

DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO: SOMETIMIENTO EFECTIVO DE TODOS LOS PODERES A LA LEY (*)

Por
FERNANDO GARRIDO FALLA

SUMARIO: I. Observaciones al título de esta ponencia.—II. La larga marcha hacia el Estado de Derecho.—III. La fiscalización jurisdiccional de los actos y disposiciones de los poderes públicos en España: del Estado administrativo de Derecho al Estado democrático de Derecho.—IV. Los vestigios del acto político.

I. OBSERVACIONES AL TÍTULO DE ESTA PONENCIA

1. Aunque pueda sorprender, voy a empezar por formular algunas observaciones aclaratorias (¿quizás críticas?) al título de esta ponencia. Se me podría decir que por qué no las he formulado —si es que merece correcciones— al tiempo de aceptarla. Pero a esto respondo que, antes bien, he de agradecer al título mismo que se me sugirió el que me proporcione ocasión para hacer algunas precisiones conceptuales en relación con cada una de las dos partes en que se descompone: 1) Democracia y Estado de Derecho, y 2) sometimiento de *todos* los poderes a la Ley. Veamos.

2. Nuestra actual «cultura democrática» tiende a considerar estos dos conceptos (Estado de Derecho y Democracia) como interdependientes e inseparables, en el sentido de entender que no hay Estado de Derecho sin Democracia y que la Democracia presupone el Estado de Derecho. Obviamente, esto no es cierto; ni desde el punto de vista histórico, ni en el plano de la teoría.

La Democracia hace referencia a un «sistema» de Gobierno: el gobierno del pueblo por el pueblo y para el pueblo. Pero como el pueblo —en el que reside la soberanía— no es uniforme en sus decisiones (ni, por supuesto, en las creencias e ideologías que las inspiran) hay que relativizar la definición anterior; así es que la dejaremos en «el gobierno de las mayorías». Ahora bien, si no se respetan los derechos de las minorías (mucho más, si se trata de los

(*) El presente trabajo es el texto de la ponencia-conferencia pronunciada en Granada el 13 de mayo de 1992 con motivo del X Congreso de la Unión Iberoamericana de Colegios y Asociaciones de Abogados (UIBA).

derechos inherentes a la persona humana) no se puede hablar, claro está, de Estado de Derecho. Ejemplo clásico: la *Blutsschutzgesetz* nazi de 1934 (para protección de la raza aria alemana) no dejó de ser una medida siniestra, aunque aprobada por abrumadora mayoría. Por contraste, regímenes no democráticos pueden dictar leyes justas; y, lo que es más sorprendente, leyes que pueden convertirse en pieza clave para el Estado de Derecho.

Por consiguiente, la Democracia ha de completarse con una idea añadida: el Estado de Derecho; y viceversa. Cuestión distinta es, como veremos, que la evolución que conduce del Estado absolutista del *ancien régime* al moderno «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1.º de la Constitución española) mezcla ideas de una y otra procedencia. Es ciertamente una evolución *combinada*. Volveremos sobre el tema.

3. Reflexionemos ahora sobre la segunda parte de nuestro título: el sometimiento a la Ley de todos los poderes del Estado. Porque ¿estamos aquí ante una afirmación indiscutible? Si la Ley incluye a la «superley» que es la Constitución, la afirmación es cierta; en otro caso, no. Porque ¿está sometido el Legislativo a sus propias leyes (que puede derogar)?

Durante los debates parlamentarios en torno a la redacción del artículo 9.1 de nuestra Constitución surgió el tema. Frente a la actual redacción («Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico») se sugirió la siguiente redacción inspirada —y así se alegó expresamente— en el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn:

«Las Cortes Generales están sujetas a la Constitución, y los demás poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico.»

Personalmente prefiero la fórmula que finalmente se incorporó a la Constitución española. En primer lugar, porque, como es obvio, los *demás* poderes *también* están sometidos a la Constitución, cuyo valor de norma jurídica positiva (no meramente programática) no se discute entre nosotros. En segundo lugar, porque la redacción originaria alemana («El Poder legislativo está sometido al ordenamiento constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la Ley y al Derecho») ha dado lugar, como es sabido, a una enconada disputa entre los juristas de aquel país al interpretar el alcance del inciso final del precepto («... *Bindung am Gesetz und Recht*»). FORSTHOFF en un importante artículo con ese mismo título nos la resume así: «Difícil-

mente —dice FORSTHOFF— puede cumplir su cometido en los casos ordinarios. El hecho de combinar un elemento formal (Ley) y otro aformal (Derecho) sin establecer entre ellos un criterio de prelación, ha de conducir a grandes dificultades prácticas. No debe extrañar por ello que en la bibliografía sobre el tema se encuentren representadas las opiniones más contradictorias; así, mientras SCHRADER entiende que Ley y Derecho son una misma cosa en el contexto del artículo 20 examinado, en cambio KLEIN opina que la “Ley” significa una positividad sin referencia a ningún contenido de valor y “Derecho” un contenido de valor sin positividad.» Asimismo he comentado en anteriores ocasiones (*Dos métodos en el estudio de la Administración pública: método jurídico y Ciencia de la Administración*, Sevilla, 1961, pág. 31): «Por su parte, el Tribunal Supremo Federal Alemán de Karlsruhe ha sentado en los últimos años una jurisprudencia que, abandonando el estricto respeto por la Ley escrita (o al menos por “la letra de la Ley”) ha basado sus decisiones en “razones éticas” o en la “naturaleza misma de las cosas”. Como en el caso anterior, también aquí las opiniones se han dividido: frente a quienes acusan al Tribunal de haberse tomado injustamente la atribución de interpretar la Ley moral objetiva (SAX), otros elogian la valentía que supone dar entrada a tal fundamentación jurídica (HEINITZ).»

Problema distinto es el de si los preceptos constitucionales son de aplicación directa o sólo a través de la ley ordinaria que los desarrolle; pero ésta es una cuestión que, como dijimos en otro lugar, depende de la estructura lógica de la propia norma constitucional. En una Constitución como la nuestra que configura un «Estado social de Derecho» existen normas de aplicación inmediata que, por consiguiente, obligan («sujetan») directamente a la Administración y a los jueces (por ejemplo, arts. 17, 18, 25, etc.) junto a otras que tienen que ser desarrolladas (por ejemplo, arts. 39, 40, etcétera); y de aquí el distingo que establece el artículo 53.2 y 3 entre libertades y derechos cuya tutela se puede recabar directamente de los Tribunales y aquellos otros principios que «sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

En fin, añadamos que —como puse de relieve en mis *Comentarios a la Constitución*, 2.^a ed., pág. 148— la utilización del término «Ordenamiento jurídico» es un acierto con precedentes en nuestra legislación positiva. Desde luego, «ordenamiento jurídico» significa aquí «ordenamiento positivo», pero al mismo tiempo descarta una interpretación literalista de la ley para abrir paso al juego de los principios generales del Derecho en cuanto informadores del

ordenamiento jurídico (como quiere el art. 1.º, 4 del Código Civil). Estamos, pues, en presencia del Ordenamiento jurídico y de sus principios, debiendo aclarar —como hemos hecho en otra ocasión— que tales principios «no son verdaderamente una fuente autónoma del Derecho, sino más bien forma de conocimiento del tal Ordenamiento positivo». Dicho de otra forma: lo que la expresión ordenamiento jurídico contiene es una clara invitación a la interpretación institucional del Derecho, como explícitamente se dijo en la exposición de motivos de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956.

II. LA LARGA MARCHA HACIA EL ESTADO DE DERECHO

1. La construcción del Estado de Derecho que, a lo largo de los dos últimos siglos, parece ser —con todas sus imperfecciones— una meta alcanzada por un privilegiado y reducido grupo de países, ofrece curiosos elementos de reflexión acerca de aquella famosa observación *psicológica* de MONTESQUIEU: «Quien tiene el poder tiende a abusar de él»... y —añadamos por nuestra cuenta—, sobre todo, se opone a reducirlo.

Hay que advertir que el Estado de Derecho constituye una fase tardía y reciente en la evolución del Estado Moderno; una evolución que arranca desde la baja Edad Media hasta nuestros días, a través de tres etapas significativas, a saber: 1) la lucha por la concentración del poder en manos de un Monarca absoluto, etapa que culmina con la construcción teórica del concepto de Soberanía de BODINO; 2) el proceso de separación de funciones, incluso con aparición de órganos diferenciados para su ejercicio, durante la etapa de las monarquías absolutas; 3) en fin, consagración del principio de separación de poderes, en cuanto fórmula de garantía de los derechos de los ciudadanos frente al Estado y consiguiente limitación del poder de éste.

2. La primera etapa se caracteriza por una progresiva centralización del poder que ha sido descrita por G. JELLINEK como una batalla que se libra en un triple frente: *a)* la lucha contra el poder temporal de la Iglesia; *b)* la lucha de los monarcas nacionales contra el Emperador (o mejor dicho, contra la idea de imperio); *c)* en fin, la lucha contra los señores feudales y las ciudades libres; con lo que culmina, por una parte, la independización del poder real frente a los poderes exteriores y, por otra, la sumisión de los poderes interiores al Rey.

El concepto de soberanía queda así establecido como una nota inherente al poder del Estado, que aparece como supremo hacia el interior y como independiente con respecto a otros poderes externos, en la concepción de BODINO.

3. Ahora bien, como observa G. JELLINEK, durante la Monarquía absoluta las funciones del Estado no son sino las diversas «direcciones particulares del poder monárquico»; y aunque los intentos de «dividir» los poderes eran considerados por HOBBS como doctrinas revolucionarias que conducían a la disolución del Estado, una organización cada vez más compleja, y elementales ideas de racionalización, determinaron el proceso de separación de funciones.

Este proceso —y su ulterior evolución— arranca de muy diversas bases de partida (y conduce, por tanto, a resultados diferentes) en Inglaterra y en los países continentales. Recuérdese que en Inglaterra, prácticamente hasta la *Municipal Reform Act*, de 1836, la Administración estaba en manos de los Jueces (y, en parte, en el Parlamento); hasta el punto de que en las funciones de los Jueces de Paz hubo que distinguir los «actos judiciales» de los «actos administrativos no judiciales». El actual sistema de revisión judicial de la acción administrativa se resiente obviamente de estos orígenes.

En Francia, en cambio, la separación de los Tribunales de Justicia (*Parlements*) se va a convertir en un molesto obstáculo para el ejercicio del poder real, cuyo recelo frente a la *noblesse de robe* se va a heredar curiosamente por los padres de la Revolución. Cómo se produce la injerencia de los Parlamentos en las decisiones reales, es el resultado de unas circunstancias históricas que merece la pena recordar. Los Tribunales —en una época en la que, ocioso es decirlo, no existía el Boletín Oficial del Estado (ni nada semejante)— registraban en sus libros los edictos, ordenanzas y cartas-patentes del Rey para su ulterior aplicación (*droit d'enregistrement*); con el tiempo, lo que en su inicio se limitaba a ser una función meramente comprobatoria, se convirtió en una facultad de fiscalización, es decir, de verificación de la conformidad de las disposiciones reales con las *Lois Fondamentales* del Reino (*droit de remontrance*). La reacción real no se hizo esperar; así es que en tiempos de Richelieu, aparte de multiplicarse las «comisiones extraordinarias» con jurisdicción especial, se proclama el edicto de Saint Germain en Laye, en 1641, por el que se prohibía a Tribunales y Parlamentos tomar conocimiento de los asuntos concernientes al Estado, «los que reservamos a nuestra persona, a no ser que lo permitamos por carta patente» (GOYARD).

4. En España el reconocimiento en manos del Monarca de la suprema Jurisdicción civil y criminal, junto a las facultades legislativas y de gobierno, está consagrado en las más viejas leyes españolas. La Ley I del Título I del Libro IV de la «Novísima Recopilación» incluye las peticiones dirigidas a don Enrique II por las Cortes de Toro el año 1371 y por las de Burgos el año 1377, y a don Juan II por las Cortes de Valladolid el año 1442, sobre prohibición de impedir las apelaciones de Jueces inferiores a las Audiencias reales. El principio, claro está, se basa en el reconocimiento de que la «jurisdicción suprema civil y criminal pertenece a Nos, fundada por Derecho común, en todas las ciudades y villas y lugares de nuestros Reynos y Señoríos».

Esta afirmación de la Jurisdicción real no se hace entonces polémica —huelga decirlo— frente a un todavía desconocido principio de división de poderes (centralizados), sino frente a los Señoríos jurisdiccionales y a la Jurisdicción de la Iglesia. La trayectoria del Estado preconstitucional se caracteriza cabalmente por una concentración de poderes en manos del Monarca que se corresponde con una paulatina desaparición de los vestigios feudales. Ahora bien, es esto justamente lo que hace posible la institucionalización de la justicia civil y penal en Tribunales ordinarios (Audiencias y Chancillerías), que, no obstante el principio de confusión característico de la época, actúan, como regla, como Tribunales independientes. Debe recordarse, en este sentido, que el Título VI del Libro IV de la «Novísima Recopilación» se refiere a «los negocios de que no puede conocer el Consejo» (de Castilla); en cuya Ley I se ordena que no se conozcan por el Consejo «los pleitos que, según las Leyes y Ordenanzas de nuestros Reynos, deben ir las apelaciones a las nuestras Audiencias y Chancillerías».

5. Lo que hay que subrayar ahora es que, tras el triunfo del constitucionalismo y la consagración del principio de separación de poderes, el heredero directo del antiguo Monarca (con Rey o sin Rey) es el Poder Ejecutivo o Gobierno, cuyo carácter *residual* debe ser tenido en cuenta para comprender el tipo de funciones que le corresponden; unas funciones que, por cierto, constituyen nada menos que la dirección suprema del Estado. Gobernar, en sentido amplio, supone tanto el establecimiento del Ordenamiento Jurídico que rige una comunidad política, como la toma de decisiones concretas que exige el bien común, como en fin, la solución judicial de los conflictos intersubjetivos de intereses que la convivencia provoca. Pero curiosamente la palabra Gobierno se identifica (tanto en la doctrina, como en la práctica) con el Poder Ejecutivo. Para decirlo

en breve fórmula: el Gobierno es el que ostenta (a veces, simplemente, detenta) el Poder.

Creo que toda una tradición jurídico-constitucional me exonera de más extensas explicaciones. «*J'appelle donc gouvernement* —nos dijo ROUSSEAU— *ou suprême administration l'exercise légitime de la puissance executive.*» La preeminencia natural del Gobierno o poder ejecutivo en el juego de los poderes del Estado (HAURIOU) constituye uno de los dogmas del Derecho público moderno; pues si bien es cierto que el Poder legislativo vino a reservarse uno de los atributos decisivos de la soberanía al convertirse en «regulador del Estado», los otros atributos de la soberanía que se resumen en un derecho general de mando y coacción (lo que los romanos llamaron *imperium*) se descubren hoy cabalmente como competencia del Poder Ejecutivo o Gobierno (ESMEIN). En régimen parlamentario, cuando el Gobierno dispone de mayoría parlamentaria, estas afirmaciones adquieren un valor absoluto.

Esto explica, claro está, la renuencia de los gobernantes (de todos los Gobiernos que en el mundo han sido) a someterse a la fiscalización de los Tribunales, una vez que se admitió que la revisión judicial constituía la pieza clave del Estado de Derecho. Por lo pronto, fueron los propios revolucionarios franceses, ya dueños del poder, quienes impusieron la explicable falacia de que la independencia de los Poderes impedía la sumisión del Ejecutivo (incluso en su más modesta versión de «Administración») a los Tribunales, porque «*juger l'Administration c'est encore administrer*». Debe recordarse la gran paradoja (visto el problema desde nuestros días) que se descubre en el nacimiento de la noción de acto administrativo: el que está exento de la fiscalización de los Tribunales. Pues, como rezaba el artículo 3.º de la Constitución francesa de 1791: «Los Tribunales no pueden intervenir en las funciones administrativas, ni citar ante sí a los administradores en razón de sus funciones.»

6. Dicho esto, no debe extrañar que el vigente sistema de Justicia administrativa francés se resienta de sus orígenes. De las dos formas de interpretar el principio de división de poderes —atribuir a los Tribunales el monopolio de la Jurisdicción (sistema judicialista) o conservar la independencia del Poder Ejecutivo frente a los Tribunales ordinarios— los franceses optaron por este último. Y resulta sorprendente que un sistema fundado en tan discutible principio se convirtiese con el tiempo en el ejemplo a seguir por buena parte de los países del Continente europeo, entre los cuales España, al menos hasta 1956.

Empero, si el milagro se produjo se debe a las virtudes

taumatúrgicas de una institución modélica y a la inteligencia y sensibilidad jurídica de quienes la integraron: el *Conseil d'Etat*, ese organismo que —en frase de HAURIU— «estando en la Administración, no es la Administración».

¿Estamos ahora ante la crisis del sistema? En los últimos años las críticas se han endurecido y nuevos retoques (aunque sin afectar a la médula del sistema) se han puesto en marcha desde 1990. Comentándolos, el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA se ha atrevido a hablar del «fin de un paradigma». Pero la «concepción francesa» de la división de poderes sigue renuente a la fórmula judicialista. De forma enfática nos lo ha recordado el Consejo Constitucional francés en su aún reciente decisión número 89-261 (28 de julio de 1989). Aprobada por la Asamblea legislativa la Ley sobre condiciones de entrada y estancia de los extranjeros en Francia, se atribuía en su artículo 10 a la competencia de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los recursos contra las resoluciones administrativas de expulsión, por entender que se trata de materia que afecta a la libertad individual. Se alteraba así la tradicional partición de competencias entre la Justicia administrativa y la ordinaria.

Pues bien, he aquí lo que nos dice el Consejo Constitucional:

«19. Considerando que de acuerdo con la concepción francesa de la separación de poderes, entre los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República” figura aquel según el cual corresponde en última instancia a la jurisdicción administrativa, excepción hecha de las materias reservadas para su naturaleza a la autoridad judicial, la anulación o la reforma de las decisiones adoptadas, en el ejercicio de las prerrogativas de poder público, por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales de la República o los organismos públicos colocados bajo su autoridad o su control.»

«22. Considerando, que tratándose de prerrogativas del poder público por una autoridad que ejerce el poder ejecutivo o por uno de sus agentes, los recursos dirigidos a la anulación de las decisiones administrativas relativas a la entrada y estancia en Francia de extranjeros corresponde a la competencia de la jurisdicción administrativa.»

En resumen: en Francia los actos de los poderes públicos no están sometidos a los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria.

III. LA FISCALIZACIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS Y DISPOSICIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS EN ESPAÑA

1. Pero volvamos al principio. Quedó dicho que la formulación del artículo 9.1 de nuestra Constitución permite un sometimiento total de *todos* los poderes del Estado a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Cabe preguntarse ahora si, además, se han dispuesto las medidas necesarias para que la declaración constitucional no quede en pura retórica; esto es, si la infracción de tal postulado fundamental es fiscalizable y, en su caso, sancionable ante jurisdicciones independientes. La respuesta es afortunadamente positiva.

Rompiendo con la influencia francesa que domina nuestra inmadura Justicia administrativa de 1845 a 1888, la Ley Santamaría de Paredes (sobre todo tras las reformas de 1894 y 1905) camina hacia un sistema intermedio —armónico o mixto— que, curiosamente en tiempos que no se caracterizaban por su particular adhesión a la Democracia (y ligo esto con mis palabras iniciales), se transforma en 1956 en un sistema judicialista. La Constitución de 1978 no sólo ha venido a confirmarlo, sino que con la creación del Tribunal Constitucional hace realizable la promesa del artículo 9.1 de la Constitución española. Así es que vayamos por partes.

2. Empecemos por la jurisdicción constitucional.

A) Digamos, por lo pronto, que el Tribunal Constitucional hace posible la fiscalización jurisdiccional de las leyes del Poder legislativo (Cortes Generales) y demás disposiciones normativas con fuerza de ley (como los Decretos-leyes: art. 161.1.a Constitución española).

Su actividad fiscalizadora y su condición de «máximo intérprete de la Constitución» le colocan en una situación excepcional que dio base a posiciones críticas de algunos grupos políticos que, durante las deliberaciones parlamentarias, acusaron al Tribunal Constitucional de convertirse en una Tercera Cámara, sin legitimación directa en la soberanía popular. En cualquier caso, su introducción constitucional hace inviable cualquier intento de aplicar a nuestras Cortes el viejo dogma del parlamentarismo inglés: «El Parlamento (*King in Parliament*) todo lo puede, excepto convertir a un hombre en mujer» (algo, por lo demás, cada vez menos imposible).

B) Pero, con ser importante el recurso de inconstitucionalidad y su inherente posibilidad de anular leyes de las Cortes (y de los

Parlamentos de las Comunidades Autónomas), no menor importancia (al menos práctica) tiene el recurso de amparo que ante el propio Tribunal Constitucional se tramita para la tutela de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 (y, por extensión, al 30) de la Constitución, frente al desconocimiento o violación de los mismos:

a) Por decisiones o actos sin valor de Ley emanados de las Cortes o de cualquiera de sus Organos, o de las Asambleas legislativas, o de sus Organos, de las Comunidades Autónomas (art. 42 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional).

b) Por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas, o de sus autoridades o funcionarios o agentes (art. 43 Ley Orgánica 2/79).

c) Por actos u omisiones de un órgano judicial (es decir, de Jueces o Tribunales) cuando se hayan agotado todos los recursos utilizables en la vía judicial y la violación derive *directamente* de tales actos u omisiones (art. 44 de la Ley Orgánica 2/79).

Obsérvese pues cómo, por esta vía, todos los poderes del Estado (incluidos el Legislativo y el Judicial) quedan sometidos a la Constitución mediante recursos interpuestos por particulares que consideren violados sus derechos fundamentales.

3. Por lo que se refiere al sometimiento a la Ley (y, claro está, a la Constitución) de los actos del Poder ejecutivo, su plena efectividad está plenamente garantizada en el Ordenamiento Jurídico español: así lo consagra el artículo 106.1 en relación con el 117 de la Constitución. Por su parte, el artículo 24.1 al garantizar a «todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses» completa la configuración de un sistema de Justicia administrativa inspirado en el principio de «cláusula general». Cualquier acto del Poder Ejecutivo que afecte a derechos e intereses de los ciudadanos está sometido a la ulterior fiscalización de los Tribunales.

Pero, como se dijo, la vigente Ley de 1956 es —resulta ocioso recordarlo— anterior a la Constitución de 1978. Una Ley que fue elogiada por el Profesor ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO desde su exilio en la Universidad Autónoma de México y por cuantos hemos aportado algo al moderno Derecho Administrativo español, tanto por su factura técnica como por cuanto contribuyó a la construcción del Estado de Derecho.

Y he aquí la gran paradoja: esta Ley se elabora y promulga durante un régimen que no se inspiraba en los principios democráticos. Fueron una serie de circunstancias —para muchos de difícil explicación— las que hicieron posible la construcción de lo que vengo llamando el «Estado administrativo de Derecho».

Debe recordarse, por lo pronto, el nacimiento de esta REVISTA, en 1950, la lectura de cuyo Consejo de Redacción me parece suficientemente ilustrativa para comprender lo que ha significado para la historia de nuestro Derecho administrativo; años después, la creación de la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno. Personas, pues, en no homogénea posición con respecto al régimen entonces vigente, y que, al amparo del naciente prestigio de la tecnocracia (incluida la tecnocracia jurídica), iban a alcanzar la sorprendente meta de enredar en las mallas del Derecho a un régimen autocrático.

La primera piedra para la construcción del edificio se pone con la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, cuyo artículo 121 introduce nada menos que el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Enseguida, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, al finalizar el año 1956, clave del Estado de Justicia. Por supuesto, se excluyen de revisión jurisdiccional los «actos políticos del Gobierno» (de los que se hace una enumeración *ad exemplum*); pero, con esa y otras restricciones, lo cierto es que el artículo 1.º está inspirado en el principio de la *cláusula general*: la jurisdicción conocerá de «los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y de las disposiciones de categoría inferior a la Ley». Bien; y ahora viene el broche del círculo jurídico que va a encerrar la total actividad del Poder Ejecutivo. Al año siguiente se promulga la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en cuyo artículo 2.º se lee la discutible afirmación de que «los Organos Superiores de la Administración son: el Jefe del Estado, el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas, el Presidente del Gobierno y los Ministros».

¿Que el Jefe del Estado no estaba —como no lo está hoy— en la Administración? Por supuesto. Pero el precepto *tenía que ser aprobado*, porque ¿quién negaba entonces que el Jefe del Estado era la instancia suprema de todos los poderes del Estado incluida la Administración? Y las importantes consecuencias que de aquí se derivaron fueron curiosamente asumidas sin que los mecanismos del régimen chirriasen: esto hacía posible la anulación (¡nada menos!) de los Decretos acordados en Consejo de Ministros y firmados por el Jefe del Estado.

IV. LOS VESTIGIOS DEL ACTO POLÍTICO DEL GOBIERNO

1. Sin necesidad de una derogación expresa de la Ley de Régimen Jurídico, hoy la situación es bien diferente: el Jefe del Estado *no está* en la Administración. Y en cuanto a los actos que, según la Constitución, le son *directamente* imputables, o bien la Constitución les exonera expresamente de todo control (art. 65.2: nombramiento y cese de los miembros de su Casa), o por su naturaleza intrínseca no crean relaciones jurídicas con los particulares (art. 63.1: acreditar embajadores extranjeros). El resto —es decir, la casi totalidad— de los actos del Rey no son sino la sanción (mediante la firma real) de decisiones cuya responsabilidad se imputa a las personas que los refrendan (art. 64.2) por la elemental razón de que tales personas (Presidente del Gobierno, Presidente del Congreso o Ministros: 64.1) representan al Organo (Congreso, Gobierno...) que efectivamente adopta la decisión.

Como regla, estos actos no son susceptibles de recurso contencioso-administrativo, pero no es la firma real (es decir, su vestidura formal de Reales Decretos) lo que les libera de ello, sino su *naturaleza* constitucional. La vieja distinción entre actos de Gobierno y actos administrativos (ahora en otro plano) vuelve a renacer; el criterio varía; todos los actos que puedan afectar a las situaciones jurídicas de los ciudadanos son susceptibles de revisión jurisdiccional (lo que, mediante el recurso de amparo, se amplía a los actos de cualquiera de los Poderes del Estado). En resumen: los Reales Decretos firmados por el Rey son recurribles en vía contencioso-administrativa.

He aquí, pues, en lo que queda el acto político del Gobierno:

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 9.ª) de 13 de marzo de 1990 nos dice: «... si lo pedido por los recurrentes al Consejo de Ministros... [fuese] la remisión a las Cortes del pertinente proyecto de ley, ello supondría el someter a esta vía jurisdiccional una actividad de iniciativa legislativa regulada por el Derecho Político Constitucional y, por tanto, de naturaleza política no susceptible de impugnación ante esta jurisdicción contencioso-administrativa» (art. 1.º de la Ley de la Jurisdicción).

Para el Tribunal Constitucional, la teoría del acto político o de gobierno se desprende de los razonamientos que se contienen en la Sentencia 196/1990, de 29 de noviembre (en vía de amparo), en cuyo Fundamento Jurídico 5.º se lee:

«El Tribunal Supremo ha entendido, por tanto, que *el acto sometido a su control —contestación del Gobier-*

no Vasco a una solicitud de información parlamentaria— no es acto de la Administración Pública sujeto al Derecho Administrativo, sino que es un acto de relación institucional del Gobierno Vasco con la Cámara legislativa vasca, sustraído al control del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Esta conclusión se alcanza después de analizar el marco parlamentario en que dicho acto se produce y de comprobar que la relación entre el recurrente y el Gobierno Vasco *no constituye una relación entre ciudadano y Administración*. Así centrada la cuestión, la decisión adoptada por el Tribunal Supremo es razonable y conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

(...)

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.

(...)

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 de la Constitución y 8.º LOPJ a los Tribunales de Justicia. Estas ideas, formuladas en términos generales respecto a las relaciones entre Gobierno y Cortes, son también aplicables a las relaciones entre los Ejecutivos autonómicos y las correspondientes Asambleas Legislativas.»

Pienso que el desenfoque del tema, desde mi punto de vista, se produce cuando se busca en la naturaleza del acto que se intenta fiscalizar, o en la naturaleza del Organó que lo produce, la definición del acto político. El criterio de distinción está, a mi juicio, como bien se deduce de los dos primeros párrafos de la Sentencia, en que se trata de actos que se refieren a las relaciones entre Instituciones y que no dan lugar, por consiguiente, a restricción o vulneración de derechos subjetivos o intereses legítimos de los particulares. La relación jurídico-administrativa, por tanto, ni nace, ni se altera, ni se extingue como consecuencia de este tipo de actos. Por eso, el argumento verdaderamente válido —de los varios utilizados

en la Sentencia que se comenta— es el que se refiere a que se trata 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 buena prueba de que es el criterio de la alteración de las situaciones jurídicas de los particulares, y no el de la *naturaleza* del acto que se enjuicia, el que establece la línea divisoria entre lo fiscalizable y lo no fiscalizable está en que la propia sentencia que se comenta en su Fundamento Jurídico Sexto añade:

«A este Tribunal no le corresponde 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 derechos fundamentales que excepcionalmente tengan lugar en dicho campo.*»

Añadamos a esto la parcela exenta que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de mayo de 1985 (en el Recurso de Amparo 618/1984) ha reconocido a la prerrogativa de la Corona en relación con la alteración en el orden de sucesión de títulos nobiliarios, que requiere autorización real. Se ha revivido así la teoría del «acto de gracia»... aunque, como es obvio, lo que puede ser «gracia» para el beneficiado puede ser visto como «desgracia» por el perjudicado.

Pero, fuera de esto, todo debe ser y es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. ¿Significa esto que, al menos en esta materia, la Ley de 1956 no necesita modificaciones? Las necesita, aunque no fuera más que para recoger las que ya han tenido lugar desde que se promulgó la Constitución.

Recordemos, en efecto, la redacción del artículo 1.º, 1 de la Ley:

«1. La Jurisdicción Contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley.»

Con esta redacción —y por tratarse de Organismos que no forman parte de la Administración pública— quedaban fuera del ámbi-

to de aplicación de la Ley: 1) los actos y disposiciones en materia de personal y gestión económica de los órganos de gobierno y régimen interior de las Cortes Generales (Congreso y Senado); 2) los actos y disposiciones de dicha naturaleza del Consejo General del Poder Judicial; 3) los asimismo emanados del Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo.

He aquí, sin embargo, que las sucesivas leyes reguladoras de estos Organismos constitucionales han venido a decretar la fiscalización contencioso-administrativa de los tales actos y disposiciones. Y para completar el sistema, el artículo 58 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial atribuye la competencia revisora en la materia a la Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, del Tribunal Supremo. Con lo que esta jurisdicción ha ampliado su competencia *más allá de la Administración*.

Es por esto por lo que en las últimas ediciones de mi *Tratado* vengo postulando por la recuperación del «*Estado-persona jurídica*» como centro de imputación de esta pluriforme actividad de sus órganos. En la concepción *panadministrativa* del Estado de los años cincuenta pudiera no ser necesario; hoy es indispensable para una construcción coherente del sistema.

