunda, «en base a lo dispuesto en el artículo 82.c) en relación con los artículos 37, así como con el 1 y 2.b) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción». Los datos no pueden resultar más contundentes sobre el destino que la Constitución parece haber deparado al artículo 2.b) LJCA.

La actitud jurisprudencial que ahora se estudia nace, en mi opinión, con la STS de 6 de noviembre de 1984, en la que, rechazándose uno de los

entender que pervive la doctrina de las cuestiones políticas. En cualquier caso se trata de un mero problema de forma puesto que la adecuada motivación de la noción de acto político para evitar la sentencia en cuanto al fondo cumple, a su vez, con las garantías y exigencias del artículo 24 de la misma manera que lo cumpliría una sentencia en cuanto al fondo desestimando la pretensión por entender que la Constitución dibuja aquí un ámbito de poder casi libérrimo del Gobierno o su Presidente» (E. ALONSO GARCÍA, «El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Problemas generales y acceso a los Tribunales», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española...*, cit., vol. II, págs. 998-999).

(45) Se trata de las sentencias de fecha 24 de septiembre de 1984; 1 de diciembre de 1986; 9 de junio de 1987; 30 de julio de 1987; 2 de octubre de 1987; 15 de noviembre de 1988; 13 de marzo de 1990; 13 de diciembre de 1990; 24 de julio de 1991; 10 de diciembre de 1991, y 20 de abril de 1993.

(46) En concreto, en las SSTs de 3 de enero de 1979; 13 de junio de 1979; 20 de junio de 1980; 28 de noviembre de 1980; 6 de noviembre de 1984; 9 de marzo de 1985; 28 de marzo de 1985; 29 de noviembre de 1985; 3 de marzo de 1986; 25 de junio de 1986; 22 de septiembre de 1986; 21 de abril de 1987, y 1 de diciembre de 1992. En todos los casos, excepto en la STS de 6 de noviembre de 1984, se niega la existencia de una actividad gubernamental de dirección política; en aquella sentencia se reconoce la presencia de un acto político, admitiéndose el recurso para ser ulteriormente desestimado.

En dos de estos pronunciamientos el Tribunal Supremo pone en tela de juicio la subsistencia, tras la entrada en vigor de la Constitución, del propio artículo 2.b) LJCA. Se trata de las Sentencias de fecha 29 de noviembre de 1985 y 25 de junio de 1986. Esta supervivencia ha sido también cuestionada por algunos autores; así, entre otros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, vol. I, 6.ª ed., 1993, págs. 549 y ss.; E. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 998; A. PORRAS, *Actos políticos...*, cit., pág. 130; J. L. PÉREZ FRANCESCH, *op. cit.*, pág. 144. La opinión contraria en A. EMBID IRUJO, *Actos políticos...*, cit., págs. 66-67, y, del mismo autor, *La justiciabilidad de los actos...*, cit., pág. 62.

(47) Se trata, junto con el Auto citado en el texto, de las sentencias de 29 de enero de 1982 y 22 de enero de 1993.

motivos de inadmisibilidad propuestos por el Abogado del Estado, que alegó el carácter político del acto, el Tribunal declaró que «no es posible sentar un juicio *a priori* sobre la naturaleza de dicho acto, por resultar ineludible, para alcanzar este conocimiento, entrar en el enjuiciamiento del fondo del asunto», concluyendo, precisamente, que se trataba de un «acto de Gobierno» o «acto político» insustituible por el Tribunal ante la pasividad gubernamental (48). Esta fue la primera ocasión en la que el Tribunal Supremo, no aceptando la inadmisión solicitada después de un juicio más o menos superficial sobre el acto debatido, decide enfrentarse a la cuestión del carácter efectivamente político del mismo. Pocos meses más tarde, en la Sentencia de 28 de marzo de 1985, aparecen las primeras alusiones judiciales en este ámbito a los artículos 106.1 y 24.1 CE, junto con el 103.1 de la misma (49), en el razonamiento de una Sentencia y ante una alegación de inadmisibilidad por pretenderse el carácter político del acto. Se trata, en cualquier caso, de referencias no desarrolladas que sirven al órgano judicial para estimar que un acto de la *Administración del Estado* como el que se recurría había de ser necesariamente enjuiciado por imponerlo así las mencionadas disposiciones constitucionales (50). En la STS de 29 de noviembre de 1985 se reproducen las menciones a los artículos 106.1 y 103.1 CE (51) y se citan por vez primera en este ámbito los apartados 1 y 3 del artículo 9 CE, todo ello para poner en tela de juicio la exclusión del conocimiento por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de los actos políticos del Gobierno una vez promulgada la Constitución.

Junto a la ya referida STS de noviembre de 1984, serán varios pronunciamientos emanados en 1987, y uno más de noviembre de 1988, los que contribuirán definitivamente a completar la doctrina sobre la fiscalización

(48) Se trataba, aquí, de la no emanación por el Consejo de Ministros del Decreto previsto en el artículo 100.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a los efectos de la periódica adecuación de las rentas por alquileres urbanos.

(49) A esta última disposición (en el ámbito aquí estudiado) ya se había referido sólo unas semanas antes el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de marzo en la que, por cierto, no dejó de recordar, *ex* artículo 53 CE, la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos y libertades.

(50) La actuación objeto del proceso —una negativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a incorporar a una determinada central sindical a la comisión instituida para estudiar la reforma del sistema de la seguridad social— lleva en esta ocasión al Tribunal a una argumentación poco clara en la que parecen confundirse unos «actos que, a pesar de tener naturaleza administrativa, están excluidos de impugnación jurisdiccional» con los actos políticos. En todo caso, el aspecto más relevante es, tal y como se afirma en el texto, la primera referencia al artículo 24.1 CE para rechazar la excepción de inadmisibilidad (una referencia, por cierto, que se reproduce en las Sentencias de 25 de junio y 22 de septiembre, ambas de 1986, y en el Auto de 19 de enero de 1987, para luego desaparecer hasta el importante Auto de 13 de enero de 1993). Las citas a los otros dos preceptos constitucionales sólo pueden justificarse en la Sentencia ahora analizada una vez deseada la existencia de un acto político y, en consecuencia, de una actividad gubernamental ya que tales preceptos, como se sabe, no afectan al Gobierno en su condición de órgano de dirección política.

(51) Menciones, insisto, que sólo tienen sentido si se ha descartado previamente la presencia de un acto de dirección política o, constatada la existencia de éste, por referencia a sus eventuales elementos reglados.

de los actos políticos; una doctrina que, como recordábamos con anterioridad, se formula acabadamente en el mes de enero de 1993.

En la STS de 9 de junio de 1987 el Tribunal declara la inadmisión por falta de jurisdicción —*ex art. 82.a) LJCA*— de un recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra lo que califica como «acto constitucional» y «acto de relación institucional» (52), *después de analizar las características del acto recurrido* a la luz de la Constitución y del ordenamiento autonómico vasco, por estimar la inexistencia de un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho Administrativo, remitiendo «al derecho constitucional y parlamentario» para la solución de los conflictos que de este tipo pudieran plantearse (53), a la vez que apuntaba el sometimiento de aquella actividad gubernamental al control parlamentario. En el mismo sentido, las SSTS de 2 de octubre de 1987 (54) y 15 de noviembre de 1988 entran a conocer de las características de los respectivos actos enjuiciados (55), concluyendo en ambos casos su condición política, recordándose en el primero de ellos —e insinuándose en el segundo— la eventual responsabilidad política gubernamental por este tipo de actividad y declarándose en los dos la inadmisibilidad de los recursos (56).

Es necesario en este momento, y puesto que me acabo de referir a la STS de 15 de noviembre de 1988, poner de relieve una afirmación contenida en la misma que resultará de interés más adelante. Se trata del criterio del Tribunal según el cual los actos de relación institucional entre los poderes políticos (en el caso, Gobierno y Parlamento de una Comunidad Autónoma) «no son actos administrativos y la eventual infracción de cualquier

(52) Se recurría la denegación por parte del Gobierno Vasco de la información solicitada por la Cámara autonómica a instancias de un parlamentario.

(53) Una referencia similar a ésta, en concreto al «Derecho Político Constitucional», se produce en la STS de 13 de marzo de 1990, en la que el órgano judicial considera oportunamente que es este Derecho, y no el Administrativo, el encargado de regular la iniciativa legislativa gubernamental.

(54) Resultado del recurso interpuesto por los Colegios de Abogados del País Vasco contra la resolución presuntamente denegatoria del Consejo de Ministros a su petición de dación de medios personales y materiales a la Administración de Justicia de la Comunidad Autónoma.

(55) En concreto, en la última de ellas el Tribunal Supremo afirma en su segundo fundamento de derecho: «La primera cuestión que es preciso resolver (...), es la relativa a la naturaleza de ese acto, es decir, si se trata de un verdadero acto administrativo y como tal sometido al control de los Tribunales (...), cuestión que la sentencia apelada da por sujeta al resolver el recurso, o si en realidad se trata de un acto de naturaleza distinta, que por su contenido escapa al control jurisprudencial.» El recurso versaba en esta oportunidad sobre la denegación por parte del Consejo de Gobierno de Cantabria de una información solicitada por un miembro de la Cámara regional a través de la Mesa de ésta. Resulta interesante notar que en esta ocasión la parte apelante no alega en ningún momento la falta de jurisdicción del Tribunal.

(56) En la STS de 2 de octubre de 1987, «por inexistencia de acto susceptible de impugnación» de acuerdo con lo previsto en el artículo 82.c) LJCA en relación con los artículos 1 y 37.1 de la misma y 6 de la Ley 62/78, «acordes todos ellos con lo establecido en el artículo 106.1 del texto constitucional» (referencia sorprendente cuando en la propia sentencia se sostiene la exclusión del ámbito de la actividad de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo de los actos, como el enjuiciado, «de gestión política del Gobierno»). En la de 15 de noviembre de 1988, «por aplicación "a contrario" del artículo 1.º» de la LJCA al estimarse la existencia de un acto político.

ra de sus elementos reglados no puede someterse al control de los Tribunales sin desplazar a éstos la decisión en una materia cuyo contenido es exclusivamente político o si se quiere político parlamentario» (57). En estos supuestos, por lo tanto, ni siquiera la observancia de los elementos formales o procedimentales del acto político-parlamentario definidos normativamente pueden ser objeto de fiscalización judicial.

Finalmente, y por lo que se refiere a este grupo de importantes Sentencias, hay que tratar de la de 30 de julio de 1987. En este caso, en el que el Tribunal Supremo justifica la emanación del acto político en virtud de una «situación de hecho inextricable» y unas «circunstancias exorbitantes» (58), lo que hace el órgano judicial es comprobar la existencia de tales circunstancias y situación para, en virtud de las mismas, legitimar la intervención gubernamental decidiendo a propósito de la ubicación de una sede institucional. Por lo tanto, podría concluirse, si la excepcionalidad sirve *per se* para explicar un acto de dirección política —y así sucede en esta ocasión—, es competencia del Tribunal verificar el supuesto de hecho para certificar la efectiva presencia de la situación excepcional.

Es precisamente en esta Sentencia de 30 de julio de 1987 donde el Tribunal Supremo explicita por vez primera su teoría de la separación del fondo del acto de los elementos no políticos para someter estos últimos a control. Lo hace, sin referirse en ningún momento a disposición alguna de la Constitución o de la propia Ley Jurisdiccional, tras justificar su consideración del acto residenciado como «de alta política» fruto —tal y como acabamos de mencionar más arriba— de «unas circunstancias anómalas exorbitantes», y concluyendo su argumentación del siguiente modo: «Para resumir diremos que, si por un lado hemos declarado el contenido del Decreto de que se trata de contenido político, ajeno al campo de nuestra jurisdicción, por otro, no hemos ahorrado esfuerzos en analizar la justificación del procedimiento seguido, y de la competencia del órgano que lo emitió, sirviéndonos para ello de la técnica de los actos separables, respecto del contenido y del fondo de la cuestión, para, de este modo, dar respuestas suficientes a las alegaciones y a las expectativas que todo proceso despierta en quienes recurren a él».

Este preciso corte teórico entre los elementos del acto de dirección política se reproduce (59) en la STS de 24 de julio de 1991, en la que el Tribunal se manifestó en los siguientes términos (60): «La excepción ha de ser estimada si se tiene en cuenta que la impugnación no se refiere a los as-

(57) La cursiva es mía.

(58) Véase la crítica a este aspecto de la sentencia en la nota 29.

(59) Recuérdese que también en la Sentencia de 15 de noviembre de 1988 el Tribunal se refiere a los *elementos reglados*, si bien en dicha ocasión para, en virtud de la naturaleza del acto (de relación entre poderes), rechazar su propia competencia.

(60) Aludiendo a la pretensión de inadmisibilidad, por considerar el acto como político, planteada por el Abogado del Estado contra el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la UGT contra el Decreto del Gobierno que fijaba el salario mínimo interprofesional.

pectos procedimentales o de competencia en la elaboración del Decreto, que, como reglados, serían susceptibles de revisión judicial desde perspectivas jurídicas.» En esta ocasión, por cierto, el Tribunal no se detiene en el análisis de aquellos aspectos, sobre cuya corrección no parecen haber dudas tras la lectura de la sentencia.

Los datos hasta aquí recogidos, dispersos en las varias Sentencias analizadas, se refunden, ordenan y exponen sistemáticamente en el Auto de la Sala Tercera de fecha 15 de enero de 1993, en el que el órgano judicial en Pleno —de acuerdo con lo establecido en el artículo 197 LOPJ— se pronuncia sobre el ámbito al que ha de extenderse la potestad jurisdiccional ante las dudas suscitadas a propósito del carácter de acto de la Administración Pública sujeto al Derecho Administrativo del Decreto de nombramiento del Fiscal General del Estado.

La Sala, tras analizar las características constitucionales de las funciones y del régimen de nombramiento del Fiscal General, concluye que se trata de una «resolución gubernamental en la que se actúa una opción política» y no de un acto «de naturaleza exclusivamente administrativa». Superada, por lo tanto, la primera fase de lo que podríamos denominar como test del control judicial de la actividad gubernamental de dirección política (en el supuesto concreto: estamos en presencia de un acto político del Gobierno), los Magistrados se enfrentan a la segunda parte de dicho test: la verificación de la eventual existencia en aquel acto, y sin prejuzgar la libre elección respecto del fondo, de elementos que por encontrarse definidos legislativamente pueden ser confrontados por los Tribunales en su adecuación al ordenamiento jurídico.

Para responder a esta cuestión la Sala recuerda la jurisprudencia, también del Tribunal Constitucional, en la que se ha admitido «una actividad política del Gobierno no sujeta a revisión judicial» y pone de manifiesto cómo dicha afirmación ha de ponderarse en virtud de «principios y normas constitucionales de ineludible acatamiento, que presionan a favor de su restricción». Entre tales principios y normas se encuentran los artículos 24.1 y 9 de la Norma fundamental; en el primer caso, por tratarse de una disposición que garantiza un «derecho que ofrece una inicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del gobierno exenta de control jurisdiccional, siempre que alguien pueda invocar un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado por dicha actividad. Ha sido la influencia de este precepto constitucional la que explica que la jurisprudencia que hemos reseñado haya abandonado la cita del artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción, como si en él permaneciese latente el sentido elusivo de la Administración frente al control jurisdiccional de determinadas actuaciones de naturaleza plenamente administrativa, a pesar de las restricciones que el Tribunal Supremo había impuesto a la noción de acto político». En el segundo, artículo 9 CE, por sus contenidos relativos a los principios de constitucionalidad (61), apartado primero, y de legalidad, apartado tercero: «La unión de estos preceptos con el artículo 24.1 nos lle-

(61) Aunque la Sala no utiliza este término.

va a apreciar la dificultad de principio de negar la tutela judicial cuando alguna persona legitimada la solicite, alegando una actuación ilegal del poder ejecutivo.»

Por lo tanto, y afirmando en principio la inmunidad al control jurisdiccional de los actos de dirección política del Gobierno (62), «esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución nos obligue 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». Y ésta sería, siempre en opinión de la práctica totalidad de los Magistrados integrantes del Pleno de la Sala Tercera (63), la situación en el supuesto enjuiciado al haber establecido el artículo 29.1 del Estatuto del Ministerio Fiscal unas condiciones al ejercicio por parte del Gobierno de la potestad de proponer al Rey el nombramiento del Fiscal General del Estado; condiciones cuyo cumplimiento puede ser examinado judicialmente.

Se trata, pues, y a instancia del sujeto legitimado que lo solicite, de resolver —siempre en palabras del Tribunal Supremo— «por vía judicial el examen de la concurrencia de concretos requisitos o aspectos legales de actuaciones del Gobierno», no susceptibles de ser calificadas como «netamente administrativas», en la perspectiva de «coaccionar en lo judicialmente posible la realidad efectiva del principio de legalidad».

Toda esta argumentación se reproduce de modo abreviado en la Sentencia de 22 de enero de 1993, cuya doctrina —tras el recordatorio de los artículos 9.1 y 24 (*sic*) CE y la afirmación general de que «no puede admitirse en nuestro Derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y en consecuencia exentos del control jurisdiccional»— podría resumirse en el siguiente pasaje: «ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto al fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico, estos elementos sí son susceptibles de control jurisdiccional.

Ello implica —continúa el Tribunal Supremo— que la doctrina del acto político no pueda ser invocada como fundamento de la inadmisibilidad, ya que es obligado para el juzgador comprobar si existen elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable».

(62) Lo que no implica la ausencia, añade el Auto, de «la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar».

(63) Uno de los treinta Magistrados redactó un voto particular al Auto que se analiza disintiendo del criterio del resto de sus colegas.

En fase de corrección de pruebas te tenido noticia por la prensa («El País», días 19 de junio y 6 de julio) de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que declara ilegal el Decreto de nombramiento, en abril de 1992, de Eligio Hernández como Fiscal General del Estado.

En esta ocasión el Tribunal parte de lo que denomina «carácter híbrido» del acto enjuiciado. Por un lado, al tratarse de la intervención de un alto órgano constitucional, precisamente el Gobierno, «que actúa en uso de su voluntad política al autorizar o denegar el referéndum municipal»; por otro, al haber «dado lugar a un procedimiento administrativo» y haberse utilizado por el Gobierno para fundamentar su decisión «una argumentación en Derecho». Y así, a pesar de reconocer que el objeto del proceso no es otro que comprobar si el Consejo de Ministros «se encuentra vinculado por el ordenamiento jurídico a autorizar el referéndum» y que ello «podría eximir a la Sala de entrar en el estudio» de los elementos de juicio utilizados por el Ejecutivo, el Tribunal se preocupa, no obstante, de verificar la corrección de la argumentación jurídica gubernamental para denegar el referéndum solicitado por entenderse obligado a ello en virtud del artículo 43 LJCA al estimar que el estudio de aquellos «elementos jurídicos es obligado en cuanto que son presupuesto de las pretensiones de las partes», y por imponerle así el nuevo planteamiento de la doctrina del acto político.

Lo que no se alcanza a entender de este pronunciamiento es la compatibilidad entre, por un lado, la reiterada calificación del acto como político —esto es, su carácter no vinculado en cuanto al fondo— y, consiguientemente, la insistencia en la *libre voluntad* del Gobierno a la hora de decidir sobre la convocatoria del referéndum y, por otro, el análisis pormenorizado de la motivación gubernamental en Derecho que del acuerdo denegatorio de la consulta popular lleva a cabo el Tribunal Supremo. Si la decisión del Consejo de Ministros es libre y, por lo tanto, nada en el ordenamiento obliga a dicho órgano colegiado a convocar el referéndum, ¿para qué sirve aquel análisis? ¿Qué hubiera sucedido si la argumentación en Derecho se hubiese limitado a la pura y simple constatación, motivada por el Gobierno, del carácter libre de su decisión? ¿Y si aquel razonamiento jurídico —insisto, irrelevante en mi opinión en presencia de un acto político— no hubiera satisfecho, al contrario de cuanto ocurre en el supuesto enjuiciado, el criterio del órgano contencioso-administrativo? ¿Qué consecuencias hubiese podido extraer el Tribunal de dicha disparidad? Se trata, en definitiva, de una serie de interrogantes que sin poner en cuestión la doctrina de la sentencia pueden llegar a empañar su claridad (64).

(64) Contra esta Sentencia la Diputación Foral de Vizcaya interpuso recurso de amparo, alegando violación del artículo 24.1 CE, ante el Tribunal Constitucional. La Sala Segunda, Sección Cuarta, del citado Tribunal inadmitió dicho recurso «por carecer la demanda, manifiestamente, de contenido que justifique una resolución sobre el fondo del asunto por parte de este Tribunal Constitucional». El más alto intérprete de la Constitución asumió el carácter híbrido del acto y defendió la congruencia de la sentencia del Tribunal Supremo, si bien afirmó que «acaso resultaba innecesario plantear la cuestión desde el punto de vista de la doctrina de los actos políticos, por más que el Abogado del Estado la hubiera alegado como fundamento de la, para él, inexistencia de jurisdicción. El solo hecho de que el Acuerdo impugnado se hubiera basado en la doctrina sentada en la STC 99/1986 era suficiente para considerar plenamente justificada la decisión del Gobierno de denegar la solicitud de referéndum, sin necesidad de plantearse, además, si aquél venía o no obligado, en general y con abstracción de las circunstancias del concreto supuesto planteado, a autorizar un referéndum como el solicitado».

7. LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA NO PUEDE CONTROLAR
 LOS ACTOS (POLÍTICOS) DE RELACIÓN ENTRE PODERES
 NI SIQUIERA EN SUS ELEMENTOS REGLADOS .

Hasta aquí la doctrina del Tribunal Supremo en orden a la fiscalización jurisdiccional de los actos políticos o de dirección política. Conviene, antes de dar por finalizado el presente estudio, proceder a una matización a propósito de tal control judicial que, a mi juicio, lleva a diferenciar la actitud del Tribunal en función del tipo de actividad gubernamental de que se trate.

La teoría expuesta (65) sirve únicamente para todos aquellos actos políticos que no puedan incluirse dentro del género de las *relaciones institucionales* o *relaciones entre los altos órganos del Estado*. Para este tipo de actos la competencia del órgano judicial se limitaría a su sola identificación; esto es, el Tribunal reconocería encontrarse ante un supuesto de relación interorgánica y, a continuación, declarararía la inadmisibilidad del recurso, por no existir acto de la Administración Pública sujeto al Derecho Administrativo, *sin entrar a verificar el respeto a los posibles elementos reglados presentes en aquel acto*. Recuérdese cómo la sentencia de 15 de noviembre de 1988 excluye del control de los Tribunales «la eventual infracción de cualquiera» de aquellos elementos.

Así ha sucedido en los ocho pronunciamientos en los que, en efecto, el acto enjuiciado poseía aquel carácter: disolución de las Cortes (STS de 24 de septiembre de 1984), petición parlamentaria de información al Ejecutivo (SSTS de 9 de junio de 1987 y 15 de noviembre de 1988) y remisión a la Cámara de un proyecto de ley (SSTS de 1 de diciembre de 1986, 13 de marzo de 1990, 25 de octubre de 1990, 10 de diciembre de 1991 y 20 de abril de 1993) (66), y así parece haberlo entendido también el único fir-

(65) Concretada en la idea del doble test sobre la condición política del acto y la observancia de sus elementos definidos legislativamente.

(66) En ninguna de tales sentencias, la primera consecuencia de un recurso de un ciudadano, las dos siguientes de miembros de Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas y las cinco últimas de sendos colectivos privados y una organización sindical, aparece una sola referencia (en positivo) a la justiciabilidad de los aspectos de procedimiento o forma que podrían acotar la respectiva competencia gubernamental.

Resulta bien demostrativo de cuanto se acaba de afirmar en el texto el hecho de que en la última de las sentencias mencionada (STS de 20 de abril de 1993) y ante la alegación por la recurrente de un defecto de procedimiento en la elaboración por parte del Ejecutivo autonómico del proyecto de presupuestos de la Comunidad Autónoma Valenciana (en concreto, la no convocatoria de la Mesa General de la Función Pública a la que obliga la Ley autonómica 9/1987), el Tribunal Supremo insiste, tal y como ya había hecho el Tribunal Superior de Justicia de aquella Comunidad, en que «el objeto del recurso es la remisión a las Cortes Valencianas por el Consell de la Generalidad del Proyecto de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 1990, actuación ésta que se pretende sea declarada inconstitucional». Se trata, concluye el Tribunal Supremo, «de revisar la iniciativa legislativa del Consejo de Gobierno de la Comunidad Valenciana, lo que no es posible en este orden jurisdiccional por constituir una actuación no regulada por el Derecho Administrativo, como acertadamente señala la sentencia apelada, y ello cualesquiera que sean los motivos en que se apoye la impugnación, que no pueden confundirse con el ob-

mante del voto particular al Auto de 15 de enero de 1993, en el que la tesis de la inadmisión —contraria a la de la mayoría de los integrantes de la Sala Tercera— se sostiene, entre otros argumentos, con base en la consideración del acto impugnado como «de relaciones entre los órganos superiores del Estado» en el que no pueden separarse los elementos políticos de los reglados (67).

Esta opción jurisprudencial puede encontrar apoyo en el hecho de que los citados mecanismos de relación interinstitucional se encuentran *directa e inmediatamente* regulados en sus elementos configuradores en disposiciones constitucionales (o, en su caso, de los Estatutos de Autonomía) que definen la forma de gobierno deseada por el constituyente y en cuyo conocimiento, por ser manifestación de la *máxima politicidad* (68), en ningún caso puede entrar el orden jurisdiccional contencioso-administrativo una vez comprobada la existencia de un acto de este tipo. La aceptación de esta línea interpretativa supone, en hipótesis teórica, la ausencia de control por la *jurisdicción ordinaria* de ciertas actividades gubernamentales eventualmente contrarias al ordenamiento jurídico, si bien la existencia de una *ju-*

reto procesal del recurso» (cursiva mía). La postura del Tribunal no puede resultar más clara.

La diferencia entre este supuesto y los demás referidos a la iniciativa legislativa gubernamental consiste en que en estos últimos lo que se pretendía por los recurrentes era la *sustitución* del Gobierno por el Poder Judicial, es decir, que el Tribunal Supremo impusiera al Consejo de Ministros mediante sentencia el ejercicio de dicha iniciativa. Ahora, como se acaba de comprobar, se trataba de fiscalizar judicialmente la *remisión* a la Cámara de un proyecto de ley, esto es, como recuerda la sentencia apelada, un acto constitucional de los que «regulan las relaciones entre los poderes constitucionales».

En dos de estos cinco casos tocantes a la iniciativa legislativa (en concreto, SSTS de 1 de diciembre de 1986 y 13 de marzo de 1990) el Tribunal Supremo desestimó los recursos en lugar de declararlos inadmisibles, tal y como ha hecho en todos los demás supuestos de relaciones interorgánicas. De la lectura de ambas sentencias no parece que puedan deducirse particulares motivos que sirvan para explicar estas actitudes singulares. Son, eso sí, las dos primeras en el tiempo que se enfrentan al tema de la iniciativa legislativa.

No puede dejar de señalarse en este momento que, de acuerdo con la doctrina contenida en la STS de 20 de abril de 1993, la omisión de alguno de los trámites establecidos en los artículos 129 y ss. LPA para la elaboración de los proyectos de ley que el Gobierno envía al Congreso de los Diputados no sería fiscalizable judicialmente.

(67) En el razonamiento jurídico octavo del referido voto particular se lee: «La separación en el acto del nombramiento impugnado de un momento discrecional, de carácter político, y otro reglado para atribuir a los Tribunales el control de este último sería tan artificial como contradictoria. Significa, de una parte, oponer la ley a la Constitución privando de la naturaleza de acto constitucional a la propuesta del Gobierno y de competencias al Gobierno con la consecuencia de la intervención, constitucionalmente excluida, de los Tribunales en un acto de relaciones entre los órganos superiores del Estado con un riesgo de conflicto de poderes, límite, por otra parte, del control de la legalidad por la jurisdicción administrativa en el Derecho comparado como lo muestra la praxis del Consejo de Estado francés.»

En mi opinión, las relaciones interorgánicas que pueden dar lugar a este tipo de actos políticos serían únicamente las que se mantienen entre los órganos de dirección política del Estado, esto es, entre Ejecutivo y Legislativo. Tal resulta ser, en efecto, el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en las ocho sentencias anteriormente citadas en el texto. En la doctrina véase, con igual criterio, M. DOGLIANI, «L'indirizzo politico nei moderni ordinamenti policentrici», en AA.VV., *Le forme di governo nei moderni...*, cit., págs. 18-20.

(68) De las relaciones entre «los poderes políticos», según la STS de 15 de noviembre de 1988.

jurisdicción constitucional puede contribuir decisivamente a evitar la materialización de tales supuestos aberrantes. Piénsese que, encontrándose en juego un derecho fundamental, la STC 220/1991 abrió las puertas —no sin muchos matices— a posibles *recursos de amparo directos* ante el Tribunal Constitucional frente a actuaciones del Ejecutivo en el ámbito de las relaciones entre poderes (69).

(69) Se recurría en aquella ocasión por unos miembros de la Asamblea Legislativa la respuesta gubernamental a una pregunta parlamentaria en la Cámara Vasca relativa al destino de los gastos reservados. El recurso de amparo se planteó directamente ante el Tribunal Constitucional, quien, ante las pretensiones de inadmisibilidad de la representación del Gobierno Vasco, consideró que «el caso presente es uno de esos supuestos excepcionales en el que la interposición directa del amparo no determina su inadmisibilidad, pues la violación de derechos fundamentales se imputa a un acto —negativa del Gobierno vasco a facilitar la información solicitada por los parlamentarios vascos— ante el cual la ley no concede medio de impugnación ante los Jueces en cuanto que, por su naturaleza política, está excluido del control de la jurisdicción contencioso-administrativa o de cualquier otra de orden distinto...». En cuanto al fondo, el Tribunal Constitucional estimó que «mientras los obstáculos al ejercicio de las facultades que integran la función parlamentaria provenientes de los propios órganos de las Cámaras son, en principio, susceptibles de revisión en amparo, las respuestas o actuaciones del Ejecutivo en réplica a tal ejercicio constituyen, también en principio, ejercicio de las funciones gubernamentales propias, susceptibles de control político y parlamentario —y, en última instancia, electoral—, pero no revisables, *en general*, desde consideraciones de corrección jurídica, so riesgo de pretender una judicialización inaceptable de la vida política, no exigida en modo alguno por la Constitución, y poco conveniente en el normal funcionamiento de la actividad política de las Cámaras legislativas y del Gobierno». Sobre esta Sentencia véase E. COBREROS, *Actos políticos...*, cit., págs. 71-75.

Cabe, así las cosas, plantearse la pregunta de si la actitud del Tribunal Constitucional sería la misma en el supuesto de que los actores (en recurso de amparo directo) no fueran miembros de uno de los órganos implicados, sino simples ciudadanos o instancias privadas (piénsese, por ejemplo, en la hipótesis que dio lugar a la STS de 20 de abril de 1993). En mi opinión, nada parece llevar a concluir que el más alto intérprete de la Constitución adoptaría, en estos casos, un criterio contrario a la admisibilidad del recurso (directo) de amparo. El problema, en no pocas de tales ocasiones, consistiría en la identificación del derecho fundamental susceptible de ser alegado por los recurrentes.

