

MESA REDONDA PRIMERA. RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO
Y EL PODER JUDICIAL

**EL ACTO POLÍTICO Y SU REVISIÓN
POR LOS TRIBUNALES¹⁴²**

Eduardo Gamero Casado

*Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide
Consejero de Montero-Aramburu Abogados
ORCID 0000-0002-6734-8672*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS EN UN ESTADO DE DERECHO. 2. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO POLÍTICO DEL GOBIERNO. 3. EL CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO TRAS LA LJCA 1998. 3.1. ÁMBITO ORGÁNICO. 3.2. ÁMBITO OBJETIVO. 3.3. LAS TÉCNICAS DE CONTROL JUDICIAL DEL ACTO POLÍTICO DEL GOBIERNO. 3.4. APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA. 4. EL CONTROL DE LOS LLAMADOS ACTOS PARLAMENTARIOS. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN: EL CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS EN UN ESTADO DE DERECHO

El control de los tradicionalmente llamados actos políticos es un tema que alude a los límites, a los confines del Estado de Derecho. El alcance de ese control es una incógnita que se debe despejar mediante una complicada ecuación, que cuenta con dos factores principales:

1. El primero de ellos es el que podríamos llamar *la lucha por las inmunidades del poder*, tal y como la calificó el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en 1962¹⁴³, en un célebre y pionero trabajo sobre este tema, inspirado en la convicción de que no pueden quedar espacios de la actuación del poder público exentos

¹⁴² Este texto es una versión ampliada de la ponencia que se pronunció el 16 de noviembre de 2017 en las XIX Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico, y que se preparó posteriormente para el Libro homenaje al Profesor Luciano Parejo Alfonso.

¹⁴³ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1962), “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 38, 1962, pp.159-208.; posteriormente actualizado y editado como monografía, cuya edición más reciente es (2016): *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

de control. Alude a tres ámbitos de inmunidad que hay que combatir: la discrecionalidad administrativa, los actos políticos y la potestad normativa (reglamentaria).

2. El segundo factor de la ecuación es el *principio de división de poderes*, ese delicado sistema de equilibrios y contrapesos al que aludía certeramente CARRÉ DE MALBERG. Porque no se trata de que haya actos fuera de control, sino del tipo de revisión que debe desplegarse en cada caso. En efecto, el Estado de Derecho ha articulado diferentes mecanismos de control en función de la naturaleza de los actos del poder público, de tal forma que la revisión judicial de los actos de otros poderes públicos puede ser intrusiva y alterar ese difícil equilibrio de contrapesos al que aludíamos.

La incógnita de esta ecuación en cuanto a la intensidad de esa fiscalización, cabe ya anticiparlo, no puede despejarse o resolverse con una fórmula estándar o predeterminada: el control de los actos del Gobierno, sean políticos o no, aunque se articule mediante unas herramientas predefinidas, exige, como hemos de ver, un análisis circunstancial de cada caso, que determine de manera singular hasta dónde puede llegar.

A su vez, se manifiestan en nuestro ordenamiento otras actuaciones que presentan *prima facie* cierta proximidad con los actos políticos del Gobierno, pero que se adoptan en el ámbito parlamentario. Por su propia naturaleza, no se encuentran sometidas al Derecho administrativo ni al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, a pesar, por una parte, de la proximidad que su contenido material presenta a veces respecto de los actos políticos del Gobierno, y a pesar también, por otro lado, de que la actuación materialmente administrativa de los órganos constitucionales parlamentarios se encuentra sometida al pleno control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Conviene detenerse en comparar ambos ámbitos de la actuación pública (actos del Gobierno y actos parlamentarios), siquiera sea para recordar que, en un Estado de Derecho, el control de los poderes públicos no está sujeto siempre a los mismos mecanismos ni a la misma intensidad, por más que la naturaleza de su respectiva actuación sea ocasionalmente muy próxima (por no decir equivalente). Es consecuencia de la posición institucional que ocupa cada órgano emisor en el entramado de equilibrios y contrapesos de poder, que sigue presentando como aberrante el control judicial de los órganos constitucionales.

2. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO POLÍTICO DEL GOBIERNO

La exposición de la evolución que ha experimentado el control de los actos políticos no es superflua ni responde a un mero alarde de erudición, pues contiene elementos clave para comprender la situación en que actualmente se encuentra la materia en examen.

Como ha explicado en Francia DUEZ¹⁴⁴, la doctrina del acto político o de Gobierno es una construcción del Consejo de Estado francés, a partir del *arrêt Laffite*, de 1 de mayo de 1822, en la que se declara que “Los actos llamados *de alta política* son actos de Gobierno, y no son susceptibles de ser impugnados en vía contenciosa¹⁴⁵”.

Esta tesis se incorporó a nuestro Derecho en el siglo XIX mediante una doble operación normativa. En primer lugar, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1888 (Ley Santamaría de Paredes), delimitó el ámbito de la jurisdicción mediante la cláusula de atribución general con excepciones, entre las que se encontraban (art.4.1) “las cuestiones que, por la naturaleza de los actos que nazcan o de la materia sobre la que versen, se refieran a la potestad discrecional”. El Reglamento de la Ley, de 29 de diciembre de 1890, concretaría este precepto diciendo (art.4.4) que “pertenecen señaladamente a la potestad discrecional [y por consiguiente quedan excluidos de control] las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de que nazcan, o de la materia sobre la que versen, pertenezcan al orden político o de gobierno”. Es curioso percibir esta asimilación inicial entre el acto político y el discrecional, en una relación de género-especie, puesto que, después de muchos avatares, es la que finalmente ha acabado por imponerse y se encuentra hoy plenamente restablecida.

La situación varió con ocasión de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en lo sucesivo, LJCA) de 27 de diciembre de 1956, cuyo art. 2, párrafo 2º, estableció: “No corresponderán a la Jurisdicción contencioso-administrativa: (...) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa”.

¹⁴⁴ DUEZ, P. (1935): *Les actes de gouvernement*, Sirey, París, pp.30 ss.

¹⁴⁵ Sobre el origen de la doctrina del acto político en el Derecho francés véanse, entre nosotros, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (1967): “La doctrina del acto político”, *RAP*, nº 53, pp.73 ss.; GARRIDO CUENCA, N. (1998): *El acto de Gobierno. Un análisis en los ordenamientos francés y español*, CEDECS, Barcelona; y MARCHECO ACUÑA, B. (2015): “El control judicial de los actos políticos de Gobierno en el Derecho español”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, pp.4 ss.

Como se observa, plantea una delimitación expresa y positiva del ámbito del acto político, mediante un *sistema de lista* (a diferencia de lo que hará la LJCA de 1998, como hemos de ver), señalando cuatro concretas materias en las que se excluye el control jurisdiccional de los actos del Gobierno. Además, con una cierta indefinición, pues de la redacción literal del precepto podría deducirse que la relación no era excluyente, sino meramente ejemplificativa (“...como son los que...”), lo que consentía su ampliación por vía interpretativa.

Se observan tres períodos en la evolución jurisprudencial que ha experimentó este precepto tras su aprobación.

En un *primer momento*, que abarca desde la aprobación de la LJCA 1956 hasta la promulgación de la Constitución española de 1978, la jurisprudencia desplegó una interpretación amplia y permisiva del concepto de actos políticos del Gobierno. Algunas sentencias han sintetizado esta evolución, como por ejemplo, la STS 16 julio 1997 (RJ 5640), posteriormente reproducida por las SSTS 3 diciembre de 1998 (RJ 10.027), 26 noviembre 1999 (RJ 3197) y 14 diciembre 2000 (RJ 1555). También es muy profusa la bibliografía que en ese momento se ocupó del tema¹⁴⁶. No tiene interés recordarlo ahora, más que a efectos de percibir el abuso que, antes de la aprobación de la Constitución española, se hizo de la categoría, consagrando la existencia de espacios exentos de control judicial. Baste con saber que, por ejemplo, las sanciones “de orden público” se consideraron como actos políticos, y que se admitió en la categoría a actuaciones realizadas por los Ministros (y no por el Gobierno), ampliando también el alcance subjetivo u orgánico del ámbito del acto político.

Un *segundo período* abarca desde la aprobación de la Constitución española hasta 1993. En este tiempo, la jurisprudencia siguió siendo tolerante con los actos políticos y su exención de control, aunque empezó a vislumbrarse en los pronunciamientos judiciales un cierto cambio de enfoque: comienza a afirmarse que, tras la aprobación de la Constitución española, no cabe reconocer la existencia de ámbitos exentos de control judicial, en razón de los arts.9 y 24 CE¹⁴⁷. El primero de ellos declara, como

¹⁴⁶ Vid. especialmente BAENA DEL ALCÁZAR, M. (1978): *Los actos políticos del Gobierno en el Derecho español*, Ministerio de la Presidencia, Madrid; Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (1973): *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Tecnos, Madrid, pp.79 ss.; SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1980): Gobierno y Administración. Una reflexión preliminar”, *Documentación Administrativa*, nº 188, pp.77 ss.; y EMBID IRUJO, A (1991): “La justiciabilidad de los actos de Gobierno (de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)”, en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol.3, Civitas, Madrid, pp.2702 ss.

¹⁴⁷ Sobre la jurisprudencia recaída en este período vid. especialmente EMBID IRUJO, A (1991): “La justiciabilidad...”, *op.cit.*, pp. 2712-2725; CANO MATA, A. (1991): “Admisión por el Tribunal Constitucional de los actos políticos o de gobierno”, *REDA*, nº 72, pp. 555 ss.; URIARTE TORREALDAY, R. (1991): “La reciente jurisprudencia del Tribunal en materia de actos del Gobierno no controlables judicialmente”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 30, pp. 213 y ss.; COBREROS MENDAZONA, E. (1991): “Sobre el control de los actos de gobierno. Aportaciones a una cuestión abierta”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 31, pp.

es sabido, que “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, así como proclama el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, instaurando, con ello, la plena sujeción a Derecho de los poderes públicos (llámense Gobierno o Administración); el segundo reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, y determina, en definitiva, que todos los actos son susceptibles de control judicial. Pero, tras esas proclamaciones, todavía un tanto retóricas, se siguen inadmitiendo o desestimando los recursos bajo la consideración de que se trata de actos meramente políticos, sin ofrecer por tanto un tratamiento consecuente de la cuestión y, desde luego, sin considerar derogado o inconstitucional el art.2.2 LJCA 1956. Son representativas del período las SSTs 9/6/1987 (RJ 4018) y 2/10/1987 (RJ 6688), en las que se sustentaron otras posteriores, y en particular, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En efecto, durante ese mismo período el propio Tribunal Constitucional avalaría estas tesis, mediante unas sentencias en las que declarararía la existencia de actuaciones del Gobierno que no están sujetas al Derecho administrativo, o que no son actos de la Administración. Se trata de las SSTC 45/1990, 146/1990, 220/1991 y 204/1992, en las que se afirma la existencia de actos del Gobierno exentos de control contencioso-administrativo, aunque eventualmente susceptibles de recurso de amparo constitucional en la medida que vulneren derechos fundamentales. Estas sentencias se sustentan en la doble “veste” del Gobierno, a la que alude implícitamente el art.97 CE, pudiendo diferenciarse en el mismo, a su decir, dos funciones constitucionales diferentes: como actor o poder político y como órgano cúspide o cima de la organización administrativa, esto es, como máximo órgano de la Administración. La primera de estas funciones no está sujeta al Derecho administrativo y, por consiguiente, tampoco sería susceptible de control judicial. Así, la STC 45/1990 afirma que:

“no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución [relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales: disolución de las Cortes, declaración del estado de alarma, por ejemplo], o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes”.

161 ss.; GONZALEZ SALINAS, P. (1993): “Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno”, *REDA*, nº 79, pp. 493 ss.; y SAIZ ARNAIZ, A. (1994): “Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RAP*, nº 134, pp. 225 ss.

El *tercer período* comienza poco después de esta fecha, a raíz de una serie de asuntos con enorme impacto social, que llevaron al Tribunal Supremo a reconsiderar sus postulados imprimiendo un giro radical a su doctrina. El impacto de estos asuntos supuso una intensificación exponencial del debate sobre los actos políticos, desplegándose una gran presión sobre los órganos judiciales (sobre el Tribunal Supremo), llevándole a reflexionar profundamente sobre los confines del Estado de Derecho y a reconsiderar su posición en la materia.

Se trata, en primer lugar, STS 28/6/1994 (RJ.5050), en la que se resolvieron los recursos interpuestos por la Unión Judicial Independiente, la Asociación Profesional de la Magistratura y la Asociación de Fiscales, contra el Real Decreto 364/1992 de 10 de abril por el que se nombraba Fiscal General del Estado a don Eligio Hernández Gutiérrez. Se alegaba por los recurrentes que el afectado no reunía el requisito de ser designado “entre juristas de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión”, tal y como establecía el art.29.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Ante esta situación, la Sala procede a verificar el cumplimiento de este requisito y anula el nombramiento, estableciendo la siguiente doctrina:

“Reconocido, sin embargo, que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar, 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.

Un caso típico es el que ahora se somete a nuestro enjuiciamiento. El artículo 29.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal impone que la elección de Fiscal General del Estado se haga «entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión». Es este último un requisito objetivo, impuesto por el legislador y descrito utilizando un lenguaje netamente jurídico-administrativo, lo que permite que la jurisdicción pueda valorar su concurrencia, sin tocar en absoluto la libertad del Gobierno para optar políticamente entre la multiplicidad de juristas en los que concurre aquella circunstancia o incluso la de promover la pertinente reforma legislativa, que suprima del Estatuto el mencionado requisito. Pero mientras esté vigente su exigencia, no apreciamos obstáculo constitucional ni legal que impida al

Tribunal Supremo controlar su cumplimiento por parte del Gobierno, imponiéndole, en su caso, que se sujete al mandato claro y preciso emanado de las Cortes Generales.

Ciertamente, no desconocemos que esta doctrina se mueve en el límite de lo jurisdiccionalmente posible, pero incardinada, al mismo tiempo, en la importante tradición de la jurisdicción contencioso-administrativa, dirigida a reducir las inmunidades del poder ejecutivo, procurando que las legítimas y necesarias apreciaciones y decisiones políticas de éste se hagan efectivas dentro de los linderos previamente marcados por el poder legislativo”.

Esta sentencia supuso un giro copernicano respecto de la doctrina anterior, suscitando un gran impacto, pues reconoció un nuevo ámbito en el que los actos políticos serían susceptibles de control contencioso-administrativo: cuando el ejercicio de esa “potestad política” se encuentre condicionado por las normas mediante la determinación de “conceptos judicialmente asequibles”, o, como también reza la sentencia, con “un requisito objetivo, impuesto por el legislador y descrito mediante un lenguaje netamente jurídico-administrativo”. Se trata, en suma, de lo que convencionalmente calificamos como “elementos reglados” en las potestades administrativas discrecionales. En su virtud, el Tribunal Supremo revisa el cumplimiento de diferentes requisitos legales asociados al nombramiento, como los términos en que debe desarrollarse la previa audiencia del CGPJ, o los 15 años de ejercicio de la profesión, y finalmente lo anula por incumplimiento de este último.

Aunque esta doctrina fue acogida favorablemente por la mayoría de la doctrina, no estuvo exenta de críticas¹⁴⁸, reprochando la imposibilidad de construir y delimitar un espacio estrictamente político de la actividad del Gobierno, exento de control judicial.

Enseguida, el debate se intensificó a raíz de la tramitación, en 1995, de un Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se apartó de ese precedente judicial, incluso ampliando el ámbito de exención del control en su art.3 c), que declaraba excluidos del ámbito de la JCA “los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas que se refieran a sus relaciones con otros órganos constitucionales y estatutarios y los dictados en ejercicio de la función de dirección de la política interior y exterior, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo”. Este polémico Proyecto finalmente no llegó a ver la luz, por disolución de las Cortes Generales (contemplando ahora las Leyes 39 y 40/2015, muchos nos preguntamos por qué no habrán seguido la misma suerte).

¹⁴⁸ Al final de este apartado haremos balance de las opiniones a favor y en contra de esta nueva línea jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Y aunque hay otras sentencias durante el período el examen, debemos completar y concluir en análisis con las conocidísimas SSTS 4/4/1997 (RJ.4513, 4514 y 4515), en los asuntos conocidos como “los papeles del CESID”. Como es sabido, con ocasión de este asunto se dio la grotesca paradoja de que el TS tenía que decidir el carácter secreto o no de unos documentos que ya eran de completo dominio público. Se trataba de un proceso penal en el que se enjuiciaban unos presuntos crímenes de Estado: para combatir a la banda terrorista ETA supuestamente se creó o promovió un grupo criminal conocido como GAL; el CESID disponía de unos documentos (los susodichos “papeles”) en los que, entre otras anotaciones, figuraba la abreviación “Pte.”, que los querellantes traducían como “Presidente” (en orden a implicar al del Gobierno), en tanto que desde las fuentes oficiales se entendía que aludía a “Pendiente”. Para poder utilizar esos documentos como prueba en el proceso penal debía levantarse su calificación como secretos, o cuando menos, ser entregados a los magistrados de manera reservada para que los pudiesen valorar; el Gobierno rechazó la entrega de los documentos, que a pesar de todo y como ya se ha dicho, eran ya de dominio público al haber sido publicados por la prensa como consecuencia de una filtración. Los querellantes recurrieron en vía contencioso-administrativa contra la denegación de entrega de los documentos. En orden a desplegar su juicio, el Tribunal Supremo, sometido a una intensísima presión mediática, reitera la doctrina anterior sobre los “conceptos jurídicamente asequibles”, pero añade un elemento adicional de control contencioso-administrativo: entiende el Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva debe prevalecer cuando, frente a la naturaleza política del acto, prevalezcan otros bienes constitucionales protegidos que tengan mayor rango o relevancia. En ese sentido, observa que la necesidad de verificar la calificación como secretos de los documentos es la premisa para que se puedan enjuiciar graves delitos, cuya presunta comisión afecta nada menos que al derecho a la vida (art.15 CE). Esa afección a un derecho fundamental, y nada menos que el derecho a la vida (cúspide del sistema constitucional de valores), es lo que lleva al Tribunal a reconocer que se debe controlar la actuación del Gobierno. Y decidió que los documentos debían ser entregados a los jueces penales.

Las sentencias de 1994 y 1997 desataron posiciones enfrentadas, como no podía ser de otra manera. Aunque cualificados autores rechazaron sus postulados al considerar que existe un reducto íntimo y exento de fiscalización judicial en la actividad política del Gobierno¹⁴⁹, el sentir mayoritario era y es favorable a la extensión del control de la jurisdicción contencioso-administrativa articulada mediante las herramientas

¹⁴⁹ Por ejemplo, GARRIDO CUENCA, N. (2001): *El acto de Gobierno: un análisis en los ordenamientos francés y español*, CEDECS, Barcelona; y Luis ORTEGA ÁLVAREZ, en el prólogo a esa misma obra; en la misma línea, SANTOLAYA MACHETTI, P. (1996): “El control de los secretos de Estado”, *Revista del Poder Judicial*, nº 40, pp.59 ss.; SANTAOLALLA LÓPEZ, F. (2002): “Actos políticos, inteligencia nacional y Estado de Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 65, pp.108 ss.

ideadas por el Tribunal Supremo¹⁵⁰. Estas sentencias, el estado de opinión que las impulsó, y su acogida mayoritariamente favorable por los operadores jurídicos, influyeron decisivamente en la redacción definitiva de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuyo art.2 a) ha quedado fijado el alcance del control judicial sobre los actos del Gobierno, en los siguientes términos:

“Artículo 2.

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

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

El conocimiento de esta evolución resultaba, por tanto, un presupuesto inexcusable para analizar su contenido, a lo que procedemos seguidamente.

3. EL CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO TRAS LA LJCA 1998

1. Ámbito orgánico.

En primer lugar, es necesario delimitar el perímetro de las actuaciones que pueden calificarse como actos del Gobierno. En este sentido, desde la STS 13/6/1979 (RJ.4749), quedó definitivamente fijado el criterio de que sólo cabe predicar el dictado de actuaciones políticas al Gobierno en sentido estricto, entendido como Consejo de Ministros. Esta sentencia rectifica la contradictoria jurisprudencia anterior (aunque había algunos precedentes en la misma línea restrictiva, como la STS 10/02/1962), y desde entonces, no ha sido nunca contradicha.

No obstante, el Estado autonómico sí ha supuesto la extensión de la categoría a los actos dictados por el Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas, y así se ha reflejado expresamente en el art.2 a) LJCA, como ya hemos tenido ocasión de comprobar.

150 Véanse especialmente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1997): *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, pp.236 ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2000): *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, pp.24 ss.; LOZANO CUTANDA, B. (1997): “El control judicial de los secretos de Estado: las sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID”, *REDA*, nº 94, pp.255 ss.; JORDANO FRAGA, J. (1997): “¿Jaque mate al acto político?”, *REDA*, nº 95, pp.417 ss.; Díez SÁNCHEZ, J.J. (2001): *Razones de Estado y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.29 ss. y 217 ss.; y NAVAS CASTILLO, F. (2003-2004): “Veinticinco años de actos de Gobierno”, *Revista de Derecho Político*, nº 58-59, pp.634 ss.

2. **Ámbito objetivo.**

Como se ha visto, tradicionalmente el concepto de acto político se construyó mediante una diferenciación entre dos funciones constitucionales distintas atribuidas al mismo órgano, esto es, al Gobierno. Se diferencia así entre actividad materialmente administrativa y el ámbito estrictamente político de sus decisiones', con fundamento en el art.97 CE, que diferencia las funciones políticas y administrativas del Gobierno:

“El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

Esta sería la principal cuestión objeto de controversia: la delimitación del ámbito del acto político. ¿Qué es, exactamente, esa alta política, o esa función de dirección de la política (interior y exterior) a que alude la Constitución española? Describir el concepto del acto político sería tan difícil como describir un olor: necesitamos haberlo sentido antes, haberlo experimentado previamente, para poder evocar su esencia. Podría decirse, utilizando una expresión muy castiza, que hay actos que “trasminan” olor a política.

Ahora bien, es preciso notar que el art.2 a) LJCA renuncia a *deslindar* el acto político. Se limita a describir el *alcance mínimo* que tendrá el control de la jurisdicción contencioso-administrativa, *cualquiera que sea la naturaleza del acto* objeto de enjuiciamiento, y por tanto, ya responda a la categoría de acto político o a cualquier otra. Como se observa, a diferencia de la formulación legal precedente, el texto de la Ley de 1998 no excluye de control una serie de actos (los políticos), sino que delimita el alcance del control mínimo que tendrán todos los actos del Gobierno, *con independencia de cuál sea su naturaleza* (política o no). Así lo manifiesta además, expresamente, la Exposición de Motivos de la Ley, que en relación con esta formulación, afirma:

“el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho. Por el contrario, y por si alguna duda pudiera haber al respecto, la Ley señala -en términos positivos- una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes”.

En esta aproximación, la LJCA coincide con la inmediatamente anterior Ley 50/1997, del Gobierno, cuyo art.26.3 (en la redacción original; 29.3 en la actual), reconoce la impugnabilidad de todas las decisiones del Gobierno ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin definir o establecer restricción alguna en función de una eventual naturaleza política de tales actos.

Estas disposiciones renuncian al sistema de lista, y también a describir el concepto del acto político; es más, renuncian incluso al empleo de ese término. Como afirma CORDÓN MORENO¹⁵¹, el resultado del art. 2 a) LJCA es evitar que el pretendido carácter político de un acto pueda erigirse en causa de inadmisibilidad. Por ello se ha llegado a decir por el Tribunal Supremo que la LJCA ha hecho desaparecer el concepto legal de acto político¹⁵²: STS 24 de julio de 2000 (Ar.289/2001). En la misma línea aludió premonitoriamente JORDANO a un “Jaque mate al acto político”, atendiendo a las Sentencias de 1997 (y sin referirse, por tanto, a este precepto legal).

Ahora bien, la literalidad del precepto no permite alcanzar pacíficamente esa conclusión, pues como sostienen SANTAMARÍA PASTOR¹⁵³ o NAVAS CASTILLO¹⁵⁴, puede entenderse que la LJCA no dismantela el concepto de acto político, sino que lo da por supuesto: de ahí que hable de del control de los actos “cualquiera que sea su naturaleza”, aludiendo implícitamente a actos de naturaleza política y no estrictamente administrativa. De tal manera que subsiste todavía hoy la noción del acto político, si bien como concepto puramente técnico o doctrinal –tal y como sostienen MUÑOZ MACHADO¹⁵⁵ y MARCHECO¹⁵⁶–, requerido de interpretación en cada caso concreto.

Por ello, partiendo de la premisa de que, de conformidad con los arts.9 y 24 CE, no existen actuaciones del Gobierno exentas de control judicial, la doctrina más reciente lo que tiende es a destacar la innecesariedad de delimitar concretamente el ámbito del acto político, y centrarse en la intensidad del control contencioso-administrativo que se puede desplegar para controlar las actuaciones del poder ejecutivo, sea cual fuere la veste bajo la que se presenten sus actuaciones y con independencia de que se trate de actos políticos o no.

En ese sentido, se ha puesto generalizadamente de manifiesto la clara proximidad que existe entre los medios de control a que alude el art. 2 a) LJCA 1998, con los

¹⁵¹ Vid. Faustino CORDÓN MORENO, *El proceso contencioso-administrativo: conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, p.54.

¹⁵² También lo entienden así DÍEZ SÁNCHEZ, J.J. (2001): *Razones de Estado y Derecho*, op.cit., pág.61.

¹⁵³ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2010): *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Iustel, Madrid, pp.84 ss.

¹⁵⁴ Vid. NAVAS CASTILLO, F. (2003-2004): “Veinticinco años...”, op.cit., pp.634 ss.

¹⁵⁵ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (2011): *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Tomo I, Iustel, Madrid, pp.928 ss.

¹⁵⁶ Vid. MARCHECO ACUÑA, B. (2015): “El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el Derecho español”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, pp.34 ss.

que se han articulado para controlar el ejercicio de potestades discrecionales. Los actos políticos serían entonces una modalidad de la discrecionalidad administrativa, en su estado más puro o genuino, de manera que los actos políticos serían, en suma, aquéllos en los que el Gobierno goza de la máxima discrecionalidad posible; en esa posición se sitúan GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ¹⁵⁷, MUÑOZ MACHADO¹⁵⁸, Díez SÁNCHEZ¹⁵⁹, LOZANO CUTANDA¹⁶⁰, JORDANO FRAGA¹⁶¹, DE CARRERAS¹⁶², o MARCHECO ACUÑA¹⁶³, entre otros autores¹⁶⁴.

Curiosamente, se produce aquí un retorno al punto de origen, pues como hemos dicho ya, el Reglamento (de 1890) de la Ley Santamaría de Paredes de 1888 consideraba los actos políticos como una especie o subtipo de los actos discrecionales; si bien, por entonces, la consecuencia era que todos ellos se excluían de control, y actualmente es que ambos tipos de actos se someten a técnicas análogas de control.

Partiendo, entonces, de la premisa esencial de que todas las actuaciones del Gobierno son susceptibles de control, el problema esencial es determinar la intensidad del control en cada caso concreto, en función del margen de apreciación o del grado de discrecionalidad que la norma le confiera al Gobierno en cada caso. Por tanto, la categoría del acto político, que podría desempeñar otras funciones y responder a otras necesidades, sería sin embargo inservible desde el punto de vista del control judicial, ámbito en el que la naturaleza del acto no le confiere ninguna singularidad específica, pues lo que prevalece es el análisis de los condicionantes que pudieran rodear la adopción del concreto acto encausado, para aplicar correlativamente un control acomodado en su intensidad a los requerimientos que resulten del Ordenamiento jurídico, pudiendo darse el caso de que un acto de naturaleza meramente discrecional tenga prescritos menos requisitos y exigencias que un acto político del Gobierno¹⁶⁵.

¹⁵⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2011): *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, p.605.

¹⁵⁸ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (2011) *Tratado...*, *op.cit.*, pp.928 ss.

¹⁵⁹ Vid. Díez SÁNCHEZ, J.J. (2012): “Control judicial...”, *op.cit.*, p.61 y p.70.

¹⁶⁰ Vid. LOZANO CUTANDA, B. (1997): “El control judicial...”, *op.cit.*, p.274.

¹⁶¹ En JORDANO FRAGA, J. (1997): “¿Jaque mate...”, *op.cit.*, pp.444 ss. El autor cita posiciones coincidentes de GUAITA, SÁNCHEZ AGESTA, MARTÍN MATEO y GALLEGO ANABITARTE.

¹⁶² Vid. DE CARRERAS SERRA, F. (1996): “Funciones constitucionales y actos del Gobierno”, en L. PAREJO ALFONSO (Dir.), *Estudios sobre el Gobierno. Estudios sobre la Ley reguladora del Gobierno*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, p.257.

¹⁶³ En MARCHECO ACUÑA, B. (2015): “El control...”, *op.cit.*, p.47.

¹⁶⁴ En una posición próxima a la apuntada en el texto se sitúan quienes, rechazando, *prima facie*, la asimilación entre el acto político y el discrecional, consideran, no obstante, que se pueden proyectar sobre el primero las técnicas de control que el ordenamiento ha articulado sobre los segundos; *vid.*, p.ej., LÓPEZ MENUDO, F. (1996): “El control judicial de la Administración en la Constitución española”, en E. HINOJOSA MARTÍNEZ y N. GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ (Coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, pp.42 ss.

¹⁶⁵ El sentir doctrinal es mayoritariamente coincidente con estas apreciaciones. *Vid.* en especial Díez SÁNCHEZ, J.J. (2012): “El control...”, *op.cit.*, pp.70 ss.

Se trata, como se observa, de un criterio impreciso de control, que requiere de un análisis circunstancial, como sucede en tantas otras materias: la tutela cautelar, la responsabilidad patrimonial... Ello es problemático, pero no necesariamente pernicioso, sino enriquecedor: permite la evolución del Derecho y de las instituciones, y su adecuación a la conciencia social de cada tiempo, abriendo espacio al art.3.1 Cc.: las normas deben interpretarse de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

Esto es también, por otra parte, lo que ha sucedido con la categoría del acto político en el Derecho francés, cuna del concepto, a raíz de la evolución que ha tenido posteriormente, como ya reconociera BONNARD en 1935: según el autor, se ha optado por una concepción empírica, evaluando caso por caso cuándo se está o no en presencia de un acto político de Gobierno y la intensidad del control al que se somete¹⁶⁶.

3. Las técnicas de control judicial del acto político del Gobierno.

En cuanto a las técnicas de control que pueden desplegarse sobre los actos políticos, son, esencialmente, las tres a las que alude el art. 2 a) LJCA. Su carácter es en la actualidad completamente pacífico, y las diferencias que eventualmente se produzcan en esta cuestión no derivan de la aceptación o rechazo de alguna de estas técnicas, sino de la intensidad con la que la jurisdicción contencioso-administrativa despliegue su control.

El aspecto menos problemático es el otorgamiento de indemnizaciones por los daños patrimoniales ocasionados como consecuencia de los actos políticos. Desde su reconocimiento en el art.2 párrafo 2º de la LJCA de 1956, este punto nunca ha suscitado controversia. La responsabilidad se exigirá por los cauces legalmente previstos, esto es, presentando una reclamación de responsabilidad de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común.

En relación con los elementos reglados, el alcance de este control dependerá, como ya hemos dicho, de la intensidad con la que el Derecho positivo module el radio de actuación del Gobierno. Resulta particularmente exigible la necesidad de motivar estas actuaciones, debido al peso que la motivación adquiere en la actualidad frente a cualquier decisión de los poderes públicos¹⁶⁷.

Por lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales, más que una técnica de control del acto político en sí, es una herramienta para determinar si el acto

¹⁶⁶ BONNARD, R. (1935): *Précis de Droit administratif*, Sirey, Paris, pp.199 ss.

¹⁶⁷ *Vid.*, por todos, NAVARRO GONZÁLEZ, R. (2017): *La motivación de los actos administrativos*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, *passim*.

político puede impedir el ejercicio de un derecho constitucional, como sucedió en el ya referido asunto de los papeles del CESID. Cuando la protección de un derecho fundamental tropiece con un acto político, corresponde al juez valorar qué bien jurídico debe prevalecer: si la facultad política que corresponde al Gobierno, o el derecho fundamental comprometido. Como explica perfectamente DÍEZ SÁNCHEZ, “resulta poco realista imaginar que esa tutela pueda ser efectiva de no ser plena, en el sentido de enjuiciar el fondo, de realizar el juicio de ponderación de los componentes «políticos» de ese acto a la luz de los derechos fundamentales que puedan estar en juego. Puede bastar enjuiciar si el mismo lesiona o no derechos fundamentales y, dentro de este enjuiciamiento, si dicha lesión es prevalente o no sobre los bienes que con el acto político se pretenden amparar, sin que el Tribunal sustituya el criterio político”¹⁶⁸. Este aspecto es el principal elemento problemático del control: cómo puede articular el juez contencioso-administrativo el balance de costes-beneficios sin irrumpir en el núcleo duro de discrecionalidad que por esencia corresponde al acto político.

4. Aproximación a la jurisprudencia en la materia.

La única problemática que suscitan los criterios de control anteriormente aludidos es que, debido a la indeterminación de sus contornos, se prestan a un amplio margen de interpretación judicial. Sin embargo, los más recientes análisis que se han efectuado sobre la jurisprudencia recaída durante la vigencia de la LJCA, a los que yo mismo me sumo, permiten concluir que la jurisdicción contencioso-administrativa está manejando sus facultades de control en este campo con toda razonabilidad¹⁶⁹.

En efecto, tras un repaso de las sentencias que, según las bases de datos, se han dictado desde 1998 con invocación expresa del art.2 a) LJCA, su análisis revela que el control de los llamados actos políticos del Gobierno se ha normalizado plenamente. Bien es verdad que no se han producido asuntos controvertidos y polémicos como los de 1994 y 1997, pero en todo caso ha habido una jurisprudencia constante que no tiene reparos en admitir a trámite los recursos interpuestos contra los actos del Gobierno, decayendo por tanto la objeción de que se trata de actos políticos y quedan por esa causa fuera del control de la JCA¹⁷⁰.

En cuanto a los pronunciamientos que admiten a trámite los recursos, puede citarse, en primer lugar, la STS 26/11/1999, RJ 3197, en materia de extradición. Sobre

¹⁶⁸ Cfr. DÍEZ SÁNCHEZ, J.J. (2012): “1 control...”, *op.cit.*, p.71. En la misma línea, CORDÓN MORENO, F. (1999): *El Proceso...*, *op.cit.*, p.63.

¹⁶⁹ Véanse especialmente los análisis llevados a cabo por DÍEZ SÁNCHEZ, J.J. (2012): “El control...”, *op.cit.*, pp.63 ss.; MARCHECO ACUÑA, B. (2015): “El control...”, *op.cit.*, pp.34 ss.

¹⁷⁰ En ocasiones se han citado pronunciamientos posteriores a la LJCA 1998 que parecen apartarse de esa línea, al inadmitir recursos con el argumento de que se trata de actos políticos; sin embargo, son asuntos anteriores a la entrada en vigor de la Ley. Se trata de las SSTS 26/10/1999, RJ 7449; y 16/2/2000, RJ 619.

extranjería han recaído después muchas otras sentencias, que han acabado por calificar estos actos del Gobierno como administrativos, sometiéndolos plenamente a control judicial. Así, respecto a la extradición activa, SSTS 17/6/2003, RJ 4436; y 31/5/2005, RJ 5531; y respecto a la extradición pasiva, se mantiene su carácter político cuando el juez penal ha accedido a la extradición, reconociendo que el Gobierno es libre de acordarla o no, pero se declara su carácter de acto administrativo cuando la decisión del Gobierno es previa a un pronunciamiento judicial (SSTS 24/6/2003, RJ.6635; y 29/1/2004, RJ 2182).

Por lo que se refiere a sentencias que reconoce la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de daños derivados de actos políticos, pueden citarse las SSTS 7/3/2000, RJ 2462, y 20/5/2003, RJ 3994, que conceden indemnizaciones por daños patrimoniales derivados del cierre de la verja con Gibraltar el 6 de junio de 1969.

Peculiar importancia revisten los actos de indulto, que representan el ámbito en el que con mayor intensidad pervive la categoría del acto político, y cuyo régimen se encuentra en la actualidad profundamente en entredicho¹⁷¹.

Por lo demás, en una variada tipología de asuntos, pueden mencionarse las SSTS 24/7/2000, RJ 2001\289, que admite a trámite el recurso (y lo desestima) interpuesto contra la inactividad del Gobierno frente a la decisión del Poder Ejecutivo de la República Argentina de no tramitar comisiones rogatorias; o la de 30/9/2011, RJ 1015, que admite el control de los actos del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma (en este caso, la convocatoria de elecciones en Cataluña mediante Decreto del Presidente).

En definitiva, tras la aprobación de la LJCA de 1998 (y sus antecedentes judiciales) el escenario del acto político parece estar normalizado. No se han planteado asuntos polémicos, y los tribunales vienen haciendo un uso prudente de las facultades que les atribuye el Ordenamiento jurídico.

Como colofón de todo este análisis se presenta la conclusión de que los tribunales de justicia, en línea de principio, no debe inadmitir los actos del Gobierno bajo la premisa de que son políticos: lo que procede es admitirlos a trámite, y, en su caso, desestimarlos en cuanto al fondo, cuando se aprecie que se han respetado todos los elementos de control que la LJCA permite desplegar sobre cualquier actividad del Gobierno. La intensidad del control dependerá de los elementos que circunden esa

¹⁷¹ Para el estudio de su compleja problemática, *vid.* Recientemente DÍEZ SÁNCHEZ, J.J. (2014): “El indulto ante la justicia administrativa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99-100, pp.1179 ss.; y FLIQUETE LLISO, E. (2015): “Actos discrecionales, actos políticos y actos graciables: naturaleza jurídica del acto de otorgamiento del indulto”, *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 24, pp.185 ss.

concreta actuación, condicionando el margen de opción política que corresponde al Gobierno en cada caso.

Una vez cerrado este trabajo y entregado su original se ha conocido un nuevo e interesante pronunciamiento en esta materia: el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (ponente: Díez-Picazo Giménez) de 19/2/2018 (rec.48/2017), por el que se inadmite por falta de jurisdicción el recurso que el interesado interpuso contra la Nota Verbal remitida por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación a la Embajada de Letonia comunicando la retirada por parte del Gobierno español de su exequátur como Cónsul de Letonia en España, lo que supuso posteriormente su cese por parte del Gobierno letón. La primera cuestión relevante del asunto es la determinación del órgano judicial competente para conocer del litigio, pues aun cuando el recurso se interpuso ante la Audiencia Nacional, ésta elevó al Tribunal Supremo un Auto razonado, el 15/06/2017, exponiendo que el acuerdo había sido materialmente dictado por el Gobierno y que el Ministerio se limitaba a comunicarlo, por lo que entendía que la competencia para conocer del asunto correspondía al Tribunal Supremo; éste, en el Auto que comentamos, indicó que era irrelevante determinar el origen del acto para asignar su competencia a uno u otro órgano judicial, cuando en realidad el problema es la falta de jurisdicción, que al apreciarse, hacía decaer la necesidad de pronunciarse sobre ese otro extremo. En cuanto a las razones por las que el supremo aprecia la falta de jurisdicción, son dos: 1) En lo relativo a la vulneración de elementos reglados, expone que el procedimiento se regula por el Convenio de Ginebra sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, cuyos arts.12 y 23 regulan, respectivamente, el otorgamiento del exequátur y su retirada: se hace mediante una Nota Verbal, cuya denominación es un vestigio histórico porque se formula por escrito, pero que carece absolutamente de procedimiento, tratándose de un “acto libérrimo del Estado receptor, que no está obligado a dar explicación alguna”; por todo ello considera la Sala que no hay procedimiento, y por ende, que no se ha infringido acto reglado alguno (dado que es imposible que se infrinja un procedimiento que realmente no existe), de manera que no es preciso ni tan siquiera reclamar el expediente administrativo para pronunciarse sobre la falta de jurisdicción, siendo procedente acordar directamente la inadmisión del recurso; 2) En cuanto a la vulneración del derecho al honor que alegaba el recurrente, debido a que las razones por las que el Gobierno español había retirado el exequátur eran, a su juicio, falsas, y lesionaban tal derecho, la Sala replica con dos argumentos acumulados: *i)* Que el destinatario de la Nota Verbal era el Gobierno letón, tratándose de un acto de Estado a Estado en el que nada tiene que ver el recurrente; y *ii)* Que el Gobierno español ha guardado absoluto hermetismo acerca de los motivos de la anulación del exequátur, por lo que no se han hecho públicos y no cabe afirmar que la Nota Verbal haya lesionado el derecho al honor. Aunque de una lectura superficial del Auto pudiera seguirse que modifica su línea tradicional (desde 1998) de

admitir los recursos interpuestos contra los actos políticos, realmente en el fondo no es así, puesto que la Sala ha llevado a cabo verdaderamente un análisis del fondo del asunto para comprobar que en este caso ni existe procedimiento administrativo (actos reglados) ni cabe hablar de lesión de un derecho fundamental, por lo que ese juicio *a limine* se revela suficiente para acreditar una falta de jurisdicción que, de otro modo, se hubiera dictado en sentencia.

IV. EL CONTROL DE LOS LLAMADOS ACTOS PARLAMENTARIOS

Así como en los actos políticos del Gobierno la situación se encuentra normalizada, se viene en cambio suscitando cierta litigiosidad acerca de la posibilidad de controlar los actos “políticos” de otros poderes públicos, los denominados “órganos constitucionales y estatutarios”, como el Defensor del Pueblo, las Asambleas legislativas, y otras instituciones emplazadas en la órbita parlamentaria. Los actos de estos órganos tienen establecidas dos posibles vías de impugnación en nuestro Derecho:

– Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional: art.42 LO 2/1979, LOTC:

“Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes”.

– Recurso contencioso-administrativo. En cuanto al control de los actos materialmente administrativos de los órganos constitucionales y estatutarios, el orden contencioso-administrativo es el idóneo para fiscalizar los actos de los poderes públicos sujetos a control judicial, y tiene expresamente encomendada esta competencia en el art.1.3 LJCA:

3. [Los tribunales contencioso-administrativos] Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con:

a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.

b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De este marco normativo se desprende que la jurisdicción contencioso-administrativa no es competente para revisar los actos que estos poderes y órganos dictan en ejercicio de su función constitucional o estatutaria específica. Tales actos son objeto (estos sí), de un control estrictamente político, sin que quepa predicar acerca de ellos el alcance del control que el art.2 a) LJCA establece en relación con los actos del Gobierno, si bien son susceptibles de control por el Tribunal Constitucional en la medida que puedan resultar lesivos de derechos fundamentales.

La cuestión ha suscitado una cierta conflictividad, especialmente en relación con los actos de nombramiento de autoridades o cargos, ya sean decididos unilateralmente por el órgano asambleario o parlamentario, ya sean de alcance compuesto o bifásico, en los que interviene el Gobierno o alguna otra entidad promotora planteando una propuesta, pero correspondiendo la decisión final a órganos de naturaleza parlamentaria. Tales actos, según la jurisprudencia contencioso-administrativa, quedan exentos de control jurisdiccional.

Así, en cuanto a actos unilaterales, es relevante la STS 5/3/2010, sobre elección de vacantes de académicos de la Academia Valenciana de la Lengua. En ella se rechaza la posibilidad de que la jurisdicción contencioso-administrativa controle los requisitos que deben reunir los académicos según la Ley 7/1998, de 16 de septiembre, de la Generalidad, de Creación de la Academia Valenciana de la Lengua, debido a que, conforme al art.13.2 de dicha Ley, los académicos son elegidos directamente por las Cortes Valencianas, y tratándose, por tanto, de un acto de naturaleza estrictamente parlamentaria, excluido de control contencioso-administrativo.

Por lo que se refiere a actos complejos, en ejercicio de competencias compartidas, se ha pronunciado la STS 5/3/2014, relativa a la impugnación del nombramiento de los miembros del Consejo de Seguridad Nuclear. Su Ley reguladora (la 15/1980, en la redacción que le confiere la Ley 33/2007), establece que el Presidente y los Consejeros “Serán nombrados por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. El Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo de los tres quintos de sus miembros, manifestará su aceptación o veto razonado en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos”. El Tribunal Supremo considera en esta sentencia que la intervención del Congreso influye en la determinación de la naturaleza jurídica del acto, que entiende de carácter parlamentario, y por tanto, excluido de control por la jurisdicción contencioso-administrativa.

En la misma línea se ha pronunciado el TSJA en diferentes asuntos. En dos de ellos, el TSJA alude a la doctrina que excluye los actos de naturaleza parlamentaria del control contencioso-administrativo, si bien termina conociendo del fondo del asunto al considerar que en tales casos se trataba de actos administrativos: así, la STSJA 353/2007, respecto del nombramiento de Consejeros del Consejo Audiovisual de Andalucía a través de Decreto 213/2005, de 4 de octubre, de la Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía; y la STSJA 810/2013, respecto del nombramiento de miembros del Consejo de Administración de la Empresa Pública de la Radio y Televisión de Andalucía, mediante Decreto 340/2000, de 4 de julio, de la Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía.

También cabe citar el reciente caso del cese de un Adjunto al Defensor del Pueblo Andaluz, resuelto mediante STSJA 789/2017, de 31 de marzo¹⁷². El Defensor del Pueblo Andaluz acordó el cese previa aprobación del mismo por parte de la Mesa del Parlamento de Andalucía. Por esa razón, la Sala considera que se trata de un acto compuesto, pero de naturaleza parlamentaria, que por consiguiente resulta excluido del control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y aunque en principio admitió a trámite el recurso, finalmente lo ha declarado inadmisibile en sentencia.

La situación en que se encuentran estos actos parlamentarios suscita cierta perplejidad cuando se compara con la que presentan los actos políticos del Gobierno. Sucede, en primer lugar, que la propia noción de acto parlamentario es ciertamente difusa¹⁷³, siendo sus contornos mucho más imprecisos que los del acto político, pero con el agravante de que la dificultad de diferenciarlos acarrea en el caso del acto parlamentario una seria limitación en las vías de impugnación. En efecto, la actividad parlamentaria sujeta al Derecho administrativo se somete a control contencioso-administrativo, en tanto que el acto parlamentario no, por lo que la dificultad de encuadrar una determinada actuación en un ámbito o en otro condiciona decisivamente el control de tales actos. Y en segundo lugar, la relectura de los supuestos en que los tribunales han considerado encontrarse en presencia de actos parlamentarios exentos de control permite observar su íntima proximidad material con actos que en la órbita del Gobierno son calificados como actos políticos sujetos a control –limitado, pero control al fin y al cabo– por la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹⁷² Recurrida que fue esta sentencia en casación, el recurso (5282/2017) se ha inadmitido mediante providencia de 1 de marzo de 2018.

¹⁷³ *Vid.* FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, M. (2016): “El acto parlamentario y su control jurisdiccional”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 35, pp.97 ss. El autor compila la exigua bibliografía existente en la materia, y ofrece una definición del acto parlamentario equivalente a la que García de Enterría ofreció en su día para el acto administrativo acreciendo las aportaciones de Zanobini, con la particularidad de que el sujeto emisor de la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo emana de una de las cámaras parlamentarias o de los órganos de éstas.

Dos razones pueden explicar esta situación. La primera, que así como el sometimiento de la acción del Gobierno a control judicial en todas sus manifestaciones no suscita grandes rechazos desde el punto de vista de la división de poderes, en cambio, someter la actuación parlamentaria a revisión por los tribunales de justicia tensiona inevitablemente ese postulado básico del Estado constitucional: parece irracional que los actos parlamentarios se sometan al control de la jurisdicción ordinaria. La segunda razón de que hasta hoy la exención de control de los actos parlamentarios no haya suscitado grandes discusiones o dilemas puede provenir del hecho de que no se han producido asuntos de gravedad que reclamasen la intervención judicial, tratándose de casos de escaso relieve mediático en los que la sociedad no se plantea la necesidad de alterar el *status quo*.

Ahora bien, si los actos parlamentarios tienen elementos reglados, o se sustentan en conceptos jurídicamente asequibles, o generan daños patrimoniales, parece que deberían ser susceptibles de algún tipo de control en términos análogos a los actos políticos del Gobierno. No se trata, necesariamente, de confiar ese control a los tribunales ordinarios, que asumirían en tal caso una función susceptible de alterar sensiblemente el reparto de poderes. Pero sí cabe pensar en una ampliación de la jurisdicción del Tribunal Constitucional, que acoja este supuesto en su ámbito de actuación. Por ahora, el art.42 LOTC restringe el control de los actos parlamentarios a la protección de los derechos fundamentales. A mi juicio, ese control debería extenderse también a los ámbitos en que el art.2 a) LJCA reconoce el control judicial de los actos políticos del Gobierno.

V. CONCLUSIÓN

La articulación de las técnicas de control de los actos políticos del Gobierno ha sido una construcción jurisprudencial, en la que el Tribunal Supremo ha sido el principal artífice, ofreciendo en momentos extremadamente delicados unos brillantes pronunciamientos, expresión genuina de lo que GARCÍA DE ENTERRÍA calificó en su día como “genio expansivo del Estado de Derecho”, generando un cuerpo de doctrina mucho más comprometido con los postulados constitucionales básicos que la jurisprudencia del mismísimo Tribunal Constitucional. Es de reconocer que, para resolver los complicados asuntos que se sometieron a su consideración en 1993 y 1997, el Tribunal Supremo no se arropa bajo el cómodo cobijo de la jurisprudencia constitucional, sino que se lanza a un triple salto mortal de extraordinaria ambición jurídica, que acabó concitando un nuevo concierto (bien es verdad que sustentado por el estado de opinión que mayoritariamente se percibía en la sociedad de la época y en los operadores jurídicos), que finalmente cristalizó en las reformas de las Leyes del Gobierno de 1997 y de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, sen-

tando unas bases que nos acompañan desde entonces sin patologías ni sobresaltos. En definitiva, el problema del control judicial de los actos políticos se encuentra ya resuelto, y el análisis detenido de la jurisprudencia recaída desde la aprobación de la LJCA en 1998 revela un uso prudente y medido del potente instrumento de control que se le ha confiado a la jurisdicción contencioso-administrativa, procediendo a revisar los asuntos cuando (a la vista de un observador imparcial), aparecen requisitos y elementos de control claramente definidos, y evitando entrar en el contenido intrínsecamente discrecional que tienen estos actos públicos.

Parece, por tanto, que después de varias décadas de “lucha contra las inmunidades del poder”, en nuestro Ordenamiento jurídico se ha encontrado un adecuado equilibrio entre el derecho a la tutela judicial efectiva, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y el ámbito de discrecionalidad política que corresponden al Gobierno y a los órganos constitucionales y estatutarios, resolviendo adecuadamente la complicada ecuación a que aludíamos al comienzo de este trabajo.

En paralelo, otros poderes constitucionales han mantenido sus cauces tradicionales de control, seguramente porque hasta la fecha, ni se han presentado asuntos tan graves como los que entonces le tocó resolver al Tribunal Supremo, ni tales asuntos se han visto expuestos a la gran exposición mediática que hubo entonces. Sin embargo, a pesar de que la naturaleza de tales actos difiera de los actos políticos del Gobierno por razón de su origen, es evidente la proximidad material que manifiestan unos y otros. Por tanto, si los actos políticos del Gobierno son susceptibles de controlarse con arreglo a tres técnicas o criterios (la protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y el otorgamiento de indemnizaciones), los actos parlamentarios deberían ser susceptibles del mismo control. Dado que el principio de división de poderes presenta como aberrante la sujeción de estos actos parlamentarios intrínsecamente políticos (no de administración parlamentaria) a su fiscalización por los tribunales ordinarios, estas técnicas de control deberían atribuirse al Tribunal Constitucional, ampliando las competencias que le asigna el art.42 de su Ley Orgánica.