

LA RESURRECCIÓN DEL ACTO POLÍTICO DEL GOBIERNO

por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Fernando GARRIDO FALLA*

HACIA EL ESTADO DE DERECHO

1. En el diario *ABC* correspondiente al 19 de diciembre de 1991 publiqué un artículo con el título «Un Gobierno *legibus solutus*» que, por los comentarios que del mismo se han hecho y por la correspondencia recibida de, para mí, desconocidos lectores, me han hecho llegar a creer que contenía algunas ideas interesantes. Súmese a esto el interés añadido que la vanidad pone y la perezosa inclinación a cumplir con mi deber estatutario de comparecer ante Vds. utilizando materiales ya trabajados y tendrán la explicación de por qué vuelvo sobre el tema. Por lo demás, un artículo de periódico es un formidable ejercicio de síntesis—y así lo he aprendido en la práctica—en el que hay que dejar muchas cosas en el tintero, tanto por razones de espacio, como por razón de quienes son los destinatarios. Sin que esto suponga una amenaza de larga disertación (pues, por el contrario, pretendo ser muy breve), al oírme comprenderán por qué ciertos testimonios personales sólo gusta hacerlos ante colegas que previamente disponen de los suficientes elementos de juicio para no sacar conclusiones equivocadas.

2. 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.

* Sesión del día 7 de abril de 1992.

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.

3. 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.

4. 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 Hobbes 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 esos 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 tiempo 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».

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 nuestro 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 característica 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».

LA POSICIÓN DEL GOBIERNO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: EL ACTO DE GOBIERNO

1. 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 las 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'exercice légitime de la puissance exécutive.»* 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 reservar 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 renuncia 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.»

2. Pero hay que añadir enseguida, para desencanto de los posibles nostálgicos de esta situación, que las crecientes exigencias del Estado de Derecho le harían caminar en otra dirección. El Poder Ejecutivo tuvo que ceder —primero con jurisdicción *retenida* y después con jurisdicción *delegada*— al Consejo de Estado la revisión de la legalidad de sus actos. La resistencia a ésta conquista se manifestó mediante la habilidad dialéctica —recibida en nuestros días, como veremos— de distinguir entre Gobierno y Administración. Fue primero Napoleón —cuyo talante liberal, por cierto, no se ha conseguido demostrar— quien decidió *gobernar* con su *Conseil d'Etat* (todavía sin funciones jurisdiccionales), en cuanto designaba en su seno Delegados encargados de los «grandes asuntos»; mientras que los Ministros se encargaban de los «negocios corrientes» (Hauriou va a extraer de este ejemplo histórico la distinción entre la función política y la administrativa).

Después, a lo largo del siglo XIX, fue el propio Consejo de Estado, ya juez común en materia contencioso-administrativa, quien introdujo la «prudente reserva» (¡siempre el miedo al Poder!) de excluir de fiscalización a los llamados «actos de gobierno»; de los

cuales ha sido más fácil a la doctrina confeccionar un catálogo que dar una definición (Villary hablaría del «*introuvable acte de gouvernement*»).

EL ESTADO ADMINISTRATIVO DE DERECHO

1. Y he aquí como, de nuevo, la gran paradoja: si el acto político o de gobierno sirvió para frenar la expansión del Estado de Derecho, en época propicia para éste, la operación inversa de *administrativizar al Gobierno* hace posible, durante nuestra década de los cincuenta, la construcción de lo que en otra ocasión he llamado «*el Estado administrativo de Derecho*». Fueron una serie de circunstancias —para muchos de difícil explicación— las que hicieron posible este acaecimiento. Debe recordarse, por lo pronto, el nacimiento de la *Revista de Administración Pública*, 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 técnica jurídica), iban a alcanzar la sorprendente meta de enredar en las mallas del Derecho a un régimen autocrático.

2. Por lo demás, la creación del que denomino *Estado Administrativo de Derecho* se ve favorecida por un clima del que, por haberlo vivido desde dentro de la Administración —y especialmente por mi contacto con la «clase política» del régimen en mi condición de Letrado de las Cortes— me encuentro obligado a dar testimonio personal. Durante la década de los cincuenta y de los sesenta un buen número de los altos cargos de la Administración estaban ocupados por excelentes juristas que, precisamente por serlo, creían en el Estado de Derecho. Durante el tiempo que fue Ministro de Educación el Prof. Ruiz Jiménez, tuvo como Subsecretario al desaparecido miembro de esta Corporación Segismundo Royo-Villanova; quien a su vez, se rodeó de un gabinete técnico del que formábamos parte el también desaparecido Catedrático de Derecho Administrativo Serrano Guirado, el que actualmente nos acompaña en nuestras labores corporativas Prof. González Pérez y quien os dirige la palabra (que, al mismo tiempo, desempeñaba la Jefatura del Servicio de Recursos). Puedo asegurar que el número de recursos que se estimaban en vía administrativa en aquel Ministerio representa un porcentaje incomparablemente superior al de los que hoy se estiman en el conjunto de la Administración española.

Y es que estos buenos juristas a que me refiero sentían, en mayor o menor medida, lo que pudiésemos denominar «complejo de ilegitimidad de origen» en relación con el régimen político en el que desarrollaban sus actividades. Pertenece a los arcanos de lo futurible el conocer cual hubiese sido la actitud de los vencedores, si nuestra guerra civil hubiese terminado con la victoria de las fuerzas de la República. Lo que sí constituye parte de nuestra historia es lo que realmente ocurrió tras la victoria de las fuerzas

nacionales: los años transcurrían sin que se vislumbrase un restablecimiento de las «libertades políticas» y, en general, de las instituciones democráticas. No es mi propósito emitir un juicio de valor en relación con esta época; sí me atrevo, en cambio, a formular un diagnóstico; pienso que para muchos la falta de legitimidad en cuanto al origen, había que compensarla con una legitimidad en cuanto al ejercicio. Dicho de otra forma: había que asegurar, cuando menos, el principio de legalidad de la actuación administrativa, su sometimiento al ordenamiento jurídico *vigente* (y subrayo lo de *vigente* para adelantarme a posibles observaciones).

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 Órganos 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 ¿quien negaba entonces que el Jefe del Estado era la instancia suprema de todos los poderes de Estado incluida la Administración? Y las importantes consecuencias que de aquí 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.

3. 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 Órgano (Congreso, Gobierno...) que efectivamente adopta la decisión.

Como regla, estos actos no son susceptibles de recurso contencioso-administrati-

vo, 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).

UNA AMENAZA INVOLUCIONISTA

1. Ahora bien, las anteriores consideraciones no constituyen un puro ejercicio teórico. Desde hace algún tiempo se nos viene advirtiendo sobre la necesidad de regular de nuevo —y *separadamente*— los regímenes jurídicos del Gobierno y de la Administración.

Fue un anteproyecto de ley que conocimos hace algunos meses el que determinó mi comentario en *ABC*. No era para menos, en su exposición de motivos había párrafos como los siguientes:

«En el ordenamiento derivado del régimen autocrático precedente se ha venido considerando al Gobierno como el órgano superior en el que culmina la Administración Civil del Estado, y en consecuencia, como un mero apéndice o prolongación de la misma, con la que compartiría en buena medida su naturaleza administrativa. El art. 97 de la Constitución arrumba definitivamente esta concepción y recupera para el Gobierno el ámbito político de la función de gobernar, inspirada en el principio de legitimidad democrática.»

Si lo que se quiso decir con esto —y me temo que sí— es que los actos del Gobierno quedan fuera del régimen jurídico (con la consiguiente falta de fiscalización jurisdiccional) de los actos y disposiciones de la Administración Pública, la cosa puede ser muy grave. Gravedad que se confirma si seguimos leyendo aquella exposición de motivos:

«Abre el Título V, el capítulo dedicado a las disposiciones administrativas, que se limita a enunciar los principios generalizados de legalidad, jerarquía, publicidad e inderogabilidad singular del reglamento, *pues el ejercicio de la potestad reglamentaria, está atribuido al Gobierno de la Nación y no corresponde a las Administraciones Públicas como tales.*»

¿Se quiso decir con esto que el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Gobierno escapa también al régimen jurídico-administrativo y, por consiguiente, a la fiscalización de los Tribunales contencioso-administrativos? Adelantemos, que se trataría de una solución inconstitucional; pues con toda claridad el Artículo 106.1 de la Constitución declara 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».

Por eso —y no podía ser de otra forma— el Dictamen del Consejo de Estado afirmó en relación con este proyecto: «En todo caso y en cualquiera de sus manifestaciones, el Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (no hay esferas inmunes a la pretensión jurificadora del poder), conforme al Artículo 9.1 de la Constitución; y el desconocimiento del anunciado *Proyecto de Ley Reguladora del Gobierno de la Nación* impide al Consejo de Estado valorar el anteproyecto sometido a consulta de la forma plena en que sólo podría hacerse teniendo a la vista el mencionado proyecto.»

2. Creo que con lo dicho hay suficiente para que la alarma cundiese, pues de lo que ahora se trataba era de separar, tanto desde el punto de vista subjetivo u orgánico, como desde la perspectiva funcional, la acción de gobierno de la administrativa, es decir, el acto administrativo del acto de gobierno.

Menos mal que la opinión del Consejo de Estado y las críticas recibidas han hecho mella en los redactores del anteproyecto. Las frases más escandalosamente graves de la exposición de motivos, que antes he leído, han sido suprimidas.

Pero, ¿se volverá a la carga con el proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Gobierno, que ni el Consejo de Estado ni nosotros conocemos?

Si así fuese, todo un siglo de progreso jurídico fruto del que la doctrina y la jurisprudencia han dado en llamar «el genio expansivo del Estado de Derecho», quedaría sometido a revisión. Porque eso, y no otra cosa, es lo que significa —o al menos a ello conduce— la configuración del Gobierno como algo *distinto* (no sólo superior) cualitativamente de la Administración: que sus actos (al no ser actos administrativos) quedan fuera de la revisión judicial). Un Gobierno, pues *«legibus solutus»*.