

Los actos del Jefe del Estado: invalidez y control jurisdiccional

por el Académico de Número

Excmo. Sr. D. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ (*)

INTRODUCCION

En el «Boletín Oficial del Estado» aparecen, si no diariamente sí con frecuencia, Decretos o, más concretamente, Reales Decretos firmados por el Jefe del Estado, con el refrendo del Presidente del Gobierno o de alguno de los Ministros.

No todos estos Reales Decretos son actos de la misma naturaleza. Si no que, a través de la forma del Real Decreto, se manifiestan actos de naturaleza distinta. Principalmente dos tipos de actos:

- Por un lado están las disposiciones generales y resoluciones que proceden del Consejo de Ministros. Disposiciones y resoluciones que, según el artículo 24.1 de la LRJ de la Administración del Estado de 1957, adoptarán la forma de Decreto y serán firmadas por el Jefe del Estado y refrendados por el Ministro a quien corresponda. Son, por tanto, actos del Consejo de Ministros, actos dictados en ejercicio de potestades que la Constitución o las leyes atribuyen al Consejo de Ministros. El Jefe del Estado se limita a «expedirlos». Es la expresión que utiliza el artículo 62 de la Constitución al enumerar las atribuciones del Jefe del Estado e incluir entre ellas en el apartado f) la siguiente: «expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros». No es que el Consejo de Ministros proponga y el Jefe del Estado decida, sino que es el Consejo de Ministros el que adopta el acuerdo.
- Pero al lado de estos Reales Decretos que no son sino actos del Consejo de

(*) Sesión del martes 17 de enero de 1989.

Ministros, existen otros que sí constituyen la forma de exteriorizarse actos del Jefe del Estado. Son actos dictados en ejercicio de potestades que la Constitución o las leyes atribuyen al Jefe del Estado, actos que corresponden a la competencia del mismo como órgano del Estado español, aun cuando puedan adoptarse, como frecuentemente se adoptan, a propuesta de otro órgano del Estado. Puede plantearse la duda, respecto de ciertos actos, si el Jefe del Estado tiene atribución para dictar el acto propuesto o si, por el contrario, se limita a legitimarlo con su firma. Tal es el caso de la disolución de las Cortes Generales, que figura en la enumeración de las atribuciones en el artículo 62, apartado b), y que, según el artículo 115, se adoptarán a propuesta del Presidente del Gobierno. Literalmente este artículo, apartado 1, dice que «el Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá proponer la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, *que será decretada por el Rey*». Así, imperativamente. No parece que, ante la propuesta, cualquiera que fuese su contenido, quepa la negativa; pero aun así estamos ante un acto que la Constitución atribuye a la competencia del Jefe del Estado. Y lo general es que, al reconocerle la Constitución competencia en una materia, a propuesta de otro órgano, no se establezca en aquella forma. Por lo que es incuestionable que, ante una propuesta que no se ajuste al Ordenamiento Jurídico no sólo puede, sino que debe negarse a dictar el acto de conformidad a aquélla.

Ante esta categoría de actos de Derecho público quiero hacer una serie de consideraciones sobre las cuestiones siguientes:

- 1.^a Delimitación de los actos de la Jefatura del Estado.
- 2.^a En el supuesto de que tales actos infrinjan el Ordenamiento Jurídico, la sanción que el mismo prevé para las respectivas infracciones. En definitiva, el problema de la validez. El problema de si los actos del Jefe del Estado están por encima o por debajo del Derecho.
- 3.^a Si ante las infracciones del Ordenamiento Jurídico existe alguna posibilidad de control judicial para hacer valer tales infracciones y privar de efectos al acto que incurriera en ellas, o si, por el contrario, estamos ante una inmunidad del poder a todo control que dará lugar a una crisis constitucional que sólo podrá ser superada por mecanismos extraprocesales.
- 4.^a Si se admite el control jurisdiccional, cuál sería el régimen jurídico del proceso que habría que seguir.

LOS ACTOS DE LA JEFATURA DEL ESTADO

La Jefatura del Estado es uno de los órganos constitucionales del Estado. En la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957, al enumerar los órganos de la Administración del Estado, en el artículo 2.^o incluía en primer lugar a la Jefatura del Estado.

La Constitución de 1978 ha reducido drásticamente las funciones de la Jefatura del Estado. Pero sigue siendo indudablemente un órgano del Estado. No un órgano de la Administración del Estado, como dice la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sino un órgano constitucional, aunque —como veremos— no figura como tal entre los órganos de este carácter que, según la LOTC, pueden promover conflictos constitucionales.

Como tal órgano del Estado tiene una serie de funciones propias. Ejerce —como dice el artículo 56.1 de la Constitución— «las funciones que le atribuyen la Constitución y las leyes».

Serán actos de la Jefatura del Estado los que se dictan en ejercicio de aquellas facultades.

Son actos de la Jefatura del Estado y no de otro órgano del Estado, aunque en el procedimiento que haya de seguirse para dictarlos tenga que intervenir alguno de los demás órganos constitucionales, del Ejecutivo o del Legislativo. Son, según el artículo 64 de la Constitución, «actos del Rey» o, más precisamente, actos del Rey como titular de un órgano: la Jefatura del Estado.

El artículo 62 de la Constitución contiene una lista de actos que corresponden al Rey. Así empieza el artículo: «Corresponde al Rey...». Y a continuación la enumeración en 10 apartados. Pero ni todos los actos incluidos en este artículo pueden considerarse actos propios de la Jefatura del Estado, ni son los únicos que corresponden a este órgano constitucional. Pues en otros artículos de la propia Constitución se reconocen otras funciones propias del mismo. Así, entre las más importantes, el nombramiento de los miembros del Consejo General del Poder Judicial (art. 122) y de los miembros del Tribunal Constitucional (art. 159).

EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DE LOS ACTOS DEL JEFE DEL ESTADO

1. *Los actos del Jefe del Estado y el Ordenamiento Jurídico*

Los actos del Jefe del Estado, los actos que dicta al ejercer «las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes» (en términos del artículo 56.1 de la Constitución) están sujetos al Ordenamiento Jurídico. Son actos jurídicos en el sentido técnico que tiene esta expresión en la Ciencia del Derecho. Y más concretamente, actos dictados por un órgano del Estado.

En el ámbito del Derecho público existen construcciones jurídicas muy completas sobre el régimen de los actos jurídicos dictados por un órgano administrativo (los actos administrativos) y de los dictados por un órgano judicial (actos procesales). Los procesalistas y los administrativistas hemos utilizado las construcciones elaboradas por la Ciencia del Derecho privado y hemos construido las teorías del acto procesal y del acto administrativo. Pero en la Ciencia del Derecho público falta un estudio sistemático de los actos dictados por otros órganos del Estado, no sujetos al Derecho administrativo o al Derecho procesal. Los constitu-

cionalistas no han seguido la línea de los administrativistas y procesalistas. Más preocupados por los problemas superiores de la teoría del Estado y de los Poderes, no han construido una teoría general del acto jurídico sujeto al Derecho constitucional. De aquí las dificultades que ofrece el estudio, desde una perspectiva estrictamente jurídica, de los actos del Jefe del Estado, que, normalmente, vendrán regulados por el Derecho constitucional, aun cuando algunos de ellos puedan considerarse actos jurídicos sujetos al Derecho administrativo, actos administrativos.

Hemos de acudir, por tanto, a la teoría general y a las normas generales. Forzosamente hemos de partir de la norma contenida en el artículo 6.º3 del Código Civil:

«Los actos contrarios a la norma imperativa y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.»

Las normas de Derecho público son imperativas. Por tanto, los actos contrarios a ellas son nulos de pleno Derecho, salvo que en ellas se establezcan efectos distintos, como respecto de los actos administrativos se establecen en los artículos 48 y 49 de la LPA. Los actos del Jefe del Estado, cuando infringen el Ordenamiento Jurídico, serán, en principio, nulos de pleno de Derecho.

2. *Los supuestos de invalidez*

Los supuestos de invalidez pueden clasificarse en función de los distintos requisitos o elementos del acto.

a) Sujetos

Entre los supuestos de invalidez referentes al acto pueden incluirse los siguientes:

1.º Incompetencia.

Si el Jefe del Estado dictare un acto fuera de su esfera de atribuciones, sería un acto que adolecería de incompetencia y, por tanto, nulo. El Jefe del Estado, según el artículo 56.1 de la Constitución, «ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes». Si, fuera de esta esfera de competencia, dictara un acto que fuera de la competencia de otro órgano del Estado incurriría en el vicio de incompetencia.

2.º Que la voluntad esté viciada.

La teoría del acto jurídico, tal y como se elaboró y se formula en Derecho privado, exige, para que el acto sea válido, que la voluntad declarada, manifestada o exteriorizada, coincida con la voluntad real interna. Si existe discrepancia, sea o no intencional, el acto no producirá efectos, será inválido.

La Ciencia del Derecho público dista mucho de llegar a las mismas conclusiones. Tanto en Derecho procesal como en Derecho administrativo, en principio, los actos que emanen de un órgano público, en cuanto aparecen exteriormente, son eficaces, aunque la disposición interior del titular del órgano no coincida con su exteriorización. Sin embargo, esta regla general tiene excepciones. Y también en Derecho público se admite en ciertos casos que la discrepancia puede dar lugar a la ineficacia de la voluntad declarada. La LOPJ, en su artículo 238, apartado 2, establece que serán nulos los actos jurídicos «cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave».

No existe inconveniente en admitir el supuesto con carácter general en el Derecho público, constitucional y administrativo. Y, concretamente, respecto de los actos de la Jefatura del Estado, cuando la voluntad declarada en el acto no coincida en absoluto con la voluntad real por haberse producido bajo violencia o intimidación grave.

3.º Que, tratándose de actos que pueden adoptar a propuesta de otros órganos, no existe propuesta o decisión en contra de la propuesta

Ya hemos señalado que, en principio, salvo que se disponga expresamente otra cosa —como parece disponer el artículo 115 de la Constitución—, la propuesta, de acuerdo con su naturaleza, no determina que ineludiblemente deba dictarse el acto de conformidad con la misma. En tanto la competencia para dictar el acto corresponde al Jefe del Estado, será éste quien debe decidir si debe adoptarse el acto, lo que dependerá de la conformidad de la propuesta con el Ordenamiento Jurídico. La negativa a decidir según la propuesta dará lugar a un conflicto entre poderes. Pero si el Jefe del Estado puede negarse a decidir, según la propuesta, lo que no puede es decidir sin la existencia previa de propuesta o en sentido contrario a ésta. Si así lo hiciera el acto sería contrario al Ordenamiento Jurídico y, por tanto, nulo.

4.º Que el acto no esté refrendado

El artículo 56.3 de la Constitución establece como requisito de validez de los actos del Jefe del Estado —salvo lo previsto en el artículo 65.2— el refrendo por el Presidente del Gobierno o por los Ministros competentes (art. 64.1 de la Constitución). Si falta este requisito carece de validez. Así lo dice el artículo 56.3 de la Constitución.

b) Objeto

1.º Incumplimiento de los requisitos legales

Según el objeto del acto, la Constitución o las leyes suelen establecer requisitos.

Así, cuando se trata de actos de nombramiento para determinados puestos o cargos se exige que concurren en el candidato determinadas circunstancias. Por ejemplo:

- Para ser nombrado Vocal del Consejo General del Poder Judicial, reunir las condiciones que establece el artículo 112, apartados 2 y 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Si, contraviniendo estas normas, se nombrara a un abogado o a un jurista de reconocida competencia que no cuente con quince años en el ejercicio de la profesión de abogado o en el ejercicio de la profesión de «jurista de reconocida competencia», si es que éste profesional existe, estaríamos ante un nombramiento inválido. Como lo estaríamos ante el nombramiento de vocal a un magistrado que no estuviera en servicio activo o que no estuviera propuesto por la mayoría de tres quintos de los miembros de las Cámaras.
- Para ser nombrado Magistrado del Tribunal Constitucional deben reunirse los requisitos del artículo 159.2 de la Constitución.

También puede exigirse la concurrencia de otras circunstancias que constituyen auténticos requisitos objetivos de validez del acto. Así, no podrán disolverse las Cámaras legislativas cuando esté en trámite una moción de censura o no hubiera transcurrido un año desde una anterior disolución (art. 115, 2 y 3 de la Constitución).

2.º Ejercicio de la potestad para fin no previsto por el Ordenamiento Jurídico

Si toda potestad está conferida para un fin determinado podrá plantearse la posibilidad de aplicar la doctrina de la desviación de poder, construida en el ámbito del Derecho administrativo. «Constituirá desviación de poder —dice el artículo 83.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa— el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos a los fijados por el Ordenamiento Jurídico». El artículo se refiere, ciertamente, a potestades administrativas, y no puede configurarse, al menos en su mayor parte de administrativas, las potestades que la Constitución y las leyes confieren al Jefe del Estado. Sin embargo, se ha considerado aplicable la figura en el del Derecho constitucional.

c) Forma

Por último, los actos del Jefe del Estado pueden incurrir en invalidez por no manifestarse en la forma exigida por el Ordenamiento Jurídico. Defectos de for-

ma han de considerarse no seguirse para la elaboración del acto el procedimiento previsto al efecto. Pues, en función de la naturaleza de los actos, el Ordenamiento establece el procedimiento que, en cada caso, ha de seguirse hasta la manifestación de la voluntad del titular del órgano público, en este caso del Jefe de Estado. Normalmente, como se ha indicado, se atribuye a éste competencia para dictar actos previo un procedimiento en que han de intervenir otros órganos. Pues bien, si no se sigue ese procedimiento, si se prescinde de alguno de los trámites esenciales o el cumplimiento del trámite no se ajusta a lo exigido por la norma, el acto sería inválido. Por ejemplo, el Jefe de Estado tiene competencia para nombrar miembros del Consejo General del Poder Judicial a propuesta del Congreso de los Diputados y del Senado, propuesta de cada Cámara que deberá adoptarse «por mayoría de tres quintos de sus miembros» (art. 122.3, Constitución; art. 112.2, Ley Orgánica del Poder Judicial). Pues bien, si no existiera propuesta o la propuesta se hubiera aprobado por mayoría inferior, el acto de nombramiento sería inválido.

* * *

He intentado sistematizar los supuestos tipos de infracciones del Ordenamiento Jurídico en que pueden incurrir los actos de la Jefatura del Estado. Son infracciones que pueden darse en la vida política, son infracciones que en modo alguno resultan insólitas. Porque la persona del Jefe del Estado será inviolable e irresponsable, según el artículo 56.3 de la Constitución. Pero no será infalible. Podrá dictar actos erróneos que contravengan la reglamentación aplicable y, por tanto, inválidos.

Pues bien, el problema que se presenta es cómo podrá hacerse valer la invalidez, cómo pueden ser las reacciones ante un acto inválido.

REACCION FRENTE A LOS ACTOS DEL JEFE DEL ESTADO INVALIDOS

La relevancia institucional de la Jefatura de Estado —se encuentra en el vértice de la organización del Estado y no existe órgano superior—, la atribución de arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones que le asigna el artículo 56.1 de la Constitución y ser el símbolo de la «unidad y permanencia» de la Nación española, plantea serias dificultades a un correcto planteamiento de las posibles vías jurídicas para reaccionar frente a los actos inválidos que de ella procedan.

Es incuestionable que sus actos, como todos los actos de un órgano público, están investidos de imperatividad y serán obligatorios.

En terminología del Derecho administrativo podría decirse que se presumen legítimos y son ejecutivos.

Pero, al igual que otros actos del Estado, al igual que respecto de los actos de

otros órganos, ¿no existe posibilidad alguna de privarles de tal fuerza ejecutiva por vías arbitradas por el Derecho?

1. *La negativa a todo tipo de control de los actos de la Jefatura del Estado*

Existe, por lo pronto, una respuesta a la cuestión planteada. Los actos de la Jefatura del Estado están exentos de todo tipo de control. Estamos ante actos políticos en el sentido que esta expresión ha tenido a lo largo de la Historia del contencioso-administrativo para mantener una esfera de inmunidad del Poder.

Por lo pronto, una afirmación elemental: que la inviolabilidad de la persona del Jefe del Estado y su irresponsabilidad, que consagra el artículo 56.3 de la Constitución, no suponen en modo alguno exclusión del control jurisdiccional.

En efecto, por absoluta que sea la inviolabilidad e irresponsabilidad que se establece en la Constitución —más allá de lo que permiten los principios que la propia Constitución consagra y de los valores superiores que propugna en su artículo 1.º—, lo que supone es sustraer su esfera personal y patrimonial de cualquier tipo de responsabilidad, civil, penal y administrativa. Irresponsable es —nos dice la Academia— la persona a quien no se puede exigir responsabilidad. Cualesquiera que sean las infracciones en que incurran los actos del Jefe del Estado y las consecuencias que de ellos deriven, no puede exigírsele responsabilidad alguna: el artículo 56.3 de la Constitución supone la interdicción de cualquier procedimiento dirigido frente a su persona o patrimonio para hacer efectivas unas responsabilidades que serían exigibles si no fuese quien es. El principio de igualdad quiebra aparatosamente. No son iguales ante la Ley todos los españoles, como dice el artículo 14 de la Constitución.

Ahora bien, irresponsabilidad no quiere decir que todos los actos que de él emanen, cualquiera que fuese su contenido, cualquiera que sea su falta de adecuación a Derecho, sean siempre válidos. No es que la presunción de validez de los actos de la Administración, que consagra el artículo 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo —presunción *iuris tantum*—, se convierta en presunción *iuris et de iure* cuando el sujeto del que procede el acto es la más alta Magistratura del Estado. Ni que los actos sean inmunes a cualquier tipo de control para verificar su conformidad al Ordenamiento Jurídico y, por tanto, su validez. La irresponsabilidad no puede desplegar sus efectos más allá de lo que la propia palabra expresa.

La lucha contra las inmunidades del Poder no llega jamás a su plenitud en un régimen monárquico. Siempre quedará un reducto de inmunidad en la persona del monarca. Pero este reducto de inmunidad no va más allá de irresponsabilidad. No alcanza a los actos que de su persona emanen. Los actos pueden adolecer de los mismos vicios de invalidez que los actos que proceden de cualquier otro órgano público y los jueces y Tribunales tendrán jurisdicción para juzgar acerca de esa supuesta invalidez. Si el artículo 14 de la Constitución tiene excepciones, no las tiene el artículo 24. Los jueces y Tribunales no podrán dictar sen-

tencias que supongan una condena que afecte a la persona o al patrimonio del Jefe del Estado. Pero tendrán jurisdicción plena para verificar la validez de sus actos y dictar cuantos pronunciamientos sean necesarios para restablecer el orden jurídico perturbado, «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado».

Precisamente por ello, tampoco puede constituir argumento a favor de la exclusión de todo control la función arbitral y la de moderar el funcionamiento regular de las instituciones que la Constitución le confiere. Pues en modo alguno esa función arbitral puede suponer que cuando actúa con arreglo a normas claras y precisas del Ordenamiento no quepa verificar si su actuación ha estado o no sujeta a norma.

Pero existen otras consideraciones que conducen con mayor fuerza a rechazar la tesis de la inmunidad. Y es que, si faltara un cauce procesal para poder reaccionar frente a una posible infracción del Ordenamiento Jurídico, acabaríamos —como siempre que falta o se desconfía en el proceso— en un sistema de autodefensa en que prevalecería la presión del más fuerte. Lo que se traduciría, cuando los actos fueren dictados en ejercicio de las que se han llamado grandes competencias del Jefe del Estado, en graves crisis de Estado.

2. El refrendo como vía posible de control

Otra posible solución al problema sería dar relevancia procesal al refrendo de los actos del Jefe del Estado. A fin de salvar la institución de todo control, se podría considerar a efectos procesales que el acto procede del órgano que refrenda.

Esta posición parece, asimismo, inadmisibles. El refrendo ministerial es la institución que viene a remediar las injusticias a que conduce el principio de irresponsabilidad. Como el Jefe del Estado es irresponsable se traslada la responsabilidad al órgano que refrenda. El refrendo tiene tal importancia que constituye requisito de validez del acto refrendado. Así lo establece expresamente el artículo 56.3 de la Constitución.

No se trata de examinar aquí todos los importantes problemas que el refrendo plantea, sino únicamente aquellos que pueden tener consecuencias en el orden procesal, aquellos que inciden en el problema del control judicial de los actos refrendados.

El acto del Jefe del Estado refrendado sigue siendo acto del Jefe del Estado, que es irresponsable. Y para que esta irresponsabilidad del Jefe del Estado no quede sin sanción, mediante el refrendo se produce el efecto de transferencia de la responsabilidad al órgano del que procede el refrendo: Presidente del Gobierno o Ministro competente (art. 64 de la Constitución). De aquí que, desde el momento que por el refrendo nace la responsabilidad del órgano refrendante, éste se debe cuidar muy mucho de refrendar un acto que no sea jurídicamente correcto y del que puedan derivar responsabilidades.

El Jefe del Estado será responsable de los actos por él dictados no sometidos a

refrendo. Pero una vez se produce el refrendo cesa su responsabilidad y automáticamente ésta queda transferida al órgano refrendante.

Pero, repetimos, el acto del Jefe del Estado, aun después de refrendado, sigue siendo acto del Jefe del Estado a todos los efectos, incluso personales, salvo respecto de las responsabilidades que de él puedan derivar. No se convierte en acto complejo por el hecho del refrendo, si bien éste sea condicionante de la validez de aquél.

Considerar que el acto del Jefe del Estado, al ser refrendado por un Ministro —que será el responsable—, se convierte a efectos procesales en acto del Ministro, conduciría al absurdo de que el control jurisdiccional se confiará a órganos judiciales muy inferiores a los que tienen competencia para conocer los actos de otros órganos constitucionales. Supongamos por un momento que estuviéramos ante actos sujetos a Derecho administrativo. Si entendiéramos que por el refrendo ministerial el acto se considerara dictado por el Ministro, resultaría que el órgano judicial competente para conocer del «recurso contencioso-administrativo» sería la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (art. 66, Ley Orgánica del Poder Judicial), mientras que la competencia para conocer de los recursos contencioso-administrativos contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros o de sus Comisiones Delegadas contra actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y contra los actos de los órganos de gobierno del Congreso y del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del pueblo, serían conocidos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (art. 58, Ley Orgánica del Poder Judicial). Los actos procedentes del más alto órgano del Estado estarían sujetos al control de órganos judiciales inferiores al que están sujetos los actos de otros órganos públicos.

3. *El control judicial*

Parece evidente que, a tenor de los principios constitucionales, la solución no puede ser otra que la posibilidad de control judicial. Así lo impone el principio de tutela judicial efectiva.

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Este derecho se consagra y se reconoce a todas las personas en el artículo 24 de la Constitución. Cualquiera que fuera el tipo de pretensión, cualquiera que fuera su fundamento y el objeto sobre el que verse, existe el derecho a que sea examinada y satisfecha por «jueces y Tribunales», es decir, por órganos propiamente jurisdiccionales, por los Juzgados y Tribunales a los que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye «en exclusividad» la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

El principio comporta la interdicción de cualquier exclusión. La sustracción a la Jurisdicción de cualquier tipo de litigio comportaría un atentado al derecho a

la tutela. La Jurisdicción debe conocer de toda pretensión, abstracción hecha del Derecho material que sirva de fundamento a las mismas. Allí donde existe una infracción del Ordenamiento Jurídico que determine la lesión de un derecho o de un interés legítimo debe existir la posibilidad de que el titular de éstos acuda a un órgano judicial en demanda de justicia, cualquiera que fuere la persona de la que dimana la lesión.

En un Estado de Derecho es inconcebible cualquier exclusión en razón de la materia o en razón de la persona. Ni materias excluidas ni personas inmunes al control judicial. Todo acto sujeto al Ordenamiento Jurídico, toda actividad ordenada por el Derecho, está sujeto al control de los jueces y Tribunales.

Una ley que, de una u otra forma, contuviese una exclusión del control judicial de determinadas materias o en razón de la persona de la que dimana la lesión, sería una ley inconstitucional, por infringir el artículo 24 de la Constitución.

La unidad de jurisdicción que consagra el artículo 117 de la Constitución, no impide la existencia, dentro de la organización judicial, de Tribunales con jurisdicción para conocer de determinadas materias. El fundamento y razón de ser de distintos órdenes jurisdiccionales no es otro que la necesidad de especialización. La complejidad del Ordenamiento Jurídico y la proliferación de conjuntos normativos inspirados en principios muy distintos, hace muy difícil, por no decir imposible, que los Magistrados que integran el Cuerpo único a que se refiere el artículo 122.1 de la Constitución tengan una preparación general que les permita indistintamente juzgar cualquier tipo de litigio, abstracción del Derecho material debatido.

La Ley Orgánica del Poder Judicial establece cuatro órdenes jurisdiccionales (civil, penal, administrativo y social) en su artículo 9.º. Según este precepto, los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional civil tienen una jurisdicción residual, en cuanto «conocerán, además de las materias que les son propias, *de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional*». De este modo se evitan los vacíos de jurisdicción. No es concebible una pretensión fundada en Derecho que no pueda ser examinada y satisfecha por un orden jurisdiccional, por no estar atribuido expresamente el conocimiento de los litigios derivados del Derecho que le sirva de fundamento a los Tribunales de un determinado orden jurisdiccional. Cuando falta esta atribución expresa el litigio se someterá a la decisión de los Tribunales del orden civil.

Aparte de los órdenes jurisdiccionales a que se refiere el artículo 9.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial está la jurisdicción constitucional, que conocerá de las materias atribuidas a la misma por la propia Constitución (art. 161) y por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 2.º).

La existencia de diversos órdenes jurisdiccionales plantea el problema de los límites de los mismos y de los posibles conflictos entre ellos (art. 42, Ley Orgánica del Poder Judicial). La delimitación no siempre es fácil, lo que obliga a las leyes reguladoras de cada orden jurisdiccional a dedicar unas normas al problema,

como la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (arts. 2 y 3). Cuando el artículo 2.º enumera las cuestiones cuyo conocimiento «no corresponderá a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», no está excluyendo determinadas materias de todo control judicial —función que cumplía el artículo 40 en los apartados b), c) y d), afortunadamente derogados—, sino materias cuyo conocimiento no correspondía al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Así hay que entender la referencia a actos políticos del Gobierno. Reducidos a sus justos límites, no son actos que, aun siendo administrativos, se les excluya del control judicial. Sino de actos que, por no estar «sujetos al Derecho administrativo» no deben estar sujetos al control de los Tribunales contencioso-administrativos.

EL PROBLEMA DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS DEL JEFE DEL ESTADO

1. *Ausencia de regulación*

En las distintas normas de nuestro Ordenamiento Jurídico reguladoras de las garantías jurisdiccionales, no existe la menor alusión a los actos del Jefe del Estado. Para los distintos sectores del Ordenamiento procesal no existen actos del Jefe del Estado ni al determinar los sujetos de quienes puede proceder la violación de derechos y libertades a efectos de amparo (art. 43, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), ni al delimitar los órganos del Estado entre los que se pueden plantear conflictos jurisdiccionales (arts. 59, 3 y 73, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), ni al delimitar los actos sujetos al control jurisdiccional del orden contencioso-administrativo (arts. 58, 1.º y 66, Ley Orgánica del Poder Judicial) aparecen los actos del Jefe del Estado.

Esta ausencia de reglamentación expresa de los procesos cuyo objeto fuesen pretensiones frente a actos del Jefe del Estado, plantea hoy problemas poco menos que insolubles. Hasta podría pensarse que, en tanto en cuanto no se promulgue la legislación procesal adecuada, hoy no existe tutela judicial efectiva frente a aquellos actos. Habrá que pensar que el artículo 24 de la Constitución es en este ámbito letra muerta. Que el Estado de Derecho todavía está sin construir. Que estamos ante amplios sectores fuera de todo control y en los que impera la arbitrariedad más absoluta. A continuación se examinan los problemas más importantes que se plantearían, en el estado actual de la legislación, ante el intento de someter a control jurisdiccional un acto de la Jefatura del Estado.

2. *Orden jurisdiccional*

El primer problema que se plantearía sería el del orden jurisdiccional ante el que deberíamos formular nuestra pretensión. Ya señalamos los órdenes jurisdic-

cionales actualmente existentes y las cuestiones de delimitación. ¿Ante cuál de ellos deberíamos actuar? ¿Ante el Tribunal Constitucional, ante los Tribunales del orden jurisdiccional civil, ante los del orden jurisdiccional penal o ante los del orden jurisdiccional laboral?

Como también dijimos, el problema ha de resolverse en función del Derecho objetivo que sirva de fundamento a la pretensión. El artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al delimitar la jurisdicción de cada uno de los órdenes de los Tribunales, lo hace en función del Derecho material, con la jurisdicción residual de los Juzgados y Tribunales del orden civil para conocer de todas las materias no atribuidas expresamente a otro orden jurisdiccional. De tal modo que si llegásemos a la conclusión de que el control judicial de los actos o de determinados actos del Jefe del Estado no está atribuido a los Juzgados o Tribunales de otro orden jurisdiccional, corresponderá a los del orden civil, que serían los menos idóneos para ello.

Es indudable que si se trata de enjuiciar si un determinado acto es o no constitutivo de delito serían los Tribunales con jurisdicción en el orden penal los que deberían conocer la causa o juicio que habría de seguirse frente a la persona responsable, es decir, el Presidente del Gobierno o el Ministro que refrenda el acto (art. 102 de la Constitución).

Pero tratándose de actos dictados por un órgano del Estado —no estamos estudiando el control judicial de los actos del Jefe del Estado como persona física— vendrán regulados por el Derecho público. Por lo que, normalmente, el Derecho regulador será administrativo o constitucional. Y, como la jurisdicción de los Tribunales del orden administrativo se limita a conocer las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias (art. 9.4, Ley Orgánica del Poder Judicial; artículo 1, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), excluyendo los «actos políticos» [art. 2, a), Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa], los actos del Jefe del Estado quedarían fuera del ámbito, en cuanto el Jefe del Estado no es Administración y, sobre todo, porque sus actos no pueden considerarse regulados por el Derecho administrativo. Estarán sujetos a Derecho administrativo muchos Decretos acordados en Consejo de Ministros, pero éstos no son actos del Jefe del Estado, sino del Consejo de Ministros (art. 24 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), limitándose aquél a expedirlos, según el artículo 62, f), de la Constitución. Pero no ocurre así con los actos producidos por el Jefe del Estado en el ejercicio de sus atribuciones.

Lo anteriormente expuesto conduciría en el Ordenamiento vigente a la absurda conclusión de que, en tanto no estuvieran sujetos a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, las pretensiones frente a ellos deberían ser formuladas ante los Tribunales del orden civil, según el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Es evidente que algunas de las cuestiones que pudieran plantearse de la actuación del Jefe del Estado podrían —y deberían— ser conocidas y resueltas

por el Tribunal Constitucional. Pensemos que adoptara decisiones en materias atribuidas directamente por la Constitución a otros órganos del Estado. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional regula los conflictos entre órganos constitucionales del Estado (arts. 59, 73 y 74), de forma que vienen a ser procesos de impugnación de actos dictados por un órgano constitucional con incompetencia (art. 73, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al enumerar los órganos constitucionales que pueden plantear y contra los que pueden plantearse los conflictos, no figura el Jefe del Estado. A tenor de la Ley, no tiene legitimación activa para plantear el conflicto contra otro órgano constitucional que adopte decisiones que, según la Constitución, a él corresponden, ni prevé que otro órgano constitucional pueda plantear el conflicto al Jefe del Estado cuando sea éste el que dictó un acto que incurra en incompetencia. Pero es evidente que, pese a esta omisión, si se diera algún supuesto de invasión de la esfera de competencias de un órgano constitucional por el Jefe del Estado, el órgano competente para decidir el conflicto sería el Tribunal Constitucional, y el procedimiento el regulado por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (arts. 73 y 74). Mas la aplicación de esta normativa dejaría sin resolver el problema de la impugnación de los actos del Jefe del Estado viciados de incompetencia por el titular de derechos e intereses legítimos, ya que la regulación de los conflictos entre órganos constitucionales del Estado contenida en los artículos 73 a 75, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, únicamente legitima para plantear el conflicto a los órganos constitucionales que expresamente enumera.

Asimismo es evidente que si un acto del Jefe del Estado violara alguno de los derechos o libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, el titular del derecho lesionado tendría legitimación para interponer recurso de amparo a pesar de que el Jefe del Estado no figura entre los órganos de los que pudiera proceder el acto determinante de la lesión, tal y como se regula en el artículo 43, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El problema de cuál sería «la vía judicial procedente» que hay que agotar, según el artículo 43.1, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, habría que resolverlo a tenor de la Disposición Transitoria segunda de la misma Ley, en el sentido de que sería la contencioso-administrativa, bien la ordinaria o la regulada en la sección segunda de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre.

Pero salvo estos supuestos en que, a tenor del Ordenamiento Jurídico, parece que son claras las jurisdicciones a las que habría que acudir para formular una pretensión frente a un acto del Jefe del Estado, en los demás nos encontramos ante un gravísimo vacío legal.

A pesar del texto del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de los artículos 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, parece que la solución de atribuir el conocimiento de las pretensiones frente al Jefe del Estado a los Juzgados y Tribunales del orden civil ha de rechazarse. La finalidad y *ratio legis* del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conducen a solución distinta. Y, rechazada la jurisdicción de los Tribunales del orden civil, parece que la cuestión ha de decidirse a favor de los Tribunales del orden administra-

tivo. Que es la solución que, en definitiva, adopta la Disposición Transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando, ante la falta de desarrollo de las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución, establece que el proceso para demandar la protección jurisprudencial contra las violaciones de los derechos y libertades fundamentales es el administrativo, sin limitar esta vía a las pretensiones frente a los actos sujetos al Derecho administrativo, sino frente a cualquier tipo de actos «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». Por tanto, al no establecerse distinción, al extender el ámbito del proceso administrativo a la protección de los derechos fundamentales frente a actos del «Gobierno», ha de entenderse que se extiende a actos de éste que no están sujetos a Derecho administrativo, sino que son actos que pudieran calificarse de «políticos», no sujetos al Derecho administrativo sino al Derecho constitucional.

3. *Competencia*

Aunque se entendiera que el orden jurisdiccional al que correspondería conocer las pretensiones frente a actos del Jefe del Estado es el administrativo, no acaban ahí los problemas del control jurisdiccional de aquéllos. Pues inmediatamente surge el tema de la competencia, esto es, determinar, dentro de los Tribunales de aquel orden jurisdiccional, aquél al que correspondería conocer de la pretensión.

Como ya apuntábamos, a tenor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional conocer de «los recursos contra actos emanados de los Ministros y de los Secretarios del Estado» (art. 66) y a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en única instancia, de «los recursos contencioso-administrativos que se promuevan contra actos y disposiciones emanados del Consejo de Ministros o de sus Comisiones delegadas, de los recursos contra actos y disposiciones procedentes del Consejo General del Poder Judicial y contra los actos y disposiciones de los órganos de gobierno del Congreso de Diputados y del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo» (art. 58, 1.º). Pero, a tenor de la Disposición Transitoria 34.º de esta Ley, «mientras no se apruebe la Ley de Planta los órganos jurisdiccionales existentes continuarán con la organización y competencia que tienen a la fecha de entrada en vigor de esta Ley». Pues bien, según la interpretación dada a esta Disposición Transitoria del Tribunal Supremo, se consideró vigente la norma contenida en el artículo 47 de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial (Ley derogada total y expresamente por la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial), según la cual la competencia para conocer de los recursos contencioso-administrativos contra actos del Consejo «corresponderá al Pleno del Tribunal Supremo».

Esto supuesto ¿a quién correspondería la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo contra un acto del Jefe del Estado? ¿A la Audiencia Nacional por ser responsable el Ministro que refrendó el acto? ¿A una Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo? ¿O al Tribunal Supremo en pleno? Parece que, mientras no entre en vigor la Ley de Planta, la solución más lógica es atribuir la competencia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

4. *Representación y defensa*

La representación y defensa del Jefe del Estado en estos procesos no plantea, sin embargo, problema alguno. Si, como dice el artículo 447.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, «la representación y defensa del Estado..., así como de los órganos constitucionales, corresponderá a los Letrados integrados en los Servicios Jurídicos del Estado», serán éstos los que deben asumirla, sin perjuicios de que, haciendo uso de la facultad que el mismo artículo reconoce, sean encomendadas a otro abogado colegiado especialmente designado al efecto.

5. *Acto objeto de impugnación*

El acto objeto de impugnación, pese al órgano de que procede, debe cumplir los requisitos generales de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Lo que plantea el problema del requisito de agotar la vía administrativa (art. 37). En la enumeración que hace el artículo 36 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de resoluciones que ponen fin a la vía administrativa, no figuran las resoluciones del Jefe del Estado. Es obvio, sin embargo, que si ponen fin a la vía administrativa las resoluciones no ya del Consejo de Ministros, sino de los Ministros, también tendrán este carácter los del Jefe del Estado. Ahora bien, la expresión del artículo 36 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado ha de ponerse en relación con el artículo 122.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y por tanto entenderse en el sentido de que sus resoluciones no son impugnables mediante recurso de alzada. Lo que no supone que agoten la vía administrativa en el sentido del artículo 37 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, ya que a estos efectos no agotan la vía administrativa aquellas resoluciones que, aun enumeradas en el artículo 36 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, no están exceptuadas del recurso de reposición en el artículo 53 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y por tanto es requisito previo del contencioso-administrativo este recurso.

Para que el contencioso-administrativo sea admisible, pues, es necesario interponer previamente el recurso de reposición [art. 82, e), Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa], recurso que habrá de dirigirse al Jefe del Estado y

ser resuelto por éste (art. 52.2, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y artículo 126.1, Ley de Procedimiento Administrativo). Ahora bien, pese al texto literal del artículo 52.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa —dice que «*se presentará* ante el órgano que hubiere de resolverlo»— puede —y hasta debe— presentarse ante el órgano que refrendó el acto con la súplica de que eleve el recurso, con su propuesta, en su caso, al órgano competente para resolverlo.

6. *Procedimiento*

El procedimiento que debe seguirse para la resolución del recurso contencioso-administrativo contra actos del Jefe del Estado será el ordinario que regula la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (arts. 57 a 91).

CONCLUSIONES

1. El Ordenamiento Jurídico vigente no contempla en absoluto la posibilidad de que se formulen pretensiones procesales frente a actos del Jefe del Estado.
2. A fin de que pueda hacerse efectivo en este ámbito el principio de tutela judicial que consagra el artículo 24 de la Constitución, se ha intentado ofrecer una posible interpretación de la normativa vigente sobre el proceso que debería seguirse para ello. Ha quedado de manifiesto lo forzado de la interpretación y las dificultades que ofrece. De aquí la imperiosa necesidad de que, mediante una Ley Orgánica —o la reforma de alguna de las vigentes, como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional— se regule el proceso para conocer de las pretensiones fundadas en el Ordenamiento Jurídico que se formulen contra actos del Jefe del Estado en defensa de los derechos e intereses legítimos lesionados por ellos.
3. El principal problema que debe abordarse es el del orden jurisdiccional, al que debe atribuirse el conocimiento y decisión de las pretensiones. Si no se quiere desorbitar el ámbito del orden contencioso-administrativo, extendiendo su jurisdicción a las pretensiones contra actos no sujetos a Derecho administrativo —de ahí la exclusión de los actos políticos que establece el artículo 2, a), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa—, habrá que arbitrar un proceso en el que pudieran deducirse las pretensiones frente a órganos del Estado —y no sólo del Jefe del Estado— sujetos no al Derecho administrativo, sino al Derecho constitucional. La solución no puede ser otra que la atribución al Tribunal Constitucional o a una nueva Sala del Tribunal Supremo.
4. Los restantes problemas del proceso no ofrecen grandes dificultades, ya que podría tomarse como modelo el proceso administrativo o el proceso de amparo.

