iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

EL ACTO POLÍTICO COMO UN PROBLEMA TODAVÍA ABIERTO A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO Y DE LA JURISPRUDENCIA ITALIANA

Giuseppe TROPEA

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. (SIGUE) PRECISIONES METODOLÓGICAS.

PARTE I – PERFILES DE DERECHO COMPARADO: NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL PROBLEMA EN FRANCIA, ESPAÑA E ITALIA.
3. EL ORIGEN FRANCÉS Y SU DESARROLLO.
4. EL ACTO DEL GOBIERNO EN ESPAÑA.
5. BREVE CUADRO DE LA EVOLUCIÓN DOCTRINAL EN ITALIA. ACTUALES PERFILES DE CRITICIDAD.

PARTE II – ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA ITALIANA.
6. LA CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL MÁS RECIENTE SOBRE EL TEMA DEL ACTO POLÍTICO. PREMISA: LOS REQUISITOS DEL ACTO POLÍTICO.
7. (SIGUE) CASOS DE EXCLUSIÓN DE LA POLITICIDAD DEL ACTO. EN PARTICULAR: LA NUEVA EXÉGESIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL TEMA DE LA DESIGNACIÓN DE ASESORES DE UNA JUNTA REGIONAL.
8. (SIGUE) LA CASUÍSTICA «EN POSITIVO».
9. CONCLUSIONES: ADHESIÓN A LA TESIS «HISTORICISTA» Y ESCÉPTICA.

Copyleft – Ius Publicum

1. INTRODUCCIÓN

El nuevo planteamiento de la discutida categoría del acto político, por parte del art. 7, párrafo 1, c.p.a.[1], y algunos recientes casos jurisprudenciales[2], inducen a volver sobre la cuestión y, en particular, sobre el tema clásico de su inmunidad.

In limine, es necesario ilustrar las razones y los límites de un estudio de este tipo, puesto que pocos conceptos como el del acto político han atormentado tanto a la jurisprudencia práctica y teórica[3], aun cuando, en los últimos años, al menos en Italia, la discusión parece estar al fin y al cabo apaciguada, en comparación con metas tendencialmente estables. Como veremos, de hecho, nuestra jurisprudencia parece ya limitar la relevancia de la categoría a los casos de relaciones internacionales y de «actos constitucionales»[4], no sin algunas oscilaciones persistentes.

[1] El silencio de la ley TAR sobre los actos políticos era considerado por algunos como un signo de claro de rechazo de la categoría por la legislación republicana. Solo un año antes de la entrada en vigor del c.p.a. V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, en *Dir publ*., 2009, 121, auguraba la derogación expresa del art. 31 t.ú. Cons. Estado. Incluso el Tribunal de Cuentas, en su Resolución 16/2010, en *www.corteconti.it*, por la que se excluye la politicidad de algunos d.P.C.M. que declaraban el carácter de emergencia en las zonas de excavaciones de Pompeya, da erróneamente por supuesta la derogación del artículo 31 por el Decreto Legislativo 104/2010, sin tener en cuenta la nueva propuesta de la norma en el art. 7, párrafo 1, c.p.a. En el informe al c.p.a. se aclara que la nueva propuesta del contenido del art. 31 t.ú. Cons. Estado se debe a la recepción de las observaciones formuladas por la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado y de las Comisiones de Justicia y Asuntos Constitucionales de la Cámara.

[2] Véanse los párrafos 7, 8.

[3] Entre otros, da muestra de ello J.L. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, en *R.A.P.*, n.º 53, 1967, 73.

[4] Véanse las revisiones de la ley en S. DETTORI, *Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato su "L'atto politico"*, en *Nuove aut.*, 2009, 267 y ss., y S. FORASASSI, *Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali su "L'atto politico"*, en *Nuove aut.*, 2009, 289 y ss. Véase también D. PERUGINI, *Sul c.d. atto politico come atto non impugnabile*, en *L'invalidità amministrativa*, editado por V. Cerulli Irelli y L. De Lucia, Turín, 2009 , 528 y ss.; M. DEL SIGNORE, *Commento art. 31 Cons. Stato*, en *Commentario breve alle leggi sulla*

Copyleft – Ius Publicum

Por lo tanto, en opinión de quien escribe, el estudio del tema, que para algunos ha llegado ya a un «punto muerto»[5], merece ser retomado o, si se está en disposición de ello proporcionar nuevos perfiles de investigación, quizás todavía inexplorados, y destacar límites actuales y criticidad en la elaboración jurisprudencial, que no es nuestro caso, o bien, si se quiere intentar sentar las bases del tratado con el fin de captar, a poder ser en clave evolutiva y comparada, un conjunto de cuestiones que desde siempre han acompañado la historia del acto político, y cuya percepción incompleta, o en cualquier caso inadecuada, ha condicionado a menudo el encuadramiento del problema.

Vista la notoria «ciudadanía francesa» de la teoría del acto político, resulta muy tentador atribuir dicho concepto a la *mitología jurídica* de memoria «romaniana»[6]; por supuesto, no tanto en sentidos más probados y tradicionales, como aquellos expresados por las teorías negativas, que consideran *introuvable*[7] el acto político o que evidencian su *carácter metajurídico*[8], como en la aspiración -toda metodológica- de que tal confusa categoría pueda ayudar al intérprete a entender algunas dinámicas profundas que atraviesan, y a menudo acumulan, los varios ordenamientos en los cuales ha tenido modo de manifestarse[9].

---

giustizia amministrativa, a cargo de A. Romano y R. Villata, Padua, 2009, 1484 y ss. Indicaciones útiles también en V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, cit., esp. 114 y ss., y F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, en AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, editado por P. Bonetti, A. Cassatella, F. Cortese, A. Deffenu, A. Guazzarotti, Turín, 2012, 74 y ss.

[5] Así, finalmente, M. PERINI, *Atto politico e atto di governo (postilla di aggiornamento)*, en *Enc. Giur.*, *Ad vocem*, Roma, 2007, 1.

[6] De acuerdo con S. ROMANO, *Mitologia giuridica*, en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, 1983, 130, los mitos jurídicos en algunos países, como Francia, donde son más fuertes y más continuas las tendencias revolucionarias, encuentran los suelos más fértiles.

[7] Véase M. VIRALLY, *L'introuvable acte de gouvernement*, *RDP* 1952, 317 y ss.

[8] Véase A. GORDILLO, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1963; más recientemente, ID., *Tratado de derecho administrativo*, II, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, 2009, cap. VIII.

[9] Para esta versión del mito de «positivo» y socrático v. también S. ROMANO, *Mitologia giuridica*, cit., 134.

Copyleft – Ius Publicum

Probablemente en este caso más que nunca el enfoque metodológico influya en gran medida en el planteamiento y la solución del problema. Por otra parte, en nuestro caso tal vez no haya, como veremos, una solución unívoca del problema. Justamente por el enfoque metodológico seguido y aquí compartido, del todo opinable, se entiende.

Genealogía y deconstrucción del problema llevan, a nuestro entender, a una no solución necesariamente escéptica y contextualizante históricamente[10] de la cuestión, o mejor, escéptica *como* contextualizante históricamente.

Por otra parte, parece aceptable la observación según la cual temáticas de este género, a pesar de haber sido representadas a menudo de modo descriptivo por la sociología y la politología, merezcan ser reconsideradas en clave jurídica[11]. En este sentido, el problema vuelve a ser eminentemente metodológico, considerando que en el ámbito de la investigación jurídica, la relación con la dimensión aplicativa del derecho presenta (sobre todo hoy) una notable relevancia, como lo demuestra la renovada atención a los problemas de la interpretación y a las teorías de la argumentación[12].

Sin embargo, en el plano del derecho comparado, considerado por algunos poco útil[13] en esta materia, deberían extraerse las «invariantes», demuestra modo de testimonio de cómo, frente a la relatividad histórica del problema, las cuestiones con las cuales se mide la

[10] En este contexto, en relación con el tema del acto político v., recientemente, M. DEL SIGNORE, *Commento art. 31 Cons. Stato*, cit., 1485, que dibuja con éxito el importante ensayo de G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padua, 1973.

[11] Así, A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, en *Dir. pubbl.*, 2011, 507-508.

[12] Véase A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli "altri" saperi*, en *Dir. pubbl.*, 2003, 883-884, que recuerda la tesis de PERELMAN Y OLBRECHTS - TYTECA, *Trattato dell'argomentazione: la nuova retorica*, trad. it., Turín, 2001. Para un desarrollo en el campo del Derecho administrativo de tal obra fundamental, ver A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milán, 1987.

[13] Véase E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milán, 1961, 24, nota 48. En la omnipresencia del método comparativo, por el contrario hoy, para todos, R. CARANTA, *Lo stato della comparazione nel diritto amministrativo comparato in Italia*, en *www.ius-publicum.com.*

Copyleft – Ius Publicum

jurisprudencia son sustancialmente las mismas, y se vuelven a proponer cíclicamente, sin diferencias netas entre sistemas de *civil law* y de *common law*.

La idea de la comparación deriva del hecho de que la figura del acto político, se contemple o no en algún texto normativo, es conocida y reconocida en distintos ordenamientos contemporáneos, en los cuales tiende a adquirir un significado técnico relativamente uniforme. Por otra parte, en los distintos ordenamientos se asiste a una crisis de la figura que, como veremos, parece tener las mismas causas. Tanto es así, que las posiciones doctrinales a menudo se pueden superponer[14] en su mayor parte.

Por otra parte, no podremos en este momento – por razones de espacio y de claridad expositiva – dar cuenta, de forma exhaustiva, del perfil histórico y del comparado, ni examinar de manera completa las distintas perspectivas a través de las cuales ha sido observado el problema del acto político.

De forma más modesta, nos limitaremos a analizar los principales problemas que se han planteado en otros países (también jurídicamente) vecinos al nuestro (Francia y España) y las soluciones dadas a los mismos por la jurisprudencia, para comprobar si existen similitudes con las actuales cuestiones que se plantean en la doctrina y jurisprudencia italianas.

2. (SIGUE) PRECISIONES METODOLÓGICAS. PARTE I – PERFILES DE DERECHO COMPARADO: NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL PROBLEMA EN FRANCIA, ESPAÑA E ITALIA.

[14] A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico*» *e interesse pubblico*, en AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, editado por A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, Nápoles, 2010, I, 311.

Copyleft – Ius Publicum

El autor es de la opinión de que, cuanto más se adentra en el estudio de la cuestión, más bifurcaciones se abren, repetimos, más de carácter metodológico que sustancial. Aportemos algún ejemplo introductorio a modo de aclaración.

El acto político es, ante todo, un problema de sectores científico-disciplinarios. Nuestra tradición conoce la separación, desconocida en otros ordenamientos como el alemán, entre Derecho administrativo y Derecho constitucional[15]. Al problema del acto político se han dado diversas respuestas, en primer lugar, probablemente porque ha sido distinto el ángulo visual: el administrativista y el constitucionalista. De este modo se explica por qué los tratados monográficos más recientes y argumentados sobre el tema tienen la ambición de fundir las perspectivas y hacer, por tanto, un tratado unitario de Derecho público sobre la cuestión[16].

El acto político nace como un tema de Derecho administrativo, más bien de justicia administrativa, y en este sentido el énfasis recae sobre el problema de la fiscalización-justiciabilidad del mismo por parte de un juez. En el transcurso del Novecento, con la llegada del Estado social de derecho, se convierte también en un problema de Derecho constitucional, con énfasis sobre la creciente noción de dirección política[17].

[15] Sobre el tema, la más reciente, v. A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milán, 2009.

[16] V. N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, Barcelona, 1998.

[17] Emblemáticos los tratados de P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, en *Enc. dir.*, IV, Milán, 1959, 220 y ss., y E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit. Conforme a los resultados obtenidos por Cheli v. M.S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, en *Enc. dir.*, XIX, Milán, 1970, 289. Pero, para una reconducción del acto político a la dirección política, ver E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milán, 1950, 139. Más recientemente, v. C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padua, 1983. Otra cuestión, aunque conectada, en cuanto que de ella depende la misma configurabilidad de la categoría de los actos de la alta administración, es la relativa a las problemáticas relaciones entre la dirección política y la administrativa sobre la cual, como se ha señalado, se han opuesto las tesis unionistas (que reconducen la dirección administrativa a la dirección política) y separatistas (que consideran la dirección administrativa subordinada e inmediatamente factible a la política,

Copyleft – Ius Publicum

Hay una especie de río cársico que discurre debajo del atormentado concepto; se trata, naturalmente, del principio de separación de los poderes, también esto notoriamente caracterizado por la historicidad y la relatividad[18]. En este sentido, el acto político es además una prueba de fuego de las relaciones (cambiantes) entre poderes y funciones del Estado, también de nueva acuñación, tal vez en la constitución material antes que en la formal, según una línea evolutiva que, por ahora, puede ser aproximadamente señalada como sigue: legislación-gobierno[19]; jurisdicción-administración; gobierno-administración.

Una prueba de que este último binomio dialéctico (gobierno-administración) probablemente sea la clave de lectura más actual de la cuestión puede hallarse fácilmente en los que hoy en día son los dos tipos más recurrentes de planteamiento del problema en Italia: por una parte, la relación inversamente proporcional con los actos de alta administración, cuyo crecimiento se corresponde con la restricción de los casos de acto político[20]; por otra,

discrecional pero no autocreativo de sus propios fines). Sobre esas tesis, cfr. E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padua, 1988, 81 y ss. y, más recientemente, M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Nápoles, 2009, 81 y ss.

[18] Se permita regresar, incluso para indicaciones bibliográficas sobre el tema, a G. TROPEA, *L' ibrido fiore della conciliazione": i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, en *Dir. proc. amm.*, 2011, 965 y ss. Parece ser muy significativa, sobre este tema, la constatación de que la experiencia occidental al principio del siglo XIX no tuviera como único modelo, el francés, que nace desde la especialidad de la administración, sino también otros, que aunque sufran la influencia del modelo francés, se concentraban en la garantía del ciudadano. A esta última subordinaban cualquier canon de especialidad. Referencia a la Constitución de Cádiz de 1812. Sobre este tema véase J.C. CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires-Madrid, 2009, 65 ss., mencionado también por A. TRAVI, *Giurisdizione ed amministrazione*, en *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, editado por F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Milán, 2013, 6.

[19] Se centra particularmente en este aspecto G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milán, 1984.

[20] Véase G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., esp. 174 ss. Más recientemente v. C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, en *Dizionario di diritto pubblico*, dirigido por S. Cassese, Milán, 2006 , I, 516 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, cit., 121; M.P.

Copyleft – Ius Publicum

la cuestión del carácter político de algunos actos del ente local[21], especialmente después de la reforma del Título V de la Constitución italiana de 2001 y la ley constitucional nº 1 de 1999, según una versión en este caso no solo tradicionalmente «horizontal» del principio de separación de poderes.

Salvo que, como demuestran estos ámbitos, perdura la invariante de la tutela jurisdiccional, que con la entrada en vigor de la Constitución se caracteriza, *ex* art. 113, por su indefectibilidad[22], ulteriormente reforzada hoy por la importancia de la efectividad de la tutela y del derecho de acceso al juez (art. 1 c.p.a; art. 6 CEDH)[23], cuyo alcance, como se ve, junto con la afirmación de una idea nueva de la relevancia de la dirección política en la constitución material[24], ha determinado una exégesis jurisprudencial restrictiva y constitucionalmente orientada del acto político, ya no configurado como acto

GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, cit., 95 ss.

[21] Véase V. FANTI, *L'«atto politico» nel governo degli enti locali*, en *Dir. e proc. amm.*, 2008, 433 ss.; V. CINGANO, *Riflessi della riforma costituzionale del 2001 sulla possibilità per le Regioni e gli Enti locali di emanare atti politici: evoluzione giurisprudenziale*, en *Quad. reg.*, 2009, 820 ss.

[22] Véase F. SAITTA, *Art. 113*, en *Commentario alla Costituzione*, editado por R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006, III, 2136 ss.; ID., *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, en*www.giustizia-amministrativa.it*, y ahora en *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milán, 2012; R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, en *Dir. proc. amm.*, 1988, 517 ss.

[23] Sobre el artículo 6 CEDH, v. S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, 249 ss. Más recientemente: M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDH per il procedimento e il processo amministrativo*, en *Dir. proc. amm.*, 2012, 569 ss.; F. MANGANARO, *Il meritevole di tutela nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, en G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri, F.F. Tuccari, F. Vetrò (ed.), *Il «meritevole di tutela»: scenari, istituzionali e nuove vie di diritto*, Nápoles, 2012, 165 ss. Pero, como veremos, en este punto, la CEDH ha adoptado una discutible posición con respecto al acto político; evidentemente se alude a la sentencia del 14 de diciembre de 2006, Markovic c. Italia, sobre la cual v. *infra*.

[24] Por descontado el reenvío a C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931, y en V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, en *Studi urbinati*, 1939, 55 ss. Sobre tal historia doctrinal, M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, cit., 69 ss.

Copyleft – Ius Publicum

administrativo[25] o, como mucho, entendido, para ser fieles a la tradición disciplinaria, bajo el perfil de las condiciones de admisibilidad de la tutela judicial[26].

Si lo que acabamos de observar es cierto, si por tanto la invariable de fondo está representada por el elemento de la fiscalización jurisdiccional del acto, se sitúa en el centro de la cuestión al juez y su «política» jurisprudencial[27].

No obstante, una afirmación de este tipo, aunque no resulta nueva[28], debe ser probada, y el único modo de intentar hacerlo es, a nuestro juicio, emplear juntos el enfoque histórico y el comparado, y de este modo hacer, como se ha dicho, una elección de método respecto a los diferentes planteamientos que han rivalizado en los diversos ordenamientos por la definición y resolución del problema.

En dicho sentido, podemos distinguir concepciones afirmativas y concepciones escépticas o negativas[29], o según otra versión clasificatoria, concepciones subjetivas, objetivas e historicistas, en cuyo ámbito podrían incluirse también las teorías negativas[30].

Más recientemente, la doctrina ha vuelto sobre el argumento, ha puesto de relieve las persistentes aporías lógico-jurídicas de la categoría y ha expuesto la inconstitucionalidad del art. 7, párrafo 1, c.p.a., con una invocación a la necesidad de «empezar» por el examen

[25] En este enfoque, sin embargo, E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, en *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 265 ss., 486 ss.

[26] Véase E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31?*, en *Foro amm.*, 1947, II, 15 ss.; A.M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, en *Giur. compl. cass. civ.*, XXII, 1946, II, 521 ss. En esta línea, pero más recientemente, D. VAIANO, *Gli atti politici*, en *Codice della giustizia amministrativa*, editado por G. Morbidelli, Milán, 2005, 207 ss.

[27] Véase S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 413 ss.; M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bolonia, 1969.

[28] Quedándose por el momento a la doctrina italiana: A. DE VALLES, *Sulla teoria degli «atti politici»*, en *Annali Univ. Macerata*, 1929, V, 1 ss. Más recientemente véase A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico» e interesse pubblico*, cit., 311 ss.

[29] De acuerdo con tal esquema procede, por ejemplo, el amplio análisis comparativo de N. GARRIDO CUENCA, *El acto de Gobierno*, cit., *passim*.

[30] Para ver esta configuración, en cambio, E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 38.

Copyleft – Ius Publicum

de eventuales situaciones subjetivas involucradas, manteniendo así constitucionalmente compatible la categoría en los únicos casos donde la exclusión del control del juez sea constitucionalmente impuesta[31].

Con el fin de desarrollar el planteamiento anteriormente expuesto, en los próximos párrafos consideraremos brevemente, antes de nuestra realidad, la evolución histórica de la problemática en dos ordenamientos afines como el francés y el español, siendo necesario excluir, en aras de una mayor brevedad y claridad expositiva, las consideraciones sobre otros ordenamientos[32] (Parte I).

Terminaremos nuestra investigación examinando las tendencias jurisprudenciales más recientes de nuestro ordenamiento que, si bien en la lógica restrictiva antes mencionada, dan muestra todavía de algunos cabos sueltos (Parte II).

La evolución del problema en Francia y España constituye una premisa muy útil para poder analizar con posterioridad el debate doctrinal y jurisprudencial en Italia. De hecho, permitirá considerar que nuestra jurisprudencia más reciente está profundamente influenciada por aquellos modelos y realizar algunas observaciones críticas sobre los límites y ocasiones (perdidas) con motivo de tal influencia.

En particular, aparte del justo reconocimiento histórico de otorgar a Francia el nacimiento del concepto (cuyas razones parecen subsistir, *mutatis mutandis*, incluso en nuestros días), se tratará de considerar un recorrido común, caracterizado por la tendencia a basar la no impugnabilidad del acto político los mismos mecanismos que generalmente se relacionan con la no impugnabilidad de los actos de la autoridad pública, y reconstruir la

[31] Véase F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., 87, que desarrolla algunas ideas ya presentes en G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Atto politico e atto di governo*, en *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, 4.

[32] Para un análisis más profundo, donde se tienen en cuenta también algunas tendencias en los países de *common law*, cfr. G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, en *Dir. amm.*, 2012, 358-368.

Copyleft – Ius Publicum

figura de tal modo que la sustracción del acto al control jurisdiccional no constituya una verdadera y propia derogación de los principios que rigen esta materia[33].

Además, intentaremos dar cuenta de cómo, aunque los *dicta* jurisprudenciales sobre caracteres del acto político ya estén regulados, pueden permanecer abiertas tendencias de «política» jurisprudencial, tal vez con respecto al problema del acto «interno» o «separable», especialmente en las relaciones internacionales, en la aproximación negativa basada en la carencia de las condiciones de la acción en el caso en cuestión (legitimación / interés para recurrir)[34] o considerando la desvalorización del carácter político de la elección frente a su carácter técnico-discrecional. En estos ámbitos, la «política» jurisprudencial del juez administrativo tiene todavía, probablemente, mucho que decir.

En conclusión, se considera que recientemente nuestro juez constitucional ha tenido modo de intervenir en el tema y ha resuelto una cuestión relativa al debatido caso del nombramiento de los asesores por parte del Presidente de una Junta regional, en el caso de estatuto que incluya normas en materia de igualdad de oportunidades. Se trata de un pronunciamiento muy relevante porque, además de intervenir en un tema sobre el que se debate mucho actualmente, parece contener algunas consideraciones nuevas sobre el tema que no pueden dejar de mencionarse.

Tal como veremos, las nuevas indicaciones provenientes del Tribunal Constitucional, que ha inspirado la jurisprudencia administrativa más reciente, parecen evocar el dato normativo de otros países (sobre todo de España), aunque en contra de diversas disposiciones procesales.

[33] A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico» e interesse pubblico*, cit., 312.

[34] Véase A. CASSATELLA-F. CORTESE, *Sul referendum abrogativo e sulla giustiziabilità dei suoi tempi (osservazioni a margine di Tar Lazio, Sec. II bis, ord. 8/4/2011, n. 1302)*, en *www.forumcostituzionale.it*.

Copyleft – Ius Publicum

Si bien esto confirma, por un lado, la importancia del análisis comparado para esta temática, por otro lado, demuestra la persistente centralidad de la jurisprudencia, más que del dato normativo, en la construcción de la categoría del acto político.

De hecho, como veremos, precisamente la doctrina española, aunque subraye en ocasiones el carácter controlable del conjunto de los actos de gobierno por parte del juez, corre el riesgo de establecer una intervención excesiva de este último en la función del gobierno, acaba interpretando el acto político más como momento de autolimitación judicial que como expresión de la forma de gobierno (análogamente a lo que sucede en Estados Unidos en lo que concierne a las llamadas *political questions*)[35].

Por tanto, el acto político se determinaría por la jurisprudencia, no en base a criterios predeterminados, sino caso por caso, a título de *self restraint* judicial, y la remisión al mismo se revelaría como una especie de artificio retórico[36].

Por otra parte, el mismo se configura como una excepción persistente de los distintos ordenamientos considerados, en los que la figura del juez no solo «determina» el acto político a título de *self restraint*, sino que, por el contrario, tiende a menudo a delimitarlo, sometiendo el acto al control, aunque «débil», ya que, en todo caso, el mismo se caracteriza por una fuerte discrecionalidad.

PARTE I

3. EL ORIGEN FRANCÉS Y SU DESARROLLO.

[35] G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, cit., 358-365.

[36] A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico» e interesse pubblico*, cit., 319.

Copyleft – Ius Publicum

Como se ha dicho, en Francia es donde la noción del acto político *(acte de gouvernement)* se manifiesta por primera vez[37]. Ya hemos observado que la cuestión originariamente es toda interna a la justicia administrativa. Digamos ahora, mejor, que en aquella época se trataba de configurar el modo de ejercicio de las competencias reconocidas en el órgano vértice de la justicia administrativa. Nos encontramos en los años de la Restauración, periodo en que el Consejo de Estado francés es visto con profunda desconfianza debido a la caída del Imperio Napoleónico, con el cual el Consejo de Estado estaba profundamente vinculado.

En este clima de hostilidad se observa una doble restricción de las atribuciones del juez administrativo: por un lado, se atribuyen una serie de funciones al juez ordinario, y por el otro, las cuestiones de mayor importancia política pasan a los órganos de la administración activa.

Por consiguiente, el nacimiento del concepto es *éminemment prétorienne*[38] y se remonta a 1822 (*arrêt Lafitte)*, cuando un concesionario de la princesa Borghese reclamó el pago supletorio de una renta en dotación conferida por Napoleón a la princesa. El Consejo de Estado se declaró incompetente «considérant que la réclamation tient à une question politique, dont la décision appartient exclusivement au gouvernement». A continuación, el campo se extendió a los *actes de guerre*, a los *traités diplomatiques*, a las reclamaciones de las antiguas dinastías[39].

[37] Lo recuerda E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 267, y más recientemente, E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 3; C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 3. Véase también J.L. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 74 ss. Sobre el origen del acto político en Francia, v. P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, París, 1935, 30 y ss. M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, 1935, 95 y ss.

[38] C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 4.

[39] Para una lista de las sentencias del Consejo de Estado que durante el periodo del Segundo Imperio desestiman la apelación sobre la base de que el acto impugnado recae en la categoría de *actes de gouvernement*, v. G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, cit.,

Copyleft – Ius Publicum

En esta primera fase de desarrollo se afirma la *théorie du mobile*[40], o del móvil político del acto, o de la causa subjetiva, según la cual cualquier acto de la administración, en caso de estar inspirado en motivos políticos o de que persiga finalidades de orden político, asume por ello solo la naturaleza de acto político o de gobierno y se somete así al control de los órganos de justicia administrativa[41].

Como se ha observado exactamente, indagando sobre la naturaleza del acto, el concepto se convierte en un instrumento de «política» jurisprudencial que el Consejo de Estado emplea para manejarse en sus relaciones con un Gobierno fuerte y autoritario[42]. Por otra parte, esto terminó por consentir que el Gobierno, de acuerdo con la simple declaración de que en el acto tienen que ver motivos políticos, determine la inmunidad del mismo[43].

Cabe mencionar, por otra parte, que la óptica procesalista, si bien es importante, no se ha juzgado suficiente para ilustrar la naturaleza de los actos en cuestión, ya que se ha considerado que solo una investigación sobre la colocación en el sistema de las fuentes de los *actes de gouvernement* pueda llevar a esto, naturalmente en el marco de la problemática del reparto de la potestad normativa entre el Parlamento y el Gobierno[44].

Con el paso del sistema de la *justice retenue* a aquel de la justicia delegada, con la ley 24 de mayo de 1872 y, por tanto, con la llegada de la Tercera República, en un clima de mayor peso del principio de legalidad, se abandona la teoría del móvil y se afirma una nueva, la de la «naturaleza» del acto, según la cual se busca identificar una línea de demarcación

84. Para un extenso análisis reciente (también) en la jurisprudencia francesa relativa a los actos de gobierno, v. N. GARRIDO CUENCA, *El acto de Gobierno*, cit., esp. 181 y ss.

[40] Véase G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif applique*, IV, París, 1855, 10.

[41] E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 6.

[42] E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 272.

[43] E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 6.

[44] Así G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, cit., 90, 106, que sostiene, por tanto, que no existe una noción jurisprudencial de acto de gobierno en el sistema de justicia retenida.

Copyleft – Ius Publicum

más nítida entre actos políticos y actos administrativos, que precisamente se diferenciarían por el hecho de estar relacionados con dos actividades (gobierno y administración) de distinta naturaleza[45]. El primer pronunciamiento que se recuerda sobre el tema es el famoso *arrêt Prince Napoleon* de 1875[46].

Por otra parte, en esta fase, el binomio gobierno-jurisdicción subraya bajo el perfil de la competencia que se debe declarar la politicidad del acto. Por consiguiente, se ha observado que la «naturaleza» del acto comparte con la del móvil el carácter aleatorio y metajurídico, solo que en el primer caso la determinación del acto político es atribuida al juez, a partir de un listado que ha ido formando gradualmente la jurisprudencia que decide, caso por caso, sobre la naturaleza del acto[47].

La teoría de la naturaleza del acto evolucionará y se perfeccionará en Italia, en aquella de la causa objetiva que, sin todavía aislar la actividad de gobierno como forma de

[45] Véase E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 7. En la misma época, no es una casualidad si en Francia se elaboraba el concepto de acta autoritativa. V., sobre esto, R. CAVALLO PERIN, *L'elaborazione dell'atto di autorità in Francia*, en *Annuario 2011 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Nápoles, 2012, 265-284.

[46] El recurso fue interpuesto por el príncipe Napoleón José Bonaparte en contra de la decisión del ministro de la Guerra, que se negó a reintegrarlo en el ejército, del que fue expulsado después de la caída del Segundo Imperio. El Consejo de Estado, aunque no acepta la apelación, rechaza la excepción de inadmisibilidad sobre la base del carácter político del acto. El Consejo de Estado señala que, para establecer un acto político, no es suficiente la resolución del Consejo de Ministros, o que esté motivado en un interés político, reivindicando la tarea de verificar, caso por caso, la efectiva existencia del carácter de naturaleza política. Posteriormente, en el Duc d'Aumale et du Prince d'Orleans 20 de mayo de 1887, el *commissaire de gouvernement* Marguerite aclara aún más el alcance de la nueva dirección, que indica que el propósito político que llevó a un representante de la autoridad pública a realizar un acto en particular no quita, a este último, el carácter administrativo si aquel acto es por su naturaleza un acto de administración. Sobre tal jurisprudencia, véase G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, cit., 112 ss.

[47] E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 274.

Copyleft – Ius Publicum

actividad estatal distinta de la actividad administrativa, considera políticos aquellos actos caracterizados por la consideración del interés general del Estado en su unidad[48].

Pero detengámonos por el momento en el debate francés sobre el *acte de gouvernement.* Distingamos, pues, entre tesis que admiten y tesis que niegan el acto político. Cabe recordar, por otra parte, cómo un punto de encuentro entre estas dos maneras opuestas de ver el acto político en la doctrina francesa a menudo se da por la atenuación de los efectos del acto de gobierno en el plano de la responsabilidad patrimonial[49].

En el examen de los autores que admiten la existencia del acto político, se puede distinguir a su vez entre quien considera el acto político como categoría «política» y quien por el contrario busca darle una definición jurídica.[50] Además, puede haber otros tipos de clasificación, tal vez sobre la base de la importancia subjetiva, objetiva o histórica de la categoría. Finalmente, como veremos, muchos estudiosos, también entre los más influyentes, como testimonio de la dificultosa clasificación del concepto, han cambiado varias veces de opinión en relación al mismo[51].

Aquellos que consideran el *acte de gouvernement* como categoría «política» tienen un punto de partida común: si el juez se abstiene de conocer determinados actos es por las repercusiones políticas que puede haber. El fundamento que se da desde el punto de vista político es diferente. Hauriou, que además volverá a revisar más veces sus tesis sobre el asunto, en un primer momento identifica su fundamento en la razón de Estado[52]. Hay quien,

[48] Véase O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Nápoles, 1912, 339-343; O. RANELLETTI-A. AMORTH, *Atti politici (o di Governo)*, en *Noviss.dig.it.*, I, 2, Torino, 1958, 1511 ss. Siguió esta teoría también S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1930, 4-5.

[49] Véase N. GARRIDO CUENCA, *El acto de Gobierno*, cit., 130. En la doctrina francesa, sobre las razones favorables a la responsabilidad patrimonial del Estado, también en caso de actas de gobierno, v. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public géneral*, París, 1911, 400.

[50] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de Gobierno*, cit., 90 y ss.

[51] Emblemático en este punto, como veremos más adelante, el camino de M. Hauriou.

[52] M. HAURIOU, Notes au Sirey, 1893-3-129, Arrêt Vaudelet et Farand.

Copyleft – Ius Publicum

sin embargo, citan la fuerza mayor[53]. No obstante, un importante sector doctrinal hará referencia al principio de separación de poderes[54]; también Hauriou, más adelante, accede a esta idea, considerando que la teoría del acto de gobierno responda a la necesidad de elevar una barrera frente a las jurisdicciones administrativas, separadas de la administración activa en el sistema de justicia delegada[55].

Pero, ciertamente, la tesis que ha obtenido más éxito, con posterioridad también en la doctrina italiana[56], es aquella según la cual los actos de gobierno son el fruto de la «política» jurisprudencial del Consejo de Estado[57]. Tanto en Francia[58] como en Italia[59], dicha tesis, que se ha asociado a la idea de que el acto de gobierno solo puede definirse empíricamente como el acto comprendido en una lista elaborada por los órganos de justicia administrativa[60], ha sido criticada, en cuanto que en ella se ha vislumbrado una nueva propuesta, por otras vías, de la teoría del móvil político.

Hay quien, sin embargo, denunciando la fragilidad del fundamento político, busca en el Derecho positivo un fundamento del acto de gobierno[61]. Pero, ciertamente, la idea central, que caracterizará más de un siglo de investigación sobre el acto de gobierno, gira en torno al reconocimiento jurídico de una función de gobierno específica, distinta de la

[53] J. DOUCET, *Etude critique de la notion d'acte de gouvernemente et de son application aux matières internationales*, Grenoble, 1910, 84 ss.

[54] T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, I, París, 1897, 87 ss.

[55] M. HAURIOU, Notes au arrêt Gugel, R. Sirey 1895, II, 42.

[56] A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 806 ss.; A. DE VALLES, *Sulla teoria degli «atti politici»*, cit., 11-13; teoría, esta última, descuidada, pero en nuestra opinión muy interesante, ya que se ve a la Junta de Estado como «órgano» no totalmente independiente de los poderes ejecutivos, y destaca la «política» jurisprudencial.

[57] Véase especialmente P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, cit., *passim*; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public géneral*, cit., 77-78; M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, cit., 95-96.

[58] Véase M. VIRALLY, *L'introuvable acte de gouvernement*, cit., 324.

[59] Véase E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 274.

[60] E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 34.

[61] T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, cit., 29.

Copyleft – Ius Publicum

administrativa, partiendo de la célebre fórmula clásica de Laferrière sobre la distinción entre gobernar y administrar[62]. En el seno de esta corriente de pensamiento se coloca la teoría del acto de gobierno calificado como acto de ejecución directa e inmediata de una disposición formal de la Constitución[63].

Como se expondrá más adelante, esta idea de fondo se abrirá camino también en Italia, sobre todo entre los constitucionalistas, quienes distinguirán, no por casualidad, el acto político del acto de gobierno.

Aquellos que niegan la posibilidad de aplicar un tratamiento jurídico distinto entre los actos del poder público, por un lado destacan la insuficiencia de las tesis que configuran el acto de gobierno como categoría política, y por el otro refutan la idea de la relevancia jurídica del concepto: sea aquella de su fundamento positivo, sea aquella que deriva de la distinción de la función de gobierno de la administrativa.

Respecto a este asunto, cabe considerar lo que apuntó uno de los opositores más célebres del acto de gobierno, el cual lo definió como *introuvable*, consagrándose a un cuidadoso análisis empírico para demostrar su inexistencia: «l'acte de gouvernement est un défi à la raison et au droit, un véritable objet de scandale»[64] .

La teoría negativa, que según algunos parte de las mismas premisas que la empírica, para después llegar a conclusiones más radicales[65], mantiene todavía hoy su actualidad y

[62] E. LAFERRIERE, *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, II, París, 1888, 32. En esta pista: L. DUGUIT, *Traité du droit constitutionnel*, II, París, 1928, 306 ss.; M. LE COURTOIS, *Des actes de gouvernement*, París, 1898, 34; R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'aprés les données fournies par le droit constitutionnel francais*, I, Paris, 1920, 259 ss.

[63] R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'aprés les données fournies par le droit constitutionnel francais*, cit., 527; L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, París, 1918, 110 ss.

[64] M. VIRALLY, *L'introuvable acte de gouvernement*, cit., 317 ss. Entre los partidarios de la teoría negativa puede citarse H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1926, 115-118.

[65] Por lo tanto: E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 35; J.L. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 98.

Copyleft – Ius Publicum

relevancia. Según esta teoría, no existe una particular categoría de actos sustraída al régimen común a todos los actos del poder ejecutivo; en algunos casos, de hecho, el control jurisdiccional no puede explicarse por razones de imposibilidad jurídica, consistentes generalmente en el hecho de que falta alguno de los presupuestos procesales de aquel control, como la personalidad del sujeto recurrente, el interés personal directo y actual a la impugnación[66].

No obstante, mirando «desde la parte» del poder, y no de la del sujeto recurrente, esta tesis ha sido declinada por algunos, considerando la discrecionalidad absoluta que caracterizaría al acto de gobierno[67]. Esta última referencia ha recibido críticas, pero también ha gozado de un innegable atractivo: baste pensar en la legislación española, donde, con el Reglamento general de ejecución de la Ley de lo contencioso-administrativo de 1888 (Ley de Santamaría de Paredes) hay un claro reclamo a la inmunidad del acto político en cuanto acto discrecional[68].

La doctrina francesa más reciente, como se ha señalado[69], se caracteriza por un cierto inmovilismo: se asienta sobre las tesis tradicionales y, a pesar del gran cambio de régimen constitucional debido a la llegada de la V República con la Constitución de 1958, que como se señala, marca la ruptura con el parlamentarismo clásico y la primacía del ejecutivo entre los poderes del Estado, no hace análisis profundos, limitándose a la exégesis del formante

[66] Véase el punto en E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 35; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 281.

[67] Las propuestas hechas por la doctrina alemana. Ver G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1905, 601 ss.; R. LAUN, *Les actes de gouvernement*, en *Ann. Inst. Int. dr. publ.*, 1931, II, 102 ss., este último con una cierta influencia en el pensamiento de Guicciardi. En Francia, v. L. MICHOUD, *Des actes de gouvernement*, en *Annales de l'Enseignement supérieur de Grenobles*, 1889, I, 216 ss., que se encuentra comúnmente entre los más importantes exponentes de la teoría negativa.

[68] Véase *infra*.

[69] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 164, a cuyo amplio tratado se reenvía para un examen más detallado.

Copyleft – Ius Publicum

jurisprudencial. Considerando esto último, se llega a la inexorable conclusión de que el acto de gobierno, si bien reestructurado, continúa existiendo en el sistema jurídico francés.

Pensemos en la declaración del estado de asedio o en la más reciente figura del estado de urgencia, en los *pouvoirs de crise* del art. 16 de la Constitución de 1958, en el *droit d'amnistie*, a los actos relativos a las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento en los actos relativos a las relaciones internacionales.

Las decisiones del Consejo de Estado permitan aislar dos dominios en lo que la clásica teoría del acto político mantiene su vigencia en Derecho francés. Éstos son el ámbito de las relaciones internacionales y el de las relaciones entre órganos constitucionales. El reconocimiento de la naturaleza de acto de gobierno lleva al Consejo de Estado a autolimitarse en el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad de la actuación administrativa.

Establecidas estas líneas maestras, la labor de delimitación que continúa realizando el Consejo de Estado y la paulatina exclusión del campo del acto político de toda una serie de actuaciones administrativas que, inicialmente, podríamos considerar comprendidas en las excepciones reseñadas, proporcionan interesantes indicios sobre el paulatino convencimiento judicial de la necesidad de poder, al menos, tener acceso a controlar aquellos aspectos más formales, la apariencia de regularidad, de cualquier acto emanado del Gobierno[70].

En el ámbito de esta última jurisprudencia, sin embargo, han nacido las importantes teorías del *acte détachable*[71] o del *acte clair*, que han contribuido de modo determinante a una mejor delimitación y a una progresiva reducción de la inmunidad del Gobierno.

[70] A. BOIX PALOP, *Muerte y resurrección del acto de gobierno (a propósito de dos decisiones del Consejo de Estado Francés)*, en *Revista de administración pública*, 2002, 497.

[71] Véase los asuntos importantes: «que Nghia Vo», «Bollardiére de Paris», «Greenpeace Francia», examinados por último por N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 239 ss. Sobre la jurisprudencia francesa que ha elaborado la figura del *acte détachable*, v. P.H. CHALVIDAN, *Doctrine et acte de gouvernment*, en *A.J.D.A.*, 1982. Muy

Copyleft – Ius Publicum

La difícil verificación que el juez es llamado a realizar en estos casos para constatar la eventual importancia «externa» o «interna»[72] del acto, o su «separabilidad», en cuanto acto puntual y concreto, de las decisiones generales de política exterior, refleja una tendencia eminentemente casuística inevitable a acrecentar la «política» jurisprudencial del Conseil d'État[73].

De este modo, se confirma la centralidad de la jurisprudencia a la hora de identificar los límites del acto político, aunque en dirección «inversa» respecto de los orígenes: ahora, de hecho, se trata de delimitar el concepto, mientras que, en un principio, había sido «creado» para reducir los espacios de la tutela judicial.

Por tanto, en Francia se verifica la disolución de la convergencia original entre motivos subjetivos y objetivos, debida en gran parte tanto a la dificultad de relacionar la cualificación de «acto político» con la calidad de los intereses públicos tutelados por el mismo, en un contexto de pérdida de soberanía del Estado (tanto hacia el exterior como hacia

importantes también: Conseil d'État 27 novembre de 2000 (*affaire Association Comité tous frères*) y Conseil d'État 25 de septiembre de 1998, que permiten comprobar hasta qué punto la actitud de este órgano de control de la actuación de la Administración francesa está comenzando a arrogarse competencia para enjunciar cualquier acto por mucho que, *a priori*, pueda parecer claramente político. <<No obstante, junto a la constatación de esta innegable reducción de las esferas de inmunidad jurisdiccional, ambas decisiones muestran también la prudencia del Consejo de Estado a la hora de entrar a evaluar las consideraciones de oportunidad que impulsaron al Gobierno a obrar de una determinada manera. La consideración de estas actuaciones come administrativas no supone el traslado de la decisión sobre el fondo a los órganos jurisdiccionales, que atinadamente respetan la competencia del Poder Ejecutivo para evaluar la situación y obrar de acuerdo a las consideraciones de oportunidad en las que estas actuaciones tienen su origen>>: A. BOIX PALOP, *Muerte y resurrección del acto de gobierno (a propósito de dos decisiones del Consejo de Estado Francés)*, cit., 504, el cual sostiene que esta reflexión es plenamente trasladable a España.

[72] De acuerdo con la teoría de P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, cit., 62 ss.

[73] Es sabido que la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ya, al comienzo del siglo pasado, aplicaba la teoría del acto «separable» para ampliar la posibilidad de impugnación de un contrato suscrito por la administración, identificando la presencia en el caso de un acto administrativo unilateral, «separable»: v. Conseil d'État, 21 de diciembre de 1906, *Synd des propriétaires et contribuables du quartier Corix-de-Seguey Tivoli*, *Rec.* 962, concl. Romieu.

Copyleft – Ius Publicum

el interior) [74], como a la consolidación del principio de efectividad y plenitud de la tutela jurisdiccional.

En dicho contexto, los persistentes casos en que se determina la politicidad del acto parecen poder atribuirse más a una relación de *self restraint* de la jurisprudencia que a la misma esencia de la noción de acto político, como se ha dicho, en profunda crisis. Parece que un fenómeno similar se vuelve a proponer también en España y en Italia.

4. EL ACTO DEL GOBIERNO EN ESPAÑA

El ordenamiento español, si bien profundamente influenciado por la elaboración francesa, de la misma manera que el italiano, y en el mismo periodo, recibe la doctrina del acto de gobierno por vía legislativa, con la Ley Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888. Y lo hace de un modo singular, o incluyendo al acto político (*acto de gobierno*) entre las modalidades del poder discrecional, retomando así una teoría francesa que en este sentido reconstruía los caracteres del instituto y las razones de la inmunidad.

Sin embargo, será el art. 4 del Reglamento ejecutivo de la ley de 29 diciembre de 1890 el que expresamente excluya del control jurisdiccional «las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre la que versen pertenezcan al orden político o de gobierno».

[74] A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico*» *e interesse pubblico*, cit., 315.

Copyleft – Ius Publicum

El debate sobre el acto de gobierno se inicia en España tan solo a partir del Estado constitucional, ya que, antes, en el Antiguo Régimen, había una profunda confusión entre administración y jurisdicción, así que será necesario esperar al siglo XIX para ver el nacimiento de la administración y de un sistema de justicia gracias a los principios revolucionarios de legalidad y de separación de poderes.

La Ley de Santamaría de Paredes nace como solución de compromiso: los conservadores renuncian al anterior sistema de justicia retenida y, a cambio, los liberales admiten restricciones al control jurisdiccional de la administración. La ley, además, sustituye el sistema precedente de la «lista» de los actos impugnables con una cláusula general de competencia jurisdiccional, y restringe sin embargo la tutela de los actos que fueran ejercicio «de potestades regladas, y vulneren un derecho —y no un simple interés— de carácter administrativo establecido este anteriormente por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo».

Así, todo el ámbito de exceso de poder, que en Francia ya tenía en la época un gran desarrollo, se pone al margen del sistema jurisdiccional. Además, la jurisdicción administrativa es confiada al Tribunal Supremo, que, salvo excepciones, al principio se caracterizó por un ejercicio muy prudente de sus atribuciones. Se observó, pues, lo que sucedió en Francia en el momento de la restauración borbónica, cuando el Consejo de Estado empezó a negar la propia competencia para conocer los actos inspirados por un móvil político.

El acto de gobierno encuentra por primera vez su reconocimiento expreso en el art. 4 del Reglamento de actuación de 1890, en un precepto que después se transfunde en la ley reformada de 1894, donde se considera que las cuestiones que conciernen al «orden político o de gobierno» corresponden a la potestad discrecional de la administración. El elemento clave del sistema, con la Ley de Santamaría, pasa a ser entonces el concepto de discrecionalidad. Por consiguiente, el acto de gobierno, al menos en esta primera fase, no se configura como un acto distinto del administrativo, sino como un acto administrativo considerado incuestionable por su carácter discrecional.

Copyleft – Ius Publicum

Es destacable que, mientras en Francia, a partir del año 1875, prevalece en la jurisprudencia la tesis «objetiva» del acto político, en España, el acto de gobierno se recibe por vía legislativa, pero con un criterio que en la aplicación práctica ha hecho prevalecer durante mucho tiempo el aspecto subjetivo del fin político, como demuestra la utilización de la categoría en cuestiones que resulta muy difícil considerar estrictamente políticas: medidas de seguridad derivadas del uso de poderes de la policía, salud e higiene, potestad tributaria, resolución de problemas sociales especialmente relevantes, concesiones administrativas y organización de los servicios generales del Estado o del ejército, actos del Gobierno sobre la administración y el gobierno locales[75].

En cuanto a los actos relativos a las relaciones internacionales, es necesario destacar cómo la casuística jurisprudencial, a diferencia de Francia, en España aparece muy reducida cuantitativamente, al menos hasta la mitad del siglo XX, y ese debe presumiblemente al aislamiento internacional que ha caracterizado a España durante mucho tiempo, primero a causa de la Restauración borbónica, después por la dictadura franquista[76]; por otro lado, en las relativamente pocas ocasiones donde el juez es llamado a intervenir, este declara sistemáticamente su propia incompetencia, sin recuperar de Francia la teoría del *acte détachable* o del *acte clair*, que habría permitido un control sobre los eventuales elementos «reglados, internos y administrativos», escindibles de la decisión política.

[75] Véase N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 322 ss. Sobre el acto político en España véase, además, J. MANUEL RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, *Acto político y control jurisdiccional*, en *Actualidad administrativa*, Nº 5, 1996, págs. 103-122; F. JAVIER GARCÍA GARCÍA-SOTOCA, *Los Actos Políticos del Gobierno: ¿Límite negativo de la jurisdicción?*, en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 14, sept. 2002 [documento *on line*]; C. DOMÍNGUEZ LUIS, *Poder judicial: actos de gobierno y su impugnación*, Edit. Iustel, Madrid, 2006; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Madrid, 2009.

[76] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 376. Además, la doctrina española no se preocupó mucho de las relaciones internacionales porque excluyó que la Administración tuviera como misión la dirección política de las mismas relaciones. V. A. POSADA, *Tratado de derecho administrativo según las doctrinas filosóficas y la legislación positiva*, (Tres volúmenes), Madrid, 1897-1898, 460.

Copyleft – Ius Publicum

Con la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 se modifica profundamente la concepción tradicional del acto de gobierno. Este ya no se considera una tipología de acto discrecional, sino un acto ontológicamente distinto del administrativo, siendo la función administrativa distinta de la política, encomendada tan solo a los órganos supremos estatales.

El art. 2.b) de la ley excluye expresamente de la jurisdicción contencioso-administrativa «las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa».

Puede resultar interesante destacar cómo, a pesar de la intención legislativa de pasar de una acepción subjetiva a una objetiva de acto de gobierno, en la práctica, siendo además la indicación meramente ejemplificativa y abierta, contenida en el art. 2.b), en los primeros años de la ley, en pleno régimen franquista, la jurisprudencia hace entrar en la categoría de los actos de gobierno actos claramente administrativos[77].

Por otro lado, desde un punto de vista técnico, esta tendencia era favorecida por el perverso sistema del recurso administrativo, que dejaba al acto administrativo susceptible de revisión en última instancia delante del Gobierno, así que «en un macabro juego de malabarismo jurídico»[78], un acto administrativo, por el hecho de pasar, a través de apelación, por el Gobierno, terminaba por «transformarse» en acto político.

[77] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 396. Sobre el mismo aspecto véase también M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Los actos políticos del Gobierno en el derecho español*, Presidencia del Gobierno, colección Estudios, Madrid, 1978, 48.

[78] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 399. Muy crítico ante esta tendencia es, entre otros, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, 966.

Copyleft – Ius Publicum

Dadas las implicaciones del contexto político franquista, la unidad del poder y la concentración de las funciones sobre el jefe de Estado, la concepción «panadministrativista» del Estado y la confusión entre Gobierno y administración, «la última ratio de los actos políticos en el Derecho español era que la voluntad política del jefe de Estado no pudiera ser controlada por el Tribunal Supremo»[79].

Por otra parte, con la entrada en vigor de la ley de 1956, se abre en la doctrina española el debate sobre el acto político, naturalmente siguiendo las líneas directrices de la doctrina francesa. También en España, por tanto, se asiste a un encendido debate entre defensores de la tesis negativa y defensores de la positiva.

Entre los primeros se encuentra, naturalmente, García de Enterría, con su fundamental obra *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*.[80.]

Estos, partiendo de la premisa según la cual no es configurable ninguna distinción entre función política y administrativa[81], consideran que la evolución de la noción de acto de gobierno en Francia es la prueba más evidente de que este tipo de acto no tiene ningún fundamento. Según el ilustre autor, desde la teoría del móvil, pasando por la de la naturaleza del acto, hasta llegar a la de la lista jurisprudencial, la doctrina del acto político «ha desaparecido en el Derecho francés», como en el italiano y en el alemán. En los casos de

[79] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 400.

[80] E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, en *RAP*, n. 38, 1962, 180-195.

[81] Premisa que hoy en día tiene sus seguidores también en una influyente doctrina italiana, particularmente crítica con la persistencia del acto político en el orden constitucional actual: v F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, en *www.giustamm.it.* V., en la misma línea, también F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., 87. Sin embargo, es necesario recordar que en Italia el rechazo de la efectiva subsistencia de una cuarta función del Estado, denominada política o de gobierno, no siempre ha conducido a la negación del acto político. Así que no ha sido, por ejemplo, para los partidarios de la tesis de la causa objetiva, que negaban la autónoma relevancia de la función política, señalando que los actos políticos se manifiestan en las «formas» propias de actos reconducibles a las funciones del Estado. Véase O. RANELLETTI-A. AMORTH, *Atti politici (o di Governo)*, cit., 1512.

Copyleft – Ius Publicum

relaciones internacionales, o en las relaciones entre Parlamento y Gobierno, el único motivo de exención jurisdiccional se da por el hecho de que, simplemente, este tipo de actos «no proceden, con toda claridad, de la Administración como persona», y por ello no están sujetos al Derecho administrativo, sin poder vulnerar directamente un derecho subjetivo[82].

Se ha observado que tal tesis, impecable desde un punto de vista abstracto y teórico, puede ser válida para un Estado de derecho, que el régimen franquista de la época, a pesar de su nombre, no era[83]. Por otra parte, había también autores, no por casualidad constitucionalistas, que quizás con más realismo admitían el acto político, en general argumentando a través de la distinción entre función administrativa y función de dirección política o de gobierno[84].

La jurisprudencia, como se ha dicho, aparecía poco influenciada por la doctrina, sobre todo por la negativa. Las tesis doctrinales reclamadas, realmente con poco dogmatismo, eran más bien reconducibles a aquellas que admitían el acto de gobierno sobre la base de la diferencia entre función política y la función administrativa.

Por otra parte, como se ha visto, en jurisprudencia, con el régimen de la época, se observa una marcada *deference* del Tribunal Supremo, que en este contexto, a veces reclamando la tesis del acto político como ejecución directa de disposiciones constitucionales, otras veces argumentando en torno al carácter no exhaustivo de la lista del

[82]Ver también J.L. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 107 ss., el cual sostiene en ese sentido que el artículo 31 t.ú. Cons. Estado es una disposición superflua, de manera que, en lugar de acto político, sería mejor discutir de acto constitucional o de acto internacional (el autor también considera que la investigación llevada a cabo en torno a la legislación italiana es extensible, en sus resultados, a aquel español); L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, *Las sanciones de orden público en el derecho español*, Madrid, 1973.

[83] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 417.

[84] Véase L. SÁNCHEZ AGESTA, *Concepto jurídico del acto político (Los nuevos límites de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en *Homenaje a Nicolás Pérez Serrano*, II, Madrid, 1959, 193; J.M. BOQUERA OLIVER, *Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa*, en *RAP*, n. 40, 1963.

Copyleft – Ius Publicum

art. 2.b) LJCA, termina en realidad por volver a situar en el centro la tesis del móvil político, como demuestra claramente la jurisprudencia en materia de seguridad interna del Estado y de orden público[85].

En definitiva, el Tribunal Supremo parece comportarse como nuestra Casación, que, durante el régimen fascista, desempolva en 1927 la tesis del móvil político, mientras que, como se apunta, el Consejo de Estado generalmente ha sabido dar prueba de mayor independencia frente al Gobierno.

De hecho, a comienzos de los años 60, el Tribunal Supremo rectifica la doctrina del móvil político sobre la base de dos observaciones fundamentales: el art. 2. b) LJCA habla de «actos políticos del Gobierno» donde «Gobierno» está escrito con mayúscula, si bien se refiere subjetivamente a los actos adoptados por el Consejo de Ministros. Además, sobre la base del Preámbulo de la ley de 1956, se aprecia la distinción entre función política y función administrativa, por lo que la primera incluye tan solo las grandes decisiones que conciernen al Estado, no simplemente actos administrativos que afectan a una o más personas, como por ejemplo una sanción de orden público[86].

Superada la dictadura, doctrina y jurisprudencia son llamadas a enfrentarse a la Constitución de 1978. Esta impone una renovada reflexión sobre el concepto de acto de gobierno, relacionado con varios principios nuevos y conceptos que allí se afirman: la nueva forma de Estado, social, democrático y de derecho, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva (art. 24), el vínculo al derecho de todos los poderes públicos, el sistema de responsabilidad de los poderes públicos y la recuperación del principio de separación de los poderes.

[85] Para un análisis de la misma, ver N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 436 ss. Importante, sobre este mismo asunto, la precedente obra de L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, *Las sanciones de orden público en el derecho español*, cit., 79 ss.

[86] Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, I, Madrid, 2004, 582.

Copyleft – Ius Publicum

Se manifiesta, entonces, una separación teórica entre doctrina constitucionalista y administrativa: mientras que la primera hace hincapié sobre todo en la ubicación constitucional del Gobierno como órgano de dirección de la política interna y exterior, y eje de la función de gobierno, la segunda termina por ocuparse sobre todo de las relaciones entre Gobierno y poder jurisdiccional, descuidando las relaciones con el poder legislativo[87]. El Tribunal Constitucional, por su parte, admite la legitimidad constitucional del acto de gobierno, antes implícitamente, y después, con la sentencia n.º 45/1990, expresamente.

Probablemente las dificultades reconstructivas encontradas por la doctrina y la jurisprudencia españolas en el periodo postconstitucional dependen en gran medida de la no simple conciliación de los principios y valores constitucionales arriba enunciados[88].

Los partidarios de la persistencia del acto político, transformado (no por casualidad) en acto de gobierno, argumentan en torno al cambio del Estado, convertido en democrático, y destacan la nueva legitimación democrática del Gobierno, responsable ante el Parlamento, la necesidad en un Estado social, que ve multiplicarse sus propias responsabilidades, de una función de gobierno distinta de la función administrativa. Además, se apunta que el art. 106 de la Constitución limita el objeto del control jurisdiccional de la acción del poder ejecutivo a la «potestad reglamentaria» y a la «actuación administrativa», y se considera, por tanto, que

[87] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 449. La Constitución de 1978 va a ser muy importante también en la revalorización del objetivo de desviación de poder, aunque sea codificada en la ley sobre los tribunales administrativos de 1956 (artículo 83, párrafo 2), había sido degradado por el formalismo de la ley bajo el régimen de Franco. Sobre este punto, M. ATIENZA-J.R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bolonia, 2004, 100, muchas referencias al estudio de C. CHINCHILLA, *La desviación de poder*, Madrid, 1999. Sobre el tema, recientemente, T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Sobre los límites constitucionales del poder discrecional*, en *www.ius-publicum.com.*

[88] Así lo demuestra la reconstrucción clara y completa de N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 452 ss. Argumenta que hoy en día, a pesar de la Constitución de 1978, la teoría del acto de gobierno en España ha tenido una «sorprendente recuperación», J.B. VERA, *Imparzialità vs. indirizzo politico: le variabili del rapporto tra politica e amministrazione nella dinamica delle istituzioni*, en *Dir. amm.*, 2007, 25.

Copyleft – Ius Publicum

el control no puede implicar toda la actividad del Gobierno, si acaso fiscalizable a través de canales alternativos, del control político al operado por el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, hay que enfrentarse a la histórica afirmación del Estado de derecho y con sus correspondientes representantes del principio de legalidad y de la «universalidad de la protección jurisdiccional». La categoría de los actos políticos toda vez promulgada la Constitución de 1978 ha sido puesta en tela de juicio por un importante sector doctrinal, hasta el extremo de entender con GARCÍA DE ENTERRÍA que el párrafo b) del artículo 2 de LJCA debe considerarse derogado por la CE, por aplicación de los artículos 24, 103.1 y 106.1[89].

En otras posiciones más templadas se entendía que podía mantenerse la existencia de los actos políticos como categoría autónoma, ciertamente desde una acotación estricta de aquéllos[90].

La jurisprudencia postconstitucional tiende a aceptar la tesis objetiva o material del acto de gobierno, entendido como «acto constitucional», o destaca los criterios de la «máxima discrecionalidad u oportunidad», con el fin de identificar el «acto de gobierno *por naturaleza*». Por otra parte, el juez no pierde el poder sobre la cualificación del acto.

Se abre aquí la espinosa cuestión de la valoración sobre los elementos «separables», parecida a aquella francesa de *acte détachable*. Como se ha dicho, en el pasado esta tendencia era estrictamente rara para el juez español. La cláusula constitucional de plenitud y efectividad de la tutela parece desempeñar un papel fundamental al dar al juez la posibilidad de un control más profundo en la verificación de «posibles elementos reglados» del acto de gobierno, salvo para los casos relativos a las relaciones entre poderes constitucionales (por

[89] E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, I, Madrid, 1995, 555.

[90] J. GARBERI LLOBREGAT, con GIMENO SANDRA, MORENO CATENA Y GONZALES-CUELLAR SERRANO, *Derecho Procesal Administrativo*, Valencia, 1993, 125.

Copyleft – Ius Publicum

ejemplo, la disolución de las Cámaras, la iniciativa legislativa del Gobierno), donde el juez evita verificar la posible existencia de «elementos reglados»[91].

En la jurisprudencia se ha podido constatar, después de muchas vacilaciones, la apertura no sin dificultades, a una idea de universalización en cuanto al control judicial de cualquier acto que dimane de un poder público, aún cuando no se abandona, admitir una esfera de la actuación de los diversos poderes públicos, que por sus caracteres "ajurídicos", en el sentido de carecer de una determinación normativa ordinaria o de conformar decisiones atípicas, no puede ser objeto de un proceso jurisdiccional.

Véase, por ejemplo, la denegación del derecho de petición por los cauces de la Ley 92/1960 de 22 de diciembre y en virtud del artículo 29 de CE: <<La Constitución al reconocer el derecho de petición no conlleva necesaria y forzosamente el derecho al logro de lo pedido; el derecho de petición, por su naturaleza es abstracto y su contenido concreto y actual viene condicionado en su concesión a la idoneidad y pertinencia conforme al Ordenamiento Jurídico, de suerte que es su aspecto posibilista el que marca la corrección en el actuar administrativo del órgano receptor de la petición>>[92].

La doctrina mayoritaria[93] reconoce que elementos externos al contenido propio de la decisión política (sujeto, competencia, procedimiento, incluso «adecuación al fin») son separables y perfectamente fiscalizables por el juez.

[91] Véase N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 643. En una visión más restrictiva, las relaciones internas que podrían dar lugar a actos de gobierno serían solamente las que se refieren al poder ejecutivo y al poder legislativo. Sobre este asunto, véase A. SAIZ ARNAIZ, *Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *R.A.P.*, 1994, 250.

[92] STS de 31 octubre 1983, R.J. 5294. Para otros ejemplos v. F. JAVIER GARCÍA GARCÍA-SOTOCA, *Los Actos Políticos del Gobierno: ¿Límite negativo de la jurisdicción?*, en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, cit.

[93] Véase, por ejemplo, A. EMBID IRUJO, *La justiciabilidad de los actos de gobierno (De los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)*, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor E. García De Enterria*, III, Madrid, 1991, 2721.

Copyleft – Ius Publicum

En jurisprudencia, es muy importante la afirmación contenida en la STS de 26 mayo 1997[94]: <<incluso cuando se trate de actos políticos, la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución nos obliga a asumir el control jurisdiccional, cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben ajustarse los actos de dirección política. Siempre son controlables los elementos reglados o jurídicamente asequibles de los actos de los poderes públicos, lo que determina que una acusación de que el órgano jurisdiccional se ha introducido en el ámbito de la discrecionalidad no es combatible por la vía de denunciar un exceso en el ejercicio de la jurisdicción, sino por el de la infracción de la norma o la jurisprudencia que consagre aquélla discrecionalidad, pues es atributo de la propia jurisdicción fijar los límites de lo discreción al, cuando se sometan a su consideración pretensiones de nulidad de las actuaciones administrativas>>.

Desde esta nueva perspectiva cabe entender fiscalizable por los órganos jurisdiccionales los elementos reglados, por ejemplo, del Decreto publicado en el B.O.J.A. con fecha de 19 de abril de 1994 de convocatoria de elecciones en el Parlamento de Andalucía, en sus condiciones normativas[95]; una moción de censura presentada frente al Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura, por infracción del artículo 23.2 de la Constitución en relación con el artículo 201.5 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General[96].

En este sentido, como ha sido apuntado eficazmente, «se establece así una traslación o asimilación entre el control del acto de gobierno y el control de la discrecionalidad de la

[94] R.J. 4532.

[95] Cfr. STS de 14 diciembre 2000, R.J. 555.

[96] Cfr. STS de 26 mayo 1997, R.J. 4532. Para otros ejemplos v. F. JAVIER GARCÍA GARCÍA-SOTOCA, *Los Actos Políticos del Gobierno: ¿Límite negativo de la jurisdicción?*, en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, cit.; J. JOSÉ DIEZ SÁNCHEZ, *El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno*, en *Revista jurídica de Castilla y León*, n.° 26/2012, 71-73.

Copyleft – Ius Publicum

Administración»[97]. El punto esencial que cabe destacar es que en los múltiples casos de duda en la verificación de cuánto haya de político o de administrativo en la decisión, es el juez quien tiene la última palabra, caso por caso, después de haber efectuado un profundo examen sobre la cuestión[98].

Así pues, este parece un aspecto en sí muy relevante. Está claro, además, que tal metodología de fiscalización es más o menos compartida según los diversos presupuestos de partida acerca del fundamento del acto de gobierno en el actual ordenamiento constitucional español. Y se observa que sobre este punto las posiciones no son ciertamente unívocas. Pero de todos modos, la cláusula del «derecho universal al juez» es la que permite a este último una vasta, y a menudo no fácil, apreciación «política» del asunto[99]. Como veremos, también en Italia la jurisprudencia más reciente e influyente parece tomar ese camino.

La LJ de 1998, sin embargo, ha tomado una posición neta sobre el tema, diferente de aquella seguida por nuestro legislador en 2010. Este es un punto muy importante: como veremos, si bajo un perfil estrictamente formal se puede considerar forzada la jurisprudencia italiana más reciente, por otro lado, confirma la centralidad de esta última a la hora de delimitar los límites del acto político, incluso más allá del dato normativo.

[97] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 631.

[98] Véase N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 636, aunque crítica en contra de esta tendencia. Crítico ante esta tendencia es, entre otros, también A. BOIX PALOP, *Muerte y resurrección del acto de gobierno (a propósito de dos decisiones del Consejo de Estado Francés)*, cit., 506-507.

[99] Ejemplar bajo este aspecto el hecho jurisprudencial de la «desclasificación» de los documentos del CESID, en que varias sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 han considerado de su propia competencia recursos de contencioso-administrativo formulados contra decisiones que el Gobierno español consideraba incluidas en la categoría de los actos de naturaleza política: v. N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 690 ss. Ver también J.B. VERA, *Imparzialità vs. indirizzo politico: le variabili del rapporto tra politica e amministrazione nella dinamica delle istituzioni*, cit., 25 ss., que también contiene la disputa (de entornos del Gobierno español, así como de 13 de los 30 magistrados que asistieron al pleno, que votaron en sentido contrario) la decisión del Tribunal Supremo de Justicia (noviembre de 2006), con el que se anuló un Real Decreto del Gobierno que ordenaba el traslado de la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de Madrid a Barcelona.

Copyleft – Ius Publicum

Una cierta doctrina, propensa a admitir la persistencia del acto de gobierno en el ordenamiento español, pedía una expresa mención de esto en la ley de reforma de 1998, que incidiese sobre la opaca formulación de 1956[100]. Todo ello no ha sido verificado. La ley de reforma del contencioso-administrativo de 1998, en el art. 2.a), contiene una cláusula de inclusión que califica el acto de gobierno, de modo indirecto pero claro, como acto discrecional cuyos elementos «regulados» son fiscalizables por el juez.

De este modo, queda constancia del sello legislativo de esta influyente doctrina que ha predicado desde siempre la inutilidad del acto político: históricamente superado en cuanto contrario a la Constitución española y, en general, a todo el Derecho público europeo, e innecesario, por el contrario, para explicar la inmunidad de los actos relativos a las relaciones internacionales o las relaciones con el Parlamento[101].

[100] N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., 725 ss. Siguiendo esta línea, algunos consideran que: <<se desenfoca la cuestión, si los arts. 9.1 y 3 in fine y el art. 24.1 se contemplan unilateralmente sin ponderar el principio de separación de poderes y concretamente los arts. 97, 108 y 66.2 CE cuando establece que corresponde a las Cortes Generales el control de la acción del Gobierno y que a su vez, este responde solidariamente ante el Congreso de su gestión política, en definitiva a nuestro juicio es harto dudoso desde el marco normativo constitucional la pretendida retirada de los actos políticos como categoría y por tanto como una realidad autónoma y diferenciada de las potestades administrativas, actos o decisiones de gobierno cuyo ejercicio corresponde al Gobierno de la Nación (Consejo de Ministros) o a los Consejos de Gobierno de las diversas Comunidades Autónomas>>: véase F. JAVIER GARCÍA GARCÍA-SOTOCA, *Los Actos Políticos del Gobierno: ¿Límite negativo de la jurisdicción?*, en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, cit., 10.

[101] Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., 584. Sin embargo ni la praxis, ni la jurisprudencia y la doctrina en donde no existe ni mucho menos unanimidad a la hora de constatar la franca retirada de la categoría del acto político, parecen certificar dicha retirada. Así y respecto del art. 2 a) LJCA se ha dicho que <<lo absurdo de la redacción vigente pretende justificarse en la exposición de motivos de la Ley con una tesis radical y no amparada ni por la doctrina mayoritaria ni por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo. En efecto, pretende la citada exposición que el concepto de acto político resulta inadmisible en un Estado de Derecho, y, por si alguna pudiera caber al respecto, se señala en términos positivos, una serie se aspectos sobre los que en todo caso será siempre posible el control judicial>> (F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, en obra colectiva *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Aranzadi, 1998, 92). El mismo autor constata como el acto político se admite en otros Estados de Derecho.

Copyleft – Ius Publicum

Sin embargo persisten, incluso en la jurisprudencia posterior a la reforma de 1998, amplios márgenes de interpretación: no existe un criterio pacifico en lo que hace a la desaparición de la categoría del acto político. La inseguridad jurídica derivada de la falta de un criterio determinante para delimitar qué actos son políticos en todo caso, como la ausencia de criterios generales en cuanto a esa revisión para todos los que se incluyan en esa categoría, es consustancial y insalvable, incluso de existir una enumeración exhaustiva de decisiones con todas matizaciones por parte del legislador[102].

Con posterioridad a la entrada en vigor no se han producido novedades significativas. Por ello, el parecer doctrinal que expusiera la STS de 15 de julio de 1997 será renovado por otras, y tiene perfecta vigencia. Se sostiene que <<el tema del control jurisdiccional del acto político encuentra su formulación en la correcta aplicación de las técnicas judiciales de control en función de la naturaleza de cada acto y que incide directamente en las llamadas técnicas de control de la discrecionalidad, en donde es diferenciable el carácter de la decisión en cada caso adoptado para examinar si tiene carácter jurídico o no, por lo que será necesario determinar si se trata de cuestión en la que prima el conocimiento científico y que aconseja el respeto a la discrecionalidad técnica o bien determinar si estamos ante un acto con un núcleo esencialmente político o dictado por razón de criterios de oportunidad, reconocida legalmente, o ante la necesidad de determinar la realización de prioridades relacionadas con actividad política del sistema democrático, supuesto en el que el control jurisdiccional no puede ser tan intenso y debe conformarse con el examen de los presupuestos de hecho de los aspectos reglados del acto: competencia, causa y fin o, como se dice en el ámbito del derecho anglosajón, la revisión de los aspectos jurídico-procedimentales y el test de racionalidad>>. A lo que cabe añadir, con la STS de 3 de diciembre de 1998, que ese control está sujeto a una graduación en función de las circunstancias que constituyen el contexto de ese acto.

[102] J. JOSÉ DIEZ SÁNCHEZ, *El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno*, cit., 75.

Copyleft – Ius Publicum

De interés, por otra parte, es conocer lo que sucede cuando el legislador no ha dispuesto elementos reglados o conceptos judicialmente asequibles[103]. Esta cuestión tiene en esa ultima sentencia una valiosa disertación que es conveniente sintetizar. Se afirma una doble idea: principal, sustentada en que por sí sola la noción de los elementos reglados <<no resulta suficientemente sólida para asentar un control riguroso de los actos políticos, puesto que el legislador puede obviar ese control con sólo eliminar la regulación de los citados elementos>>, y de suficiencia, en tanto <no basta la existencia de un elemento reglado para que sin más afirmarse que el acto es susceptible de control, será necesario, además, que concurran otros elementos de conexión con el ámbito administrativo suficientemente relevantes que presuponga un control jurisdiccional, no político, por afectar a derechos de terceros, de tal manera que permitan controlar tal aspecto del acto político y otorguen a aquéllos un interés legítimo en la revocación del acto en cuestión>>.

Con base en esas dos concepciones, <<la técnica del examen de los elementos reglados debe complementarse con otras tales como las del control de la discrecionalidad que nos enseña que debe prestarse especial atención a la motivación de las decisiones y a comprobar si concurre algún indicio de falta de razonabilidad en la decisión, y la técnica del control de los principios y valores constitucionales, reconociendo el carácter capital de los derechos fundamentales a los que deben sacrificarse, siempre que se dé el principio de proporcionalidad exigible, cualesquiera otros derechos>>. Esto es lo que la regulación legal a la postre habilita, bien que la jurisprudencia por la naturaleza del acto entienda, con acierto, que no procede en todo caso[104].

[103] J. JOSÉ DIEZ SÁNCHEZ, *El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno*, cit., 73.

[104] J. JOSÉ DIEZ SÁNCHEZ, *El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno*, cit., 73-74. Consideremos los siguientes ejemplos extraídos de la jurisprudencia y reproducidos por el autor citado en la presente nota (al que se remite, en todo caso, para la casuística siguiente y más reciente). La aplicación de los criterios normativos previstos en las distintas normas que regulan la facultad para convocar elecciones otorgarán al acto naturaleza reglada (SSTS de 15 de julio de 1997, de 3 de diciembre de 1998, y de 14 diciembre de 2000). Puede ser interesante notar que en un caso similar la jurisprudencia italiana reciente ha afirmado un principio similar: véase Cons. Est., sec. V, 27/11/2012, n. 6002. Otro tanto sucede con determinados aspectos de la extradición pasiva, pues

Copyleft – Ius Publicum

El pretendido carácter político de un acto de Gobierno, lo mismo que el carácter discrecional de un acto de la Administración, no es un presupuesto de admisibilidad, sino que forma parte de la cuestión de fondo a decidir en sentencia; admitido el control judicial, el tribunal puede revisar los elementos reglados del acto (por ejemplo, la competencia y el procedimiento); pero también al enjuiciar el fondo, puede realizar un juicio de ponderación de los componentes "políticos" de ese acto a la luz de los derechos fundamentales que puedan estar en juego. No se trata de que el Tribunal Supremo sustituya el criterio "político", sino de enjunciar si el mismo lesiona o no derechos fundamentales; y dentro de este enjuiciamiento, si dicha lesión es prevalente o no sobre los bienes que con el "acto político" se pretende amparar[105].

5. BREVE CUADRO DE LA EVOLUCIÓN DOCTRINAL EN ITALIA. ACTUALES PERFILES DE CRITICIDAD.

según STS de 26 de noviembre de 1999, aunque el control judicial se mueve dentro de unos estrictos límites, más estrechos que en relación con los restantes actos sometidos a control, y el reconocimiento del control sobre los elementos reglados del acto no excluye la vigencia del art. 24.1 de la Constitución, sino que permite que el legislador defina mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos, le corresponde examinar eventuales extralimitaciones o incumplimientos de los requisitos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión.

[105] F.J. CORDÓN MORENO, *El Proceso Contencioso Administrativo*, Pamplona, 1999, 62-63. Véase también A. BOIX PALOP, *Muerte y resurrección del acto de gobierno (a propósito de dos decisiones del Consejo de Estado Francés)*, cit., 505: <<En este sentido, tanto la evolución de la juriprudencia española anterior a la reforma operada por la Ley 29/1998 come el proprio contenido de la misma, que viene a recoger los frutos de este proceso de decantación jurisprudencial, permiten detectar el reconocimiento de unas esferas de actividad gubernamental con unos perfiles y carateres proprios, que pueden identificarse con los clásicos actos políticos. Pero de esta diferenciacíon no se derivan consecuencias radicales, en cuanto a la imposibilidad de un control a cuenta de los órganos jurisdiccionales, sino una mera modulación en la amplitud con la que éste podrá ser realizado (atendiendo únicamente a aspectos reglados, a cuestiones relativas a derechos fundamentales o a las consecuencias en materia de responsabilidad)>>.

Copyleft – Ius Publicum

A la vista de los cursos y transcursos históricos antes brevemente descritos, teniendo en cuenta algunos ordenamientos considerados especialmente emblemáticos, se proponen algunas interesantes invariantes interpretativas.

Como desde hace tiempo se ha destacado, en un primer acercamiento se pueden ligar las distintas concepciones de carácter «subjetivo» a los regímenes de carácter más o menos fuertemente autoritarios, y los de carácter «objetivo» a los regímenes liberales[106]. También en Italia, en la evolución de la doctrina, hemos tenido orientaciones de carácter «subjetivo» y orientaciones de carácter «objetivo»[107].

A los primeros es atribuible no solo la antigua teoría del «móvil»[108], sino también la de la discrecionalidad absoluta[109]. Entre los segundos podemos situar la teoría de la naturaleza del acto, la de la causa objetiva, elaborada justamente por la doctrina italiana, y la de la ejecución de la Constitución.

También en Italia, además, se ha desarrollado en el pasado la orientación «historicista», que niega la posibilidad de una solución dogmática del problema, poniendo de relieve la conexión entre la noción de acto político y los acontecimientos históricos de varios ordenamientos, a la que puede ser, en cierta manera, reconducida también la denominada teoría negativa, que partiendo de las mismas premisas que la teoría empírica, se arroja hacia conclusiones más radicales, que en general se refieren a la idea de que los actos políticos no presentan peculiaridades intrínsecas, sino simplemente son actos respecto a los cuales no es

[106] Véase E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, op.cit., 25. Véase también G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., 158, nota 82.

[107] Para un estudio de la evolución de la cuestión en la doctrina italiana, así como E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 27 ss., y, más recientemente, V. FANTI, *L'<<atto politico>> nel governo degli enti locali*, cit., 441 ss.

[108] Véase F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1914, 63 ss.; U. FORTI, *Diritto amministrativo*, Nápoles, 1931, I, 25-26.

[109] Véase C.F. FERRARIS, *Diritto amministrativo*, Padova, 1922, I, 238.

Copyleft – Ius Publicum

posible el control jurisdiccional, porque faltan en estas hipótesis los presupuestos necesarios para el ejercicio del control jurisdiccional (legitimación e intereses para recurrir, etc.).

Puede ser interesante destacar cómo hoy, frente a un cierto estancamiento doctrinal, la pelota ha vuelto a las manos de la jurisprudencia[110] que, por una parte, tiende a repetir de forma más bien constante aquellos que considera que son los caracteres propios del acto político[111]; y por la otra, teniendo en cuenta estos criterios, parece implícitamente volver a proponer la antigua lógica de la «lista», configurando el acto político en la expresión de relaciones internacionales[112] y en el acto constitucional[113].

Por otro lado, la jurisprudencia, ante la necesidad de efectuar una lectura constitucionalmente orientada del art. 31 t.ú. Consejo de Estado (hoy art. 7 c.p.a) respecto a los artículos 24 y 113 de la Constitución italiana[114], a menudo emplea el razonamiento típico

[110] También debido a la imposición de los principios de la eficacia y la integridad de protección, que aumentan la «política de orientación» de la jurisprudencia, para ser leída en términos de restricción progresiva de la categoría de acto político.

[111] El criterio subjetivo, objetivo y, a veces, como tema de apoyo, un tercer criterio: el de la «libertad en la elección de los fines que se persiguen». Como veremos, se trata de elementos más bien aleatorios, sobre todo el segundo y el tercero.

[112] Literatura sobre el tema: v. A. ROTTOLA, *Controllo giurisdizionale e atti politici nel diritto dell'Unione Europea e nel diritto interno in materia internazionale*, Bari, 2001.

[113] Véase G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Turín, 2001.

[114] Destaca cómo el tema nunca ha sido sometido al escrutinio de constitucionalidad, F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., 85. No por casualidad el tema no es tratado en la revisión a fondo de M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela enun cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e «civilizzazione»*, en *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, editado por G. della Cananea y M. Dugato, Nápoles, 2006, 505 ss., o, más recientemente, por el F.G. SCOCA, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, en *Dir. proc. amm.*, 2012, 371 ss. Un ejemplo de cómo la lectura constitucionalmente orientada del art. 31 t.ú. Cons. Est. llevada a cabo por el TAR remitente, y cuando en este caso, a través de una interpretación restrictiva basada en el principio de incuestionabilidad de la protección judicial, a excluir de la lista de los actos políticos los procedimientos de disolución de los consejos municipales y provinciales por infiltraciones mafiosas, se ha considerado «plausible» por el Tribunal Constitucional, v. Tribunal Const., 19 de

Copyleft – Ius Publicum

de las teorías negativas, pero adaptándolo a la idea de fondo de la distinción entre función de gobierno y de dirección política y actividad administrativa.

No parece coincidencia que las que son probablemente los dos tratados italianos más importantes y originales sobre el tema[115] consideren en principio válida y teóricamente correcta el planteamiento «historicista»[116] y la negativa[117] (que hemos visto en cierto modo formar parte de una única cepa), pero tomando después caminos diversos. Pero el asunto es precisamente este: emprenden caminos distintos en cuanto a que es distinto el contexto de ordenación en el cual los dos fines perseguidos se encuentran al operar.

Es destacable, además, la diversidad del enfoque del administrativista, que trata el tema sobre el eje administración-jurisdicción, efectuando la interpretación del conjunto dispuesto por los artículos 26 y 31 t.ú. Consejo de Estado, respecto al del constitucionalista que, sin embargo, siguiendo la estela de la enseñanza del maestro Paolo Barile, cumple un recorrido sobre el eje gobierno-administración y se centra, en la parte reconstructiva, en la evolución de la categoría conceptual de dirección política.

Como se ha dicho, esta idea de fondo, ya presente en algunas corrientes doctrinales francesas, se abrirá camino también en Italia, sobre todo entre los constitucionalistas, quienes distinguirán, no por casualidad, el acto político del acto de gobierno, sin seguir la intención de encuadrar los actos políticos en el esquema tradicional del acto administrativo sino

marzo de 1993, n.º 103, en *www.cortecostituzionale.it*. Por otro lado, hoy hay que rendir cuenta de la reciente e importante sentencia, n.º 81/2012, sobre la cual v. *infra*.

[115] A menudo se ha considerado la obra de E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., y de E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit.

[116] E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 39.

[117] E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 282.

Copyleft – Ius Publicum

situándolos dentro de la función de gobierno o de dirección política (los llamados actos de gobierno)[118].

Por otra parte, se trata de una idea no abandonada nunca del todo, y hoy actualizada conforme a las exigencias del Estado social y pluralista de derecho[119], en el cual la función de gobierno asumiría una importancia cada vez más fuerte, pero con un fundamento ideológico y axiológico bien diferente del contexto de los años treinta del siglo pasado en que fue elevada a sistema[120].

[118] P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 226; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 43 ss.

[119] En Italia, v. C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., 184 y ss. Pero la obra que vuelve con más convicción sobre estos aspectos es, sin duda, la de N. GARRIDO CUENCA, *El acto de Gobierno*, cit., *passim*.

[120] Esto, por otra parte, no sorprende tanto, porque si encauzar significa guiar y dirigir hacia una o más finalidades determinadas (véase T. MARTINES, *Indirizzo politico*, en *Enc. dir.*, XXI, Milán, 1971, 135), y por tanto la dirección política es una actividad de dirección de la cosa pública que se identifica en la investigación y en la persecución del interés general, este último, a su vez, es percibido de manera diferente por los diversos actores políticos. Por lo tanto, debe asociar el concepto de dirección política a la variabilidad del contenido de los fondos de las actividades del Estado, y por lo tanto, la afirmación del pluralismo en nuestro sistema. Véase M. DOGLIANI, Indirizzo politico, en *Dig. disc. pubbl*., Torino, 1992, 245. Esta importante observación nos lleva a creer que el concepto de acción política apareció históricamente contingente; así se puede decir de la propia noción de dirección política. Es bien sabido, de hecho, que, más allá de la teoría normativa (Mortati) y la analítica (Martines) de lo político, se han venido afirmando las teorías de la actividad política como actividad vinculada o por lo menos, discernible en «general» y «permanente» vinculado a la Constitución, y «contingente» o de mayoría, que tiene lugar en la escala de políticas simples y que, por tanto, es susceptible de modificarse en el tiempo. La conocida tesis, formulada por P. BARILE (*I poteri del Presidente della Repubblica*, en *Riv. trim. dir. pubbl*., 1958, 248 ss.), se reanuda en la obra contemporánea sobre «actos de gobierno» y los «actos políticos», y es funcional para distinguir entre las dos categorías, la primera puesta en la función de gobierno (en el sentido amplio ahora mencionado), y haciendo confluir los segundos entre los actos administrativos, totalmente fiscalizables ex art. 113 de la Constitución, aunque con los límites dados por el amplio poder discrecional (véase P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit., 224-226). Eso sí, de acuerdo con esta idea, mientras que todos los actos políticos son actos constitucionales, no todos los actos constitucionales son de naturaleza política, siendo dicho carácter detectable solo en los actos que se caracterizan por un elemento de libertad en el fin (o que sean la traducción sobre el terreno jurídico de las opciones políticas operadas por las fuerzas de mayoría). Véase E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 182.

Copyleft – Ius Publicum

Es necesario considerar si esta historicidad, implícita al mismo concepto de dirección política, no pueda, por un lado, conducir también en este campo a la afirmación de teorías «escépticas», que excluyan la juridicidad del fenómeno o lo configuren, hoy, en potencial contraste con la definitiva adquisición en el constitucionalismo de un poder separado y responsable, respetuoso con los derechos individuales, y por el otro poner en evidencia la crisis de la persistente centralidad de una dirección política estatal, frente a los profundos cambios institucionales que estamos atravesando[121]. Pero retomaremos este punto al final del escrito.

Parece observarse una clara confirmación de cuanto hemos afirmado en la consideración del recorrido de Guicciardi, que en el arco de una década afina su propia tesis, porque se pasa de un ordenamiento estatutario al ordenamiento constitucional[122].

En la primera elaboración, que por su originalidad puede ser considerada una tesis «aparte» en todo el panorama europeo, aunque influenciada por las reconstrucciones alemanas de Laun y francesas de Michoud sobre la discrecionalidad, por cuanto atañe al perfil objetivo, se considera que el acto político pertenece al *genus* de los actos administrativos discrecionales, para después distanciarse en el sentido de que el acto (administrativo) político está vinculado a la única norma sobre la competencia, mientras que para el resto es *necesariamente* legítimo. El acto político ilegítimo, por vulneración de una norma sobre la competencia, simplemente no es un acto político.

Puede resultar interesante considerar cómo Guicciardi, como conclusión de su escueto análisis crítico con el acto político, juzgaba esta ultima opinión como la más

[121] La teoría «escéptica» de la dirección política puede atribuirse a G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padua, 1972, 100. La persistente crisis del acto político, esta vez en su versión de «acto de gobierno», dada la pérdida de la soberanía del sistema jurídico estatal, la aparición gradual del estado de las autonomías, el aumento de la expresión de las técnicas políticas a través de la «mediación», destacada recientemente por A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico*» *e interesse pubblico*, cit., 315.

[122] El segundo ensayo al que se hace referencia en el texto es E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31?*, cit.

Copyleft – Ius Publicum

«seductora», si bien después se distanciaba siguiendo un planteamiento dispositivo, según el cual: «la negación del problema puede ser la solución de un problema jurídico siempre y cuando el problema no derive del mismo Derecho positivo, como sucede en Italia por el problema de los actos políticos»[123].

Y Guicciardi, que incluso en dicho ensayo alude varias veces a la reconstrucción alemana de Laun sobre la discrecionalidad, no dudará en retomar la tesis negativa a la luz de la entrada en vigor de la Constitución[124], ya que esta tesis era, de todos modos, la que más se correspondía con sus ideas[125], una vez puesta la potencial incompatibilidad entre el art. 31 t.ú. Consejo de Estado y el art. 113 de la Constitución italiana, en cuanto ésta no distingue el acto político del acto administrativo.

Más tarde, a causa de la entrada en vigor de la Constitución y del considerable alcance del art. 113 de la Constitución italiana, se termina sin embargo por acceder a la tesis negativa, además considerada «seductora» en el estudio de 1937[126].

Este planteamiento, basado en la inmunidad del acto por la discrecionalidad que lo caracteriza, y cercano a la de Sandulli, quien, sin embargo, otorga mayor relevancia a la imposibilidad de la lesión de intereses individuales[127], se afirmará a continuación, y sobrevolará la doctrina y jurisprudencia propias[128], acercándose a la otra tesis de la no

[123] E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 283.

[124] Véase E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31?*, cit.

[125] Nota correctamente cómo la teoría de la Guicciardi constituye una variante de la teoría negativa J.L. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 103.

[126] Sobre el acercamiento entre tesis positivas, que reducen progresivamente el margen de amplitud del acto político, y tesis negativas, v. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milán, 1966, 65.

[127] Véase A.M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, cit., 520; ID., *Il giudizio avanti al Consiglio di Stato*, Nápoles, 1963, 74.

[128] Todavía está presente, incluso en los manuales. Véase, por ejemplo. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, 2010, 41; M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, cit., 107, lo que concuerda con la tesis de lo superfluo del art. 31 t.ú. Cons. Estado.

Copyleft – Ius Publicum

vulneración del art. 113 de la Constitución italiana por parte del art. 31 t.ú. Consejo de Estado, ya que el acto político es algo distinto del acto administrativo, o a la idea más radical de la superfluidad del art. 31, dada por la no configurabilidad de una categoría independiente de actos políticos[129].

Pero si es así, el autor es de la opinión de que la invariante de fondo, aun considerando la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia de otros ordenamientos, pasa a ser la de la «última palabra» del juez sobre el hecho, en su conjunto también en el caso de la teoría del móvil político, según una línea de progresiva evolución -si bien no siempre unívoca y a veces hecha de bruscas frenadas, si no de marchas atrás- que ha visto, con la afirmación del principio de legalidad primero, y de efectividad y plenitud de la tutela judicial después, una creciente centralidad del papel de la jurisprudencia en la identificación del acto político.

Todo ello, naturalmente, no excluye la relevancia del aporte del constitucionalista, pero impone la necesidad de colocar dentro de este cuadro complejo, de la mano del juez, otro factor, cada vez más relevante, el del carácter del acto político, en la óptica de la difícil configuración autónoma de actos del Gobierno *por naturaleza* distintos del acto administrativo. Sobre este punto probablemente se encuentran hoy las dificultades teóricas más fuertes, y las respuestas tienden a diversificarse.

En la jurisprudencia a menudo parece que la distinción *cualitativa* entre actos se dé por supuesta (sobre todo en el elemento objetivo y en el acto político como acto «libre» en sus fines), y precisamente sobre esta se plantea muy a menudo la teoría negativa, dirigida a sostener retóricamente la exégesis constitucionalmente orientada.

Mayores dudas, sin embargo, afloran en la doctrina, además no solo entre los administrativistas, frente al alcance del principio de plenitud y efectividad de la tutela

[129] Véase P. GASPARRI, *Considerazioni entema di atto politico*, en *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, II, 1, 105; ID., *Corso di diritto amministrativo*, I, Bolonia, 1953, 82-83; J.L. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 129.

Copyleft – Ius Publicum

jurisdiccional, que de hecho ha planteado, en un sistema de Constitución rígida, nada menos que la inmunidad de la ley[130].

Si lo anteriormente expuesto es verdad, llegados a este punto se debe considerar necesariamente cómo configura la jurisprudencia italiana el acto político, reflejando también las tendencias más recientes.

Veremos como, ante normas diferentes, se plantean criterios similares de resolución del problema. Esto, que por una parte puede suscitar alguna sospecha al jurista cuidadoso con el rígido respeto de la norma, confirma, por otra, la centralidad de la jurisprudencia en la construcción de la categoría y en la individualización de sus límites.

Llegamos así a considerar la jurisprudencia italiana habiendo acogido dichos puntos comunes en base a los cuales podemos proseguir con el discurso con un mayor conocimiento.

En Francia y en España la «crisis» del acto político deriva probablemente de la disolución de la convergencia original entre motivos subjetivos y motivos objetivos. Las razones fundamentales se han indicado: crisis de la centralidad de una figura subjetiva unitaria para definir el fin último del Estado; aumento de la relevancia del los derechos fundamentales del ciudadano y de la efectividad de su tutela. En todo caso, esto no determina la extinción de la figura.

[130] Véanse las recientes posiciones críticas de F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, cit.; F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, cit.; F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit. Por otro lado, que sea acto libre en el fin solo en el caso de que no existan principios constitucionales que vinculen el fin que el legislador puede perseguir, es admitido, como es sabido, también por quien ha acentuado particularmente el perfil de «acto político» de la ley. Véase E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 188 ss.; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milán, 1970, ahora también en ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milán, 2001, 74. En la Doctrina española, tales posiciones diversas emergen de un modo más acentuado, si cabe. V. los diferentes enfoques de N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, cit., por una parte, y E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, I, cit., por la otra.

Copyleft – Ius Publicum

Por un lado, la misma mantiene unos márgenes de relevancia, pero de hecho se vacía de consistencia autónoma una vez se desarrolle, en relación con la misma, un análisis de coherencia teleológica (*sub specie* de sensatez, proporcionalidad y adecuación). En Francia, esto se dio (como se podía prever, vistas las características «creativas» de la jurisprudencia francesa), por vía eminentemente jurisprudencial, mientras que en España la posibilidad de controlar los elementos «regulados» por el acto político encontraron una previsión explícita en la reforma de 1998. Italia, como veremos, parece colocarse últimamente en una posición «híbrida»: por vía jurisprudencial – a pesar de una disposición (art. 7 c.p.a) que prevé la no impugnabilidad de los «actos o procedimientos que emanan del Gobierno en el ejercicio del poder político» – parece llegar a lo dispuesto por el legislador en el ordenamiento español.

Por otra parte, en este último, la reforma de 1998 no ha hecho otra cosa que acoger las directrices ya consolidadas en la jurisprudencia. Asimismo, hemos visto como a menudo no es suficiente con la presencia de elementos «regulados», por lo que se requiere al juez la verificación de la subsistencia de situaciones jurídicas subjetivas eventualmente afectadas por el acto en cuestión, con un posible juicio de «equilibrio», fundado sobre el principio de la proporcionalidad, entre los derechos fundamentales implicados en la decisión.

La compleja y siempre difícil delimitación de los elementos que, al margen de los estrictamente formales, cabe integrar como reglados, al igual que los análisis y valoraciones que requieren aquellas actuaciones gubernativas que afecten o lesionen los derechos fundamentales, revelan la práctica imposibilidad de establecer *a priori* dónde se sitúa el límite infranqueable que el juzgador no puede traspasar sin invadir las funciones del Poder Ejecutivo[131].

Todo lo anterior parece confirmar la idea de que el acto político, en su sustracción al control jurisdiccional, mantiene márgenes de persistencia; pero, en este punto, en base a lo que se manifiesta esencialmente como una elección de «política» jurisprudencial de *self*

[131] J. JOSÉ DIEZ SÁNCHEZ, *El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno*, cit., 51.

Copyleft – Ius Publicum

restraint[132], y como tal elaborada no ya en base a criterios predeterminados, sino caso por caso. Algunos ejemplos jurisprudenciales correspondientes al ordenamiento italiano mostrarán más adelante lo expuesto, justificando también así la oportunidad de una consideración previa de los ordenamientos francés y español.

PARTE II

6. LA CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL MÁS RECIENTE SOBRE EL TEMA DEL ACTO POLÍTICO. PREMISA: LOS REQUISITOS DEL ACTO POLÍTICO.

¿Existe hoy en nuestra casuística jurisprudencial la categoría del acto político? ¿Hay contrastes persistentes que destacar? Observando los conocimientos más recientes sobre el tema es posible dar una respuesta afirmativa a ambas preguntas[133]. El acto político, como ha sido correctamente anotado, aparece una «categoría persistente»[134], al menos en la jurisprudencia, incluso en la más insospechable[135].

[132] A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico» e interesse pubblico*, cit., 319.

[133] Entre los que, sin embargo, han puesto de relieve la falta de decisiones jurisprudenciales que hayan afirmado la existencia del acto político está, como es sabido, E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31?*, cit., que hizo hincapié, como un ejemplo de caso excepcional, en la Sentencia Cons. St., sec. IV, 28 de diciembre de 1926, n.º 781. Tal hallazgo ha sido confirmado más recientemente por G. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, en *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, que por el contrario se refiere al período republicano. Todavía más reciente V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, cit., 118, afirma fuertemente la ausencia en jurisprudencia de la afirmación del carácter político del acto, si bien admitió que «en algunos casos raros (...) se encuentra un reconocimiento de la categoría».

[134] F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., 74. Para un análisis detallado y reciente de casuística jurisprudencial v. L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, en *www.rivistaaic.it.*

[135] CEDH, 14/12/2006, n. 1398, *Markovic c. Italia*, en *Riv. dir. int.*, 2007, 184.

Copyleft – Ius Publicum

En nuestra jurisprudencia, el acto político se identifica cuando se da la copresencia de dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo.

Bajo el primer aspecto, debe tratarse de «acto emanado del gobierno, es decir, de la autoridad competente, así como la función de dirección política y de dirección al máximo nivel de la cosa pública»; bajo el perfil objetivo «debe tratarse de un acto o de una orden emanados en el ejercicio de un poder político, más que en el ejercicio de una actividad meramente administrativa»[136], y «debe referirse la constitución, la salvaguardia o el funcionamiento de los poderes públicos en su estructura orgánica y en su aplicación coordinada»[137].

A veces se añade también que «los actos políticos constituyen expresiones de la libertad política ordenada por la Constitución a los órganos supremos decisorios del Estado para la satisfacción de exigencias unitarias e indivisibles inherentes a esto, y son libres en la elección de los fines, mientras los actos administrativos, también cuando son expresiones de amplia discrecionalidad, están sin embargo ligados a los fines impuestos por la ley»[138].

Frente «al acto de alta administración, por regla adoptado por el órgano político, es el primer momento de actuación, aun en líneas generales, de la dirección política a nivel administrativo. A diferencia del acto político, esto explica una potestad vinculada en el fin y sujeta al principio de legalidad. Los actos de alta administración son una especie del más amplio género de los actos administrativos y subyacen por tanto al régimen jurídico relevante, incluido el control jurisdiccional, aunque sea también con algunas peculiaridades conectadas

[136] Véase Cons. Est., sec. V, 6/10/2009, n. 6094, en *Foro amm.-CdS*, 2009, 2320; Cons. St., sec. V, 6/05/2011, n. 2718, en *Foro amm.-CdS*, 2011, 1531.

[137] Véase Cons. Est., sec. IV, 12/03/2001, n. 1397, en *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Veneto, sec. III, 25/05/2002, n. 2393, en *Foro amm.-Tar*, 2002, 1549.

[138] Véase Cons. Est., sec. V, 27/07/2011, n. 4502, en *Foro amm.-CdS*, 2011, 2439; Cons. St.., sec. V, 23/01/2007, n. 209, en *Foro amm.-CdS*, 2007, 131. Para una reciente exposición de la tesis del acto político como un acto libre en el fin, v. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Turín, 2011, 240, nota 21.

Copyleft – Ius Publicum

a la naturaleza claramente discrecional de los mismos. De hecho, el control del juez no es de la misma amplitud que el ejercitado en relación con un acto administrativo cualquiera, pero se revela menos intenso y circunscrito a la revelación de manifiestas faltas de lógica formales y procesales»[139].

Como se preconizaba en el pasado[140], a la extensión de la categoría de los actos de alta administración corresponde una disminución del acto político. Y hoy, también en el plano dogmático, dicha categoría parece de hecho ampliarse más allá de cuanto se intuía en el trabajo pionero sobre el tema.

No ya simplemente actos administrativos atribuibles a la dirección política administrativa (directivas, actos generales, actos de programación, etc.) en los cuales está prevista la participación, a menudo a nivel informal, de los sujetos sociales representantes de los intereses involucrados[141], sino también actos puntuales, atribuibles a la dirección política de la administración, sobre la gestión de relaciones de oficio (tareas, nombramientos, destituciones, etc.) o en los que la dirección política se expresa directamente, sin la anterior mediación representada por los actos de dirección[142].

Se trata de actos identificados conforme a dos criterios: el ser actos de dirección político-administrativa y el estar caracterizados por una causa o un motivo de carácter político que amplía su discrecionalidad y los hace inmunes bajo perfiles de estrecha legitimidad (incompetencia, vulneración de ley, falta de lógica).

[139] Cons. Est., sec. V, 27/07/2011, n. 4502.

[140] Véase G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., 174 ss.

[141] G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, cit., 315.

[142] V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti <<politici>> e atti <<di alta amministrazione>>*, cit., 132-133.

Copyleft – Ius Publicum

7. (SIGUE) CASOS DE EXCLUSIÓN DE LA POLITICIDAD DEL ACTO. EN PARTICULAR: LA NUEVA EXÉGESIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL TEMA DE LA DESIGNACIÓN DE ASESORES DE UNA JUNTA REGIONAL.

Sobre la base de las premisas anteriores, la jurisprudencia excluyó por tanto ya hace tiempo la «politicalidad» de un acto en los siguientes casos[143]: el nombramiento como abogado general del Estado de una persona ajena a la administración; las deliberaciones de la «Cassa per il Mezzogiorno» de negación de concesión de contribuciones sobre los intereses por financiación industrial, la disolución de asociaciones políticas y la confiscación de sus bienes; los actos de la Comisión estatal de control sobre las regiones; el nombramiento de los miembros del CNEL, la providencia con la cual un oficial de los *carabinieri* del Servicio de Información y Seguridad Militar italiano (SISMI) haya sido restituido a la administración a la que pertenece; la disolución de los consejos comunales y la destitución del alcalde.

Más recientemente, considerando que se trata de actos de «alta administración», se ha excluido el carácter político del decreto con el cual el ministro de Justicia concede la extradición[144]; del decreto del ministro del Interior con el cual se dispone «por motivos de orden público o de seguridad del Estado» la expulsión del extranjero a los efectos del art 13 del Decreto Legislativo n.º 286/1998[145]; del decreto de disolución de los Consejos comunales y provinciales por «enlaces directos o indirectos de los administradores con la criminalidad organizada» *ex* art. 143 t.ú.e.l[146]; de la determinación con la cual el Ministerio de las

[143] Véase G. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, cit., 549, al cual nos remitimos para los detalles de la jurisprudencia citada.

[144] Véase Cons. Est., sec. IV, 15/06/2007, n. 3286, en *Foro amm.-CdS*, 2007, 1792; Cons. St., sec. IV, 6/04/2000, n. 1996, en *Foro amm.*, 2000, 1227. *Contra*, Tar Puglia, Bari, sec. I, 20/12/1990, n. 970, en *www.giustizia-amministrativa.it*.

[145] Véase Cons. Est., sec. VI, 16/01/2006, n. 88, en *Foro amm.-CdS*, 2006, 198.

[146] Véase Cons. Est., sec. VI, 16/02/2007, n. 665, en *Foro amm.-CdS*, 2007, 612.

Copyleft – Ius Publicum

Comunicaciones ha negado la autorización a la cesión por parte de la Rai de acciones de una sociedad filial (Raiway)[147].

Hace unos años tuvo lugar un extenso debate sobre dos sentencias del Tribunal Administrativo Regional del Lazio que anularon respectivamente el procedimiento de revocación de un miembro del Consejo de Administración de la Rai y el decreto presidencial de destitución del cargo de Comandante general de la guardia de finanza[148]. Sin embargo, estos últimos casos, aunque relevantes en el plano mediático, efectivamente encajan en el filón bastante consolidado según el cual los actos destinados para la provisión de personal del Estado a los máximos niveles son actos de alta administración y no actos políticos[149].

Hay, además, otros casos menos incontestables respecto a los cuales, aunque en el seno de una línea de tendencia restrictiva, existen márgenes de opinión y con ello aumentan los espacios de «política» jurisprudencial del juez administrativo.

---

[147] Véase Tar Lazio, sec. II, 12/03/2002, n. 1897, en *Foro it.*, 2002, III, 636 ss., con nota de G. TROPEA, *Affare Raiway: nel giudizio «sul rapporto» i preminenti interessi nazionali prevalgono sulla privatizzazione del mercato radiotelevisivo*.

[148] Se trata de los casos conocidos, «Petroni» y «Speciale»: Tar Lazio, sec. III, 8/11/2007, n.º 11271, en *Giust. civ.*, 2008, 509, con notas de T. KLITSCHE DE LA GRANGE, *L'atto politico (e il «politico»)* y de P. STELLA RICHTER, *Postilla sulla stessa nozione di atto amministrativo*, y Tar Lazio, sec. II, 15/12/2007, n. 13361, en *Foro amm.-Tar*, 2007, 3787, con nota de P. SANDRO, *"Quer pasticciaccio brutto de via XX Settembre": il Tar annulla la sostituzione del Comandante generale della Guardia di finanza*.

[149] Véase F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., 79; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, cit., 125-126. Algunas dudas sobre la capacidad de control de tales actos es expresada por C. CARUSO, *I casi "Speciale", "Petroni", "Sgarbi": sindacabilità dell'atto politico?*, en *Quad. cost.*, 2009, 384. Específicamente, en el caso de la revocación del miembro del consejo de la RAI, muestra perplejidad sobre el fondo de la sentencia del Tar, respecto a la no configurabilidad en el caso objeto de examen de un acto político, P. SANDRO, «*Democrazia dell'alternanza*» *e atto politico: il Tar annulla la revoca del consigliere Petroni*, en *Foro amm.-Tar*, 2007, 3134 ss. Comparten, en cambio, la decisión del juez administrativo, L. VIOLINI, *Note sul «caso Petroni»: ovvero se sia ancora necessario garantire l'imparzialità del servizio pubblico radiotelevisivo e come la si debba garantire*, en *Quad. cost.*, 2008, 375 ss., y G. FARES, *L'apertura del mercato radiotelevisivo*, Turín, 2008, 103.

Copyleft – Ius Publicum

Entre las cuestiones que han llevado la discutida categoría del acto político al centro del debate se encuentra la relativa a la configurabilidad del acto político de regiones o entes locales, a la luz de la reforma del Título V de la Constitución italiana y del sistema electoral, con la elección por sufragio universal y directo del alcalde y del presidente de la provincia.

Esto ha sucedido en cuanto a que, si bien el art. 31 t.ú. Consejo de Estado, y hoy el art. 7 c.p.a, se refieren a los actos imputables al «Gobierno» en sentido estricto, una cierta jurisprudencia[150] ha considerado que el requisito «subjetivo» del acto político se identifica más genéricamente en la exigencia de que el acto proceda de una autoridad que ejerza la función de dirección política y de dirección al máximo nivel de los poderes públicos, admitiendo la posibilidad, hasta ahora realmente más teórica que concreta, de que existan actos políticos adoptados por órganos estatales diferentes del Gobierno.

Ahora bien, la jurisprudencia ha reconocido en abstracto que acto político puede ser la moción de censura al presidente de la Junta regional[151]. Más delicado parece la debatida cuestión del nombramiento o revocación del asesor comunal o provincial. Según una sentencia del Tribunal Administrativo Regional de Liguria[152], en el actual contexto institucional también los actos de nombramiento y los procedimientos conexos de revocación de los componentes de la Junta asumirían una naturaleza primordialmente política, en cuanto a que serían emitidos en las funciones de dirección política. No obstante, el Consejo de

[150] Véase el Tar Lazio, Roma, sec. III-*quater*, 30/09/2009, n. 9460, en *www.giustizia-amministrativa.it*.

[151] Véase Cass. civ., Sec. un., 18/05/2006, n. 11623, en *Foro amm.-CdS*, 2006, 2462. Sobre la posible heterogeneidad de la moción de censura dirigida al presidente de la región respecto a los actos adoptados por este, v. *infra*, nota 168. Sobre la teórica configurabilidad del acto político respecto a las regiones, v. V. CINGANO, *Riflessi della riforma costituzionale del 2001 sulla possibilità per le Regioni e gli Enti locali di emanare atti politici: evoluzione giurisprudenziale*, cit., 839; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 169-172. Más reciente v. también M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, cit., 285 ss., que considera que, con respecto a las autoridades locales no es correcto utilizar la expresión «dirección política», ya que, a diferencia del Estado y de las regiones, no pueden adoptar actos políticos sino solo actos de alta y ordinaria administración.

[152] Sec. I, 7/12/2004, n. 1600, en*www.giustizia-amministrativa.it*.

Copyleft – Ius Publicum

Estado[153] ha excluido la politicidad del acto con la cual el alcalde revoca a un asesor comunal, con la relevancia que la determinación de los órganos de gobierno de los ayuntamientos, con los ámbitos de competencia conexos, está regulada por la ley estatal y que dichos órganos «no son de relevancia constitucional».

Según algunos intérpretes de estas hipótesis, incluso sin configurarse efectivamente un acto político, la inmunidad de estos actos deriva del hecho de que en cada caso se trata de una elección que involucra el denominado fondo de la cuestión administrativo, inmune en el ámbito del juicio de legitimidad, por lo menos a través de un control de tipo «fuerte», caracterizado por la posibilidad de sustitución de la valoración del juez sobre la decisión tomada por la administración[154].

En todo caso, mientras esta última tesis insiste sobre la relación jurisdicción-administración, hay que destacar cómo el juez administrativo, a través de una argumentación sin embargo más definida por el orden institucional, dispone de importantes márgenes de «política» jurisprudencial sobre el asunto, que atañen al delicadísimo tema del orden del Estado[155], y que evidentemente están destinados potencialmente a cambiar con el cambio de este.

En cuanto a los actos de las regiones, como se ha dicho en la línea teórica que entra en la noción de acto político, puede ser interesante destacar cómo la progresiva «juridificación» de un caso pueda llevar a un cambio de jurisprudencia sobre el asunto.

[153] Sec. V, 23/01/2007, n. 209, en *Foro amm.-CdS*, 2007, 131.

[154] V. FANTI, *L'«atto politico» nel governo degli enti locali*, cit., 518-519.

[155] Que eso sea un aspecto esencial de la política jurisprudencial de los tribunales ha sido puesto de relieve hace tiempo por S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, cit., 439, aunque con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Copyleft – Ius Publicum

La doctrina, también reciente[156], incluye el nombramiento de las Juntas regionales entre los actos constitucionales[157].

Sin embargo, se ha considerado que «en el acto de nombramiento de un asesor regional no puede ciertamente reconocerse la naturaleza de acto político; por una parte, de hecho, no es libre en la elección de los fines, estando sustancialmente dirigido a la mejora de la cartera de ayuda del presidente de la región en la administración de la propia región, y por la otra, está sometido a criterios estrictamente jurídicos, como el citado en el art. 46, párrafo 3, del Estatuto campano relativo al respeto de la composición equilibrada de los dos sexos»[158].

[156] Ver V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, cit., 120.

[157] Entre ellos, se piensa en la designación de los senadores de por vida por el presidente de la República, medida calificada por la jurisprudencia como un «acto típicamente presidencial» y no administrativo: v. Cass. civ., Sec. un., 25/06/1993, n. 7075, en *Giust. civ.*, 1993, 2636. Ciertamente, no tienen el carácter de actos políticos, pero la mayoría de los actos tienen contenido político-administrativo, los actos de nombramiento, designación y cese de los representantes del municipio y la provincia en entes, empresas e instituciones, llevados a cabo por el alcalde o el presidente de la provincia, sobre la base de las directrices establecidas por el Consejo, de conformidad con el art. 50 t.ú.e.l. Sobre este punto, v. F. TRIMARCHI, *In tema di rapporti tra politica e amministrazione: la nomina dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni, alla luce di un recente orientamento del Consiglio di Stato*, nota a Cons. Est., sec. V, 29/10/2009, n. 6691, en *Foro amm.-CdS*, 2010, 627 ss.

[158] Cons. Est., sec. V, 27/07/2011, n. 4502, en *Foro amm.-CdS*, 2011, 2439. Para ahondar más hay que observar que la cuestión de los nombramientos de los concejales respetando el principio de igualdad de oportunidades no parece estar cerrada, a pesar de la autoritaria toma de posición del Consejo de Estado y del Tribunal Constitucional de la que se está dando cuenta. Por tanto, hay que señalar una opinión coetánea del Consejo de Estado (Sec. I, n. 1306/2012 de 16 de marzo de 2012, en *www.giustizia-amministrativa.it*), dada en un recurso extraordinario de un aspirante miembro de un gobierno provincial, por la que si la norma del Estatuto no indica exactamente cuántos miembros de un mismo sexo deban estar presentes en la junta, sino que se limita a enunciar el principio de igualdad de género y de una presencia equilibrada de hombres y mujeres en la formación órganos y oficinas, no es posible que el intérprete reemplace la legislación y determine él mismo el número mínimo de miembros de cada sexo. Siguiendo tal lógica, incluso en el caso del que se está hablando, en el que el Estatuto no impone un número mínimo de concejales mujer, y en el cual había presente al menos una, el juez no habría podido acceder al recurso. Recientemente el Consejo de Estado confirmó la sentencia anterior n.º 4502/2011, tomando como argumento la sentencia n.º 81/2012 del Tribunal Constitucional. Se trata de la Cons. Est., sec. V, 21/06/2012, n. 3670, en *www.giustizia-amministrativa.it.*

Copyleft – Ius Publicum

También en este caso, además, la cuestión de legitimación y del interés por recurrir ha tenido una importancia particular en la resolución del caso. Antes de tratar el perfil del nombramiento del asesor de la Junta, el juez se ha enfrentado de hecho al problema de la existencia de las condiciones de la acción. Y en el presente caso, se ha encontrado con su presencia a través de una serie de «indicios», como el carácter preceptivo de las normas estatutarias en materia de presencia femenina, la necesidad de proteger un derecho fundamental, de relevancia constitucional, la evolución en sentido amplio de la legitimación, argumentando también a través de reclamos al principio de subsidiariedad horizontal y a la llamada ciudadanía «societaria».

Por otra parte, se ha considerado que la demandante en tal caso no representaba el interés general de los ciudadanos de sexo femenino (como habrían podido serlo algunas asociaciones) legitimándose para la acción solo en calidad de posible aspirante al cargo y protegiendo su propio interés personal para poder concurrir en el nombramiento del asesor regional en cuota femenina[159].

El caso ha tenido un apéndice reciente ante el Tribunal Constitucional, que finalmente ha encontrado el modo de pronunciarse sobre el tema del acto político, si bien no examinando directamente la constitucionalidad del art. 7, párrafo 1, c.p.a.

La región de Campania, de hecho, ha planteado el conflicto de atribución entre entes en contra de esta decisión del Consejo de Estado, impugnando la sentencia del juez administrativo, en cuanto que el acto de nombramiento de los asesores por parte del presidente de la Junta regional sería un acto político, inmune a los efectos del art. 7 c.p.a.,

[159] Por un lado, esta actitud de apertura respecto a la legitimación no está siempre presente, como veremos más adelante en el caso relativo al d.P.R de llamada a referendo revocatorio. Por otro lado, esta apertura podría llevar, por coherencia, a una todavía más cuestionable admisión de la legitimación incluso contra otros actos de nombramiento, como el de ministros, donde existan similares vínculos constitucionales y legislativos. Pero, probablemente, en este caso, el acto volvería a ser configurado como político, y difícilmente vendría afirmada la fiscalización, incluso frente a normas preceptivas y de «elementos regulados» (de la misma forman que ha ocurrido en España, en relación con los casos de los poderes constitucionales).

Copyleft – Ius Publicum

puesto que estaría caracterizado por el *intuitus personae* y, además, el art. 51 y 117, párrafo 7, de la Constitución italiana y el art. 46, párrafo 3, del Estatuto regional, calificados como programáticos, no alterarían la naturaleza política del acto en cuestión.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional[160], el recurso es inadmisible, en cuanto que la región de Campania ha utilizado impropiamente el instrumento del conflicto de atribuciones para censurar errores durante el juicio, cuando debería haber hecho valer su tesis de la inmunidad del acto político a través de un recurso de Casación por (presunto) defecto absoluto de jurisdicción.

Puede resultar interesante para nuestros objetivos observar que, sin embargo, el Tribunal no se limita a tal afirmación, sino que para llegar a ella, en la sentencia efectúa algunas consideraciones sobre el acto político.

Por un lado, de hecho, considera «compartible y sufragada por elementos de Derecho positivo» la tesis de la región recurrente en cuanto a la existencia de espacios reservados a la elección política.

Por el otro, sin embargo, considera que los espacios de discrecionalidad política encuentran sus límites en los principios de naturaleza jurídica impuestos por el ordenamiento, así que «cuando el legislador predetermina cánones de legalidad, la política debe atenerse a ellos, en cumplimiento de los principios fundamentales del Estado de derecho. En la medida en la que el ámbito de extensión del poder discrecional, incluso el amplísimo que connota una acción de gobierno, está circunscrito por vínculos impuestos por normas jurídicas que marcan sus límites o indican la dirección de su ejercicio, el respeto de tales vínculos constituye un requisito de legitimidad y de validez del acto, fiscalizable en las sedes apropiadas».

[160] Sentencia 5/04/2012, n.º 81, en *www.cortecostituzionale.it.*

Copyleft – Ius Publicum

El Consejo de Estado había considerado dirimente el hecho de que el acto no pueda calificarse como político donde exista un parámetro legal que lo condicione. El Tribunal Constitucional parece ir más allá: por una parte, el acto puede tener «naturaleza política» y constituir objetivamente el ejercicio de un poder político, y por la otra, en la medida en que este mismo acto se encuentre con un vínculo jurídico (el principio del equilibrio de género), esto puede ser fiscalizado por la autoridad jurisdiccional, sin por ello perder su naturaleza política.

Se trata, evidentemente, de un hito especialmente importante que parece añadir, en nombre de los principios de legalidad y de efectividad y plenitud de la tutela, a su vez corolarios del Estado de derecho, un requisito adicional que limita la categoría, aun con la existencia del elemento *subjetivo* y del *objetivo*: el de la predeterminación *lato sensu* legal del caso[161].

Aunque se reconoce el esfuerzo interpretativo del Tribunal Constitucional, dirigido a una ulterior circunscripción de la inmunidad del acto político, en cumplimiento de los principios del Estado de derecho y del art. 113 Constitución italiana, esta última etapa es, en opinión de quien escribe, inútil y perplejo, cuanto menos, si se interpreta del modo que se acaba de explicar.

Inútil, en cuanto que el Tribunal bien habría podido limitarse a declarar la inadmisibilidad del conflicto de atribuciones propuesto por la región, tratándose de una cuestión de interpretación que entra dentro de las funciones de la autoridad judicial, en el caso del Tribunal de Casación por presunto defecto absoluto de jurisdicción[162].

[161] Como diremos, sin embargo, se puede dar otra lectura, menos perjudicial, de la sentencia del Tribunal Constitucional.

[162] A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Turín, 2009, 247.

Copyleft – Ius Publicum

Perplejo, en cuanto que en este caso el Tribunal parece considerar que el acto político pueda ser, según los casos, fiscalizable o no[163]. Pero esta tesis aparece en contraste con lo indicado en el art. 7, párrafo l, c.p.a., que relaciona directamente la inmunidad (*ergo*: su carácter no recurrible) al carácter político del acto; además, esta comportaría un tránsito impropio de la cuestión del *procedimiento* al *fondo de la cuestión*, determinando eventualmente una sentencia de rechazo del recurso por estar infundado y no, como tradicionalmente ocurre, por inadmisibilidad.

Esto se confirma por una reciente sentencia de los jueces de Palazzo Spada[164], que reclama además la sentencia del Tribunal Constitucional y termina por efectuar un control estrecho de sensatez-proporcionalidad sobre el acto político, considerando que la presencia de una única asesora mujer determina una desproporción manifiesta del principio estatutario de «reequilibrio», colocándose por debajo del umbral de sensatez.

[163] La problemática de la cuestión podría redimensionarse distinguiendo el poder político del presidente del Gobierno desde la forma «administrativa» en que se manifiesta. En este sentido, en el apartado 4.3 de la sentencia se afirma, de manera no del todo clara, y tal vez sin un interés preciso de posicionarse en una postura concreta sobre la naturaleza administrativa o política del acto en cuestión, que «el hecho de que el presidente del Gobierno sea un órgano político y de ejercicio del poder político, que se refleja en el nombramiento de los comisionados, no significa que sus actos sean todos y bajo cada perfil incuestionables. Tampoco, por otra parte, la presencia de algunas limitaciones altera, por sí misma, la naturaleza política del poder ejercido por el presidente con el acto de nombramiento de concejales, sino que delimita el espacio de acción».

[164] Cons. Est., sec. V, 21/06/2012, n. 3670. La reciente jurisprudencia administrativa sigue una línea guía del Tribunal Constitucional. V. Cons. Est., sec. V, 27/11/2012, n. 6002, que excluye la naturaleza de acto político de las convocatorias de las elecciones regionales, siendo el caso de un poder discrecional amplio pero circunscrito por vínculos establecidos por normas jurídicas que delimitan los confines y que los dirigen. Se ha observado anteriormente como, a este respecto, la jurisprudencia española ha resuelto hace tiempo la cuestión considerando los elemento «regulados» de ese tipo de actos controlables por el juez (SSTS de 15 de julio de 1997, de 3 de diciembre de 1998, de 14 diciembre de 2000).

Copyleft – Ius Publicum

Básicamente, respecto al acto político, no parece posible considerar una reducción de la discrecionalidad a cero[165], o plantear una superación de la tradicional lógica binaria de control de los actos administrativos[166]. Por consiguiente, si el acto es político, no es *impugnable*, de otra manera no se trata de acto político; como máximo se podrían configurar procedimientos administrativos *separables* respecto al acto político, o mejor, a la función política ejercitada, y en cuanto tal, impugnables.

En este sentido, nos parece más persuasiva y lineal la sentencia del Consejo de Estado sobre la cual se ha pronunciado el Tribunal Constitucional; sentencia que, como se ha dicho, excluye que pueda reconocerse naturaleza de «acto político» a los decretos de nombramiento de los asesores, en la medida en la que tales actos estén sujetos al respeto de criterios jurídicos como el relativo al «pleno respeto de una presencia equilibrada de mujeres y hombres» ratificado en el art. 46, párrafo 3, del Estatuto de Campania.

A menos que el Tribunal no haya querido dar a entender, aunque no sea *expressis verbis*, que puesto que el art. 7, párrafo 1, c.p.a. hace referencia exclusiva a los «actos emanados del Gobierno en el ejercicio del poder político», debería admitirse la presencia de actos políticos -no del Gobierno- fiscalizables en sede jurisdiccional sin que sea contradicha su naturaleza política[167]. Esta clave interpretativa evidentemente disminuye el impacto revolucionario de la sentencia, que por esta vía se limitaría a ratificar el presupuesto *subjetivo* del acto político, en contraste con algunas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales

[165] La referencia es a aquella jurisprudencia (por todas contra el Tribunal Administrativo Regional de Lombardía, Milán, sec. III, 8 de junio de 2011, n.º 1428) que, como se sabe, ha retomado el concepto de la jurisprudencia alemana del *Ermessensreduzierung auf Null* para admitir, en caso de silencio del CPA (Código del Proceso Administrativo), la decisión judicial sobre el fundamento de la reclamación sustancial deducida en juicio y la sucesiva condena a la adopción del acto solicitado.

[166] A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, en *Dir. amm.*, 2008, 517 ss.

[167] Sugiere esa posible exégesis S. MEZZACAPO, *L'autonomia riservata alla scelta politica deve rispettare i canoni della legalità*, en *Guida al diritto*, n. 21/2012, 97 ss.

Copyleft – Ius Publicum

que, como se ha dicho, extienden también (al menos) a las regiones la posibilidad de adoptar actos «constitucionales» no impugnables[168].

Por otra parte, es necesario observar cómo la influyente indicación jurisprudencial del Tribunal Constitucional parece, libre de su aceptabilidad, y por tanto de su claridad, volver a proponer también en nuestro ordenamiento la tendencia jurisprudencial ya examinada (primero francesa, y más recientemente, propia también de otros ordenamientos como el español)[169], dirigida a identificar dentro del acto político elementos «separables», «regulados»[170] o ambos.

También por esta vía, como se ha dicho, aumenta el margen jurisprudencial de definición de los varios casos y de regulación de potenciales conflictos institucionales entre poderes. Del resto, el planteamiento metodológico aquí adoptado nos empuja a subrayar más este último aspecto que las críticas que se podrían mover hacia el camino reconstructivo en concreto recorrido por el Tribunal Constitucional.

[168] No solo eso. Estrictamente hablando, también debe admitir la teórica fiscalización de los actos políticos adoptados por órganos constitucionales distintos del Gobierno. Lo que, sin embargo, en lugar de ponerse contra algunas sentencias que han identificado en estos casos la existencia de un acto político indiscutible (por ejemplo, el nombramiento de senadores vitalicios), no conciliarían con la solución de la cuestión hace tiempo identificada por renombrada doctrina (Barile). De hecho, quitando los actos de las regiones probablemente, no pueden ser puestos en el mismo plano la moción de censura contra el presidente de la región y a los actos adoptados por él.

[169] En los que, sin embargo, no se aplica en la actualidad una norma que expresamente excluya la impugnabilidad de los actos políticos. En efecto, como se ha dicho, la ley de reforma del contencioso administrativo de 1998, art. 2.a), contiene una cláusula de inclusión, que califica el acto de Gobierno, de manera indirecta pero clara, como un acto discrecional cuyos elementos «regulados» son controlables por el tribunal.

[170] Para ser precisos, parece darse relevancia a la categoría de los elementos «regulados» del acto (presente sobre todo en el caso español), más que a aquella del acto «separable» (presente principalmente en el caso de Francia), como veremos más adelante, mediante el examen de algunos casos de declaración de la jurisprudencia del carácter político del acto.

Copyleft – Ius Publicum

Parece que asistimos, en resumidas cuentas, a un «diálogo» entre varios ordenamientos, que se caracteriza porque la efectividad de la tutela tiende a imponerse y a prescindir del dato normativo y de la coherencia interna del sistema.

Otra cuestión especialmente delicada y que ha dado lugar recientemente a una confrontación entre el Tribunal Administrativo Regional y el Consejo de Estado ha tenido que ver con la inmunidad de un decreto del presidente de la República que, a iniciativa del ministro del Interior, fijaba los límites de las circunscripciones uninominales para las elecciones provinciales de Apulia.

En opinión del juez de primer grado[171] el decreto en cuestión sería un «acto procedente de un órgano en el sentido y en la dirección al máximo nivel de la cosa pública» en relación con «el funcionamiento de un poder público en su estructura orgánica» por el cual «no se configuran frente al mismo sujetos perjudicados interesados en la anulación del mismo».

Esta sentencia ha sido duramente criticada por la doctrina[172], que no ha compartido la idea de que la actividad de identificación-delimitación de las circunscripciones uninominales provinciales sea verdaderamente libre en el objetivo y ha denunciado la gravedad del vacío de tutela en una materia particularmente sensible, y efectivamente expuesta bajo varios perfiles a lagunas en este sentido[173], como la electoral.

El Consejo de Estado[174] ha intervenido, pues, excluyendo que el procedimiento censurado sea expresión del poder político del Gobierno, dado que el principio del art. 113 Constitución italiana, impone una exégesis restrictiva de la categoría de los actos políticos sustraídos a la jurisdicción, y ha considerado además que se trata de un acto administrativo

[171] Tar Puglia, Bari, sec. III, 18/05/2009, n. 1183, en *Foro amm.-Tar*, 2009, 1572.

[172] Véase G. TARLI BARBIERI, *L'individuazione dei collegi uninominali nelle elezioni provinciali: un caso (risolto) di vuoto di tutela in materia elettorale*, en *Le Regioni*, 2011, 102 ss.

[173] Véase F.G. SCOCA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, en *Giur. cost.*, 2009, 3613 ss.

[174] Sec. V, 6/05/2011, n. 2718, en *Foro amm.-CdS*, 2011, 1531.

Copyleft – Ius Publicum

que debe ejercitarse conforme a la ley que lo regula y prevé (aunque en este caso la ley n.º 122/1951 aparece con muchas lagunas, y se interpreta junto a los órdenes del día aprobados con ocasión de la aprobación de la propia ley).

También en este caso tomamos una «elección» judicial muy interesante, ya que el juez administrativo amplía la noción de poder regulado (comprendiendo en la juridicidad los órdenes del día de la ley de 1951 y las circulares interpretativas adoptadas después por el Ministerio del Interior), y además se mueve según la lógica de la efectividad y la plenitud de la tutela en una materia, como se ha dicho, especialmente sensible.

En resumen, es necesario considerar una reciente sentencia del Tribunal Administrativo Regional de Lazio[175], según el cual el decreto del presidente de la República de convocatoria del referéndum abrogativo de leyes estatales y la deliberación del Consejo de ministros que identifica la fecha para la consulta son actos impugnables y no tienen, por tanto, naturaleza política.

Pese a existir opiniones doctrinales influyentes en sentido contrario[176], el Tribunal Administrativo Regional de Lazio sostiene que no todos los actos que caracterizan el procedimiento de referéndum participan de la naturaleza legislativa. Asimismo, excluye la politicidad de los actos anteriores argumentando que son «actos aplicativos de la legislación primaria» aunque afecten «a la participación del Gobierno y del presidente de la República, y aun dotados de un cierto margen de discrecionalidad temporal, con límites rígidamente prefijados por la ley». También en este caso, además, la llamada a la «juridificación» del caso se combina con el principio de efectividad y plenitud de la tutela, que sirve como corolario retórico del discurso.

Se trata de un caso muy interesante también porque, como se ha dicho, representa una hipótesis de impugnación delante de un juez administrativo de un «acto constitucional»

[175] Ord. sec. II-*bis*, 8/04/2011, n. 1302, en *www.giustizia-amministrativa.it*.

[176] A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Milán, 1982, 16.

Copyleft – Ius Publicum

(como se ha dicho a modo de principio, todavía hoy acto político), sobre el cual concurre el control del Tribunal Constitucional en materia de conflicto de atribución entre poderes del Estado, activable por el Comité promotor para el referéndum[177].

Pero sobre todo hay que destacar que cuanto se «gana» en términos del carácter de potencial impugnabilidad del acto se pierde después en concreto respecto a los otros «actos constitucionales», porque el juez administrativo declara inadmisible el recurso, considerando que en el caso bajo examen no existe un interés legítimo para impugnar la fecha elegida para la consulta del referéndum.

En concreto, según el Tribunal Regional Administrativo de Lazio, la exigencia de contener el gasto público concentrando en una única fecha el referéndum y la consulta electoral no justifica la anulación de los actos impugnados, pues se trata de un interés indiferenciado, referido a la colectividad en su totalidad, no ya al Comité promotor o a un individuo particular.

La doctrina ha puesto en duda que en este caso no pueda reconocerse un interés legítimo en oposición al ejercicio de una potestad discrecional que, duplicando las consultas, determina un aumento del gasto público con efectos ablativos sobre el patrimonio de los pertenecientes al Comité[178]. Además, y más en general, ha invitado provocativamente a reflexionar sobre que la concepción «sustancial» del interés legítimo, a diferencia de la «procesal» elaborada antes de la entrada en vigor de la Constitución, corresponde a una menor extensión de la tutela judicial del particular con respecto a las decisiones públicas[179].

Somos de la opinión de que esta última consideración, libre de las implicaciones sistemáticas que lleva consigo, permite destacar de nuevo otro elemento: en este caso, de

[177] Véase F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., 79.

[178] Véase A. CASSATELLA-F. CORTESE, *Sul referendum abrogativo e sulla giustiziabilità dei suoi tempi (osservazioni a margine di Tar Lazio, Sec. II bis, ord. 8/4/2011, n. 1302)*, cit., 8.

[179] Véase A. CASSATELLA-F. CORTESE, *Sul referendum abrogativo e sulla giustiziabilità dei suoi tempi (osservazioni a margine di Tar Lazio, Sec. II bis, ord. 8/4/2011, n. 1302)*, cit., 11.

Copyleft – Ius Publicum

hecho, puede darse un último aspecto de «política» jurisprudencial, referente a la extremadamente delicada teoría de la legitimación y del interés por el recurso, como atestiguan algunos recientes casos jurisprudenciales[180].

8. (SIGUE) LA CASUÍSTICA «EN POSITIVO».

Con respecto a la casuística «en positivo», damos cuenta de algunos casos más antiguos y de otros más recientes, sabiendo que no es tan exacto considerar que después de la entrada en vigor de la Constitución el carácter político del acto no se ha reconocido nunca.

En las primeras décadas del siglo XX, la jurisprudencia consideró los actos políticos[181] como una ocupación temporal de inmuebles, efectuada con el objetivo de proveer a una «grave y amenazante situación política»[182]; la disolución de una sociedad de gimnasia determinada por la necesidad de reprimir el peligro de propaganda nacionalista eslovena en los territorios de Venecia Julia[183]; la disolución de una sociedad cooperativa de jornaleros en cuanto que se consideraba que bajo la cooperativa se ocultaba «una reunión de individuos con propósitos de todo menos comerciales» potencialmente subversiva del orden

[180] Se permita el reenvío a G. TROPEA, *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, nota a Cons. St., Sec. IV, 26/11/2009, n.º 7443, en *Dir. proc. amm.*, 2010, 664 ss. Véase también G. ROMEO, *Figure di verità nella giurisprudenza amministrativa*, en *Dir. proc. amm.*, 2010, 1185 ss.; ID., *La retorica nella giurisprudenza amministrativa, ovvero dell'arte di argomentare bene, senza convincere*, en *Dir. proc. amm.*, 2011, 947 ss., obras de especial interés, ya que tienen por objeto revelar, por así decirlo "desde dentro" ideologías, valores y técnicas de argumentación del derecho administrativo más reciente. Entre los procesalistas civiles, para una convincente impostación metodológica histórica y comparada en tema de interés para añadir, v. la obra ya mencionada de M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*.

[181] Sobre este punto, recientemente, V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, cit., 116-121, donde también se hacen referencias más precisas.

[182] Cons. Est., sec. IV, 17/05/1918.

[183] Cons. Est., sec. IV, 28/12/1926, n.º 781.

Copyleft – Ius Publicum

establecido[184]; el decreto de disolución de un Consejo comunal determinado «no por simples motivos de orden administrativo, sino por razones de orden político por la gravedad de las circunstancias que por inmediata y directa garantía de los intereses generales urgentemente imponen recurrir a este procedimiento»[185].

En los últimos años, como se ha dicho, el acto político es seguido por la jurisprudencia en dos casos fundamentales: actos calificables como «constitucionales» y actos relacionados con las relaciones internacionales[186].

En la primera hipótesis se piensa en el nombramiento de los senadores de por vida, definida por la casación como «acto típicamente presidencial»[187]; en el documento de programación económica y financiera con el anexo relativo a la lista de infraestructuras y de las tomas de posesión estratégicas por realizar, calificadas como manifestaciones de dirección político-administrativa, incapaces de menoscabar posiciones subjetivas[188]; en la decisión con la cual el Gobierno, en el ámbito de la política industrial relativa a la concesión de ayudas al sector siderúrgico, reclama a la CE la autorización para la concesión de ayudas del Estado[189]; en la decisión del Gobierno de no iniciar negociaciones con una confesión religiosa con los objetivos de la negociación del acuerdo *ex* art. 8, párrafo 3, de la Constitución italiana [190].

En este último caso, se considera que la sentencia del Tribunal Administrativo Regional de Lazio ha sido anulada por el Consejo de Estado, sentencia luego confirmada por

[184] Cons. Est., sec. IV, 15/04/1904, n.º 180.

[185] Cons. Est., sec. IV, 13/06/1902.

[186] Para una reciente reseña jurisprudencial, véase F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., 81 ss.

[187] Cas. civ., Sec. un., 25/06/1993, n.º 7075.

[188] Tar Lazio, Roma, sec. I, 16/02/2010, n.º 2255, en *www.giustizia-amministrativa.it*, que considera, en cambio, impugnable las resoluciones del CIPE relacionadas con el Documento de Planificación.

[189] Cons. Est., sec. VI, 22/01/2002, n.º 360, en *Foro amm.-CdS*, 2002, 171.

[190] Véase el Tar Lazio, sec. I, 31/12/ 2008, n.º 12539, en *www.giustizia-amministrativa.it*.

Copyleft – Ius Publicum

la Casación. Según el Consejo de Estado, la calificabilidad de una formación social cuya confesión religiosa no forma parte de una decisión política, sino que requiere un ejercicio de discrecionalidad técnica fiscalizable en sede jurisdiccional; además, en caso de que esta valoración tuviera un resultado positivo, el Estado no podría negar por lo menos la puesta en marcha de las negociaciones con la confesión. La sentencia de la Casación, que ratifica la exactitud de la decisión del Consejo de Estado, aplica los principios generales contenidos en la sentencia n.º 81 de 2012 del Tribunal Constitucional[191].

Ya en esta importante cuestión jurisprudencial se puede observar la diferencia de enfoque del caso por parte del juez de primer grado, caracterizada por una mayor *deference* respecto al juez de apelación.

En todo caso, en dicha hipótesis, la anulación de la sentencia de primer grado se explica sobre todo considerando la sentencia de la Casación, que confirma la sentencia del Consejo de Estado a la luz de la jurisprudencia surgida del Tribunal Constitucional (n.° 81/2012) que, como se ha especificado, ha considerado que también el acto político, en la parte en que resulte «regulado» por el derecho, puede estar sujeto a control jurisdiccional (en base al modelo español, aunque no se cite explícitamente).

Pero es sobre todo en lo relacionado con la categoría clásica de los actos relativos a las relaciones internacionales donde pueden anotarse que algunos perfiles de criticidad, quizá

[191] Cons. Est., sec. IV, 18/11/2011, n.º 6083, sentencia luego confirmada por Cas., Sec. un., 28/06/2013, n.º 16305. Sobre esto, v. S. BERLINGÒ, *L'*affaire *dell'U.A.A.R.: da mera* querelle *politica ad oggetto di tutela giudiziaria*, en *www.statoechiese.it*, n. 4/2014; D. MESSINEO, *Atti politici, stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, en *Dir. amm.*, 2013, 717 ss. Por otra parte, dicha línea jurisprudencial parece desvelar la contradicción en la que ha caído el Tribunal Constitucional con la sentencia n.º 81/2012. Por un lado, el Tribunal afirma, en relación a la región recurrente, la necesidad de impugnar en casación la sentencia por un defecto de jurisdicción y, por el otro, admite la susceptibilidad de revisión de la acción del gobierno, aunque en el plano procesal ello comporta la imposibilidad de configurar casos de defecto absoluto de jurisdicción cuando se está en presencia de actos políticos.

Copyleft – Ius Publicum

explicables adoptando la perspectiva «escéptica» de la consideración de la «política» jurisprudencial del juez administrativo.

Como se ha visto, el procedimiento de extradición ahora tiende a ser considerado fiscalizable también porque, a diferencia de la estipulación y de la aprobación de una convención internacional vinculada a la propia extradición, en tal hipótesis se concede la extradición de un determinado imputado o condenado, «versando en este caso, en materia de un interés público individual, especialmente determinado y circunscrito»[192]. Parece evocarse aquí la categoría, bien llamada por la jurisprudencia francesa o española del *acte détachable* o del *acto separable*.

En otras ocasiones, por el contrario, aun tratándose de procedimientos que tienen un contenido puntual y concreto, y por tanto potencialmente «separables» del plano general de las relaciones internacionales entre Estados, el juez ha calificado el acto como «político».

Esto ha ocurrido, por ejemplo, en el caso del decreto ministerial que suspendía las autorizaciones para el transporte internacional, adoptado como represalia contra una medida análoga tomada por Austria[193], o en el caso del procedimiento por el cual algunos ministerios italianos, adhiriéndose a las directivas del Consejo de Seguridad de la ONU, han revocado la autorización para la exportación de los barcos de guerra de la marina iraquí[194].

En los dos casos citados, las sentencias son del Tribunal de Roma, lo que puede hacer reflexionar sobre dos aspectos: el primero, más clásico, atañe a la discutida aplicabilidad del límite relacionado con la fiscalización del acto político ante el juez ordinario[195]; el otro, aún más interesante a la luz de nuestro estudio, relativo al *hecho* de que

[192] En este sentido ya Cons. Est., sec. IV, 11/05/1966, n. 344.

[193] Trib. Roma, 18/05/1993, en *Foro it.*, 1995, I, 1058.

[194] Véase el Trib. Roma, 19/10/1991, en *Foro it.*, 1991, I, 3230.

[195] Una cuestión muy debatida, sobre todo en el pasado. A favor de la inmunidad, v. D. CARUSO-INGHILLERI, *Atto politico e giurisdizione amministrativa*, cit., 80 ss.; N. COCO, *L'atto del potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*, cit., 277 ss., argumentando sobre la base de la pretendida naturaleza *extra iuris*

Copyleft – Ius Publicum

la sentencia es del juez ordinario y no del juez administrativo, queriéndose tal vez identificar una política jurisprudencial diferente entre los dos foros, con una *deference* más marcada en el primero.

No obstante, recientemente, el Consejo de Estado ha realizado una operación similar, considerando que el consentimiento del Gobierno italiano a la ampliación de la base americana de Vicenza fuese una expresión incuestionable del poder político[196].

Como se ha observado exactamente[197], en esta hipótesis también se habría podido aplicar la teoría del *acte détachable*, en cuanto que en la jurisprudencia francesa son considerados, refiriéndose a las actividades internacionales del Gobierno, precisamente los procedimientos relativos al desplazamiento de tropas extranjeras y los correspondientes permisos de construcción. Así pues, también en este caso el juez parece haber empleado más que nada una especie de «artificio retórico» que esconde un criterio de prudencia y una valoración de «política» jurisprudencial[198].

Parece digno de mención el hecho de que en este sector específico el juez administrativo italiano continúe manifestando un fuerte *self restraint*. De hecho, no puede decirse que según este punto de vista la sentencia de la Tribunal Constitucional n.° 81, de 2012 haya determinado muchos cambios, como, por el contrario, se ha comprobado para el

ordinem del acto. A favor de la fiscalización, por el contrario, A. DE VALLES, *Sulla teoria degli «atti politici»*, cit., 14, sobre la base de que las autoridades judiciales ordinarias, a diferencia del juez administrativo, no pueden considerarse como un «moderador de la función ejecutiva», debiendo sin embargo considerarse integralmente sujetas a la ley; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit., 504-505, sobre la base de la destacada distinción entre ilegitimidad e ilegalidad del acto; O. RANELLETTI-A. AMORTH, *Atti politici (o di Governo)*, cit., 1515, conforme a la idea de que la norma contenida en el art. 31 t.ú. Cons. Estado es una norma excepcional, y como tal, debe interpretarse estrictamente, así como que el tribunal ordinario, a diferencia del administrativo, no tiene poderes de anulación, que son los que el artículo 31 ha querido evitar.

[196] Se trata de la conocida ord. «Dal Molin», Cons. Est., sec. IV, 29/07/2008, n. 3992, en *Foro it.*, 2009, III, 16.

[197] Véase A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico» e interesse pubblico*, cit., 319.

[198] A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico» e interesse pubblico*, cit., 319.

Copyleft – Ius Publicum

caso correspondiente a la decisión del Gobierno de no iniciar negociaciones con una confesión religiosa con los objetivos de la negociación del acuerdo *ex* art. 8, párrafo 3, de la Constitución italiana. Y de hecho, más recientemente, el Consejo de Estado[199] ha considerado acto político, adoptado por el Gobierno en el ámbito de las relaciones internacionales que este mantiene con otros países, la compra de vehículos de guerra en ejecución de precedentes acuerdos con Estados Unidos.

Por último, otro caso especialmente espinoso por el que se ha discutido la doctrina. Nos referimos a la sentencia de las Secciones Unidas de la Casación que ha excluido la existencia de la jurisdicción en caso de pretensión indemnizatoria propuesta ante el Tribunal de Roma por los daños causados por los bombardeos de la OTAN contra objetivos civiles, en particular contra un inmueble de la Radiotelevisión serbia de Belgrado[200].

Según la Casación, los actos de guerra en cuestión constituyen la manifestación de una función política *y* «respecto a actos de este tipo ningún juez tiene poder de control acerca del modo en que se ha ejercitado la función». Después de esta sentencia, los familiares de las víctimas denunciaron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la vulneración del derecho a juicio, garantizado por el art. 6, párrafo 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El Tribunal reconoce la aplicabilidad del art. 6 en las controversias relativas a la pretendida inmunidad por parte de la jurisdicción de los actos políticos, pero declara la no vulneración[201]. En particular, según el Tribunal, la imposibilidad de los recurrentes de perseguir en juicio al Estado italiano no procedería de la existencia de una inmunidad, sino de los principios que guían el «derecho de acción sustancial» en el Derecho interno. En esencia, el Tribunal de Derechos Humanos ha considerado que la decisión sobre la jurisdicción equivaldría a una jurisdicción sobre el fondo de la cuestión, poniéndose en

[199] Ord. n. 4088/2014, en *www.giustizia-amministrativa.it*.

[200] Sec. un., ord. 5/06/2002, n. 8157, en *Riv. dir. int.*, 2002, 799.

[201] Sentencia 14/12/2006, *Markovic c. Italia*.

Copyleft – Ius Publicum

discontinuidad con las importantes adquisiciones de la misma en materia de «derecho a un tribunal» y de «derecho a un recurso efectivo»[202].

Esto, por un lado, ha llevado a opiniones concurrentes y disidentes dentro del propio Tribunal, dirigidas a poner de relieve el carácter ilusorio del derecho de acceso al tribunal afirmado en la sentencia, o el *vulnus* del mismo fundamento de la Convención[203]; por el otro, ha desencadenado las críticas de la doctrina mayoritaria[204], que también ha observado cómo el Tribunal ha perdido la ocasión de examinar las relaciones entre acto político y acceso a la tutela, especialmente donde estén en juego los derechos fundamentales[205].

[202] Véase S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 249 ss.

[203] Se refiere a las opiniones del Juez Costa (concurrente) y el juez Zagrebelsky (disidente).

[204] Véase B. RANDAZZO, *Responsabilità dello Stato per atti di guerra: la Corte di Strasburgo "tradisce" la sua consolidata giurisprudenza sul diritto d'accesso ad un tribunale?*, en *www.forumcostituzionale.it*; P. DE STEFANI, Markovic e altri c. Italia, *sentenza della Grand Chamber della Corte europea dei diritti umani, 14 de diciembre 2006*, en *Pace diritti umani*, 2007, 99 ss.; A. BALSAMO, *Le corti europee e la responsabilità degli Stati per i danni da operazioni belliche:* inter arma silent leges?, en *Cass. pen.*, 2007, 2186 ss. Según M. VOSNY, *Actes de gouvernement et droit au juge*, en *Revue française de droit administrative*, 2008, 728 ss., la sentencia en cuestión sería íntimamente contradictoria, no aclarando si el principio de la inmunidad absoluta del acto político da lugar a una limitación sustancial del derecho reclamado o a un límite procesal del derecho de actuar en defensa de una situación subjetiva protegida.

[205] Sobre este punto, es imprescindible recordar el conocido caso *Ferrini* (Cass. civ., Sec. un., 11/03/2004, n.º 5044, en *Riv. dir. int.*, 2004, 540), relativo a una solicitud por parte de un ciudadano italiano de resarcimiento de los daños y perjuicios por la deportación a Alemania y utilizado por las empresas alemanas como trabajador forzado. El Tribunal no duda de que en este caso se trata de actos *iure imperii*, contraídos en el curso de operaciones de guerra. Sin embargo, los jueces señalaron que en este caso se trata de actos que asumen connotaciones de extrema gravedad, configurándose como crímenes internacionales, por cuanto lesivos de valores universales que trascienden los intereses de las particulares comunidades estatales. Sobre esta base argumentativa, la Casación excluye el reconocimiento de la inmunidad de la jurisdicción en favor de los Estados que hubiesen sido declarados culpables de tales actos. El Tribunal de Casación confirmó los argumentos del caso Ferrini en los casos *Giovanni Mantelli ed altri e Liberato Maietta* (Sec. un., 29/05/2008, n.º 14201, en *Giust. civ. mass.*, 2008, 833), relativos a masacres perpetuadas por los nazis de Italia entre 1943 y 1945. Solo que el Tribunal Internacional de Justicia, en su sentencia de 3 de febrero de 2012, en *www.icj - cij.org*, después de haber dicho que no está obligado a pronunciarse sobre las masacres perpetuadas por los nazis en Italia, sino sobre si los tribunales italianos están obligados a conceder a

Copyleft – Ius Publicum

Ciertamente una ocasión perdida, pero también un indicador de cómo quizás no baste con resolver las delicadas cuestiones sobre la mesa sobre bases exclusivamente jurídicas, debiéndose también en este caso observar la «política» jurisprudencial de *self restraint* adoptada por los jueces de Estrasburgo.

9. CONCLUSIONES: ADHESIÓN A LA TESIS «HISTORICISTA» Y ESCÉPTICA.

Intentaremos, llegados a este punto, sintetizar lo hasta ahora observado, teniendo en cuenta los problemas surgidos y los escenarios más generales dentro de los cuales se manifiestan.

Ya es una afirmación indiscutible que nuestro derecho administrativo sea, al igual que el francés, un derecho de génesis jurisprudencial[206]. Sin embargo, en Italia, después de los estudios pioneros de Cassese[207] y Nigro[208] sobre las «ideologías» del juez administrativo, faltan tratados más amplios y recientes de esta importante materia, si se excluyen algunos indicios que emergen ahora en interesantes escritos de jueces administrativos, dirigidos a

Alemania la inmunidad, funda la relevancia de esta última sobre el principio de *sovereign equality of States*, volviendo a comprender las cuestiones en juego entre acta *iure imperii*.

[206] S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, en *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 1 ss.; G. PASQUINI-A. SANDULLI, *Introduzione*, en *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 7 ss.; M. D'ALBERTI-A. PAJNO, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, en *Diritto giurisprudenziale*, editado por M. Bessone, Torino, 1996, 299 ss.; F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, en AA.VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milán, 1983, 121 ss.

[207] *Problemi delle ideologie dei giudici*, cit.

[208] *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, en *Scritti giuridici*, II, Milán, 1996, 1053 ss.

Copyleft – Ius Publicum

desvelar «desde dentro» precisamente la ideología, valores y retórica del juez administrativo[209].

Cierto es que cuando se decidió, hace algunos años, mostrar la génesis y el desarrollo jurisprudencial de nuestro Derecho administrativo a través de una revisión de las «grandes decisiones del Consejo de Estado», no se ha podido omitir la consideración del tema de la fiscalización del acto político, que muestra cómo la jurisprudencia del Consejo de Estado de los años 30, en pleno régimen fascista, se mantuvo firme en la negación de la teoría del móvil, demostrando la independencia y neutralidad que contribuyeron a confirmar las funciones y el papel del Consejo de Estado también con la Constitución republicana de 1948[210].

Al profundizar más, se descubre también que la misma consistencia dogmática del acto político ha sido puesta en tela de juicio por más, comenzando por Francia, y seguido de otros ordenamientos que han heredado el concepto del modelo transalpino. Si bien probablemente la cuestión nace en el cuadro de la transformación del sistema de las fuentes en la decadencia del Estado absolutista, el origen del acto político (según la doctrina

[209] Véase G. ROMEO, *Figure di verità nella giurisprudenza amministrativa*, cit.; ID., *La retorica nella giurisprudenza amministrativa, ovvero dell'arte di argomentare bene, senza convincere*, cit.; ID., *A proposito del controllo di legalità*, en *Dir. proc. amm.*, 2012, 551 ss. En general, v. observaciones de A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, cit., 506 ss., lo cual, por un lado, ilustra bien la peculiar función creadora del Consejo de Estado en nuestro ordenamiento (teniendo en cuenta las similitudes y diferencias con respecto al Consejo de Estado francés), y por el otro, no evita críticas a las recientes sentencias que pueden ir más allá de los límites de una interpretación razonable de la ley.

[210] Cons. Est., sec. IV, 27/07/1937, n.º 425, en *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 221 ss. Con esta sentencia, el Consejo de Estado excluye la calificación como un acto político de una medida del Ministerio de las Corporaciones que negaba la aprobación de la destitución de un empleado de un dirigente sindical privado, y ordenaba su reincorporación en el servicio, con el pago de los salarios dejados de percibir. La decisión, que rechaza la teoría del móvil (que se considera que no existe en este caso) y considera que el acto en cuestión «objetivamente» no político, no siendo protegidos en el caso supremos intereses del Estado, fue dictada por Cammeo «impecable y convincente».

Copyleft – Ius Publicum

mayoritaria) es atribuible a una elección de «política» jurisprudencial en el Consejo de Estado francés.

Por tanto, nos ha parecido necesario, también de acuerdo con un examen histórico-evolutivo y comparado, verificar cuánto de este planteamiento original sigue presente todavía hoy, utilizando precisamente la teoría del acto político como criterio metodológico privilegiado para medir la evolución de la «política» jurisprudencial, a su vez fuertemente dependiente del orden institucional de un país y de las cambiantes relaciones entre poderes, funciones y fuentes.

Respecto a este carácter cambiante, la figura del juez al que se somete la cuestión sigue siendo la invariante que caracteriza los distintos sistemas, porque al fin y al cabo tiene la última palabra, incluso en el caso de que se autolimite, como sucedía en el pasado cuando se empleaba la teoría del móvil. De este modo, sobre el rastro de un importante ensayo sobre el tema[211], no nos parece erróneo considerar que el planteamiento histórico contenga una afirmación siempre válida, allí donde se subraya la imposibilidad de formular una definición única e inmutable de la noción de acto político.

Esto, simplemente, porque esa definición debe enfrentarse con demasiados factores, y demasiado cambiantes, para aspirar a una precisa posición dogmática. Lo demuestra, en nuestra opinión, el pensamiento de Guicciardi, que en Italia realizó probablemente la reconstrucción más convincente y lúcida, además de original, sobre el tema, excepto que a continuación tuvo que reajustar su propia teoría al contexto constitucional de la época, que había cambiado.

Observando también a los otros países considerados, se puede decir que hoy la situación se muestra bastante consolidada: la centralidad de la jurisprudencia en la definición

[211] E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 39.

Copyleft – Ius Publicum

de la categoría y la doctrina, salvo loables excepciones, se conforma con retomar las tesis del pasado o de la pura exégesis del formante jurisprudencial.

Además, ha permanecido el dualismo de fondo entre los que tienden a justificar la persistencia de la categoría en el marco de la evolución de las relaciones entre Gobierno y administración, así como de la relevancia de la función de dirección política en los Estados sociales del siglo XX, y quienes, sin embargo, prefieren destacar más el resultado del principio de legalidad y, más recientemente, de plenitud y efectividad de la tutela (que a su vez no puede más que aumentar los márgenes jurisdiccionales de definición del caso, tanto que, también por esto, progresivamente muchos actos políticos han sido calificados como actos de alta administración en las últimas décadas).

Por otra parte, hay también quien critica directamente el actual centralismo de la función de gobierno, vista como una capacidad autónoma de cuidar y determinar los intereses vitales del Estado, cuya crisis determina la crisis de toda la categoría[212].

El autor es de la opinión de que este último aspecto no puede ser infravalorado, ya que demuestra cómo es la propia noción de «dirección política» la que ha determinado en nuestra doctrina de mitad de siglo la separación tendencial entre actos políticos y actos de gobierno, debiendo ser corregida en clave histórica, si no «escéptica», como sostienen algunos.

En todo caso, la investigación hasta ahora desarrollada respecto a la jurisprudencia extranjera parece confirmar la centralidad de la «política» jurisprudencial en la «construcción» de la categoría del acto político[213].

[212] Véase A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico*» *e interesse pubblico*, cit., 315.

[213] Véase, por ej., G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Atto politico e atto di governo*, cit., 3, que habla de «poder consistentísimo de los tribunales italianos», que «no es sin duda inferior al que se encuentra en otros sistemas de los que tan a menudo la doctrina destaca la diversidad». El hecho de que tanto en Francia como en Italia el Consejo de Estado haya sido, desde el principio, «soberano» a la hora de decidir sobre el carácter político del acto, representó

Copyleft – Ius Publicum

La figura del juez, por lo tanto, aparece como una constante del sistema, en un orden evolutivo que ve el inicio de la problemática con la crisis del Estado absolutista, en el cuadro de la delicada relación entre Parlamento y Gobierno, para después dislocarse en el Estado social de derecho del siglo XX dentro de una nueva dialéctica entre Gobierno y Administración.

La centralidad de la «política» jurisprudencial en este campo puede notarse, además, en los cursos y recursos de la teoría del móvil, que a veces, en un cierto contexto institucional, parece renacer de sus cenizas para después tal vez ser de nuevo apartada.

Se ha hablado de la peculiaridad de su origen en la Francia de la restauración. Pero piénsese en la recuperación de esta tesis en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la época franquista, al menos hasta los años sesenta[214]. Consideremos, por último, el asunto italiano, donde la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el acto político en el periodo fascista, que en la época rompe definitivamente con la teoría del móvil, es quizás el ejemplo más significativo de la mantenida neutralidad e independencia del Consejo de Estado respecto al Gobierno autoritario de la época[215], mientras que la Casación, quizás no por

un aumento de garantías para los derechos de las personas, ver también J.L. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)*, cit., 85.

[214] Un discurso no muy distinto puede realizarse, aunque teniendo en cuenta las peculiaridades de dicho ordenamiento, en lo que se refiere a la jurisprudencia estadounidense más reciente en materia de *political question*, donde, a pesar de que el duro desencuentro entre ejecutivo y judicial, haya llevado a una tendencial superación de la teoría enumerativa (Baker), así como a una mayor *deference* respecto a las *letters* o a los *statements* del Departamento de Estado, sigue habiendo un amplio margen de maniobra en manos de los tribunales, al menos en los votos de la doctrina más consciente. Sobre este punto, nos permitimos volver a hacer referencia a G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, cit., 358-365.

[215] Sobre el tema v. G. PASQUINI-A. SANDULLI, *Introduzione*, en *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, editado por G. Pasquini e A. Sandulli, Milán, 2001, 15; F. PATRONI GRIFFI, *Il Consiglio di Stato ed il regime fascista*, *ivi*, 176 ss.; V. CAIANIELLO, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, en AA.VV., *Cento anni di giurisdizione amministrativa*, *Atti del Convegno celebrativo per il centenario dell'istituzione della IV secione del Consiglio di Stato*, Nápoles, 1996, 249 ss.; L. MAZZAROLLI, *La protezione del cittadino* (informe de la Conferencia) "Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano", Roma, 6 de febrero de 2003), en *www.giustizia-*

Copyleft – Ius Publicum

casualidad, todavía parecía incierta sobre la categoría y en 1927 emitía una decisión, planteada precisamente sobre la teoría del móvil, muy criticada por la doctrina de la época[216].

Observando también los otros países donde el sistema dualista no se ha afirmado[217], vendría a considerarse que el juez especial, paradójicamente (desde un punto de vista estructural) menos independiente, ha asumido en la materia su propia política jurisprudencial[218] innovadora, a menudo más en línea con las instancias de tutela del ciudadano[219]. Por otra parte, la relevancia de la «política» jurisprudencial en esta materia parece hoy destinada a crecer.

amministrativa.it; G. MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano* (informe de la Conferencia) "Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano", Roma, 6 de febrero de 2003), en *www.giustizia-amministrativa.it*; ID., *Il Consiglio di Stato nel ventennio fascista. Prime note,* en *Ordine giuridico e ordine politico*, editado por P. Carta y F. Cortese, Padova, 2008, 27 ss.; G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, en *Dir. proc. amm.*, 2012, 763 ss., con referencia expresa al caso Torlonia y con muchas consideraciones interesantes sobre la función (definida por el autor) «normogenética» y «principio-filática» de la jurisprudencia administrativa.

[216] Cass. civ., Sec. un., 27/01/1927, con notas de N. COCO, *L'atto del potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*, en *Riv. dir. pubbl.*, 1927, I, 277 ss., A.C. JEMOLO, *La Cassazione e l'atto amministrativo emesso dal Governo nell'esercizio del potere politico, ivi*, 391 ss.; M. SIOTTO-PINTOR, *Intorno al concetto del potere politico*, en *Foro it.*, 1927, I, 1073 ss.; B. LIUZZI, *Sulla nozione di atti di governo*, en *Foro amm.*, 1927, IV, 51 ss.

[217] Véase G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, cit., 358-368.

[218] Sobre esta paradoja, en general, v. S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, cit., 424; sobre el tema específico, por el contrario, A. DE VALLES, *Sulla teoria degli «atti politici»*, cit., 13.

[219] Sobre el tema v. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Náples, 2008; ID., *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, en *Dir. proc. amm.*, 2010, 143 ss.; ID., *I princìpi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, en *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss.

Copyleft – Ius Publicum

Por una parte, por el impacto decisivo del principio de efectividad y plenitud de la tutela, que lleva a los tribunales a privilegiar los planteamientos negativos, efectuando en esta clave la exégesis constitucionalmente orientada[220].

Por el otro, por la pérdida intrínseca del valor de categoría del acto político, en un contexto de desvalorización general de la soberanía de los ordenamientos estatales, que ha comportado, y comporta cada vez más, cómo se encuentra hoy bajo los ojos de todos en materia de política económica que el cuidado de intereses vitales de la colectividad se confíe cada vez en mayor medida a las instancias supranacionales, a menudo técnicas o «despolitizadas»[221].

Pero, si es así, esta se considera actualmente a la luz de dos cuestiones ineludibles: la progresiva pérdida de soberanía de los ordenamientos estatales y la cada vez más evidente afirmación de los derechos fundamentales, que se refleja sobre el mismo principio de separación de poderes, aumentando el número y la importancia de las *instituciones de garantía* respecto a las *instituciones de gobierno*[222].

[220] La idea básica de este enfoque es que la Constitución no es solo primordial, sino también inmanente en el ordenamiento. Esto implica que la regla es la restricción de la acción de las autoridades públicas para la aplicación de los principios encuadrados en la primera parte de la Constitución (en línea con la tesis de la soberanía de los valores) y que la excepción... simplemente no existe. Si hubiese valores (traducidos como principios constitucionales), no serían verdaderamente soberanos. Esto no quiere decir que no sean equilibrados –considerando que el equilibrio es la dignidad de la persona– sino que significa que la fórmula «primacía de la política» no encuentra cabida en nuestro ordenamiento jurídico. Para ver esta configuración: G. SILVESTRI, *Dal potere ai princìpi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

[221] Véase A. ROMANO TASSONE, «*Atto politico» e interesse pubblico*, cit., 315.

[222] Véase el punto en L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, en *Dir. pubbl.*, 2010, 141 ss. Recientemente, el empañamiento de la doctrina de la no fiscalización del acto político fue visto como uno de los muchos instrumentos (junto con otros, como por ejemplo: una lectura particularmente estricta de la prohibición de *non liquet*, la aplicación anómala del principio de interpretación coherente, etc.) que han permitido al juez conquistar espacios que antes parecían cerrados. Esto se refiere a: M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, en *www.rivistaaic.it*, § 3.

Copyleft – Ius Publicum

En este sentido, se observa que, en un ordenamiento constitucional en el que la regla es la limitación de la acción de los poderes públicos para la realización de los principios expuestos en la primera parte de la Constitución, la fórmula de «primacía de la política» no puede tener más ciudadanía[223].

Además, la progresiva caída de las barreras tradicionales entre poder ejecutivo y poder legislativo, debida a varios factores (crisis de la representación política, relevancia de las administraciones independientes, tendencia a trasladar las decisiones de los actos puntuales a los actos de regulación, calado del Derecho supranacional en algunas materias como la ambiental, etc.), no opera con miras a la inmunidad del poder, sino al contrario, de la extensión de las garantías, ya sea en el caso de «administrativación» del procedimiento legislativo (pensemos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación de leyes-medidas) o ya sea, por el contrario, en caso de «politización» del procedimiento[224].

Esto presenta evidentes recaídas también en el plano procesal. El principio de justiciabilidad de los actos del poder público, contenido en las cartas constitucionales de los diferentes países que hemos considerado[225], o de cualquier modo implícito dentro del sistema, desde esta óptica ha impuesto a la jurisprudencia una exégesis en la medida de lo posible restrictiva de la categoría de los actos políticos.

También en este sentido se puede probablemente leer la reciente sentencia del Tribunal Constitucional en relación con el nombramiento de los asesores de una Junta regional[226] que, como ya se ha dicho, si bien de un modo no del todo inteligible, especialmente en relación con la calificación jurídica de la naturaleza del acto, muestra sin embargo de una forma plástica la actual «política» jurisprudencial.

---

[223] Véase la nota 220.

[224] B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit.

[225] Para una visión general, consultar E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, trad. it., Milán, 2010.

[226] Sentencia de 5 de abril de 2012, n.º 81.

Copyleft – Ius Publicum

En nombre de los principios de efectividad y plenitud de la tutela jurisdiccional, y en cumplimiento de los caracteres del Estado de derecho, se ha considerado limitar ulteriormente la esfera de inmunidad del acto político, que, aun ante la repetición de los requisitos *subjetivo* y *objetivo*, bien podrá ser fiscalizable «en la medida en que el ámbito de extensión del poder discrecional, también aquel amplísimo que caracteriza a una acción de gobierno, está circunscrito por vínculos impuestos por normas jurídicas que señalan sus límites y dirigen el ejercicio…».

Nuestra jurisprudencia, sin embargo, se presenta bastante rigurosa en la búsqueda de los requisitos subjetivos y objetivos del acto político, incluso si después, dada la aleatoriedad de estos presupuestos, como se ha visto, conserva márgenes de valoración consistentes.

En todo caso, muy a menudo se combina el argumento de la distinción «ontológica» del acto político respecto al administrativo con el (propio de la antigua teoría negativa) de la carencia en este caso de situaciones jurídicas subjetivas involucradas por el uso del poder.

Teniendo en cuenta que a su vez esta última temática es, en sí, objeto de una constante y todavía incierta «política» jurisprudencial por parte del juez administrativo, en cuanto que es uno de los aspectos que tradicionalmente ha caracterizado su especialidad respecto al juez ordinario, queda claro que este último método de búsqueda se debilita, en su alcance heurístico, donde sea privado del apoyo del primer presupuesto (relativo a las relaciones entre actividades de gobierno y administración).

Es fácil encontrar, en este sentido, quién denuncia la inconstitucionalidad del art. 7 c.p.a. basándose en la imposibilidad de distinguir una función de gobierno de la función administrativa, también sobre la base del amplio alcance del art. 113 de la Constitución italiana, que hace referencia a los «actos de la administración pública», y no ya a los actos

Copyleft – Ius Publicum

administrativos en sentido estricto[227] o, más recientemente, quién invita a partir de los derechos constitucionalmente tutelados y no del poder, admitiendo la exclusión del control del juez solo donde esta sea reconducible a una norma constitucional, o más bien, donde sea constitucionalmente impuesta[228].

En opinión de quien escribe, sin embargo, es todavía válida la antigua orientación «historicista», en su variante negativa. En este sentido, se puede todavía considerar que el art. 7 c.p.a. no sea inconstitucional allí donde, lejos de ratificar una presunta «primacía de la política», aluda a elecciones del Gobierno, o de otros órganos «constitucionales», caracterizadas por una elevada discrecionalidad, las cuales no permiten imaginar los extremos para una impugnación delante del juez administrativo, en cuanto que no son idóneas para menoscabar situaciones subjetivas.

El presente trabajo, en su perspectiva histórico-comparada, pretende ser una nueva prueba de la actualidad de esta tesis, que además hoy, si cabe, permite adoptar aún mejor los nuevos equilibrios entre poderes del Estado y entre reglas y principios.

El *excursus* histórico-comparado, aunque de manera muy parcial, nos ha mostrado cómo el planteamiento «historicista» puede considerarse, en la centralidad que encomienda a la jurisprudencia en los distintos giros histórico-institucionales, una "invariante" de fondo en un sistema tan deconstruido, y como tal representar un interesante punto de vista que, si bien no resuelve los múltiples problemas en juego, al menos permite percibirlos mejor.

---

[227] Véase F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, cit., § 18; en el mismo sentido F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, cit., § 4. Para un enfoque similar: G. GRASSO-R. MANFRELLOTTI, *Poteri e funzioni dello Stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, en *Costituzionalismo e storia*, editado por C. Ghisalberti e G. Bianco, Turín, 2007, que argumentan que «un cierto acto del Gobierno no puede ser cuestionado por ser político, pero es político en cuanto que no impugnable. Son las características del acto, y no su relación con la dirección política del Gobierno, las que excluyen la posibilidad de apelación».

[228] F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, cit., 87.

Copyleft – Ius Publicum

En este sentido, como se ha visto, en este contexto de ordenamiento europeo, invadido por la centralidad del principio de efectividad de la tutela, parece ir hacia una hibridación de los modelos, tal como demuestra la tesis de la cobertura «jurídica» del acto político, expresamente regulada en España y recibida en nuestro país por vía jurisprudencial y no legislativa.

Y no solo eso. Se trata de un planteamiento también oportuno metodológicamente porque, como hemos dicho, es la misma noción de dirección política que puede ser encuadrada según categorías históricas, si no también «escépticas». Y, justamente en este orden de ideas, el mismo principio de separación de poderes se redefine otorgando una importancia cada vez mayor a las *instituciones de garantía* (no necesariamente jurisdiccionales).

En todo caso, a nuestro juicio son estos últimos los caminos que debería recorrer la jurisprudencia hoy en nuestro ordenamiento de modo más plausible, en contra de un dato normativo que continúa hablando de actos del Gobierno inmunes.

No parece, por tanto, posible admitir la «cobertura» jurídica de un acto político[229]. En estos casos, se tratará siempre de actos administrativos, aunque tendencialmente caracterizados por una amplísima discrecionalidad, por tanto impugnables en principio, e inmunes solo a condición de incluirlos en el denominado fondo de la cuestión administrativo,

[229] Como parece opinar el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 81/2012. Se debe distinguir entre acto político incuestionable y acto político inapelable (ante los tribunales administrativos). Por supuesto que será posible admitir la posibilidad de fiscalización del acto político en foros diferentes a los tribunales. Basta pensar -una vez más- en la designación de senadores vitalicios (acto «sustancialmente presidencial», pero utilizable como ejemplo). Tal acto no es impugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que no infringe ningún interés legítimo. Pero es teóricamente revisable «en las sedes apropiadas», ya que el Senado podría elevar la contienda de competencia por deterioro y el presidente podía ser puesto en un estado de acusación, si la gravedad de la infracción constituye un atentado a la Constitución. El Tribunal parece ir más allá de este hallazgo, allí donde habla de acto político fiscalizable en los tribunales, en cuanto que ha vulnerado una norma de Derecho.

Copyleft – Ius Publicum

con tutela limitada a los aspectos de legitimidad[230] o, pero siempre en segundo lugar, considerar infundadas las condiciones de la acción en el caso específico.

Bajo este perfil quedan hoy abiertas (y, por lo tanto, confiadas a la «política» jurisprudencial) dos cuestiones relevantes de fondo.

La primera consiste en una delimitación más clara del requisito *subjetivo* del acto político. Es evidente que la categoría de los actos «constitucionales», aún más que la de los actos internacionales, en cuanto tendencialmente más amplia que la de los actos políticos del Gobierno, impone un esclarecimiento entorno al alcance del art. 7, párrafo 1, c.p.a. Lo mismo puede decirse para algunos actos de regiones y entes locales. Probablemente, la persistente incertidumbre sobre este aspecto se ha descargado sobre la reciente reconstrucción efectuada por el Tribunal Constitucional.

Esta aconsejable aclaración ayudaría también a despejar el campo de las tensiones que crea la segunda cuestión, que es la de las situaciones legitimadoras. Lejos de prefigurar una posible coexistencia entre intereses protegidos y actos políticos no impugnables, en contraste con los principios constitucionales[231], el problema de las situaciones legitimadoras se situaría en un segundo tiempo, en el control del acto administrativo. Pero en este caso, como se ha visto, aparece una última cuestión relevante de «política» jurisprudencial, puesto que la extensión, a veces, no supervisada por la legitimación, puede incidir sobre la connotación subjetiva casi incontestable del proceso administrativo[232].

[230] Esta es la conclusión alcanzada por V. FANTI, *L'«atto politico» nel governo degli enti locali*, cit., 518, después de excluir que el contenido en el art. 31 de T.Ú. 1924 (que ahora tenemos que decir que es el art. 7 c.p.a.) se pueda extender a los actos dictados por órganos distintos del Gobierno.

[231] Esencialmente por esta razón, la tesis negativa mantiene su actualidad.

[232] Basta pensar en las conclusiones opuestas alcanzadas por el Cons. Est., sec. V, 27 de julio de 2011, n.º 4502, en cuanto a la designación de los comisionados de un Consejo Regional, y Tar Lazio, ord., sec. II-bis, 8 de abril de 2011, n.º 1302, en términos de llamar a referéndum para derogar.

Copyleft – Ius Publicum

La relevancia del factor de la «legitimación» para apelar no debe sorprendernos llegados a este punto; como se ha visto, también en la jurisprudencia española el carácter «regulado» del caso a menudo no se considera suficiente para estimar el carácter controlable del acto, de forma que se pasa a verificar la subsistencia de los intereses protegidos, perjudicados por el acto, frecuentemente a través de un juicio de proporcionalidad donde subsistan derechos fundamentales en posible conflicto entre ellos.

Se confirma, mediante este siguiente aspecto, la oportunidad de considerar la evolución de la figura del acto político en el ordenamiento francés o en el español. Ha surgido una idea de fondo: más allá de las técnicas con las que interviene el legislador sobre la cuestión, la profunda «hibridación» de los modelos, debida a la afirmación común de los principios de efectividad y plenitud de la tutela y del principio de legalidad, así como a la tendencia de hacer confluir el problema en las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa, no hace más que aumentar el poder de cualificación del juez que, caso por caso, realiza una serie de valoraciones detalladas *lato sensu* «políticas», que frecuentemente prescinden del dato normativo.

En este sentido, el acto político, en su persistencia, no hace otra cosa que confirmar la actual clave de lectura conforme a la cual fue enmarcado originariamente, requiriendo que a partir de aquí empecemos por tratar, con un método en la medida de lo posible complementario respecto al iuspositivo, muchos otros perfiles de persistente criticidad de nuestro Derecho público.

Copyleft – Ius Publicum