

La dialéctica entre la inmunidad del poder y su control jurisdiccional

Rafael MANZANA LAGUARDA

— “*Nuestra magistratura estaba justamente constituida para resistir al despotismo, pero éste ya no existirá desde ahora. Esta forma de magistratura no es, pues, necesaria*” (Dictamen de la Asamblea constituyente francesa, que precede a la Ley de separación de poderes de 16-24/agosto/1790).

— “*La injerencia judicial en tales asuntos (actos políticos) no es posible, so pena de poner en peligro el delicado equilibrio de poderes que la Constitución sanciona*” (Exposición Motivos del Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, BOCG de 30/septiembre/1995).

Más de dos siglos separan ambos textos, en los que subyace, sin embargo, un sustrato ideológico coincidente: el Poder no debe ser juzgado, el Poder Ejecutivo debe estar exento del control judicial. En definitiva, el respeto a las normas jurídicas supone en numerosas ocasiones un obstáculo para la acción de gobierno; los jueces constituyen un poder difuso que, por su propia naturaleza, es plural, impredecible e incontrolable, y su intervención fiscalizadora dificulta la gestión del Ejecutivo.

Entre una y otra fecha, la interpretación tradicional del principio de división de poderes, ha frenado, en nuestro ámbito cultural jurídico, todo intento de asegurar el control de la actividad de la Administración, que se inició tímidamente —jurisdicción retenida— con la creación de los consejos provinciales (Ley 2/abril/1845) y del Consejo Real (Ley 6/julio/1845), dio paso posteriormente a un sistema mixto o armónico de fiscalización delegada (Ley de 13/septiembre/1888 y Decreto de 22/junio/1894) y, finalmente, se judicializó plenamente tras la Ley de Bases de 5/abril/1904, que culminó con la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27/diciembre/1956, que aunque supone una generalización del control de la actividad administrativa (v.gr: sólo tras esta Ley ha sido posible el control jurisdiccional de los Reglamentos), mantiene importantes lagunas de la actividad del Ejecutivo, aún inmunes al control de los jueces.

Maurice Bourjon¹ destaca cómo la definición contemporánea del Derecho Administrativo se funda en la distinción de tres zonas principales en la actividad de la Administración:

1. Un núcleo central regido por el Derecho Administrativo (contratos, servicios públicos...) y por tanto plenamente judicializado.

2. Una zona fronteriza y de contornos móviles (actos de gobierno...), sujeta al principio de división de poderes, y ajena al control del juez administrativo.

3. Y, por último, una zona de intervención económica, de límites igualmente móviles. El intervencionismo económico de la Administración hará muy difícil el control jurisdiccional respecto de decisiones necesariamente particulares y desvinculadas de reglas generales precisas.

Tras la Constitución no han perdido su vigencia planteamientos idénticos a los sostenidos por los revolucionarios franceses del siglo XVIII, sino que tan sólo se ha procedido a buscar un nuevo factor legitimador; así la formulación actual de la tesis de la Asamblea Nacional sería la siguiente: si en una sociedad democrática ya ha sido desterrado el autoritarismo, el Juez deja de ser necesario, e incluso puede resultar un factor perturbador para la eficacia de la acción de gobierno; el Ejecutivo precisa manos libres para gobernar². Y este planteamiento puede, incluso, buscar su apoyo en el propio texto constitucional.

Efectivamente, si de la propia definición del Estado de Derecho, deriva la sumisión de todos los poderes públicos a la ley y al derecho (arts. 9 y 103 CE), por el contrario, de su definición como Estado social, deriva el compromiso del Ejecutivo con el progreso social y su actuación en orden a configurar las condiciones de vida colectiva que aseguren la promoción de los derechos económicos y sociales; tal actuación, por mandato constitucional, ha de ser eficaz (artículo 103.1). En nombre del Estado social y democrático se reclaman los mayores espacios de libertad para desarrollar los programas de gobierno, que responden al ejercicio de legítimas opciones políticas que el juez no debe valorar ni, por supuesto, reemplazar o sustituir por las propias. Ello ha llevado a algún autor como Luciano Parejo³ a plantear una eventual contraposición entre los postulados del Estado de Derecho y los del Estado democrático y social.

Ahora bien, y como destaca Ramón Fernández, los derechos económicos y sociales son derechos de prestación, por lo que no son derechos subjetivos en sentido propio hasta que el legislador les dota de un contenido concreto; en cambio las libertades públicas sí que lo son, y no admiten injerencias de la autoridad gubernativa. Además, el juez, al controlar tales potestades discrecionales de la Administración, no controla el núcleo de la decisión discrecional, sino que su actuación se encamina a distinguir entre la legítima discrecionalidad y la prohibida arbitrariedad; se trata de un control jurídico, desde los postulados del Estado de Derecho, y

¹ Maurice Bourjon. *Droit Administratif*. 1. *L'action administrative*, 2. *Le contrôle de l'action administrative*. París, 1972-73, citado por León Cortinas Peláez. “De la concepción autoritaria y de la concepción democrática en Derecho Administrativo”. REDA núm. 74.

² Tomás Ramón Fernández. “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”. REDA núm. 76.

³ Luciano Parejo. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Madrid, 1991.

no de un control político⁴. La discrecionalidad es la capacidad de elección u opción, sin posibilidad efectiva de fiscalización jurisdiccional, entre varias soluciones, todas ellas conformes al ordenamiento jurídico⁵.

Ante la situación conflictual que se plantea entre el control efectivo de la Administración y la eficacia de ésta, la búsqueda de la necesaria armonía entre ambas, requiere partir de una premisa innegociable: los derechos fundamentales no son algo eventualmente prescindible en nombre de la eficacia de la gestión administrativa. Si el Estado social conlleva que la Administración deba desempeñar un papel activo orientado hacia el aseguramiento de unas condiciones mínimas de vida que dignifiquen la existencia de los ciudadanos, es claro que, por otra parte, la eficacia administrativa que tal intervencionismo requiere no puede convertirse en una excusa para erosionar el mismo Estado de Derecho, por uno de sus basamentos esenciales cual es el de los derechos fundamentales⁶. Cobra vigencia la advertencia de Camus, de que donde no hay principios hacen falta reglas.

No obstante, puede constatarse cómo aún hoy se mantiene un reducto de la actuación administrativa, respecto del cual, al no ser controlable por el poder judicial, no puede garantizarse que su actuación se someta a los principios del Estado de Derecho; se trata de los denominados *actos políticos*. Y, al propio tiempo, cobra actualidad una nueva brecha en el principio de sumisión de la actividad administrativa al ordenamiento jurídico: la invocación del *interés del Estado*.

I. ACTOS POLITICOS

Aún cuando la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa culminó sobre el papel el proceso de judicialización del control sobre la Administración, sin embargo, dicha judicialización nunca ha sido plena, y así, su Exposición de Motivos ya se cuidaba de advertir que esta jurisdicción tenía como exclusivo objeto conocer de las cuestiones suscitadas respecto de los actos sujetos al Derecho Administrativo —y no todos ellos—, quedando, en todo caso, como materias ajenas a la misma *“las relativas a los actos políticos, que no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de la discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales”* (Punto II.4).

Las notas que, en una primera aproximación, caracterizarían, pues, al acto político, serían las siguientes:

⁴ Véase Tomás Ramón Fernández. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madrid, Civitas 1991.

⁵ Así lo establece una reiterada jurisprudencia: Ss. Ts. 15/junio/84 (A. 4629), 22/diciembre/86 (A. 1558), etc. Véase sobre este punto: Juan Igartua Salaverria: “Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa”. REDA núm. 92, octubre/diciembre, 1996

⁶ Manuel J. Sarmiento Acosta. “Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales” *Poder Judicial* núm. 31.

a) Ser una categoría de acto, esencialmente distinta de los actos administrativos discrecionales.

b) Venir vinculado a la actuación del Ejecutivo, no en el ejercicio de funciones administrativas, sino en el desempeño de su función política.

c) Y, finalmente, emanar tan sólo de los supremos órganos estatales.

En tal línea, su artículo 2.b) excluye del conocimiento de esta jurisdicción las cuestiones relativas a los actos políticos del Gobierno, añadiendo: *“como lo 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”*.

En consecuencia, el texto legal permite añadir nuevos datos caracterizadores del acto político:

— El emanar del Gobierno de la nación, en cuanto tal órgano colectivo.

— La renuncia del Legislativo a dar una definición del “acto político” construida a partir de los elementos que lo configurarían, procediéndose, por el contrario, a efectuar una enumeración de los mismos.

— Finalmente, y en coherencia con el principio de responsabilidad de los poderes públicos, se posibilita la intervención jurisdiccional, encaminada no a fiscalizar el núcleo de la decisión política del Gobierno, sino tan sólo a fijar las indemnizaciones a las que, en su caso, y como consecuencia de la adopción de actos políticos, fueran acreedores los ciudadanos.

La generosa interpretación de este precepto por parte de la jurisprudencia fue sin duda de una gran utilidad para los intereses ideológicos imperantes, y así la definición que del acto político se hizo en función de su móvil político, permitió acoger en su seno, entre otras materias, las sanciones de orden público.

Una posterior línea jurisprudencial más progresiva⁷, comenzó a exigir, como destaca Fernández Montalvo, la concurrencia de un doble requisito en el acto político:

a) Subjetivo: que emanara del Consejo de Ministros, en decir, del Gobierno en su conjunto.

b) Objetivo: que su contenido y finalidad resultara diferenciada de la netamente administrativa, al proyectarse sobre asuntos trascendentes de interés general, que afectaran al conjunto del Estado.

Tras la promulgación de la Constitución, del mandato contenido en su artículo 24, se quiso deducir, en un primer momento, y por determinado sector

⁷ Como es el caso de las Ss. TS. de 10/marzo/62, 3/enero/79,...entre otras; línea que sobrevive en recientes pronunciamientos, como la sentencia de la Audiencia Nacional de 5/junio/93, que señala: *“Tal y como la jurisprudencia ha ido caracterizando los llamados actos políticos del gobierno, entre los que están los relativos a las relaciones internacionales (art. 2.a) LJCA), no cabe identificarlo en el presente caso (autonización para fondear a un buque de guerra americano, en aplicación del Convenio con EEUU de 1/XI/88), ya que tal tipo de actos provienen de las más altas instancias administrativo gubernamentales (en nuestro caso, Consejo de Ministros como sinónimo de Gobierno), se trata de actos que encierran libérrimas decisiones, no juridificadas, ligadas al ejercicio de la soberanía, a la par que afectan a las grandes decisiones de Estado (Ss. TS. 29/enero/82, 25/octubre/90, 24/julio/91, etc.)”*.

doctrinal, que se había producido una judicialización plena del control de la Administración, lo que conllevaría la inexistencia de los "actos políticos" en cuanto tal ámbito de inmunidad de la actuación de los poderes públicos, y la consiguiente derogación del artículo 2.b) LJCA. Y así la posición mantenida, entre otros, por García de Enterría, o Tomás Ramón Fernández, considera que este precepto debe entenderse derogado en cuanto se refiera a posibles exclusiones del control jurisdiccional sobre actos administrativos, e inútil en cuanto se refiera a actuaciones gubernamentales no administrativas, que responden a la posición del Gobierno como órgano constitucional, pues la gestión política del Gobierno es controlada por el Parlamento. Alguno pronunciamiento, quizás en excesivo optimista, del Tribunal Supremo, se ha mantenido en esta línea, entendiendo que "la teoría del acto político está hoy superada y reducida a sus estrictos límites o muy escasos supuestos" (S. 10/febrero/93, R. 550). Ello contrasta con las recientes y reiteradas declaraciones de líderes políticos socialistas y conservadores —cuya coincidencia en este punto ya a nadie sobresa— reivindicando un espacio de actuación de lo "político", libre de toda presencia, conocimiento y control judicial.

Surge así una ineludible cuestión a resolver: ¿deriva de la Constitución un mandato de plenitud del control jurisdiccional sobre los actos de la Administración, o, por el contrario, subsiste un ámbito aún inmune a tal control, justificado sobre la disyuntiva entre actos administrativos y actos políticos?

Es cierto que el artículo 24.1 CE, garantiza el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin limitar dicha tutela, en lo que se refiere a los actos emanados de los poderes públicos, a aquellos que tengan naturaleza administrativa. Por otra parte, diversos preceptos constitucionales parecen reforzar tal conclusión, como es el caso del artículo 9.1º, que sujeta a los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, del 103.1º, que impone a la Administración Pública el deber de servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho", y finalmente el 106.1º, que dispone que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Sin embargo, el artículo 97 CE, al mencionar las funciones del Gobierno, permite distinguir entre:

— La función ejecutiva y el ejercicio de la potestad reglamentaria: sujeta a la fiscalización por parte de los Tribunales (art. 106.1º CE).

— La dirección de la política interior y exterior: se trataría de una actividad de gestión política, de la que se responderá ante el Parlamento (art. 108 CE).

Y tal distinción ha servido de apoyo al Tribunal Constitucional, para sostener la subsistencia de la

vieja distinción entre Gobierno y Administración (*), y diferenciar entre:

— Actividad administrativa: sujeta plenamente a control judicial, incluso en sus facetas discrecionales.

— Y, actividad política: exenta de control jurisdiccional. Debe advertirse que, como ha señalado coincidentemente la doctrina, un acto es político no porque persiga un fin político, sino porque tiene una naturaleza política, diferente de la administrativa; en igual línea, la jurisprudencia de los Tribunales posterior a la Constitución, ha definido el acto político en función, no ya de su "movil político", sino de su "naturaleza intrínseca"; y así la STS 30/julio/87 (R.7706) afirma que se trata "... no de un simple acto provocado por un móvil político, lo que es completamente distinto, sino de un acto político por su naturaleza intrínseca".

En la STC num. 45/90, de 15/marzo (BJC num. 108, pag.71), se contiene un expreso reconocimiento constitucional de la actuación política del Gobierno, afirmandose que: "... no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el artículo 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, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple la función de dirección política que le atribuye el mencionado artículo 97 de la Constitución. A este género de actuaciones

* Y así, en la STC 204/92, de 26/noviembre (BJC 140, p. 44), con ocasión del enjuiciamiento del alcance de la exigencia de dictamen del Consejo de Estado, se afirma: "Tampoco cabe entender que por "Gobierno" el art. 107 comprenda, en general, el llamado Poder Ejecutivo, incluyendo cualquier Administración Pública, como hace, en cambio, el artículo 103 CE, pues Gobierno y Administración no son la misma cosa y están perfectamente diferenciados en el propio título IV en que el artículo 107 se inserta."

Por su parte, la STC núm. 196/90, de 29/noviembre (BJC núm. 117, p. 51), afirma: "Quiere decirse con ello que en tales casos el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse como "administrativa" cuyo control corresponda ex artículos 106.1 CE y 8 LOPJ a los Tribunales de Justicia"

Se han considerado como tales actos políticos, entre otros (vide Fernández Montalvo):

- la actualización de alquileres (STS 6/noviembre/84)
- la fijación de la sede de una CCAA (STS 30/julio/87)
- la petición de medios materiales y personales a la Administración de Justicia de una CCAA (STS 2/octubre/87)
- la fijación del salario mínimo interprofesional (STS 24/julio/91).

— la distribución de los Presupuestos, así, señala la STS. de 2/octubre/87 (R.6688), que "la cuantía de los presupuestos de cada Administración, su distribución y la consignación de las cantidades necesarias para que los servicios de sus respectivas competencias estén dotados de los medios personales, financieros y materiales que posibiliten una prestación eficiente es una actividad netamente política, cuyo control y, en su caso, exigencia de responsabilidad, tiene lugar por los cauces antes señalados, excediendo por tanto del control de los Tribunales, pues lo contrario supondría que cada ciudadano podría postular ante los Tribunales que los órganos del Gobierno de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas, Provincia o Municipio, de acuerdo con sus respectivas competencias, dotaran de mejores servicios sanitarios, de enseñanza, comunicaciones, etc., a un territorio determinado, alegando su interés en la prestación de ese servicio..."

del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a una u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes". (FJ.2º). Reconocimiento que, por otra parte, se da también en el ámbito de nuestro derecho comparado (atto politico, regierungsakt, acte de gouvernement,...).

En cualquier caso, el artículo 24 CE impone una interpretación restrictiva de los actos del Gobierno ajenos al control jurisprudencial, según reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo, pues, como se afirma en Autos TS. de 18/enero y 27/abril/93, los artículos 9 y 24.1º CE, imponen la reducción de dicho ámbito de inmunidad, ya que la conjunción de ambos preceptos "... nos lleva a apreciar la dificultad de principio de negar la tutela judicial, cuando alguna persona legitimada la solicite, alegando una actuación ilegal del poder ejecutivo".

Así las cosas, y reconocida la subsistencia posconstitucional de los actos políticos, si bien sometidos a una interpretación restrictiva, hay que aludir a los mecanismos de control sobre los mismos, que van a operar en un doble ámbito:

a) *Control institucional:*

1. Mediante el Parlamento (el art. 108 CE dispone que "*El Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados*")¹⁰.

2. A través del Defensor del Pueblo, a quien compete supervisar la actividad de la Administración, en su función de defensa de los derechos de los ciudadanos (art. 54 CE.)

b) *Control jurisdiccional:*

1. Control por parte del Tribunal Constitucional: a través del recurso de amparo, ante violaciones de derechos fundamentales (art. 161.1.d CE), o de los mecanismos de resolución de conflictos institucionales (art. 2.1.d) LO 2/79, de 3/octubre).

2. Control por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción".

3. Finalmente, su control por la jurisdicción ordinaria, en este caso, la contencioso-administrativa: el principio general es la exclusión del control en sede jurisdiccional contencioso administrativa, del

¹⁰ Señala la STC núm. 196/90, de 29/noviembre, que: "La conclusión alcanzada..., no significa, sin embargo, que actividades como la que acabamos de examinar, que se sitúan fuera del control contencioso-administrativo por ser ajenas al ámbito de aplicación del Derecho administrativo, estén exentas de sujeción al Derecho y de todo control jurisdiccional. Tales actos producidos en el seno de las citadas relaciones entre Gobierno y Parlamento agotan por lo general sus efectos en el campo estrictamente parlamentario, dando lugar, en su caso, al funcionamiento de instrumentos de control político..."

¹¹ Blanca Lozano. ("El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración". REDA núm. 91, julio/septiembre 1996), advierte del peligro de convertir este Tribunal —que resuelve los erróneamente llamados conflictos de jurisdicción entre jueces y Administración, inexistentes en nuestro derecho, pero sí en el francés (conflicts d'attribution) de cuya legislación se copia— en árbitro entre el poder judicial y el ejecutivo, obstaculizando así el mandato constitucional de sometimiento pleno de la Administración al Derecho y de control por los Tribunales.

núcleo de la decisión política, lo que no va a impedir:

— El control de los aspectos reglados y de los hechos determinantes, dada la inexistencia del acto político puro o en abstracto.

— Y la fijación de indemnizaciones.

En definitiva, se va avanzando hacia técnicas de control del acto político que comienzan a guardar gran similitud con las empleadas en el control de los actos discrecionales, al igual que los argumentos que sirven para justificar los límites al control de la discrecionalidad se trasladan al ámbito del control del acto político. Así, es ya pacífica la doctrina que entiende que el control jurisdiccional de la Administración, contemplado en términos de gran amplitud por el artículo 106.1 CE, es una exigencia derivada del Estado de Derecho, y se extiende incluso al control de los aspectos discrecionales de la actuación administrativa (por todas, STS 26/septiembre/90). El control se realizará a través de los hechos determinantes, del respeto a los principios generales del derecho, o de extremos reglados del acto, como son la competencia, el procedimiento o la desviación de poder (STS 21/febrero/84); pero, en cualquier caso, el órgano jurisdiccional no podrá sustituir a la Administración en su función de valorar las circunstancias que han determinado la adopción de una concreta decisión, pues ello supondría que el Tribunal ejercita potestades administrativas, con quiebra del principio de división de poderes (STS 22/diciembre/83). Igualmente, el núcleo esencial de la actividad discrecional (véase la "discrecionalidad técnica"), será inmune al control jurisdiccional. Tales criterios se van implantando en relación con el control jurisdiccional de los "actos políticos"; y ello no conlleva peligro alguno de "gobierno de los jueces", sino meramente sometimiento de unos y otros al gobierno de la Constitución.

La Memoria justificativa del Anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, remitido por el Gobierno al C.G.P.J. el 9/enero/95, y actualmente caducado tras la disolución del Parlamento, afirmaba que con tal texto se procede al "*cierre del proceso de judicialización de lo contencioso-administrativo*" (punto 1.2), si bien el ámbito de la jurisdicción, se adaptaba a las previsiones contenidas en la LOPJ "*y no sufre transformación sustancial alguna en relación con la Ley anterior de este orden jurisdiccional, salvo en aquellas cuestiones que se han visto afectadas por la Constitución*" (punto II). Así, se "*mantiene, aunque con fórmula distinta a la de la Ley de 1956, la exclusión de los llamados actos políticos del conocimiento de esta Jurisdicción*" (Punto II).

El actual Anteproyecto, de 10/diciembre/96, a diferencia del de 1995¹², en su artículo 2.e) atribuye a

¹² El artículo 3.c), del Anteproyecto de 1995, excluía del conocimiento de esta jurisdicción: "*El control de la actividad no administrativa del Gobierno y, en su caso, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, que se produzca en el ejercicio de las funciones de iniciativa legislativa, refrendo de los actos del Rey, dirección de la política interior y exterior, dirección de la Administración Pública, dirección de la defensa del Estado, relaciones institucionales con las Cámaras legislativas y demás actos realizados en su calidad de órganos constitucionales o estatutarios y de los que deban responder ante el Con-*

la jurisdicción contencioso-administrativa "la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, el control de 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"¹³.

Se renuncia, no obstante, y una vez más, a definir materialmente el acto político —operando con análoga mecánica que adoptara la Ley de 1956—, lo que ya se justificaba en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 1995 en la dificultad de precisar en muchos casos, qué decisiones gubernamentales tienen carácter administrativo y cuáles tienen naturaleza política, lo que "aconseja confiar la determinación de dichos actos, de manera casuística, como sucede en otros ordenamientos vecinos, a la evolución jurisprudencial" (Punto II, in fine). En cualquier caso, cabe hacer algunas precisiones respecto de este particular; así:

Primera. Sólo será actividad política la emanada del Gobierno, o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. Se excluye, pues, la posibilidad de que emanen actos políticos de la Administración Local, que venía admitida por STS 8/febrero/94.

Segunda. Únicamente podrá tener carácter de acto político aquel que se produzca en el ejercicio de las siguientes funciones (que derivan de la conjunción de los arts. 87.1º, 97 y 108 CE):

- iniciativa legislativa,
- refrendo de los actos del Rey. El Tribunal Supremo consideró acto político el de disolución de las Cortes (STS, 24/septiembre/84),
- dirección de la política interior y exterior. Dentro de esta faceta, y tras la muy discutible Sentencia de 14/diciembre/95 de la Sala de Conflictos (A. 10064), se plantearía asimismo si la decisión del Consejo de Ministros sobre la clasificación o desclasificación de documentos, constituye un "acto político", ya que se afirma que tal actividad supone "valorar, dentro de sus funciones directivas de gobierno, los intereses en juego, principalmente el de seguridad del Estado, cuya exclusiva interpretación le corresponde en esta materia" (F.J.5º)",

goso de los Diputados o, en su caso, ante la Asamblea legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma. Todo ello sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa".

¹³ El Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el Anteproyecto de 1995, ya advirtió que "... en la actuación del Gobierno hay aspectos que no son reconducibles a proposiciones jurídicas, pero esto no supone la existencia de esferas de acción inmunes al Derecho, y, en lo que éste prescribe, todos los actos son susceptibles de análisis y enjuiciamiento, según criterios y métodos jurídicos".

¹⁴ Blanca Lozano (op. cit., pp. 452 y ss), advierte cómo mediante esta Sentencia se produce un desapoderamiento de los jueces y tribunales respecto de las materias clasificadas, lo que conculca el artículo 24 CE, cuyo presupuesto es un sistema de plenitud jurisdiccional, un Estado de Derecho carente de zonas o materias inmunes al control judicial. El propio Informe anual del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales, de 1995 (BOCG, serie A, núm. 7, de 26/junio/1996), destaca que la creación por la Ley de Secretos Oficiales de unas "materias clasificadas", ajenas al control jurisdiccional, conlleva que "siempre que en un proceso, de la naturaleza que sea, fuere preciso aportar una de esas materias, la resolución última no estaría en

— dirección de la Administración Pública. La jurisprudencia ya había considerado acto político la denegación de la solicitud de revisión de coeficientes retributivos de funcionarios (STS 13/marzo/90)

— dirección de la defensa del Estado,
— relaciones institucionales con las Cámaras legislativas¹⁵,

— y demás actos realizados en su calidad de órganos constitucionales o estatutarios y de los que deban responder ante el Congreso de los Diputados o, en su caso, ante la Asamblea legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma¹⁶.

Tercera. Se sigue residenciando en sede jurisdiccional la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, como consecuencia de la afectación de derechos o intereses legítimos, patrimonialmente evaluables, por la actuación política de la Administración. No podía ser de otra forma dados los términos genéricos y amplios en que se consagra la responsabilidad de los poderes públicos en los artículos 9.3º y 106.2º CE.

Por lo demás, debe reconocerse que se incorporan al texto legal en elaboración algunos avances que, en relación con el control jurisdiccional de la actividad política, se habían venido estableciendo por los Tribunales, y particularmente los siguientes:

1) Posibilitar expresamente el control por la juris-

manos del poder judicial, tal y como exige el artículo 117.3 CE, sino que la decisión pasa por el Consejo de Ministros o por la Junta de Jefes del Estado Mayor", y con ello "resulta difícil garantizar a los ciudadanos el derecho a obtener una tutela efectiva de jueces y tribunales, puesto que existe una zona de inmunidad que queda fuera de su actuación". El Tribunal Constitucional, sin embargo, mediante providencia de 20/mayo/96 inadmitió el recurso de amparo interpuesto contra esta Sentencia, por carecer la demanda de contenido que justificara una decisión sobre el fondo.

¹⁵ Se había considerado, en su momento, por el Tribunal Supremo, como acto político, la negativa de un Gobierno autonómico a dar información a su Parlamento (STS 15/noviembre/88). Por su parte, la ya citada STC núm. 196/90, de 29/noviembre (BJC núm. 117, p. 51), relativa al acto de contestación del Gobierno Vasco a una solicitud de información parlamentaria, afirma que no es un acto de la Administración Pública sujeto al derecho administrativo, sino un acto de relación institucional sustraído del control jurisdiccional contencioso-administrativo, y entiende que: "... Se trata, pues, de un acto producido en el seno de las relaciones políticas entre Ejecutivo y Legislativo, cuya finalidad primordial es el ejercicio del control, entendido en sentido amplio, del primero por el segundo". Y tras reiterar la doctrina de su STC 45/90, añade: "Quiere decirse con ello que en tales casos el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse como "administrativa" cuyo control corresponda ex artículos 106.1 CE y 8 LOPJ a los Tribunales de Justicia. Estas ideas formuladas en términos generales respecto de las relaciones entre Gobierno y Cortes, son también aplicables a las relaciones entre Ejecutivos autonómicos y las correspondientes Asambleas Legislativas... La solución contraria podría desnaturalizar el juego democrático entre aquellas instituciones".

¹⁶ La exclusión, en estos dos últimos supuestos, deriva de la propia mecánica de distribución de los poderes en un Estado de Derecho, y así lo entiende el TS, en Sentencia de 25/octubre/90: "el engranaje de las instituciones previstas en la Constitución impide que la potestad de juzgar, propia de los Jueces y Tribunales, únicos titulares del Poder Judicial, se extienda e inmiscuya en las funciones reservadas constitucionalmente a los demás poderes". Inmunidad ante la jurisdicción que no supone, en cualquier caso, irresponsabilidad, sino que el control queda residenciado en el Parlamento, por cuanto pretender el control jurídico de actos de esa naturaleza conlleva el "... riesgo de pretender una judicialización inaceptable no exigida en modo alguno por la Constitución y poco conveniente con el normal funcionamiento de la actividad política de las Cámaras Legislativas y del Gobierno" (STC 220/91, de 25/noviembre).

dicción ordinaria de los aspectos reglados del acto político, restringiendo la inmunidad exclusivamente a lo que constituye el núcleo básico de la decisión política, a través de la desestimación del recurso, pero nunca de su inadmisibilidad; mecanismo éste ya utilizado para el control de la actividad discrecional de la Administración¹⁷.

II) Permitir el control por parte de los Tribunales cuando se produzca violación de derechos fundamentales, como consecuencia de la producción de un acto político¹⁸. El control no puede, actualmente, corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa a través de la Ley 62/78, pues: *"... es evidente que su aplicación requiere como condición inexcusable que la lesión de derechos fundamentales que el actor invoque se haya producido por un acto que ratione materiae pueda ser conocido y enjuiciado por la correspondiente jurisdicción, en este caso por la del orden contencioso administrativo"*. (STC núm.

¹⁷ Tal tesis se correspondería con la doctrina mantenida por la más reciente jurisprudencia. Así, el TS (Auto 18/enero/93, FJ 5º) ha insistido en la necesidad de *"... 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 e incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión"* Argumentación que es asimismo asumida por el TC. en S. de 15/marzo/90, o en S. núm. 220/91, de 25/noviembre, y que recientemente ha reiterado el T. Supremo en su Sentencia de 28/junio/94 (R.5050), reconociendo que *"Ciertamente, no desconocemos que esta doctrina se mueve en el límite de lo jurisdiccionalmente posible, pero incardinada, al mismo tiempo, en la importante tradición de la jurisdicción contencioso-administrativa, dirigida a reducir las inmunidades del poder ejecutivo, procurando que las legítimas y necesarias apreciaciones y decisiones políticas de éste se hagan efectivas dentro de los límites previamente marcados por el poder legislativo"*.

El propio TS, en S. 22/enero/93, había sentado una interesante doctrina que restringía la inmunidad jurisdiccional tan sólo al núcleo de la decisión política, al tiempo que limitaba el concepto de "actos políticos" a los emanados de los máximos órganos constitucionales y que vinieran asimismo revestidos del "máximo contenido político". En la citada resolución se afirma que tras la vigencia de la Constitución *"no puede admitirse en nuestro derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y en consecuencia exentos de control jurisdiccional"*, añadiendo seguidamente que *"desde luego 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"*. La conclusión que se extrae de tales afirmaciones desde la óptica procedimental es 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 en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable"*.

¹⁸ Como ya advirtiera la STC núm. 196/90, de 29/noviembre *"Ahora bien, ello no excluye que, excepcionalmente, en el desarrollo de esas relaciones institucionales se pueda ver comprometido el ejercicio de los derechos fundamentales que a los representantes elegidos democráticamente les reconoce el artículo 23 CE (STC 181/89, F.J. 4º) y se puedan efectivamente lesionar esos derechos, bien por el Ejecutivo, bien por los propios órganos de las Cámaras a través de los cuales se articulan las peticiones de información de los parlamentarios y otras actividades similares o cercanas (TC. S. 161/88)... A este Tribunal no le compete el control de cualesquiera alteraciones o irregularidades que se produzcan, dentro del ámbito parlamentario, en las relaciones políticas o institucionales entre Legislativo y Ejecutivo, pero sí le compete ciertamente el conocimiento y, en su caso, la reparación de las lesiones de dichos derechos que excepcionalmente tengan lugar en dicho campo"*.

196/90), sino, en cualquier caso, a la jurisdicción constitucional.

II. INTERES DEL ESTADO

Del artículo 103.1 CE, cabe deducir que allí donde aparecen intereses generales puede y debe intervenir la Administración Pública, actuando así dicho precepto como una habilitación general para la intervención de la Administración¹⁹. Sin embargo, no sólo la Constitución no define qué son los intereses generales, sino que tampoco es clara en su terminología, y habla de "interés público", "interés común", "interés general", "interés de la nación", etc., expresiones todas ellas obviamente diferentes.

La noción de interés general como concepto autónomo o trascendente ha sido resultado de un proceso; así, si en una primera fase los intereses generales son los intereses particulares debidamente concordados, tras la revolución francesa se produce una nueva suplantación (la primera se produjo con las monarquías absolutas) y así, el interés del pueblo o nación (ente metafísico distinto a la suma de los individuos que lo integran) es el más trascendente de todos; la nación y su interés están por encima de todas las cosas; y como quiera que la nación se corporeiza en el Estado, lo que prevalecerán son los intereses del Estado²⁰. De esta forma, la ideología del interés general ha servido siempre para legitimar el poder: el grupo dominador legitimará su prevalencia con la invocación de un pretendido interés general, si bien en las actuales sociedades complejas será también compleja la identificación del "elemento social dominante"²¹)

Ahora bien, la doctrina es unánime en afirmar que el concepto y el alcance de los intereses generales ha de buscarse exclusivamente en la Constitución, de tal manera que sólo hay intereses generales intra constitutionem; no puede haber intereses generales contrarios a la Constitución.

La Constitución, a juicio de García de Enterría²², con el reiterado empleo de los conceptos de interés general o interés público, no pretende autorizar a los titulares del poder público para acordar lo que su buen querer pueda sugerirles, en cuanto conceptos habilitantes de una verdadera discrecionalidad en sentido técnico, según la cual, cualquier decisión, cualquier opción entre distintas alternativas sería legítima; por el contrario, la intención del constituyente es precisamente la contraria: indicar que no el libre, personal y omnimodo criterio del titular del poder es el que decide por sí solo, sino que esa decisión debe adoptarse para servir al interés general.

Así, de la incardinación de los intereses generales dentro de la legalidad administrativa, se desprenden dos consecuencias:

a) Negativa, en cuanto impone un límite a la

¹⁹ Alejandro Nieto. "La Administración sirve con objetividad los intereses generales" Estudios homenaje al Prof. García de Enterría Vol. III, Civitas 1991.

²⁰ Alejandro Nieto, op. cit. pp. 2206 y ss.

²¹ Alejandro Nieto, op. cit. pp. 2210 y ss.

²² García de Enterría. "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado". REDA núm. 89.

actuación administrativa: la violación del interés general es una causa de ilegalidad, y se materializa en la tradicional figura de la desviación de poder.

b) positiva, pues la presencia de un interés general es un presupuesto inexcusable para la actuación administrativa, de manera que tal actuación no será legal sino cuando satisfice un interés público.

La juridificación de los intereses generales permite la articulación de mecanismos de control.

García de Enterría, con apoyo en el artículo 54.1.f) de la Ley 30/92 de Procedimiento Administrativo Común, que obliga a motivar los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, entiende que la Administración vendrá obligada a justificar las razones que imponen la decisión en el sentido del interés público, y tal justificación ha de ser concreta y específica, sin que baste una mera invocación abstracta. Y así como el Tribunal Constitucional controla las estimaciones que sobre el interés general o público hace el legislador²³, los Tribunales de lo contencioso controlan el sometimiento de la actuación administrativa a los fines generales que la justifican (art. 106.1º CE). La Constitución garantiza que la Administración no puede crearse a su arbitrio una zona de inmunidad con la simple

invocación de que se está actuando al servicio de los "intereses generales"; el concepto jurídico indeterminado es perfectamente controlable por el Juez, sin que se produzca con ello la menor alteración de la función constitucional que tiene encomendada²⁴.

La realidad actual de nuestro país pone de manifiesto el peligro del reforzamiento del "interés del Estado", como excusa para realizar actividades ilegales, plenamente subsumibles en el ámbito del Código Penal, y que repugnan a los principios rectores del Estado de Derecho; indigna que frente a la actuación jurisdiccional, se retome la superada polémica de su no legitimación por las urnas, para dar un revestimiento de legitimidad democrática al encubrimiento de actividades delictivas por parte de instituciones que sí que emanan de las urnas y el entorpecimiento de la investigación de los Tribunales; recordemos que la Sentencia de la Sala de Conflictos de 14/diciembre/95, ha afirmado que incumbe al Consejo de Ministros la valoración, dentro de sus funciones directivas de gobierno, del interés dimanante de la seguridad del Estado, cuya exclusiva interpretación le corresponde en esta materia, sin duda, el "interés del Estado", puede convertirse a la larga en el detonante que quiebre ese mismo Estado que en apariencia defiende.

²³ Ss. TC. 132/89, de 18/julio, 139/89, de 20/julio, 113/94, de 14/abril, o 179/94, de 16/junio...

²⁴ García de Enterría *Democracia, jueces y control de la Administración*. Madrid, Civitas 1995.



Si tú no mueves un dedo, otros lo harán por ti.

En muchos países del mundo los niños son encarcelados, torturados y asesinados. Algunos son ejecutados legalmente y otros son asesinados por escuadrones de la muerte en operaciones de "limpieza étnica o social".

Amnistía Internacional denuncia y seguirá denunciando estos hechos. Pero necesitamos la colaboración de personas como tú. Si quieres ayudarnos, escríbenos. Si tú no mueves un dedo, otros lo harán por ti.

**Para muchos niños,
este cupón es su
única esperanza.**

Quiero hacerme socio de Amnistía Internacional,
por favor envíenme más información:

Nombre
Dirección
C.P. Ciudad

Amnistía Internacional

C/ Barquillo 17, 6º b
28004 Madrid
Tel.: (91) 531 25 09

