

# LA DOCTRINA DEL ACTO POLITICO

(Especial referencia al Derecho italiano)

POR

JOSÉ LUIS CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR

Doctor por la Universidad de Bolonia.

Ayudante de la Facultad de Derecho de Madrid.

**SUMARIO:** I. LA PROBLEMÁTICA DEL ACTO POLÍTICO: 1. *Introducción.* 2. *Origen del concepto:* a) Francia; el nacimiento de la noción y el Consejo de Estado: el *arrêt LAFFITTE* y el *arrêt Prince NAPOLEÓN*. b) Italia; el debate parlamentario sobre el artículo 24 de la Ley de 31 de marzo de 1889, número 5.992. La interpretación de la norma a la luz de la discusión parlamentaria. 3. *Desarrollo doctrinal:* a) Teoría del móvil o de la causa subjetiva del acto. b) Teoría de la naturaleza del acto o de la causa objetiva. Las distintas posiciones doctrinales: los criterios de la ejecución directa de la Constitución, del interés general del Estado en su unidad, de la discrecionalidad absoluta y de la excepcionalidad del acto. Crítica. c) Teorías empíricas y negativas; el acto mixto y la legitimidad necesaria de los actos políticos. 4. *El acto político en el Derecho anglosajón. Breve referencia.*—II. LA ESFERA DE EFICACIA DEL ACTO POLÍTICO Y LA GARANTÍA DE LOS PARTICULARES EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO: 1. *La esfera de eficacia del acto político; la lista de los actos políticos y la situación de los particulares:* a) Actos de relación constitucional; el acto político como acto constitucional: superfluidad de este planteamiento. b) Actos de relación internacional; la teoría francesa del acto separable (*détachable*) de la convención internacional. Inútil referencia a la teoría de los actos de gobierno. c) Medidas de orden interno. d) Actos del poder de gracia. e) Actos de orden público: límites y control jurisdiccional. f) Actos excepcionales; los institutos del estado de guerra, del estado de sitio y las ordenanzas administrativas de urgente necesidad: su independencia de la teoría tradicional de los actos políticos. 2. *Consideraciones finales: la interpretación del artículo 31 del T. U. del Consejo de Estado de 26 de junio de 1924, número 1.054.*

## I.—LA PROBLEMÁTICA DEL ACTO POLÍTICO.

### 1. *Introducción.*

El concepto de acto político —y en general el de actividad política— ha sido uno de los más arduos problemas que se ha planteado la doctrina iuspublicista de todos los tiempos; su amplitud e importancia es fácilmente

imaginable si se piensa en sus repercusiones en el principio de legalidad de la acción estatal y en el concepto mismo de Estado de Derecho.

El estudio que en estas páginas iniciamos constituye un nuevo análisis del tan discutido concepto, con especial referencia al Ordenamiento jurídico actualmente vigente en Italia; referencia que no impedirá el que muchas de las conclusiones que obtengamos sean perfectamente aplicables al Derecho español, en la medida de que, en definitiva, lo que se trata de poner en entredicho es la existencia misma de los actos políticos o de gobierno como categoría jurídica independiente y operante. Desde este punto de vista, intentaremos ver hasta qué punto dicho concepto ha podido —y puede todavía— representar un peligro para la garantía de los derechos de los particulares, deteniéndonos sobre todo en los medios de defensa que el desarrollo jurídico ha puesto en las manos del Juez para controlar esta moderna manifestación de la razón de Estado.

En consecuencia, hemos realizado un proceso de búsqueda del concepto en el campo de su desarrollo histórico, doctrinal y jurisprudencial con el afán de encontrarlo con caracteres propios y específicos, aptos para diferenciarlo claramente de las restantes categorías jurídicas. ¿Por qué, cómo y con qué significado nace el concepto de acto político? ¿Cuáles han sido las distintas posiciones doctrinales que han intentado explicar su esencia? ¿Hasta qué punto lo han conseguido? ¿Es que acaso los actos políticos son los contenidos en la lista elaborada empíricamente por la jurisprudencia? A estos y otros interrogantes intentaremos dar respuesta a lo largo de nuestro estudio.

En definitiva, pues, pretendemos reexaminar una vez más la discutida categoría de los actos políticos o de gobierno, los cuales —con razón— han sido considerados como uno de los problemas más insolubles de todo el Derecho administrativo.

## 2. *Origen del concepto.*

### A) *Francia.*

El concepto de acto político o de gobierno (*acte de gouvernement*) tiene su origen en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés en los años de la Restauración borbónica. En general, se está de acuerdo en vincular históricamente el nacimiento de la noción a la crisis sufrida por el alto órgano administrativo a la caída del Imperio napoleónico; será en gran parte esta situación de crisis la que impulsará al Consejo de Estado francés a buscar precisamente su fórmula salvadora en el concepto de acto

de gobierno. Es, por tanto, necesario hacer previamente un breve análisis de las causas que provocaron esta crisis para comprender mejor la solución —desesperada, se podría decir— que el Consejo de Estado francés encontró en la noción de *acte de gouvernement*; solución que, independizada a lo largo de los años de las causas históricas concretas que le dieron vida, se reveló como un peligroso instrumento de arbitraria lesión de los derechos de los ciudadanos.

Como se sabe, el Consejo de Estado fué creado por el artículo 52 de la Constitución consular del 22 frimario del año VIII (15 diciembre 1799), sustituyendo al sistema creado por las Constituciones de 1791 y 1795, que confiaban los juicios sobre la legitimidad de la acción administrativa a la misma Administración; sistema este último en el que, por otra parte, se hacía patente la desconfianza que los hombres de la Revolución sentían hacia los antiguos «Parlamentos judiciales» y que provocó en un primer momento —precisamente en el momento anterior al año VIII— que la Administración fuese ella misma el único juez de sus actos. Así, pues, el *Conseil d'Etat* venía a sustituir al Consejo ejecutivo de la Convención y a los miembros del Directorio en la solución de las controversias administrativas. El mencionado artículo 52 establecía que «*sous la direction des Consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les réglemens d'administration publique et résoudre les difficultés qui s'élevent en matière administrative*».

Creado el Consejo de Estado sobre la base del antiguo *Conseil du Roi*, poco a poco irá extendiendo el círculo de sus competencias; si en un primer momento su misión se reduce a la preparación de los proyectos de Ley y al asesoramiento del Primer Cónsul, en un momento posterior los Reglamentos del 5 Nivoso del año VIII y los Decretos de 11 de junio y 22 de julio de 1806, extenderán su competencia a las materias contenciosas, creando en su seno una *Commission du contentieux*. El Consejo de Estado, alto Cuerpo consultivo, se convierte así en el máximo órgano de justicia administrativa, si bien su actividad jurisdiccional se desarrolla mediante el sistema de *justice retenue*, perteneciendo al Jefe del Estado la decisión final en el caso controvertido (1).

A la caída del Imperio napoleónico, el Consejo de Estado pasa por

---

(1) Para una historia del Consejo de Estado francés, cfr., entre otros, BRUGERE, *Le Conseil d'Etat*, París, 1910; OLIVIER-MARTIN, *Le Conseil d'Etat de la Restauration*, París, 1941; DURAND, *Etudes sur le Conseil d'Etat napoléonien*, P. U. F., París, 1949; JULIEN, *Bibliographie des études relatives à l'histoire du Conseil d'Etat depuis l'an VIII*, en «*Etudes et Documents du Conseil d'Etat*» de 1948, 1952, 1955 y 1959. Vid. también el *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, París, 1952.

uno de los momentos más difíciles de su existencia; es continuamente criticado por unos y por otros: por los liberales, que le reprochaban su origen autoritario y su cualidad de juez administrativo, y por los monárquicos, que estaban en completo desacuerdo con la obra de consolidación de la situación de los adquirentes de bienes nacionales que el Consejo de Estado había realizado en aplicación de las leyes de confiscación de los bienes de los desterrados. A pesar de todo, el Consejo de Estado logró mantenerse y subsistir; sin embargo, rodeado de un clima de fuerte hostilidad, manifestará en sus decisiones timidez e incertidumbre. Y es así como los Jueces administrativos, temiendo la reacción del Gobierno, van a limitar espontáneamente el ámbito de sus propias atribuciones en dos direcciones distintas: por una parte, disminuirán en favor de los Jueces ordinarios el alcance del principio clásico de la separación de poderes (concretamente, la separación entre autoridades administrativas y judiciales); por otra, abandonarán las materias de gran relieve político a la libre disponibilidad de los órganos de la Administración activa: *«double restriction inspirée par l'unique souci politique de se faire modeste pour se maintenir et durer»* (2). Aparece así en el terreno jurisprudencial la noción de acto político o de gobierno.

La primera decisión del Consejo de Estado en la que aparece el concepto se remonta al 1 de mayo de 1822 (el ya famoso *arrêt LAFFITTE*) (3): Napoleón había concedido a su hermana Paulina Borghese una renta de 670.000 francos; renta que posteriormente adquirió el banquero Laffitte. Una Ley de 12 de mayo de 1826 privó a la familia Bonaparte de todos los bienes que hubiese adquirido a título gratuito, y entre ellos la citada renta de la princesa Borghese. Laffitte impugnó ante el Consejo de Estado la negativa del Ministerio de las Finanzas a pagarle las cuotas de las rentas vencidas con anterioridad a la citada Ley. El Consejo de Estado rechazó el recurso, evitando entrar en el fondo del mismo, con la consideración de que *«la réclamation du sieur Laffitte tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au gouvernement»*.

Sucesivamente en los años de la Monarquía de julio, de la Segunda República y del Segundo Imperio, el Consejo de Estado renovó en numerosas decisiones la inadmisibilidad de recursos relativos a controversias de

---

(2) DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Sirey, París, 1935, pág. 31; MIGNON, *L'aménagement de l'emprise de la théorie des actes de gouvernement: progrès nécessaire du concept de légalité*, en «Revue Administrative», 1951, núm. 19, pág. 32: «C'est donc essentiellement une raison profonde d'opportunisme qui a donné naissance à ce domaine réservé.»

(3) Recueil Sirey, 1882, II, 63; también en Rec. du Conseil d'Etat, 1821-25, 202.

naturaleza política; se trataba en la mayoría de los casos de decisiones tomadas por el Gobierno con respecto a los miembros de las familias reinantes en Francia (4). Y en esta fase de desarrollo de la problemática del acto político, la doctrina francesa, con el afán de tratar de explicar la naturaleza de este concepto nacido espontáneamente en el terreno jurisprudencial, elabora su primera teoría, denominada del móvil (*mobile*) o de la causa subjetiva que se mantuvo hasta la instauración de la tercera República y de la cual hablaremos dentro de poco.

Aunque el origen jurisprudencial del acto político sea una cuestión que no plantea ninguna duda, una parte de la doctrina francesa, sin embargo, creyó encontrar en el mismo Derecho positivo un reconocimiento expreso de la existencia de esta noción, y concretamente en el artículo 47 de la Ley del Consejo de Estado de 3 de marzo de 1849 (norma reproducida más tarde en el artículo 26 de la Ley de 24 de mayo de 1872); Ley que por primera vez concedió al Alto Organismo las facultades de la *justice déléguée*, es decir, poderes de verdadero juez, que ya no se limitaba a someter un proyecto de decisión al Jefe del Estado, sino que decidía soberanamente en el caso controvertido. El citado artículo establecía que «*les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des Conflicts les affaires portées devant la section du contentieux et qui n'appartiennent pas au contentieux administratif*». Sin embargo, la doctrina jamás estuvo de acuerdo en la interpretación de esta norma, y la jurisprudencia, por su parte, nunca se refirió a ella (5). Lo que nos interesa en definitiva es ver cómo la noción de acto de gobierno aparece por primera vez en el terreno jurisprudencial, concretamente en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, y su aparición tiene mucho que ver con la especial

(4) Vid., 5 de diciembre de 1838, duquesa de Saint-Leu (Rec. Sirey, 1839, II, 552); 22 de agosto de 1844, príncipe Luis Napoleón (Rec. Sirey, 1845, II, 60); 18 de junio de 1852, herederos de Orleans (Rec. Sirey, 1852, II, 307); el Decreto de 22 de febrero de 1852, por el que se declara que todos los bienes donados el 7 de agosto de 1830 por el Rey Luis Felipe a sus hijos deben ser devueltos al Estado, «est un acte politique et de gouvernement» (también en Rec. du Conseil d'Etat, pág. 252); 9 de mayo de 1867, duque D'Aumale (Rec. Sirey, 1867, LL, 124): La confiscación de una obra del duque por el prefecto de Policía y su confirmación posterior por el Ministro del Interior «sont des actes politiques qui ne sont pas de nature à nous être déférés pour excès de pouvoir en notre Conseil d'Etat par la voie contentieuse». Cfr. esta jurisprudencia en JÈZE, *Théorie générale des motifs déterminants*, en «*Revue Droit Public*», 1922, págs. 425 y sigs. Cfr. CHELI *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milán, 1961, págs. 6 y sigs. y nota 9.

(5) Cfr. BREMOND, *Des actes de gouvernement*, en «*Rev. Droit Public*», 1896, págs. 39 y sigs.; LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, I, Berger-Levaul et Cie., París, 1896, pág. 33; HAURIOU, *Précis de Droit administratif*, París, 1933, pág. 415; en Italia vid. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, I, Milán, 1958, pág. 191, nota 13.

situación que atravesaba el Alto Cuerpo administrativo en los años de la Restauración.

Los acontecimientos de 1870 provocaron la caída del Imperio y el nacimiento de la tercera República, que devolvió definitivamente al Consejo de Estado el poder de jurisdicción en toda su amplitud (Ley de 24 de mayo de 1872); desde entonces, «*il statu souverainement*» y sus decisiones se toman en nombre del pueblo francés. Las nuevas instituciones, el régimen liberal definitivamente implantado, favorecerán el abandono en sede jurisprudencial y doctrinal de la teoría del móvil y la afirmación de una nueva, la llamada teoría de la naturaleza del acto; el desarrollo del espíritu de legalidad, la disminución de la fuerza gubernamental a la caída del régimen imperial, la aparición del sistema de la justicia delegada, son factores que provocan el cambio de orientación. Con este nuevo planteamiento de la cuestión se trata de hallar una clara línea de demarcación entre actos políticos y actos administrativos, diferenciados en su naturaleza por referirse a dos tipos de actividad (Gobierno y Administración) completamente distintos.

La nueva teoría la inicia el *arrêt* Príncipe Napoleón de 19 de febrero de 1875 (6): El Príncipe Napoleón José Bonaparte recurría por exceso de poder una decisión del Ministro de la Guerra de no incluir su nombre en la lista de Generales de división publicada en el «Anuario militar». El Consejo de Estado rechazó la excepción de politicidad aducida por el Ministro y examinó el fondo del recurso; «*il ne suffit pas qu'un acte, émané du gouvernement ou de l'un de ses représentants, ait été délibéré en Conseil des Ministres ou qu'il ait été dicté par un intérêt politique*», siempre que a los actos impugnados se reconozca una naturaleza objetivamente administrativa. Esta misma posición será adoptada más tarde por la jurisprudencia del Tribunal de conflictos creado por la segunda República, suprimido en 1852, durante el segundo Imperio, y restablecido definitivamente por la citada Ley de 1872; una clara formulación de la teoría se encuentra en la sentencia de 23 de marzo de 1889 (recurso DUFÉILLE), en la que el Tribunal establece que el secuestro de unos impresos ordenado con fines políticos por un Prefecto de Policía por orden del Ministro del Interior, «*ne change pas de nature par le fait qu'il est ordonné dans un but politique et que la mesure a été approuvée par les Chambres; les diverses*

---

(6) Recueil Sirey, 1875, II, 95; Rec. Dalloz, 1875, 3, 18, y Rec. du Conseil d'Etat, página 155. En el mismo sentido, 20 de mayo de 1887, duque D'Aumale y príncipe Joaquín Murat, en Recueil Sirey, 1889, II, 19. Por todo, cfr. LONG-WEIL-BRAIBANT, *Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, París, 1965, págs. 14-19.

*circonstances ne sauraient lui donner le caractère d'acte administratif ou d'acte de gouvernement»* (7).

Y esta nueva solución al problema de los actos políticos se mantendrá en la doctrina y en la jurisprudencia francesa hasta la primera Guerra Mundial: época en la que debemos detener nuestro examen, ya que es precisamente en los últimos años del pasado siglo cuando el problema de los actos políticos se plantea por primera vez en el ordenamiento italiano.

## B) Italia.

El concepto de acto político tiene en Italia un origen distinto del que hemos visto en Francia. Como antecedentes, en los que ya se puede detectar el inminente nacimiento del concepto, se citan las obras de MANTELLINI y el debate parlamentario de la famosa Ley de 20 de marzo de 1865, número 2.248, que abolía los Tribunales de lo contencioso-administrativo (regulados anteriormente por la Ley RATAZZI, de 30 de octubre de 1859, número 3.708); en esta ocasión afirmaba MANCHINI que debían ser sustraídos al control de los órganos jurisdiccionales «*i diritti e le prerogative costituzionali del Re, del diritto delle genti, dello ius pubblico ed ecclesiastico*» (8).

Sin embargo, el problema de los actos políticos se plantea por primera vez en Italia en sede de Derecho positivo (y no en sede jurisdiccional, como en Francia) durante la discusión por el Parlamento del proyecto de Ley que instituía en el Consejo de Estado una cuarta sección, encargada del control de legalidad de los actos administrativos. Significaba esta Ley el deseado resultado de un intenso movimiento político y doctrinal iniciado en todo el país inmediatamente después de la desaparición del sistema contencioso-administrativo; en efecto, la Ley de abolición de 1865 dejaba a la libre decisión de la Administración activa la protección de los intereses legítimos, con la única garantía que podía suponer para el particular la existencia del recurso jerárquico. Se trataba, en definitiva, de dar un

(7) Recueil Sirey, 1891, III, 32. En el mismo sentido, una sentencia anterior, de 5 de noviembre de 1880, MARQUIGNY, a propósito de una expulsión de jesuitas, en Recueil Sirey, 1881, III, 91, 93. En general, sobre el Tribunal de Conflictos francés, vid., entre otros, ARRIGHI, *Le Tribunal des Conflits et la Revolution de 1848*, en «Chronique Dalloz», 1949, pág. 57.

(8) Sesión del 16 de junio de 1864, en Actas de la Cámara, Leg. VIII, Ses. II, página 5409. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzioni fra le autorità giudiziarie e amministrative in Italia*, I, Florencia, 1871, págs. 86 y sigs., y II, Florencia, 1873, págs. 79 y sigs. y 159 y sigs.; ídem, *I conflitti di attribuzioni in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Florencia, 1878, pág. 93. En general, cfr. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milán, 1961, págs. 8 y sigs.

juer a aquellos intereses que no tenían la categoría de derechos subjetivos y que, por tanto, no podían gozar —según la normativa de la Ley de 1865— de la tutela de la autoridad judicial. El crecimiento de la acción administrativa y la práctica de los Gobiernos a usar cada vez más de los poderes administrativos, agudizaron más todavía el problema de garantizar una justicia efectiva en el seno de la Administración; todas estas consideraciones formaron la base de aquel movimiento político-doctrinal que fué impulsado y dirigido por personalidades señeras de la ciencia jurídica y de la política italianas de aquel tiempo, entre las cuales destacó la figura de Silvio SPAVENTA, el cual, en su histórico discurso sobre *La giustizia nell'amministrazione* —pronunciado en la Asociación constitucional de Bérgamo el 6 de mayo de 1880—, afirmaba la necesidad de que la actividad de la Administración se desarrollase de conformidad con la Ley, y ponía en evidencia el peligro que podía representar el arbitrio de los partidos en el seno del Gobierno parlamentario, para los legítimos intereses de los particulares, que en todo momento debían ser protegidos. La organización de la justicia administrativa se presentaba, pues, como una necesidad urgente para la efectiva garantía de los derechos reconocidos a los ciudadanos por el Estatuto Albertino (9).

Pero larga y fatigosa fué la preparación de la reforma dirigida a dotar de auténtica tutela a aquellos intereses que la Ley de 1865 había privado de protección: los proyectos CRISPI (1873), NICOTERA (1877), DEPRETTIS (1880-84), no fueron aprobados por las Cámaras. La realización de la esperada reforma será mérito de CRISPI, cuando siendo Presidente del Consejo presentó el 22 de noviembre de 1877 un nuevo proyecto de ley. Y es precisamente en la discusión parlamentaria de este proyecto cuando se planteará —como hace poco hemos afirmado— por primera vez en Italia el problema de los actos políticos.

La importancia de los debates a que dió lugar la aprobación de la Ley del Consejo de Estado de 31 de marzo de 1889, número 5.992, es fundamental para la justa comprensión del fenómeno analizado; como es fundamental, por lo demás, el estudio de los trabajos parlamentarios para

---

(9) *La giustizia nell'amministrazione*, Turín, 1949; publicado también en la «Rivista di Diritto Pubblico», 1939, I, pág. 222. Entre los principales representantes de este movimiento vid. MINCHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nella amministrazione*, Bolonia, 1881; MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, vol. III, Florencia, 1882; DE MURTAS-ZICHINA, *La giustizia amministrativa in Italia*, Turín, 1883; LEPORINI, *Giustizia nell'amministrazione e giurisdizione amministrativa*, Macerata, 1887. Cfr. también ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, en el *Primo trattato di Diritto amministrativo*, Milán, 1901, pág. 638; SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Turín, 1904, págs. 274-78 y 461-87.

una mejor interpretación del sentido de cualquier otra Ley (10). Y en este sentido veremos a continuación cuál ha sido el significado y el verdadero alcance que el legislador de 1889 quiso dar a la norma contenida en el artículo 31 del vigente T. U. del Consejo de Estado de 26 de junio de 1924, número 1.054, norma que reproduce fielmente el artículo 24-2.º de la mencionada Ley de 1889.

El proyecto presentado por el Gobierno a las Cámaras no contenía la formulación expresa de exclusión de todo control de los *atti o provvedimenti emanati del governo nell'esercizio del potere politico*, sino que su inclusión fué operada por la Oficina Central del Senado en el apartado 2.º del artículo 3 del proyecto (11).

En la discusión que tuvo lugar en el Senado sobre la justificación de esta norma, el senador COSTA afirmaba en defensa de la misma que los actos políticos debían sustraerse al control del Juez administrativo, porque *«essendo essenzialmente diretti a tutelare, si nell'indirizzo degli affari interni che nelle relazioni coi potentati stranieri; gli interessi e le necessità dello Stato, hanno con gli interessi privati dei rapporti meramente occasionali o non ne hanno alcuno»* (12).

En la Cámara de Diputados el Presidente CRISPI se manifestaba en el mismo sentido: *«per gli atti di governo —afirmaba— non c'è nessun giudice all'infuori del Parlamento. Se l'ordine fu turbato, se il potere esecutivo fu obbligato a provvedere perché la pace pubblica fosse conservata, non è possibile dare un giudice al cittadino. In questo caso, giudice delle garanzie costituzionali, tutore dei diritti politici, non ce n'è uno solo, ed è il Parlamento»*. Por su parte, TONDI, defensor del proyecto ante la Cámara de los Diputados, concretaba las manifestaciones del acto político en las relaciones del Gobierno con las Cámaras, en las Convenciones y Tratados internacionales, en los actos emanados en estado de guerra y en las medidas de seguridad interna. No faltaron, sin embargo, opositores a la norma, y entre ellos el más destacado fué SALANDRA, que propuso la

(10) FILOMUSI-GUELFU, *Nota alla decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato del 24 novembre 1891*, en «Giustizia Amministrativa», 1891, IV, págs. 51 y sigs. Vid. también FRANCESCHIELLI, *La giustizia amministrativa e la IV Sezione del Consiglio di Stato*, Roma, 1889; SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., págs. 497-562; SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, en «Riv. Dir. Pubbl.», 1931, páginas 407-417. Sobre la discusión parlamentaria del artículo 24, 2.º, de la Ley de 31 de marzo de 1889, vid. *in totum* CHELI, *Atto politico*, cit., págs. 8 y sigs.

(11) Sin embargo, en la relación introductiva presentada al Senado se mencionaban las *funzioni puramente politiche del potere esecutivo*, que debían sustraerse a la fiscalización del nuevo órgano de justicia administrativa. Vid las Actas del Senado, Leg. XVI, Ses. II, 1887-88, vol. I, núm. 6.

(12) Actas del Senado, Leg. XVI, Sec. II, 1887-88, vol. I, núm. 6A, pág. 11.

supresión de la misma, dada la peligrosidad que podía suponer para los derechos de los particulares la existencia de una categoría de actos políticos infiscalizables y, por lo demás, de difícil definición. Las posteriores declaraciones de CRISPI parecieron suficientemente claras y tranquilizadoras a SALANDRA, que retiró su moción: la interpretación restrictiva dada a la norma por el Presidente del Consejo logró hacer desaparecer la férrea oposición de aquél. «No se puede imaginar que se recurra al Consejo de Estado contra el Decreto del Rey que disuelve la Cámara de Diputados. No es imaginable que se recurra al Consejo de Estado contra un tratado de alianza firmado con una potencia extranjera...» (13).

Finalmente, la norma (art. 24-2.º de la Ley de 31 de marzo de 1889, número 5.992) fué aprobada con la siguiente formulación: «*Il ricorso non é ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati del governo nell'esercizio del potere politico*»; más tarde pasaría a ser el contenido del artículo 22 del T. U. del Consejo de Estado de 17 de agosto de 1907, número 638, que extendió su eficacia al recurso de mérito, y actualmente se encuentra plasmada en el artículo 31 del vigente T. U. del Consejo de Estado, de 26 de junio de 1924, número 1.054.

De este breve análisis histórico del nacimiento del concepto de acto político en el Ordenamiento italiano podemos deducir algunas conclusiones que nos ayuden a comprender más exactamente el alcance del fenómeno. Hemos visto cómo la noción jurídica del acto político, al contrario que en Derecho francés, nace en Italia del Derecho positivo en el momento de la institución de un sistema de justicia administrativa y sin la existencia anterior de un concepto aproximativo del mismo. Los diputados y senadores del 89 determinaron con bastante exactitud la esfera de eficacia —aunque no el concepto— del acto político, y por ello la interpretación que dieron a la norma (hoy el art. 31) es fundamental a la hora de buscar el significado y alcance de la misma.

En este sentido hemos podido ver cómo antes que limitar se trató de concretar la competencia del órgano de justicia administrativa que entonces se creaba. La norma nació con el significado preciso de comprender solamente los actos enumerados en el artículo 5 del Estatuto Albertino

---

(13) Actas de la Cámara, Leg. XVI, Sec. III, vol. I, págs. 123-124; con las intervenciones de SALANDRA (127-30 y 138-39), CUCCIA (130), INDELLI (131-32), CRISPI (132-33), TONDI (134-37), BONASI (139-40). Sobre los debates parlamentarios vid. también LIUZZI, *Sulla nozione di atti di governo*, en «Foro Amministrativo», 1927, IV, págs. 60-63; COCO, *L'atto di potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*, en «Riv. Dir. Pubbl.», 1927, I, págs. 277-79. Modernamente cfr. CHELI, *Atto politico*, cit., págs. 8 y sigs.

(es decir, la declaración de guerra y los tratados de paz, de alianza, de comercio, etc.; en general, la esfera de las relaciones internacionales), los realizados por el Gobierno en el campo de la seguridad pública y aquellos que una Ley delegase en el Gobierno.

Evidentemente el concepto escapaba a la noción misma de acto administrativo; quizá fué introducido en la normativa de la Ley de 1889, debido a la conciencia cierta de los hombres de entonces, que no todos los actos emanados por los órganos del Poder ejecutivo pueden ser sometidos al control jurisdiccional, so pena de subvertir las relaciones de equilibrio entre los poderes del Estado que el sistema parlamentario realizaba. Con la exclusión del acto político de todo control se quería en definitiva despejar el campo administrativo de posibles confusiones, y en este sentido muy bien se puede pensar que el artículo 24 de la Ley de 1889 excluyese del control jurisdiccional aquellos actos (actos que se refieren a las relaciones internacionales, actos del Ejecutivo con delegación legislativa, actos de relación del Ejecutivo con el Legislativo, actos que se refieran a la seguridad interior y exterior) que no podían ser paralizados por una impugnación de los particulares, debido a su especial contextura, ya que —como antes decía el senador COSTA— *hanno con gli interessi privati dei rapporti meramente occasionali o non ne hanno alcuno*. El Consejo de Estado solamente podía controlar la legitimidad de los actos administrativos, y no la de todos los actos realizados por el Poder ejecutivo, sea en el campo internacional, en el campo interno o en el círculo de las relaciones interconstitucionales: actos éstos que obedecen a reglas muy distintas de las de los actos administrativos. Es por esto por lo que creemos que todo estudio que se realice en este nebuloso campo debe tener en cuenta esta importante significación, dada la norma contenida en el artículo 24 de aquella Ley del 89 y en el actual artículo 31.

Finalmente debemos subrayar que en aquellos momentos de elaboración de la Ley de 1889 existía general acuerdo en admitir que la excepción de la naturaleza política de un acto alegada por el Gobierno no vinculaba en absoluto al Consejo de Estado, que era totalmente libre de decidir sobre el fundamento de la excepción misma; desaparecía así un posible uso ilegítimo de la norma por parte del Gobierno, y la garantía de los derechos de los particulares se veía considerablemente reforzada. Y es así como el temido peligro de la inserción del concepto de acto político en la Ley del 89 y en las siguientes fué conjurado en base a estas consideraciones. Más adelante, sin embargo, analizaremos con detenimiento estas conclusiones que hemos obtenido del examen histórico del nacimiento

del concepto, ya que precisamente nuestro estudio se dirige a ver hasta qué punto la noción de acto político puede representar un peligro, una amenaza para los derechos de los ciudadanos en el actual Ordenamiento jurídico italiano (14). En nuestro análisis podremos observar además cómo muchas de las conclusiones que obtengamos serán plenamente válidas para el Ordenamiento español, en la medida de que lo que se pone en entredicho es la existencia misma del acto político como categoría conceptual independiente. Lo que ahora, sin embargo, nos interesa destacar es solamente el hecho de que el concepto nace en Francia merced a un clima histórico-político bien determinado, y que pronto la jurisprudencia del Consejo de Estado se encargó de operar la primera limitación del mismo al afirmar la existencia de actos «naturalmente» políticos distintos de los actos administrativos, encargándose el Alto Tribunal administrativo de decidir en cada caso concreto la naturaleza política o administrativa del acto en cuestión. En Italia —como hemos visto— el acto político nace con un significado bien preciso que nada tiene que ver con el acto administrativo, y que de lo único que se trataba era de determinar claramente la competencia de la Sección IV del Consejo de Estado que entonces se creaba; por lo demás, también en el Ordenamiento italiano el Juez administrativo decidía soberanamente sobre la politicidad o no de un determinado acto.

En definitiva, del breve examen histórico del origen de la noción de acto político podemos deducir que: 1.º, el concepto de acto político se construye siempre como distinto del acto administrativo y con un significado muy concreto; significado que en Francia le fué dado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, y en Italia por los diputados y senadores de 1889. Problema distinto —que más tarde analizaremos— será el de ver hasta qué punto es necesario construir una categoría conceptual nueva para actos que se pueden explicar perfectamente sin fundarse necesariamente en una pretendida teoría de los actos de gobierno. O lo que es igual, ¿por qué llamar «políticos» a los actos que así denominaban el juez

---

(14) Sobre el planteamiento del problema en Bélgica y en Alemania vid., entre otros, CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Bruselas, 1947, páginas 389 y sigs.; PIERANDREI, *I diritti pubblici subbietivi*, Turin, 1940, págs. 60-68 y 247-251; MAYER, O., *Le droit administratif allemand*, Paris, 1903, I, págs. 10 y sigs. La categoría de los actos políticos está reconocida en España por el artículo 2 b) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956: «No corresponderán a la jurisdicción contencioso-administrativa... b) 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 fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.»

francés y el legislador italiano en el siglo pasado cuando cada uno de ellos son perfectamente explicables en base a criterios completamente distintos?; 2.º, en todo caso, tanto el Consejo de Estado francés como el italiano eran siempre jueces soberanos de la «politicidad» del acto. El sustraer al Gobierno la facultad de decidir sobre la naturaleza de sus actos representa —y representó— un indudable aumento de garantías para los derechos de los particulares.

Estas son, pues, en resumen, las conclusiones más importantes que se pueden derivar de un análisis histórico de la materia; en sí mismas son insuficientes, pero representan el paso previo para todo estudio que trate de explicar un poco la confusa teoría de los actos de gobierno. Es por ello por lo que se impone ahora ahondar en el campo doctrinal y tratar de obtener algunas conclusiones más que nos ayuden en nuestro trabajo.

### 3. *Desarrollo doctrinal.*

La indeterminación del concepto de acto político en el momento de su aparición motivó que desde el principio la doctrina se dirigiese a profundizar en su significado, en un intento de precisar el contenido y la extensión del mismo. A continuación haremos un breve análisis crítico de todas las orientaciones doctrinales, nacidas para tratar de explicar esta noción, viendo los puntos débiles de cada una e intentando obtener una conclusión general que pueda servir para un posterior esclarecimiento del problema; análisis histórico-conceptual que será fundamental a la hora de plantear en toda su amplitud la cuestión de la validez del concepto en el vigente Derecho positivo italiano. En este sentido no nos parece, por tanto, inútil el detenernos, aunque brevemente, en el análisis de las distintas teorías que han intentado encontrar la esencia misma del concepto de acto político, observando su evolución e intentando hallar sus relaciones recíprocas y las que mantuvieron con el ambiente histórico-político en el que se desarrollaron. Y el problema adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta —como afirmaba GUICCIARDI— que se ha ido difundiendo «*un senso di pessimismo circa la possibilità che il problema possa essere risolto dal giurista coi mezzi e coi metodi che la sua scienza gli consente e gli impone*» (15).

---

(15) *L'atto politico*, en «Archivio di Diritto Pubblico», II, Padua, 1937, pág. 2. «L'analyse juridique—afirmaba DUEZ—est impuissante à fournir le criterium de l'acte de gouvernement et à en déterminer les contours parce que la matière n'est pas sous la dépendence de la technique juridique...» (Op. cit., pág. 23.)

a) *Teoría del móvil o de la causa subjetiva.*

Esta teoría —elaborada por la doctrina francesa— es la primera en orden cronológico; en base a ella un acto se califica de político cuando su emanación sea referible a un móvil de orden político. Es el sistema adoptado por el Consejo de Estado francés en los primeros tiempos de la elaboración de la teoría de los *actes de gouvernement*, hasta el advenimiento de la Tercera República. Afirmaba DUFOUR —uno de los principales representantes de esta teoría— que «*ce qui fait l'acte de gouvernement, c'est le but que se propose son auteur. L'acte qui a pour but défendre la société prise elle-même, ou personnifiée dans le gouvernement, contre ses ennemis intérieurs ou extérieurs, avoués ou cachés, présents ou à venir, voilà l'acte de gouvernement...*» (16). Así pues, en este sentido la caracterización de un acto como político dimana de la voluntad misma del órgano emanante, es decir, del Gobierno, que tiene la posibilidad de sustraer al control del juez administrativo todo acto en el que afirme la existencia de un móvil político.

Como fácilmente se puede constatar, la teoría del móvil presenta el peligro de graves abusos por parte del Ejecutivo, sobre todo en regímenes autoritarios, ya que la misión del juez se reduce en este caso a comprobar el motivo político alegado por el Gobierno y en consecuencia a declararse incompetente.

Este grave y peligroso inconveniente hizo que la teoría fuese pronto abandonada por la doctrina y la jurisprudencia y se abordase el problema desde un punto de vista estrictamente jurídico. Sin embargo, en la Italia fascista una sentencia de la Casación de 27 de enero de 1927 volvió a fundamentarse en la ya olvidada teoría del móvil, declarando que si un acto *trae origine solo da moventi di ordine politico acquista indole politica* (17); posteriormente la Casación modificó esta peligrosa orientación

(16) *Traité générale de droit administratif appliqué*, vol. V, París, 1856, pág. 128. BATBIE, *Traité de droit public et administratif*, París, 1868, vol. VII, págs. 402 y siguientes. Cfr. también DARESTE, *La justice administrative en France*, Durand, París, 1862. Sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado francés vid. más arriba notas 3 y 4.

(17) Cass. Sec. un. de 27 de enero de 1927, en «Giurisprudenza Italiana», 1927, que anula una decisión precedente del Consejo de Estado, IV Sección, de 17 de julio de 1925 («Giur. It.», 1925, III, 276), en la que se apreciaba la existencia de exceso de poder. Sentencia comentada por JEMOLO en *La cassazione e l'atto amministrativo emesso dal Governo nell'esercizio del potere politico*, en «Riv. Dir. Pubbl.», 1927, págs. 391-399. En la doctrina vid. FORTI, *Diritto amministrativo*, Nápoles, 1931, I, págs. 25-26; idem, *Lezioni di diritto amministrativo*, II, Nápoles, 1932, págs. 62 y sigs.; CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padua, 1914, págs. 58-70, concretamente pág. 63; BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padua, 1934, págs. 19 y sigs., que mantiene una posición inter-

aceptando la línea seguida por el Consejo de Estado, que desde hacía mucho tiempo había abandonado definitivamente la teoría del móvil político.

En definitiva, esta doctrina en sí misma no tiene nada de jurídica: admitir una causa subjetiva, un móvil, como elemento característico y definidor del acto político, significa, no solamente dar entrada en esta materia a un dato extrajurídico, sino sobre todo justificar el arbitrio del poder ejecutivo. De todas formas, más exacto hubiese sido afirmar la peligrosidad de la existencia misma del concepto de acto político y no predicarla exclusivamente de una de las primeras teorías que han intentado explicarla. La existencia del concepto —con abstracción de cualquier teoría— es temible y peligrosa en sí misma, ya que en cualquier momento —la sentencia de la Casación italiana que hemos citado hace unos momentos constituye un magnífico ejemplo— puede ser explicado y justificado en base a consideraciones total y absolutamente extrajurídicas y constituir una válvula de escape a la legalidad y, por tanto, un atentado a los derechos de los ciudadanos. Pero es precisamente su efectiva y real existencia, reconocida por el Derecho positivo, lo que nos obliga a continuar nuestro análisis de las distintas posiciones doctrinales en un intento de hallar una satisfactoria explicación al mismo..., si ella es posible.

b) *Teoría de la naturaleza del acto o de la causa objetiva.*

Constituye esta teoría la antítesis de la anterior; afirma que los actos políticos son, en razón de su propia naturaleza, objetivamente distintos de los actos administrativos, e intenta establecer una clara distinción entre actividad política y actividad administrativa.

Esta teoría, acogida por el Consejo de Estado francés en el célebre *arrêt* Príncipe Napoleón de 17 de febrero de 1875 (18), fué la más difundida en Francia hasta la Primera Guerra Mundial (*Théorie de la nature de l'acte*). El acto administrativo —según la nueva dirección doctrinal— no cambia de naturaleza y, por tanto, no se sustrae al control del juez administrativo, aunque se realice en base a un móvil o causa política:

---

media entre la teoría del móvil y la de la causa objetiva, las cuales deben integrarse mutuamente: «Non può negarsi—afirma—un certo collegamento fra le due teorie quando si rilevi che in alcune delle materie contemplate da quest'ultima (teoria della causa oggettiva) gli atti di governo... sono costantemente politici, mentre nelle altre sono politici soltanto gli atti nei quali tale carattere risulta da speciali circostanze; ...onde in definitiva, non sembra di poter negare che talora sia necessario risalire alla valutazione in concreto del motivo dell'atto.»

(18) Cfr. notas 6 y 7 sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y del Tribunal de Conflictos.

los actos políticos tienen una naturaleza propia y distinta de la de los actos administrativos (19).

Se planteaba, pues, el problema de establecer un criterio de distinción entre actividad de gobierno y actividad administrativa, y para ello se propuso una clasificación de los actos políticos (actos relativos a las relaciones entre órganos constitucionales, actos relativos a la seguridad interior del Estado, actos relativos a la seguridad exterior y a las relaciones internacionales, los hechos de guerra, a los cuales algunos autores añadían el derecho de gracia del Jefe del Estado), y en ella se intentó buscar la esencia misma de este tipo de actos. Sin embargo, esta corriente doctrinal no consiguió su propósito de explicar la naturaleza de los actos de gobierno y se vió obligada a limitarse a una mera exposición analítica de los mismos. Los criterios del *imperium*, de la discrecionalidad o del interés general, no fueron suficientes para dar a los actos políticos una independencia conceptual. La doctrina llegó a fórmulas tan extremadamente vagas que impidieron aislar claramente una actividad de gobierno como una forma de actividad estatal con características propias y distintas de las tres funciones tradicionales del Estado.

Una parte de la doctrina francesa de finales del siglo pasado y principios del actual intentó definir los actos políticos como actos de ejecución directa e inmediata de una disposición formal de la Constitución; en este sentido, se decía, el Poder ejecutivo actúa como Gobierno cuando ejecuta normas constitucionales y se dirige a «*viser a l'ensemble de l'Etat á la sauvegarde des interets supremes et a l'harmonisation de l'exercice des pouvoirs constitués*» (20).

---

(19) Vid. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, II, París-Nancy, 1896, página 33; AUCOC, *Conferences sur l'administration et le droit administratif*, I, París, 1885, págs. 27 y sigs.; PRANARD, *De la notion de l'acte de gouvernement*, París, 1902, páginas 35 y sigs., 104 y sigs., 113 y sigs.; ESMEIN, *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, I, París, 1927, págs. 37 y sigs. Modernamente, vid. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, París, 1947; CHAPUS, *Acte de gouvernement*, en *Encyclopedie juridique Dalloz, repertoire de droit public et administratif*, I, París, 1958, págs. 24 y siguientes.; idem, *L'acte de gouvernement, monstre ou victime?*, en «*Chronique Dalloz*», rec. 15 de enero de 1958, pág. 9; AUBY y DRACO, *Traité de Contentieux administratif*, París, 1962, I, págs. 71 y sigs.; CAPITANT, *De la nature des actes de gouvernement*, en «*Etudes juridiques offertes à Juillot de la Morandière*», Dalloz, París, 1964, págs. 99-115. Para este autor los actos políticos son aquellos con los que el Gobierno participa en la función legislativa; en este sentido, un tratado internacional es un instrumento de legislación —de legislación internacional— y el decreto de gracia es una ley individual.

(20) DENDIAS, *La fonction gouvernementale et les actes de son exercice*, París, 1936, página 29; en general, desde la pág. 15. DUCROQUÉ, *Cours de droit administratif et de droit public*, II, París, 1897, pág. 88; LE COURTOIS, *Des actes de gouvernement*, París, 1899, págs. 48-49, 96, 111-112; CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de*

Esta orientación doctrinal fué pronto criticada en base al hecho de que muchas Constituciones contienen normas relativas a materias indudablemente administrativas y no siempre regulan aquellas otras que universalmente son reconocidas como «políticas», dependientes directamente del poder político (declaración de peligro público, estado de sitio, estado de guerra...); por lo demás, los actos que son ejecución de la Constitución pueden asumir —y de hecho asumen— los caracteres típicos, formales y sustanciales, de los tres poderes tradicionales del Estado.

En Italia se puede decir que la dirección doctrinal prevalente ha sido aquella que ve en la causa del acto el elemento característico y diferencial de los actos políticos, definiéndolos como aquellos actos «*causati da supreme considerazioni dell'interesse generale dello Stato nella sua unità*» (21). Es precisamente esta consideración unitaria del interés general del Estado en los momentos fundamentales de su existencia, la que comu-

---

*l'Etat*, I, París, 1920, págs. 523 y sigs.; REGLADE, *L'exception d'ilegalité en France*, en «*Revue Droit Public*» 1923, págs 402 y 404; DUCUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, París, 1918, págs. 110 y sigs.; idem, *Traité de droit constitutionnel*, 1921-25, II, págs. 245 y sigs., 304, 305; III, págs. 685 y sigs. BLOCK, voz *Administration*, cap. II, sec. I, página 15, en el *Dictionnaire de l'Administration Française*. Un breve análisis de todas estas direcciones doctrinales puede verse en CHELLI, op. cit., págs. 32 y sigs.

(21) RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Nápoles, 1912, págs. 339-343; idem, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milán, 1937, páginas 67-70; idem, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945, págs. 37-54; concretamente, pág. 47. RANELLETTI y AMORTH, voz *Atti di governo*, en el «*Nuovo Digesto Italiano*», 1937, pág. 1.110; idem, voz *Atti politici (o di governo)*, en el «*Novissimo Digesto Italiano*», I, 2, 1958, pág. 1513; ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1930, págs. 4-5, 175; idem, *Corso di diritto costituzionale*, Padua, 1941, pág. 364; STOTTO-PINTOR, *In torno al concetto di potere politico*, en «*Foro Ital.*», 1927, I, pág. 1.076; PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Mesina-Milán, 1931, III, págs. 203-204; SALEMI, *Giustizia amministrativa*, Padua, 1931, págs. 235-239; ORIGONE, *Provvedimenti regi sottratti ai controlli giurisdizionali*, Roma, 1935, pág. 13; ROEHRSEN, *L'atto di potere politico e la sua sindacabilità in sede giudiziaria*, en «*Riv. Dir. Pubbl.*», 1936, I, página 557; D'ALESSIO, *Diritto amministrativo*, Turín, 1939, II, págs. 408-410; SANDULLI, *Atto politico e eccesso di potere*, en «*Giur. Compl. Cass. Civ.*», 1946, XXII, II, página 521; VITTA, *Diritto amministrativo*, Turín, I, 1933, pág. 263; 1948, págs. 288 y siguientes; LESSONA, *La giusizia amministrativa*, Bolonia, 1953, pág. 111; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milán, 1958, pág. 191; idem, voz *Amministrazione pubblica*, en la «*Enciclopedia del Diritto*», II, Milán, 1958, pág. 236; PERCOLESI, *Manuale di diritto costituzionale italiano*, Roma, 1941, págs. 56-57; BORSI, op. cit., que—como hemos apuntado en la nota 17—mantiene una posición intermedia entre las teorías de la causa objetiva y subjetiva. Otros autores precisan la huida noción de «causa política» relacionándola con otros elementos susceptibles de integrar la naturaleza política de un acto; vid. en este sentido ALIOTTA, *Atti di governo e circolari politiche: irrelevanza di quest'ultime nei confronti dei soggetti estranei alla pubblica amministrazione*, en «*Diritto e Giurisprudenza*», 1947, págs. 53 y sigs; BODDA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Turín, 1954, págs. 106 y sigs.; SICA, *Del potere e degli atti politici* (nota a una sentencia), en «*Rass. Dir. Pubbl.*», 1948, II, págs. 455 y sigs.

nica el carácter «político» al acto que en ella encuentra su causa. En definitiva, pues, esta teoría intenta individualizar en los llamados actos políticos un elemento común en el que se sustancie la esencia de su politicidad. «Es acto político —decía una sentencia de la Sección V del Consejo de Estado italiano de 10 de marzo de 1951— el que tiene una causa política objetiva, es decir, el que se refiere a exigencias superiores de orden general, originadas por situaciones de hecho que pueden comprometer los intereses supremos de la generalidad y de las instituciones fundamentales del Estado, tal como existen en el momento histórico en el que se emana la disposición» (22).

La teoría fué también pronto criticada por su abstracción y generalidad, ya que hablar de interés general del Estado en su unidad constituye una fórmula extremadamente vaga e imprecisa que hace imposible determinar de manera clara el concepto de acto político, y casi imposible resolver con un criterio tan amplio los casos concretos que se puedan presentar al juez administrativo (23). Puede ser quizá que esa característica sea propia del acto político, pero por sí sola no sirve para ofrecernos con claridad su noción. Y esto es tan cierto que la doctrina que mantiene esta posición acaba por hacer una lista de actos que considera políticos, abandonando la esperanza de conseguir una definición que pueda mostrarnos inequívocamente la esencia de los mismos.

Otros autores, por el contrario, han intentado ver el elemento característico del acto político en el grado de libertad atribuida al órgano investido de poder político. Esta orientación doctrinal supone la existencia de una función de gobierno como función completamente libre, solamente condicionada por el interés general del Estado, y una función administrativa, como función vinculada a la aplicación y desarrollo normativo de las leyes. A la primera se le ha atribuido una especie de discrecionalidad pura o absoluta, consistente en la libertad de elección de los fines y medios de la acción estatal; a la segunda, una discrecionalidad secundaria, administrativa, que se identifica con la elección de medios para alcanzar los fines ya establecidos en la Ley (24).

(22) Esta teoría ha gozado de gran fortuna en la jurisprudencia. Cfr. *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1931-35*, II, Roma, 1937, págs. 2 y sigs.; *nel quinquennio 1936-40*, II, Roma, 1942, págs. 4 y sigs.; *nel quinquennio 1947-50*, I, págs. 1 y sigs.

(23) GUICCIARDI, op. cit., págs. 278-79; ALESSI, *Sistema istituzionale di diritto amministrativo italiano*, Milán, 1960, pág. 735; CARUSO-INGHILLERI, *Politica, amministrazione e giurisdizione amministrativa*, en «Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato», Roma, 1932, II, pág. 339; ZAGO, *Attività amministrativa e attività politica del potere esecutivo*, Milán, 1963, págs. 19 y sigs.

(24) JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, París, 1913, II, págs. 327-335; LAUN,

Contra este planteamiento teórico que ve en la discrecionalidad la característica peculiar de los actos políticos, se ha afirmado con razón que ésta es una característica general de los actos administrativos, y que, por tanto, no sirve para diferenciar los actos de gobierno del conjunto de actos realizados por los órganos de la Administración: Los actos políticos que no sean también discrecionales, no son discrecionales por el solo hecho de ser políticos (25).

Por otra parte, creemos que esta teoría, al hablar de discrecionalidad absoluta como característica propia y específica de los actos políticos, confunde los términos «actividad política» y «acto político», al hacer del segundo una manifestación propia y peculiar de la primera; en este sentido, al ser la actividad política una actividad absolutamente discrecional, los actos —políticos— que se dice que constituyen su manifestación específica, serían también absolutamente discrecionales. Pero, dejando aparte la inexactitud de la calificación absoluta predicada de la discrecionalidad, debemos afirmar que si la actividad política es en sí misma absolutamente discrecional, esto no significa que existan actos absolutamente discrecionales; aquélla constituye el momento anterior a la formación de Derecho, respecto del cual aparece como un *prius* lógico: es el momento en el que se establecen los fines a conseguir en una situación histórica concreta. Y esta elección de fines se manifiesta bajo los esquemas formales del Derecho (Leyes, Reglamentos...). En este sentido podemos afirmar que la llamada «discrecionalidad absoluta» corresponde al mismo concepto de política, en cuanto se identifica con la libre elección de los fines a conseguir en un momento histórico determinado, pero es incorrecto predicarla de un acto en concreto, ya que una vez establecidos, con discrecionalidad absoluta, los fines a conseguir el derecho predispone el esquema formal necesario a tal efecto (26). Por todo esto, afirmar que el acto po-

---

*Les actes de gouvernement*, en el «Annuaire del Inst. Intern. Droit Public», 1931, págs. 85-191; MAYER, *Le Droit administratif allemand*, cit. I, págs. 9 y sigs. Vid. también ARANCIO RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale*, 1913, pág. 559; CRISCUOLI, *La discrezionalità nelle funzioni costituzionali*, en «Ann. Università Perugia», 1921, págs. 459 y sigs.; FERRARIS, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione e l'autorità giudiziaria*, en «Riv. Dir. Pubbl.», 1924, págs. 211 y sigs.; idem, *Diritto amministrativo*, Padua, 1922, I, pág. 238.

(25) ALESSI, op. cit., pág. 677; CHELI, op. cit., págs. 33-34; RANELLETTI, *Principi*, cit., págs. 338-39; GUICCIARDI, op. cit., págs. 318-19.

(26) Cfr. GASPARRI, *Teoria giuridica della pubblica amministrazione*, Padua, 1964, páginas 139-40.

La existencia de una actividad «política»—que gran parte de la doctrina ha puesto al lado de las tres tradicionales del Estado—no supone necesariamente la existencia de actos «políticos»; es decir, este tipo de actos no son específica manifestación de una

lítico es absolutamente discrecional, no quiere decir nada que no sea acto arbitrario y antijurídico; y de todas formas, no sirve para darnos una idea clara sobre su esencia.

En esta visión general y crítica de las distintas posiciones doctrinales, hemos de referirnos, por último, a un grupo de autores que han intentado buscar la esencia de la naturaleza de los actos políticos en la excepcionalidad de su emanación. Según esta dirección doctrinal, los actos políticos no corresponderían a una actividad susceptible de ser encuadrada en el ámbito del derecho constituido, en el desarrollo normal de la actividad del Estado, sino a particulares situaciones de necesidad que configuran el acto de gobierno como acto *extra iuris ordinem* (27). Más concretamente,

---

cuarta función estatal—absolutamente libre—, ya que ésta, como se afirma en el texto, constituye un momento anterior a las tres actividades tradicionales del Estado y se manifiesta precisamente a través de ellas. De ahí que la clasificación de un acto como «político» apenas quiere decir nada, pues en cierta forma todos los actos—todo el Derecho—son «políticos», en la medida que manifiesta la elección de fines realizada por quien o por quienes detentan el poder en un momento histórico determinado.

La doctrina italiana ha denominado precisamente *funzione d'indirizzo politico* a toda esta actividad de concreción de fines, a cuya consecuencia tenderá más tarde la actividad normativa del Estado. Es así que la función de orientación política no tiene en el mundo jurídico una específica manifestación concretada en un acto típico (político), sino que, por el contrario—en tanto función de orientación—, informa toda la actividad de los poderes del Estado. (Cfr. sobre el tema CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, en «Studi Urbinati», 1939, págs. 55-172; CUOMO, *L'indirizzo politico*, en «Rass. Dir. Pubbl.», 1957, págs. 584-89. En España, vid. LUCAS VERDÚ, voz *Gobierno*, en la «N. E. J. Seix», X, 1960, pág. 616.)

Analizar en esta sede el concepto mismo de *libertad en el fin* que hemos predicado de la actividad política y, en definitiva, del poder político, desborda los estrechos límites de nuestro estudio; aquí solamente nos limitaremos a referirnos al problema que la doctrina se ha planteado sobre la existencia de *vínculos en el fin* establecidos por las normas constitucionales al poder político en el intento de afirmar que ni siquiera *libertad en el fin* significa discrecionalidad absoluta o ausencia total de límites, ya que el poder político se encuentra limitado por la Constitución formal. Sin embargo, debemos precisar que el límite constitucional incide sobre el objeto y no—y esto es lo importante—sobre el fin del poder, ya que—como ha sido observado acertadamente—«una cosa è il limite normativo ed una cosa distinta il vincolo nel fine: la norma che pone un limite preclude un certo spazio all'azione del soggetto, ma consente al soggetto stesso di muoversi liberamente nello spazio restante non previsto dalla norma; la norma che pone un vincolo nel fine impegna, invece, positivamente il soggetto al raggiungimento di determinati obiettivi» (CHELI, op. cit., págs. 112-13, nota 83). De todas formas, lo que aquí nos interesa subrayar es que la actividad política *libera nel fine* no justifica la existencia de una categoría de actos llamados «políticos». Cfr. también TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Turín, 1960, págs. 156 y sigs.; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, 1960, pág. 199.

(27) Esta doctrina ha incluido dentro de la categoría de los actos políticos a los decretos-leyes, los decretos-legislativos y los supuestos de estado de excepción. Vid. VIVIEN en su *rapport* a la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 3 de marzo de 1849, en Dalloz, 1849, IV, 73, núm. 40; MOREAU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*,

los actos políticos se identificarían con la asunción temporal del poder legislativo por parte de los órganos del poder ejecutivo. Estamos, pues, en este caso ante un poder —del que el acto político, según esta doctrina, es manifestación concreta— claramente anómalo en cuanto se ejercita en materias de normal competencia de los órganos legislativos, y por consiguiente, libre de cualquier vínculo formal cuando es ejercitado por los órganos gubernativos.

Antes de la actual Constitución italiana, la posibilidad de legislar mediante decretos-leyes era admitida por la mejor doctrina, a pesar de que la potestad en cuestión no encontrase una base jurídica positiva; para tratar de explicar y de justificar esta categoría —dado el absoluto silencio del Estatuto Albertino— se invocaba su analogía con las disposiciones dictadas por los jefes militares durante situaciones de estado de guerra o de sitio, o se hacía referencia a la costumbre y a veces se recurría al concepto de necesidad como fuente de derecho (28).

Y en este fenómeno —insólito en el sistema liberal— los autores e incluso la jurisprudencia creyeron encontrarse frente a los llamados «actos políticos», reconociendo en la excepcionalidad la característica típica y diferenciadora de los mismos (29). El acto político era, en definitiva, un acto *extra iuris ordinem*, típico de las situaciones de necesidad del Estado, que por estar «fuera del Derecho» no estaba a él sometido.

Sin embargo, la identificación de los actos políticos con los actos *extra iuris ordinem* se podía afirmar en todo caso antes de que ciertos fenómenos de apropiación del poder legislativo por parte de los órganos del Ejecutivo (los conceptos de decreto-ley, estado de guerra, de sitio, etcétera, fueran asumidos por el Derecho en la normativa de las Leyes ordinarias y, sobre todo, en la constitucional; es por ello por lo que a partir de este momento los actos políticos —identificados por la doctrina con los institutos propios de situaciones de excepcionalidad— se convierten así en actos *intra iuris ordinem* (30).

---

París, 1905, pág. 443; ESMEIN, op. cit., pág. 28; ORLANDO, op. cit., págs. 906 y siguientes; ROEHRSEN, op. cit., págs. 562 y sigs.; D'ALESSIO, op. cit., págs. 399-400. También CARUSO-INCHILLERI, op. cit., págs. 355 y sigs.

(28) Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, trad. esp., Madrid, 1965, página 494 y nota 113.

(29) Cfr. las sentencias citadas por GUICCIARDI, op. cit., pág. 289, nota 2.

(30) En Francia, desde el año 1926 comenzaron a aparecer a intervalos las llamadas *lois de pleins pouvoirs*. El artículo 13 de la Constitución de 1946 prohibió esta práctica, afirmando que «l'Assemblée vote seule la loi; elle ne peut pas deleguer le droit». Sin embargo, más tarde el artículo 6.º de la Ley de 17 de agosto de 1948 y el actual artículo 38 de la Constitución vigente de 1958 permitieron al Gobierno la emanación de decretos-leyes.

Por todo esto este planteamiento doctrinal perdió gran parte de su valor en el Ordenamiento italiano desde la emanación de la conocida Ley de 31 de enero de 1926, número 100, sobre la potestad del poder ejecutivo de emanar normas jurídicas, cuyo artículo 3 admitió la potestad de «*emanare norme giuridiche aventi forma di legge, con decreto reale, nei casi straordinari nei quali ragioni di urgenza e di assoluta necessità lo richiedano*» (31). El artículo 77 de la actual Constitución italiana ha regulado expresamente el instituto al establecer en su párrafo segundo que «*quando en cassi straordinari di necessità e d'urgenza, il governo adotta sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni*».

Pero no sólo el decreto-ley fué «juridificado», sino que también institutos típicos de situaciones de excepcionalidad, como el estado de peligro público y el estado de guerra, encontraron expresa regulación en el T. U. de las Leyes de seguridad pública de 18 de junio de 1931, número 733; más tarde, la Constitución de 1947 asumió en su artículo 78 el estado de guerra: «*le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al governo i poteri necessari*», y sin embargo, no hizo mención alguna del estado de sitio. BARILE afirma que este instituto no se encuentra regulado por la Constitución debido a un curioso equívoco, ya que un artículo propuesto a la constituyente sobre el tema por CRISPO (art. 74 bis), fué más tarde literalmente olvidado en la redacción definitiva de la Constitución (32). Y precisamente este olvido ha provocado que la doctrina se plantee el problema de si están todavía en vigor los artículos 214 a 217 del texto único de las Leyes de la seguridad pública en los que se regulan las dos medidas excepcionales citadas; la doctrina dominante resuelve el problema recurriendo al Decreto-Ley con el cual el Gobierno podría en caso de emergencia suspender la observación de algunas normas constitucionales (33).

(31) Ley que fue completada el 19 de enero de 1939 (Ley creadora de la *Camera dei Fasci e delle Corporazioni*), fecha en la cual se redujo sensiblemente la posibilidad de emanación de decretos-leyes.

(32) BARILE, voz *Atto di governo*, en la «Enciclop. del Diritto», IV, 1959, pág. 228. El citado artículo 74 bis establecía que «l'esercizio dei diritti di libertà puo essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinate dal tempo e dallo stato di guerra, nonchè per motivi di ordine pubblico, durante lo stato d'assedio...». Cfr. también FALZONE, PALERMO y CONSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Roma, 1948, pág. 55.

(33) Este tipo de análisis se puede incluso extender al examen de la discutida categoría de las ordenanzas administrativas de urgente necesidad que pueden incidir sobre situaciones subjetivas constitucionales (así, por ejemplo, en el marco del sistema jurídico italiano, el art. 7.º de la Ley de 20 de marzo de 1865, núm. 2.248; el art. 2.º de

Es este, sin embargo, un problema distinto del que nos hemos planteado, ya que en esta sede nos interesa solamente hacer notar que la extraordinariedad o excepcionalidad de un acto ha encontrado una precisa regulación jurídica, tanto en la Constitución como en las Leyes ordinarias (*intra iuris ordinem*), y que ambos conceptos no bastan para calificar la naturaleza política del mismo; además, semejantes caracteres se pueden encontrar incluso en los actos administrativos normales. Por otra parte, parece un poco extraño que la actividad política —actividad presente en todos los momentos de la vida del Estado y no solamente en los excepcionales—, asuma estas características; antes al contrario, ésta (la política, en una palabra) se manifiesta en los momentos normales de la vida estatal.

Con relación a los decretos-leyes y a los decretos legislativos, es inadecuado (e incluso, si se quiere, incompleto) hablar de actos políticos (todo lo más se puede hablar de motivos políticos en la emanación de estos decretos, pero estos motivos quedan fuera del mundo jurídico), precisamente por el simple hecho de ser actos con fuerza de Ley; y es esto lo que tiene relevancia con relación a los posibles sujetos lesionados, los cuales no tienen posibilidad de ir contra la ordenanza si no es indirectamente por vía de su desaplicación por parte del juez cuando no encuentre en ella los requisitos formales necesarios o —en el caso concreto de los Decretos legislativos— entienda que el Gobierno no se ha mantenido dentro de los límites establecidos en la delegación por el Parlamento, o también —para los decretos-leyes— falte la conversión en el plazo prescrito. La imposibilidad de reacción de los particulares contra estos actos, si son formalmente perfectos, se debe no a su calificación de «políticos», sino, por el contrario, a su categoría de normas con valor de Ley: su falta de fiscalización (en el caso, volvemos a repetir, de ser formalmente perfectos) se explica perfectamente sin recurrir a una pretendida categoría de actos políticos.

Por otra parte —y desde el particular punto de vista con el que he-

---

la Ley de la Seguridad Pública de 18 de junio de 1931; los arts. 261 y 263 de la Ley Sanitaria de 27 de julio de 1934, núm. 265; el art. 153 de la Ley municipal y provincial de 4 de febrero de 1915, núm. 148; los arts. 19-3.º y 20 de la Ley municipal y provincial de 3 de marzo de 1934, núm. 383..., etc.), pero esto supondría un estudio completamente distinto del nuestro, dirigido al examen de la compatibilidad de estas normas con la nueva Constitución. Precisamente el 1 de junio de 1966 el Gobierno italiano aprobó el proyecto de Ley que prevé la reforma del T. U. de las Leyes de la Seguridad Pública, con el deseo de asegurar su exacta y puntual adherencia al espíritu y a la letra de la Constitución. Cfr. el comentario al mismo de LEGUINA y SALAS en esta REVISTA.

mos examinado este poder de ordenanza derogatorio— podemos afirmar la total independencia de los actos excepcionales en general, de la categoría de los actos de gobierno, en cuanto que también las Ordenanzas administrativas (excepcionales) serán impugnables por vicios de legitimidad (comprendiendo también el exceso de poder); hoy día la doctrina y la misma Corte constitucional (sentencia de 2 de julio de 1956, núm. 8) reconocen al juez común la competencia para ejercitar el control de legitimidad sobre este tipo de Ordenanzas.

Así, pues, resumiendo, podemos decir que las Ordenanzas *administrativas* son perfectamente fiscalizables por el juez común, y que la falta de control de que gozan las *legislativas* no se debe a su calificación de actos políticos, sino simplemente a su categoría normativa igual a la de las Leyes ordinarias (34).

En conclusión, podemos afirmar que las situaciones de necesidad del Estado y, en general, toda la teoría de la necesidad en el Derecho administrativo se explican, sin que sea necesario un reenvío a la teoría de los actos políticos, entendidos como actos con entidad propia y que por su especial naturaleza gozan de inmunidad jurisdiccional. Es, pues, necesario despejar el campo de nuestro estudio de cualquier confusión que pueda existir entre los conceptos de actos excepcionales o *necessitati* y el inaprensible concepto de acto político o de gobierno (35).

Hasta ahora hemos visto y criticado la posición doctrinal que intenta buscar una esencia propia, una naturaleza especial, al concepto de acto político, acta para hacer de él una categoría independiente. El intento creemos que ha sido vano, y ello nos obliga a analizar en las páginas siguientes las restantes posiciones doctrinales que adoptan una postura completamente distinta de todas las hasta aquí examinadas.

### c) *Teorías empíricas y negativas.*

Para la llamada teoría empírica, la noción de acto político es científicamente inexistente en cuanto que no se deriva de una elaboración doctrinal que la hubiese delimitado con precisión, sino que es el resultado de razones de oportunidad política o de una concreta orientación juris-

(34) ALESSI, op. cit., pág. 29; BARILE, op. cit., págs. 231-32. Cfr. los estudios de ALBINI, *Osservazioni sugli atti politici*, en «Foro Padano», 1951, III, págs. 42-44; ZIRO, *Gli atti di governo sono atti extra iuris ordinem?*, en «Il Corriere Amministrativo», 1950, páginas 453-57. Vid. también la sentencia núm. 8 de la Corte Constitucional de 2 de julio de 1956, en «Giurisprudenza Costituzionale», págs. 602-607.

(35) Cfr., entre otros, MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, en «Archivio di Diritto Pubblico», I, Padua, 1936, págs. 377 y sigs.

prudencial de los órganos de la justicia administrativa. Se trata, en definitiva, de una posición doctrinal bastante escéptica sobre la validez de las teorías hasta aquí expuestas; y en consecuencia, no será posible establecer con caracteres ciertos y definitivos una definición de los actos políticos, desde el momento en que el área de la actividad política infiscalizable dependerá de una determinada política jurisprudencial. Ni siquiera el acto político será el comprendido en una *lista* elaborada por los órganos de la justicia administrativa (36), ya que el juez será el único órgano competente para determinar en cada caso concreto la naturaleza política del acto, pudiendo variar la lista indefinidamente adaptándose a las conveniencias del momento. «*L'acte de gouvernement* —afirmaba HAURIU— *est celui qui figure dans une certaine enumeration d'actes politiques dressé par la jurisprudence administrative, sous l'autorité du Tribunal des Conflits*», y SALANDRA añadía que «*anche in Italia altra soluzione non v'è per la definizione dell'atto del potere politico che quella data, caso per caso, dalla giurisprudenza della IV sezione*» (37).

Así, pues, esta teoría renuncia a resolver el problema, declarándolo lógica y jurídicamente insoluble, aunque no se atreve a afirmar la inexistencia de los actos políticos como tales, y contradictoriamente afirma que el juez posee los criterios necesarios para reconocer en cada momento la naturaleza política de un acto; criterio que, por supuesto, ella misma desconoce.

---

(36) Efectivamente, la doctrina, después de buscar inútilmente la esencia del llamado acto político, hubo de conformarse con una *lista* de los mismos que los Tribunales habían empíricamente establecido. Pero—y esto es lo que se trata de afirmar en el texto—al depender dicha lista de la política jurisprudencial adoptada en cada momento, los actos en ella contenidos pueden variar continuamente, ya que no existe un criterio en base al cual incluir unos actos y excluir otros. El valor de la lista como tal es, pues, completamente nulo.

(37) HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1933, pág. 418; APPLETON, *Traité élémentaire du contentieux administratif*, París, 1927, pág. 29; JÈZE, *Théorie des pouvoirs de guerre et théorie des actes de gouvernement*, en «*Rev. Droit Public*», 1924, págs. 573 y sigs.; idem, *Les principes généraux du Droit administratif*, I, París, 1925, págs. 396-97; BOSC, *Les actes de gouvernement et la théorie des pouvoirs de guerre*, en «*Rev. Droit Public*», 1926, pág. 205; DUEZ, op. cit., págs. 23-24, 86, 162, 186 y sigs.; DUEZ-DEBEYRE, *Traité de Droit administratif*, París, 1952, pág. 489; MICNON, op. cit., págs. 32 y sigs. En Italia, vid. SALANDRA, *La giustizia*, cit., págs. 806-810; LIUZZI, *Sulla nozione di atti di governo*, en «*Foro Amministrativo*», 1927, IV, págs. 63 y sigs.; DE VALLES, *Sulla teoria degli atti politici*, en «*Annali Università di Macerata*», 1929, págs. 11 y sigs., donde afirma que el estudio dirigido a comprobar si el acto político se sustrae al control de la justicia administrativa constituye no la premisa, sino el contenido de la actividad del juez administrativo, y concluye que «*solo in questo senso puo essere accettato il principio che sono atti politici quelli che la giurisprudenza ritiene tali; cioè, non fissando delle categorie tassative, e lasciando decidere il caso*».

En el presente apartado analizamos conjuntamente las teorías empírica y negativa, porque —como veremos a continuación— ambas coinciden en la imposibilidad de encontrar la esencia misma del concepto de acto político. Afirmar que la categoría o, mejor, la cualidad política de un acto depende de su inclusión entre una lista elaborada continuamente por la jurisprudencia no es aportar nada nuevo al estudio del concepto en cuestión. Por lo demás, estas dos posiciones doctrinales se asemejan más de lo que pueda parecer en un primer momento, ya que también la teoría negativa reconocerá la imposibilidad de fiscalización de los actos enumerados en la lista, si bien afirmará que para explicar esta exención no es necesario recurrir a una especial teoría de los actos políticos.

En conclusión, podemos afirmar que la teoría empírica acaba por confundirse con la misma teoría del móvil, en cuanto que abandona la solución del problema a la libre —y arbitraria— valoración de los Tribunales, así como aquélla (la del móvil) había abandonado la misma solución al arbitrio de los órganos del Poder ejecutivo. «En cualquier caso —afirmaba GUICCIARDI—, tanto si se deja a la autoridad que emane el acto, declarar la naturaleza del móvil, como si se permite al juez indagar sobre el mismo, esta doctrina no tiene en sí misma nada de jurídico; ya que el hablar de una causa subjetiva como elemento característico de los actos políticos significa solamente cubrir con un disfraz jurídico, que no engaña a nadie, el arbitrio del Poder ejecutivo o la oportunista habilidad del juez en relación con el grado de autoridad y de fuerza de que dispone el Gobierno, de cuyo acto ha sido llamado a controlar la legalidad» (38).

La teoría negativa, por el contrario, se basa en la radical negación de la existencia del problema, que considera falta de consistencia científica y de utilidad práctica; según tal opinión, la teoría de los actos políticos ha sido una creación de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, motivada por particulares contingencias históricas y políticas que ya no existen. Los llamados actos de gobierno no escapan al control de los órganos de la justicia administrativa por el hecho de una pretendida peculiaridad de su naturaleza capaz de hacer de ellos una categoría independiente sustraída al régimen común de los actos del Ejecutivo, sino sencillamente porque carecen de alguno de los presupuestos necesarios para el ejercicio del control jurisdiccional (39). No existen, pues, actos políticos,

---

concreto al giudice i cui precedenti responsi hanno soltanto il valore di un'autorevole indicazione».

(38) Op. cit., pág. 275. Vid también CHELI, op. cit., págs. 34-35.

(39) CHELI, op. cit., págs. 35-36.

sino solamente actos administrativos, algunos de los cuales pueden ser caracterizados por un amplio poder discrecional (40).

La opinión negativa —es necesario reconocerlo— es la única que se ha desarrollado en un terreno estrictamente jurídico y concreto al intentar examinar más de cerca y con método jurídico esta categoría tan discutida en todos los tiempos. Es sintomático que todas las doctrinas hasta aquí examinadas hayan acabado, después de todas sus elaboraciones dogmáticas, por hacer una simple lista de actos que consideran políticos; lista que, por lo demás, ha sido sometida a todas las variaciones posibles y que incluye actos de muy distinta naturaleza, imposibles de ser reconducidos a unidad. Hace años afirmaba DUEZ que esta simple *recette d'art politique* no es racionalmente necesaria, ya que la llamada reserva de poder discrecional es por sí suficiente garantía de independencia para la acción del Gobierno. Quizá —creemos— la clave del problema esté en discernir claramente los conceptos de actividad política y de acto político, no haciendo necesariamente al segundo manifestación peculiar y propia de la primera; es decir, no afirmando que a una actividad política deba corresponder un acto especial denominado político», ya que aquélla se manifiesta en y a través de las funciones estatales y no mediante una categoría propia de actos.

La única crítica dirigida contra este planteamiento negativo del problema es la de ignorar la existencia en el Derecho positivo italiano de una norma (el art. 31 del T. U. del Consejo de Estado) que hace referencia expresa a la categoría de los actos políticos: «*Il ricorso al Consiglio di*

---

(40) MICHOU, *Des actes de gouvernement*, en «Annales de l'Enseignement Supérieur de Grenoble», 1889, I, págs. 216 y sigs.; idem, *Etude sur le pouvoir discretionnaire de l'Administration*, en «Annales de l'Université de Grenoble», 1914, XXVI, págs. 54-58; BREMOND, *Les actes de gouvernement*, en «Rev. Droit Public», 1896, págs. 23 y sigs.; MOREAU, *Manuel de Droit administratif*, París, 1903, pág. 1903; idem, *Droit administratif*, París, 1909, págs. 1103 y sigs.; BERTHELEMY, *Traité élémentaire de Droit administratif*, París, 1926, págs. 115-118; GROS, *Survivance de la raison d'Etat*, París, 1932, páginas 370 y sigs.; VIRALLY, *L'introuvable acte de gouvernement*, en «Rev. Droit Public», 1952, págs. 317 y sigs.; idem, *Les actes de gouvernement en Droit français*, en «Etudes de Droit contemporain», Sirey, París, 1959, págs. 85-97; ODENT, *Contentieux administratif*, en «Le cours de Droit», París, 1957-58, I, págs. 157 y sigs.; WALINE, *Droit administratif*, París, 1963, págs. 217 y sigs.; VEDEL, *Droit administratif*, París, 1964, págs. 220 y sigs.; idem, *La jurisdiction competente pour prevenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, en «La Semaine Juridique», I, 1950, pág. 851; RIVERO, *Droit administratif*, París, 1965, págs. 140 y sigs. En Italia, CARUSO-INCHILLERI, *Atto politico e giurisdizione amministrativa*, en «Riv. Dir. Pubbl.», 1915, II, págs. 66 y siguientes; idem, *Politica, amministrazione*, cit., págs. 325 y sigs. En España, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha por las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, en el núm. 38 de esta REVISTA, mayo-agosto 1962, págs. 180-195.

*Stato in sede giurisdizionale non é ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati del Governo nell'esercizio del potere politico».*

Dejando aparte la posible inconstitucionalidad de esta norma con relación al artículo 113 de la Constitución (cláusula general de competencia), el problema, en definitiva, se reenvía a la interpretación de la *ratio* del artículo 31; y precisamente para llevar a cabo esta interpretación nos serviremos de los elementos históricos, doctrinales y jurisprudenciales hasta ahora analizados; y en este momento debemos tener presente que nuestro estudio se dirige sobre todo a ver hasta qué punto una actividad llamada política —o, más propiamente, la noción tradicional de acto político— puede influir en la esfera de garantía reconocida a los particulares; o, para decirlo en otros términos, hasta qué punto el mencionado artículo 31 ha podido representar —aun antes de la actual Constitución— un verdadero peligro para los derechos de los ciudadanos. Quizá el relacionar la norma del artículo 31 con nuestra posición negativa —incluso prescindiendo de la fundamental ayuda representada por el artículo 113 de la Constitución (41)— nos conducirá a una posición un tanto particular, aunque justificada en el fondo con un método estrictamente jurídico. Se trata en definitiva —ignorando todas las doctrinas que, como hemos visto, nada nuevo aportaron a la solución del problema— de ir a la búsqueda en todos los campos de este inaprensible concepto de acto político, y sobre todo de ver si los actos en los que la doctrina ha logrado un acuerdo en su calificación como «políticos», pueden representar efectivamente un círculo de impunidad del poder político, y cuáles son bajo el dominio del artículo 31 los poderes del juez respecto de estos actos.

Sin embargo, no queremos finalizar este análisis crítico de las teorías que han intentado explicar la categoría de los actos de gobierno, sin referirnos a dos posiciones doctrinales que creemos completan esta visión general del problema.

La primera de ellas es la del Comisario del Gobierno CELIER, formulada en sus conclusiones al *arrêt GOMBERT*, que se conoce con el nombre de teoría del acto mixto; en efecto, *«ce qui characterise l'acte de gouver-*

---

(41) Así planteado el problema, el análisis del artículo 31 del T. U. del Consejo de Estado de 26 de junio de 1924, núm. 1.054, puede ser perfectamente aplicable al Derecho positivo español (art. 2.º, *b*) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa), en la medida que prescindiremos del artículo 113 de la Constitución (cláusula general de competencia) para condenar y rechazar la existencia de los actos políticos como categoría independiente. Con ello pretendemos dar una validez más general a nuestro estudio, pensando que pueden existir en otros Ordenamientos normas como las del artículo 31, que no puedan ser derogadas por la existencia de una cláusula general de competencia de los Tribunales contenciosos.

nement —afirmaba en las citadas conclusiones— *c'est qu'il est accompli par le pouvoir executif dans ses relations avec une autorité echappant au contrôle du juge administratif. C'est en quelque sorte, un ACTE MIXTE* (el subrayado es nuestro), *et le Conseil d'Etat qui n'est qu'un demembrement du pouvoir executif ne peut connaître une decision à laquelle le pouvoir executif n'est pas seul intéressé»* (42).

Así, pues, la conclusión de esta particular posición doctrinal supone también la negación de una categoría independiente de actos políticos que serían sustituidos por estos «actos mixtos», cuya inmunidad jurisdiccional se puede explicar perfectamente sin recurrir a la teoría de los actos de gobierno (43). Es sin duda la de CELIER una inteligente explicación de la falta de control jurisdiccional de que gozan ciertos actos, pero... ¿por qué construir una categoría nueva de actos (mixtos) cuando la inmunidad jurisdiccional de que gozan obedece en cada uno de ellos a razones muy distintas que por supuesto nada tienen que ver con la teoría de los actos de gobierno?

Más importante que la anterior nos parece la llamada teoría de la *legitimidad necesaria* de los actos políticos formulada por GUICCIARDI (44), que define el acto político como un acto emanado por un órgano de Gobierno sobre la base de motivos extraños al orden jurídico, y que se sustrae al control del juez administrativo porque es *necesariamente legítimo*. Esta teoría intenta conciliar los artículos 26 y 31 del T. U. del Consejo de Estado (45), afirmando que la interpretación de estas normas conduce necesariamente a cualificar los actos políticos como actos formal y

(42) *Arrêt Gombert*, de 28 de marzo de 1947, en Sirey, 1947, 3, 87, y también en la «Rev. Droit Public», 1947, pág. 95. Vid. también DONNADIEU DE VABRES, *La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France*, en «Études et Documents du Conseil d'Etat», 1949, pág. 41. Algunas referencias, en ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, 1949-50, págs. 66 y sigs. (citado por MICNON, op. cit., páginas 41 y sigs., y por VIRALLY, *L'introuvable*, cit., págs. 337 y sigs.; *Les actes de gouvernement*, cit., pág. 91, nota 10).

(43) En el *arrêt* citado, el Consejo de Estado francés se declaraba incompetente en base al carácter judicial que reviste el ejercicio del poder de gracia por parte del Jefe del Estado. Vid. *amplius* el comentario de WALINE a dicha sentencia en «Rev. Droit Public», 1947, pág. 95.

(44) *L'acto politico*, cit., págs. 265-320 y 486-556, especialmente págs. 509 y sigs.

(45) El artículo 26-1.º del T. U. del Consejo de Estado de 26 de junio de 1924, número 1.054, establece que «corresponde al Consejo de Estado en sede jurisdiccional decidir los recursos por incompetencia, por exceso de poder o por violación de Ley, contra actos o disposiciones de una autoridad administrativa o de un Cuerpo administrativo deliberante, que tengan por objeto un interés de particulares o de entes morales jurídicos, cuando dichos recursos no sean de la competencia de la autoridad judicial ni se trate de materia que corresponda a la jurisdicción o a las atribuciones contenciosas de Cuerpos o Colegios especiales».

sustancialmente administrativos que gozan de inmunidad jurisdiccional por alguna característica que les es propia. En efecto, el control sobre la legitimidad de los actos administrativos establecido en el artículo 26 se ejercita en interés público, y la prohibición de tal control sobre los actos administrativos que se denominan políticos obedece también a razones de interés público; por esto es impensable que la prohibición de control de legitimidad sobre los actos políticos implique que puedan existir actos políticos que sean ilegítimos, ya que repugna al buen sentido jurídico el que un acto que viole las normas establecidas para tutela del interés público pueda ser sustraído a la comprobación de su ilegitimidad y a las consecuencias que de ella derivan. Lo que —afirma GUICCIARDI— es como decir que el acto político jamás puede ser ilegítimo, es decir, contrario a cualquier norma establecida para tutelar el interés público. Y así resulta lógico y comprensible que no se admita recurso contra un acto que no puede estar viciado de ilegitimidad.

Los criterios que delimitan la pertenencia de un acto a la categoría de los actos políticos son deducibles —según el autor— del mismo artículo 31, en el que se pueden individualizar dos requisitos esenciales: un requisito subjetivo (proveniencia del acto de un órgano de Gobierno) y un requisito objetivo (el acto debe ser emanado en ejercicio de un poder que la norma denomina político). El poder político se identifica con la manifestación más intensa del poder discrecional, y como éste se ejercita en base a motivos no determinados ni apreciables jurídicamente, los actos políticos entrarían así, pues, dentro de la categoría de los actos administrativos discrecionales. Sin embargo, el elemento de la discrecionalidad es insuficiente para explicar la inmunidad jurisdiccional de que goza este tipo de actos, ya que, como es sabido, los actos discrecionales también están sometidos al control de legitimidad. Esta aparente contradicción —concluye GUICCIARDI— sólo puede ser superada admitiendo la necesaria legitimidad de los actos políticos. El acto político, en efecto, está vinculado solamente por el respeto a la norma sobre la competencia, que atribuye única y exclusivamente al Gobierno la potestad de emanarlo, sin determinar los motivos o la modalidad de dicha emanación; el acto político ilegítimo, por violación de esta norma, pierde necesariamente su cualidad, convirtiéndose en un simple acto administrativo y, por tanto, perfectamente impugnabile. Lógico es, por el contrario, que la naturaleza política del acto no impida su impugnación ante el juez ordinario, ya que éste conoce de la licitud y de la legitimidad del acto administrativo, y el hecho de que el acto político no pueda ser jamás ilegítimo no quiere decir que

no pueda ser *ilícito*, entendiendo por acto ilícito el que viola una norma establecida para tutelar un derecho subjetivo. Es claro, por otra parte, que tal acto no sea fiscalizable en sede de mérito en cuanto que los actos políticos inoportunos son actos que determinan solamente una sanción política que recae sobre el órgano que los ha emanado.

En definitiva, la teoría de GUICCIARDI constituye una variante de la teoría (negativa) que ve en los actos políticos una subespecie de los actos administrativos. El mismo concepto de acto político desaparece y se transforma en un acto administrativo discrecional que no puede ser ilegítimo. En definitiva, decir que un determinado acto es político cuando es legítimo, y administrativo cuando es ilegítimo, no constituye la solución al problema de la esencia de los actos políticos; la misma expresión *necesariamente legítimos* es un tanto vaga, y todo lo más quiere decir que un acto político, para que sea tal, debe ser necesariamente legítimo, lo que, en definitiva, no quiere decir nada, sobre todo si se intenta afirmar como característica definitiva de una determinada categoría de actos, ya que semejante característica puede predicarse de actos completamente distintos. Realmente no se comprende por qué un acto administrativo ilegítimo no cambia de naturaleza, y un acto político se convierte en administrativo en caso de violación de la regla contenida en el artículo 31. Quizá GUICCIARDI, con la mencionada expresión *necesariamente legítimos*, haya querido, por una parte reducir a unidad una serie de actos excluidos de control que escapaban al concepto estricto de acto administrativo, y por otra, tratar de explicar con método jurídico la *ratio* de la norma contenida en el artículo 31 del T. U. del Consejo de Estado.

Pero es que además si se afirma que el artículo 31 representa una excepción para una especial subespecie de actos administrativos (denominada de los actos políticos) y que el mismo artículo no tiene ninguna razón de existir al ser los actos políticos inimpugnables por su naturaleza, debemos añadir que una misma norma no puede a un tiempo valer como excepción y no exceptuar nada (46). Por lo demás, no creemos que el artículo 31 proporcione una base suficiente para establecer con seguridad cuándo un determinado acto es emanado *nell'esercizio del potere politico*, ya que esta expresión es demasiado amplia para dar al juez un criterio claro y preciso sobre la politicidad del mismo. En definitiva, afirmar que un determinado acto, emanado en el ejercicio del poder político, es necesariamente legítimo, reenvía el problema a determinar con precisión lo

---

(46) Algunos apuntes críticos a esta posición doctrinal en ZAGO, *Attività amministrativa e attività politica*, cit., págs. 34 y sigs.; CHELI, op. cit., págs. 36-38.

que se entiende con la expresión «poder político»; y esto significaría encontrarnos otra vez al principio de la investigación, ya que precisamente lo que se trata de adivinar es qué significado pueda tener el calificativo «político» predicado de un acto.

De todas formas, es menester reconocer a GUICCIARDI su gran esfuerzo de analizar la tan discutida categoría de los actos políticos desde un punto de vista estrictamente jurídico, que le llevó a una original y aguda interpretación de la norma contenida en el artículo 31 del T. U. del Consejo de Estado, interpretación que, por otra parte, no se puede desvincular del momento histórico en el que fué enunciada (1937) y que significó una decisiva aportación a la lucha por la legalidad en el período fascista (47).

En suma, el resultado de la doctrina de GUICCIARDI es el mismo que al que por caminos distintos han llegado las demás posiciones negativas que hasta aquí hemos analizado, es decir, la irrelevancia de la categoría de los actos políticos con relación a la esfera jurídica privada; irrelevancia que las doctrinas que hemos visto la han afirmado, ya sea en base a la inexistencia de los actos políticos como tales, ya sea en base al carácter superindividual del plano en que se desenvuelve, ya sea, por último, en base a su necesaria legitimidad. De todas formas, si el artículo 113 de la Constitución ha derogado el artículo 31, la solución pierde gran parte de su valor.

#### 4. *El acto político en el Derecho anglosajón. Breve referencia.*

No queremos finalizar la presente exposición doctrinal sin hacer una breve referencia al régimen anglosajón, en el que el concepto de acto político adquiere un significado muy particular.

El *act of State* —configurado en el Derecho inglés como una excepción procesal— desemboca en definitiva en el mismo resultado práctico que el acto de gobierno continental (48), si bien el juez inglés fundamenta su decisión en un motivo que en modo alguno es el del acto político de los países de régimen administrativo, en cuanto que afirma su incompetencia en base a los principios generales y normales que determinan su campo de acción; así, cuando para la solución de un litigio se hace necesaria la aplicación de otras normas —como, por ejemplo, las del Derecho inter-

---

(47) El autor se dió cuenta de la dolorosa realidad que representaba la existencia de una norma que en manos del Gobierno podría convertirse en una patente de corso para violar impunemente los derechos de los ciudadanos. Su aguda interpretación restringió tanto el campo de aplicación de la norma, que la hizo virtualmente inocua.

(48) Por ejemplo, el caso *Rustingee*, v. «The Queen», 1876, 2, Q. B. D., 69.

nacional— que no forman parte del *common law*, el juez debe normalmente declararse incompetente. En este sentido, el *leading case Secretary of State for India*, ha definido el *act of State* como el acto del poder ejecutivo que se manifiesta como «ejercicio del poder soberano, y por tanto, no puede ser discutido, fiscalizado o interferido por los Tribunales. Su sanción no es la de la ley, sino la del poder soberano, y en cualquier caso debe aceptarlo tal como es, sin discusión» (49).

Actualmente y como resultado de una larga evolución jurisprudencial, la esfera de eficacia del *act of State* tiende a reducirse al área internacional (actos de relaciones internacionales) debido a la primacía del principio general de la *rule of law*, que concede a todos los ciudadanos la protección jurisdiccional contra los actos de los poderes públicos (50).

Las *political questions* del Derecho norteamericano tienen, por el contrario, una esfera de eficacia algo más extensa que los *acts of State* del Derecho inglés. Se entienden por actos políticos —decía GOODNOW— los actos de aplicación general o especial realizados por la Administración en cumplimiento de sus funciones políticas, tales como la dirección de las relaciones diplomáticas de un país, la firma de los tratados, el mando y la disposición de las fuerzas militares, así como el gobierno y la dirección de las relaciones del Ejecutivo con el Legislativo. Sobre estos actos los Tribunales no poseen ningún poder de control. El principio adoptado de la responsabilidad frente al pueblo será, se cree, suficiente para asegurar el cumplimiento imparcial y honesto de estos actos políticos» (51). Así, pues, las materias consideradas como *Political Questions* vienen a coinci-

(49) SALAMAN, v. *Secretary of State for India*, 1906, 1, K. B. (citado por DUEZ, op. cit., pág. 153). Cfr. GORDON, *La théorie des actes of State en Droit anglais*, en «Revue Droit Public», 1936, págs. 1 y sigs.; WADE, *Act of State in english law*, en «The British Year Book of International Law», 1934, págs. 98 y sigs.; KEIR-LAWSON, *Cases in constitutional law*, Oxford, 1954, págs. 102 y sigs. En el Derecho norteamericano, vid. FIELD, *The doctrine of political questions*, en «Harvard Law Rev.», 1925; WAGNER, *La teoria dell'atto di governo secondo la giurisprudenza degli Stati Uniti*, en «Ius», 1961, pág. 541; GOODNOW, *Principles of the administrative law of the United States*, 1905 (pág. 52 de la traducción francesa citada en el texto). WILLOUGHBY, *The Constitutional law of United States*, Nueva York, 1929, pág. 367.

(50) Los *leading cases* citados en las dos notas anteriores se refieren a materia internacional. La protección jurisdiccional que el principio general de la *rule of law* dispensa a los ciudadanos ingleses y a los extranjeros que se encuentren en territorio británico ha reducido los *acts of State* a los actos del ejecutivo realizados fuera de dicho territorio y en relación con extranjeros que no gocen de la protección de la Ley Británica. Cfr. CHELI, op. cit., pág. 23, nota 48, y autores citados en la nota anterior.

(51) GOODNOW, op. y loc. cit., WILLOUGHBY enumera entre las *political questions*: a) La existencia y delimitación territorial de la soberanía del Estado. b) El estado de guerra. c) La actividad diplomática y la ejecución de los Tratados (op. y loc. cit.).

dir en último término con las políticas del régimen administrativo continental.

Sin embargo, si exceptuamos una genérica afinidad entre las distintas problemáticas, las profundas y sustanciales peculiaridades que caracterizan el sistema anglosajón hacen imposible que el tema del *act of State* (o las *political questions*) pueda ser tratado desde el punto de vista de los sistemas continentales.

## II.—LA ESFERA DE EFICACIA DEL ACTO POLÍTICO Y LA GARANTÍA DE LOS PARTICULARES EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO.

### 1. *La esfera de eficacia del acto político: la lista de los actos políticos y la situación de los particulares.*

En este punto de nuestro estudio, después de haber examinado todas las doctrinas que han intentado explicar el concepto de acto político, debemos concluir que no hemos conseguido ver lo que éste sea verdaderamente; es decir, los elementos aportados por las distintas teorías no nos han servido para individualizar con precisión la esencia de una serie de actos que desde hace tiempo la doctrina y la jurisprudencia vienen denominando «políticos». Y hemos llegado a esta conclusión negativa después de haber buscado sin éxito un concepto claro e independiente de acto político: los criterios de la causa objetiva, de la ejecución directa de la Constitución, del interés general, de la discrecionalidad o de la excepcionalidad, no han sido suficientes —como hemos visto hace poco— para resolver el problema (52). Y en este sentido podemos decir, repitiendo la feliz expresión de VIRALLY, que el acto político o de gobierno ha llegado a ser poco menos que *introuvable* (53).

Con la entrada en vigor en Italia de la Constitución republicana ha aparecido un nuevo factor normativo en el ya complejo problema: el artículo 113 de la misma, que contiene la cláusula general de competencia de los Tribunales contenciosos (54), y que, por tanto, planteará el pro-

---

(52) Tampoco ha representado una solución definitiva al problema acudir al concepto de «actividad política» para justificar la existencia de una pretendida categoría de actos «políticos» (vid. nota 26).

(53) *L'introuvable acte de gouvernement*, cit., págs. 317-358.

(54) «Contra los actos de la Administración pública se admitirá *siempre* la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de jurisdicción ordinaria o administrativa. Tal tutela jurisdiccional no podrá ser excluida ni limitada a medios particulares de impugnación o para determinadas categorías de actos.

blema de su compatibilidad con la norma contenida en el artículo 31 del T. U. del Consejo de Estado. Sin embargo, antes de entrar a examinar el problema específico de la compatibilidad entre las dos normas, creemos necesario adoptar previamente una determinada posición con respecto a la interpretación del citado artículo 31, teniendo en cuenta los resultados que hasta ahora hemos obtenido de nuestro análisis (55). Solamente después de haber dado un significado preciso y específico a la norma contenida en el artículo 31, podremos saber si es o no compatible con la norma de la nueva Constitución.

Pero, no obstante, incluso antes de intentar una interpretación del artículo 31, debemos realizar un previo y último análisis. Hemos visto precedentemente cómo ningún planteamiento teórico ha conseguido proporcionarnos un claro criterio de distinción de los actos políticos entre la serie de actos realizados por el Poder ejecutivo; del análisis doctrinal que hemos llevado a cabo, solamente —podemos decir— hemos obtenido un único resultado positivo: el que todas las teorías han logrado un tácito acuerdo en denominar «políticos» a una serie determinada de actos; acuerdo que también hemos visto reflejado en la discusión parlamentaria de la norma del artículo 31 y en la jurisprudencia francesa e italiana. Se trata, pues, ahora de analizar brevemente cada uno de los actos contenidos en esta lista de general aceptación, e intentar descubrir la razón específica de su inmunidad jurisdiccional, en el caso de que ésta efectivamente exista. Es claro, por lo demás, que en este análisis será necesario poner en relación cada uno de los actos contenidos en la lista con las situaciones jurídicamente protegidas de los particulares, en un intento de ver su grado de incidencia y, por tanto, de peligrosidad (56).

a) *Actos de relación constitucional.*

En las relaciones del Gobierno con las Cámaras del Parlamento, una gran parte de la doctrina ha creído ver la manifestación específica de un típico acto político (presentación de proyectos de ley a las Cámaras, nombramiento y revocación de Ministros, promulgación de las leyes...). Sin embargo, debemos tener en cuenta que esta clase de actos se agotan en la misma esfera constitucional y no tienen relación alguna con la esfera de los derechos de los particulares; si se analiza con detenimiento la diná-

La Ley determinará los órganos de jurisdicción que pueden anular los actos de la Administración pública en los casos y con los efectos previstos por la Ley misma.»

(55) Cfr. nota 41.

(56) Para una lista de los actos políticos vid., entre otros, GUICCIARDI, *op. cit.*, páginas 287 y sigs. y 551 y sigs.; RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*,

mica de la función de *indirizzo politico*, se puede constatar cómo los actos que se realizan en la esfera constitucional y en general los que son manifestación de esta especial función, se pueden explicar muy bien sin una inútil referencia a la teoría clásica de los actos políticos. Por lo demás, y precisamente por la irrelevancia de la actividad constitucional en relación con la esfera de los derechos de los particulares, podemos decir que es completamente indiferente para nuestro análisis llamar «políticos» a estos actos constitucionales.

En este sentido, si el artículo 31 del T. U. del Consejo de Estado se refiere a esta categoría de actos, la norma en él contenida no tendría relevancia alguna en el momento de su aplicación por parte de los órganos competentes; es decir, sería prácticamente inaplicable por el juez administrativo, dada la imposibilidad material de que estos actos (constitucionales) puedan por sí mismos violar directamente un derecho subjetivo (57).

Entre estos actos de relación constitucional y la esfera de derechos privada se encuentra la Corte constitucional que garantiza la perfecta adherencia de estos actos a la normativa de la Constitución; así, pues, el particular —incluso en este nivel— se encontrará protegido de las posibles desviaciones de las normas constitucionales. Este control viene a demostrar —y esto es lo que nos interesa aquí subrayar— que ni siquiera este tipo de actos (que de por sí no inciden directamente en la esfera jurídico-privada) goza de una inmunidad absoluta, al ser perfectamente fiscalizable por los órganos de la jurisdicción constitucional en la forma que veremos a continuación.

El control de la Corte constitucional se limitaba, sin embargo, en un principio, a la constitucionalidad de las Leyes, y éstas, en sentido estricto, no pueden ser comprendidas dentro de la categoría de los llamados actos de relación constitucional, los cuales —como ya hemos apuntado— ago-

---

Milán, 1945, págs. 37-54; idem, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, IV, Milán, 1954, páginas 509 y sigs.; SICA, *L'attività politica nella Costituzione italiana*, en «Riv. Dir. Pubbl.», 1957, IV, pág. 853. En la doctrina francesa, DUEZ, op. cit., págs. 38 y sigs.; MIGNON, op. cit., págs. 33 y sigs.; VIRALLY, *L'introuvable*, cit., págs. 326 y sigs.; idem, *Les actes de gouvernement*, cit., págs. 89 y sigs. En España, GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., páginas 184 y sigs.

(57) Problema muy estudiado en la doctrina francesa: MIGNON, op. cit., págs. 33-34; VIRALLY, *L'introuvable*, cit., págs. 350-53; idem, *Les actes de gouvernement*, cit., páginas 94-95; VEDEL, op. cit., pág. 222; RIVERO, op. cit., págs. 141-42. En la jurisprudencia del Consejo de Estado francés vid., por ejemplo, los *arrêts Laigny*, de 30 de julio de 1949 (Rec., pág. 621), *Desreumeaux*, de 3 de noviembre de 1933 (Rec. Sirey, 1934, 3, 9), *Mutuelle nationale des étudiants de France*, de 9 de mayo de 1951 (Rec., pág. 253), *Hirschowitz*, de 8 de junio de 1951 (Rec. Sirey, 1951, 3, 74), etc.

tan su eficacia en el círculo de la actividad constitucional propiamente dicha; de todas formas, el control de la constitucionalidad de las leyes bastaba por sí mismo para garantizar eficazmente los derechos de los particulares, en cuanto que la Ley es en definitiva la manifestación exterior y formal de toda la actividad política precedente y, por tanto, la única que puede incidir directamente en la esfera jurídica de los ciudadanos. Con todo, una sentencia de la Corte constitucional de 9 de marzo de 1959, número 9, afirmó la competencia del alto órgano jurisdiccional para controlar la legitimidad constitucional del procedimiento de formación de las leyes (58). El control de la Corte se extiende, por tanto, incluso a aquellos actos (constitucionales) de los que habíamos afirmado su irrelevancia con relación a la esfera privada de garantía; así, pues, en un cierto sentido, se verá reforzada la posición del particular, en cuanto que no solamente se fiscalizará la constitucionalidad de las leyes, sino que se llegará a controlar incluso el proceso de formación de las mismas. Por todo esto debemos afirmar, sin lugar a dudas, que nada más extraño a esta categoría de actos constitucionales que la idea de inmunidad, característica esencial de los llamados actos políticos.

Quizá la causa concreta de que la Corte constitucional italiana alcanzase este alto grado de fiscalización del Poder legislativo —o de la actividad legislativa en general— se deba, por un lado, a la riqueza de la Constitución en preceptos que disciplinan la actividad interna de las Cámaras, y por otro, a la existencia misma de la Corte constitucional como órgano supremo de tutela del Ordenamiento constitucional. Analizar, sin embargo en este lugar el control sobre los *interna corporis* y en general los poderes de la Corte en este campo, daría a nuestro estudio una extensión desmesurada; aquí lo único que nos interesa subrayar es que incluso en el ámbito constitucional, en cada uno de los momentos del proceso legislativo, podrá ser posible el control del juez, en este caso del juez constitucional (59).

---

(58) Sentencia comentada por BARILE, *Il crollo de un antico feticcio (gli interna corporis) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza*, en «Giur. Cost.», 1959, págs. 240-49. En el mismo sentido, ESPOSITO, *La Corte Costituzionale in Parlamento*, ivi., 1959, páginas 622-34. Cfr. Las sentencias de la Corte Constitucional núm. 3, 1957 (en «Giurisprudenza Ital.», 1957, I, 1, págs. 101 y sigs., especialmente pág. 105, y núm. 7, 1957; ivi, I, 1, págs. 625 y sigs.).

(59) Sobre los *interna corporis* en general, y sobre el problema de la validez y alcance de los Reglamentos parlamentarios en particular, vid., entre otros, ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padua, 1934, págs. 347 y sigs.; idem, *Questioni della invalidità delle leggi per (presunti) vizi nel procedimento di approvazione*, en «Giur. Cost.», 1957, página 1130; MORTATI, *Efficacia delle norme dei regolamenti parlamentari sulla validità delle leggi*, ivi, 1958, pág. 355; PIERANDREI, *Attività interne delle Camere del Parla-*

Todas estas consideraciones hacen poco menos que imposible el configurar a los actos constitucionales como actos políticos en el sentido estricto de la palabra. Como hemos visto, los poderes del juez en este campo no se dirigen solamente a controlar la constitucionalidad de las leyes —manifestación formal y externa de toda la actividad (interna) de los órganos legislativos—, sino que su control alcanza incluso a los *interna corporis* de las Cámaras del Parlamento. En este sentido se puede afirmar que el control sobre la actividad constitucional es, por así decir, casi completo; y nada más extraño al concepto de acto político que esta extensión del control del juez a una determinada categoría de actos. Llamar actos «políticos» a los actos de relación constitucional solamente puede tener el sentido mismo de la palabra «política» en cuanto que a través de ellos se determinan los fines a conseguir en una determinada sociedad en un momento histórico determinado, pero nunca se les puede atribuir —por las razones expuestas— el sentido tradicional que la doctrina ha dado a la categoría de los actos de gobierno

En resumen, podemos concluir que: 1) los actos de relación constitucional, en cuanto agotan su fuerza en la esfera constitucional, no inciden en modo alguno en la esfera jurídica de los particulares, y por tanto, la calificación de los mismos como «políticos» es totalmente irrelevante; 2) la Ley —que en sentido estricto no constituye un acto de relación constitucional— incide directamente en las situaciones subjetivas de los particulares, y su inmunidad al control del juez administrativo se debe, como es obvio, al principio de la jerarquía de las normas y no a que sea «un acto político». Solamente se puede hablar de acto político con relación a la Ley si con ello queremos decir, como hemos apuntado hace poco, que mediante ella se manifiestan los fines principales que se han de alcanzar en una determinada sociedad; pero este sentido, como fácilmente puede deducirse, no tiene nada que ver con el que la doctrina ha atribuido al acto político. Naturalmente, el mismo argumento vale también para aquellos actos que tienen el valor de Ley formal (decretos-leyes, decretos legislativos), que la doctrina —como hemos tenido ocasión de ver— ha incluido en la lista de los actos políticos; 3) a mayor abundamiento, el sistema jurídico vigente en Italia ha establecido un sistema de controles en manos de la Corte constitucional que no solamente garantizan la plena adherencia de las leyes a los principios establecidos y procla-

---

*mento e Sindacato della Corte Costituzionale*, en «Giur. Ital.», 1959, I, 1, págs. 1015-1028; VIRCA, *Sindacato sugli interna corporis e poteri di indagine della Corte Costituzionale*, en «Giur. Cost.», 1959, págs. 994-1002. También las obras citadas en la nota anterior.

mados por la Constitución, sino también la legalidad de la actividad interna de los órganos legislativos en la formación de las leyes.

En definitiva, pues, todas estas conclusiones nos llevan a afirmar que, a pesar de que estos actos constitucionales escapen al control del Consejo de Estado —perfectamente explicable por el juego de las reglas de la competencia del juez administrativo—, no por ello gozan de absoluta inmunidad, precisamente por la existencia de un órgano de justicia constitucional que tiene como propia la competencia para conocer de estos actos. De lo expuesto, pues, se deduce que el artículo 31 del T. U. del Consejo de Estado no puede referirse a esta categoría de actos de relación constitucional, cuya dinámica se explica perfectamente, sin hacer una necesaria referencia a una teoría tan poco clara como la de los actos políticos; de todas formas, aun en el caso de que dicha norma se refiriese a esa clase de actos de relación constitucional, sería, por las razones expuestas, completamente superfluo.

Conclusión principal, por tanto, de cuanto se ha dicho hasta ahora es la necesidad de excluir de la lista de actos de gobierno los actos de relación constitucional e intentar analizar los demás actos componentes de dicha lista en un intento de llegar quizá a identificar en alguno de ellos el acto político.

Sin embargo, antes de pasar a analizar la categoría siguiente de los actos comprendidos en la lista, queremos hacer una breve referencia a cierto sector doctrinal que ha identificado los actos políticos única y exclusivamente con estos actos de relación constitucional que hasta ahora hemos analizado, admitiendo, por otra parte, todas las conclusiones a las que hemos llegado (convirtiendo así el problema en algo puramente nominal en cuanto que el calificativo político o de origen político, predicado de los actos de relación constitucional, es completamente irrelevante para nuestro análisis, que tiende sobre todo a ver hasta qué punto la existencia de una categoría de actos de gobierno puede representar un efectivo peligro para los derechos de los ciudadanos). Esta doctrina afirma la existencia de los actos políticos como expresión de la función de *indirizzo politico*, o, más concretamente, como actos constitucionales, negando, por otra parte, una categoría de actos administrativo-políticos (60). Así, pues, los

(60) BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padua, 1953, págs. 87-97; idem, voz *Atto di governo*, en «Enc. del Dir.», IV, 1959, pág. 224: contrapone el autor la dicción «actos de gobierno» o actos constitucionales-políticos a la de actos administrativos-políticos; CHELI, op. cit., pág. 179; CARRONE, *L'atto politico e l'art 113 Cost.*, en «Rass. Avv. Stato», 1950, págs. 121 y sigs.; TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Turín, 1961, pág. 471. En Francia, CAPITANT, *De la nature*, cit., págs. 114-15; CHAPUS, op. y loc. cit.; AUBY y DRAGO, op. y loc. cit.

ostenedores de esta teoría reconocen naturaleza política a los actos a través de los cuales se manifiesta la función de orientación política, a la que califican como una función jurídica susceptible de desarrollarse a través de actos jurídicamente relevantes; se reconoce en este sentido un vínculo de interdependencia necesaria entre acto político y función de orientación política. En esta línea, CHELI —uno de los principales representantes de esta opinión doctrinal— va a definir como políticos «*gli atti posti in essere dagli organi costituzionali investiti della funzione d'indirizzo e caratterizzati da un elemento di libertà nel fine o, con sintesi maggiore, gli atti costituzionali che si presentino liberi nel fine*» (61).

A este planteamiento doctrinal le son enteramente aplicables, por supuesto, todas las observaciones que antes hemos hecho a los actos de relación constitucional, como los primeros que encabezan la lista de los pretendidos actos de gobierno. Aquí únicamente queremos repetir una vez más que el afirmar que los actos políticos son actos constitucionales —completamente extraños a la esfera jurídico-privada— es lo mismo que afirmar su inexistencia o, al menos, su irrelevancia. Desde la perspectiva de esta visión doctrinal desaparece —podemos decir— todo posible peligro de violación de los derechos de los ciudadanos, en cuanto que los actos políticos a que se refiere el artículo 31 del T. U. del Consejo de Estado desarrollaran su eficacia únicamente en la esfera constitucional: el artículo 31 se convierte de esta manera en una norma vacía de contenido, carente de valor sustancial y reducida a una expresión tautológica (62). Es claro, por lo demás, que desde el particular punto de vista de esta doctrina, el artículo 113 de la Constitución (cláusula general de competencia) no haya derogado el artículo 31 en la medida que éste se refiere solamente a los *actos constitucionales* del Gobierno y no a los *actos administrativos políticos*. Esta doctrina llega así a la afirmación, no de la ilegitimidad, sino de la superfluidad de la norma contenida en el tantas veces citado artículo 31, ya que al identificar los actos políticos con los constitucionales, éstos, por definición, quedan excluidos del control reservado a los actos que son expresión de la función administrativa.

De todas formas, sea afirmando la existencia de los actos políticos identificados con los constitucionales, sea negando su existencia como categoría autónoma, se alcanza siempre el mismo resultado: la irrelevancia de esta categoría de los actos políticos en relación con la esfera de derechos pri-

(61) Op. cit., págs. 181 y sigs.

(62) GASPARRI, *Considerazioni in tema di atto politico*, en «Giur. Compl. Cacc. Civ.», 1952, II, 1, pág. 105; idem, *Corso di diritto amministrativo*, I, Bologna, 1953, págs. 82-83.

vada, y por tanto, la superfluidad de la norma del artículo 31. En definitiva, esta teoría ha llegado a un resultado parecido al que hemos obtenido de nuestro análisis, pero ha seguido un camino completamente distinto en la medida que ha querido mantener un tanto artificialmente, la categoría de los actos de gobierno identificándola con los actos constitucionales. ¿Por qué no llamar a los actos constitucionales simplemente... actos constitucionales?

No obstante, para que podamos afirmar con seguridad la inexistencia del peligro representado por los actos políticos —sea por su irrelevancia en relación con los particulares, sea incluso por su misma inexistencia como tales—, es necesario proseguir nuestro análisis de todos aquellos actos reconocidos como «políticos» por la doctrina y la jurisprudencia de todos los tiempos.

b) *Actos de relación internacional.*

También han sido considerados como actos políticos los que constituyen relaciones entre potencias, las convenciones que entre ellas se llevan a cabo, y sus respectivos actos de ejecución; en una palabra, los actos del poder ejecutivo realizados en materia de relaciones con potencias extranjeras. En este sentido la norma del artículo 31 se referiría también a esta categoría de actos y por ello estarían excluidos del control del juez administrativo.

Pero precisamente —como hemos hecho con la primera clase de actos— es preciso analizar la verdadera causa de la inmunidad jurisdiccional de este tipo de actos, para ver si es necesaria una obligada referencia a la teoría tradicional de los actos políticos al tratar de explicarla.

Como hemos afirmado hace poco al hablar de los actos constitucionales, creemos que también es perfectamente inútil hablar de actos políticos en relación con los actos internacionales, cuya dinámica —y más concretamente su inmunidad jurisdiccional— se explica por las reglas comunes sobre la competencia vigentes en el campo del Derecho internacional; podemos así pues, repetir también aquí que los actos internacionales no son en modo alguno actos políticos (en el sentido técnico de la palabra, no en el común), sino simplemente... internacionales.

Ha sido quizá la doctrina francesa la que ha estudiado con mayor detenimiento este sector particular de los actos internacionales en relación con la teoría de los actos políticos (63). De entre los actos internacionales,

---

(63) TROTABAS, *Les actes de gouvernement en matière diplomatique*, en «Rev. Critique Leg. et Jurisp.», 1925, págs. 342-51; DUEZ, op. cit., págs. 52 y sigs.; MICNON,

distinguen los autores franceses los actos relativos a la negociación y a la conclusión de los tratados internacionales, por un lado, y los actos de aplicación de aquéllos, por otro. Es claro que los primeros no tienen nada que ver con los actos que son manifestación de la función administrativa, ya que no es la Administración la que aparece como sujeto emanante de ellos, sino la personalidad internacional del Estado, entendido como persona jurídica en su conjunto desde el punto de vista de un Ordenamiento distinto del administrativo, es decir, desde el punto de vista del Ordenamiento internacional (64). No es, pues, el Gobierno como tal el que aparece como actuante en las relaciones internacionales, sino más bien la personalidad jurídica internacional del Estado, y los actos que éste realiza para la negociación y conclusión de tratados son completamente distintos de los actos administrativos, y se encuentran sometidos a las reglas propias del Ordenamiento internacional; además, tampoco estos actos de negociación y conclusión de tratados internacionales inciden directamente en la esfera jurídica de los particulares. En definitiva, pues, la exención de estos actos del control del juez administrativo se debe simplemente al hecho de que no son actos administrativos.

Nos parece, pues, que la conclusión que podemos obtener de estas consideraciones se asemeja mucho a la que hemos obtenido en sede de actos constitucionales; es decir, que en primer lugar para explicar estos actos internacionales no es absolutamente necesario referirse a la teoría de los actos políticos, y que en segundo lugar, tampoco inciden directamente en la esfera jurídico-privada. En todo caso, para este tipo de actos existen específicos órganos jurisdiccionales, internacionales, que hacen imposible hablar en este campo de inmunidad absoluta.

Solamente las medidas de ejecución de los tratados internacionales pueden de alguna manera incidir directamente en la esfera jurídico-privada.

---

op. cit., págs. 34 y sigs., con abundante jurisprudencia del Consejo de Estado francés; VIRALLY, *L'introuvable*, cit., págs. 340 y sigs.; ídem, *Les actes de gouvernement*, cit., páginas 91 y sigs.; ídem, *Le Conseil d'Etat et les traités internationaux*, en «Juris-Classeurs Periodique», 1958, I, pág. 1098; HEUMANN, *Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur l'application des traités diplomatiques*, en «Etudes et Documents Conseil d'Etat» número 7, 1953, págs. 71-73; ROBERT, *Mesures d'exécution des traités*, en «Rev. Droit Public», 1955, págs. 1109-1110; WALINE, *Droit administratif*, cit., págs. 218 y sigs.; CRAPUS, op. y loc. cit.; AUBY y DRAGO, op. y loc. cit.; VEDEL, op. cit., págs. 222-23; RIVERO, op. cit., pág. 142; PRADELLE, *Jurisdiction administrative et Droit international*, en «Etudes et Documents Conseil d'Etat», 1963, pág. 13; STASSINOPOULOS, *Responsabilité civile de l'Etat du fait des actes de gouvernement ayant trait aux relations internationales*, en «Mélanges Sefériades», II, Atenas, 1961, págs. 643-681; GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., págs. 181 y sigs.

(64) GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., pág. 185.

Sin embargo, el Consejo de Estado francés ha operado en el seno de este tipo de medidas una fecunda distinción en el sentido de admitir la impugnación de todos aquellos actos que sean separables —*détachables*— de la convención o tratado internacional (65). Aunque es evidente que la convención internacional como tal se sustrae enteramente a la apreciación del juez, ya que no se trata de un acto administrativo, la jurisdicción administrativa podrá, sin embargo, conocer de la aplicación del tratado internacional en la medida que éste se integre en el Derecho interno: es precisamente en este caso cuando el Consejo de Estado se declarará competente para conocer de todos aquellos actos que sean *détachables* del Derecho internacional y se sometan al Derecho interno (*tournés vers l'ordre interne*, como decía DUEZ en su famosa monografía). Difícil será, no obstante, separar estos actos de las convenciones internacionales y conocer en cada momento cuándo nos encontramos de frente a un acto separable (66).

De todas formas, lo que aquí nos interesa afirmar es que tampoco los actos internacionales de negociación y conclusión de tratados pueden incidir directamente en la esfera de derechos privados, y que su inmunidad al control del juez administrativo se puede explicar perfectamente sin referirse a una pretendida naturaleza política. La explicación de dicha inmunidad es muy sencilla: se trata de actos que se encuentran sometidos a las reglas del Derecho internacional y no a las del Derecho administrativo.

Las medidas de aplicación de los tratados pueden incidir, en cambio, en la esfera jurídica privada, pero ya hemos visto que si estas medidas son separables del tratado internacional, son inmediatamente asumidas por el Derecho interno, sometidas al Derecho administrativo y, por tanto, perfectamente fiscalizables. En este sentido, el único problema que se le puede plantear al juez es el de saber si una determinada medida pertenece al orden internacional o al interno (es decir, si el control sobre la medida de aplicación de un tratado supone o no la interpretación del

---

(65) En la jurisprudencia del Consejo de Estado francés vid. *arrêt Couiteas*, de 30 de noviembre de 1923 (Sirey, 1923, 3, 57), *Balechat*, 9 de enero de 1925 (Dalloz hebdo., 1925, página 123); *Caraco*, 5 de febrero de 1926 (Rec., pág. 125); *Alkan*, 11 de junio de 1937 (Rec., pág. 581); *Scté. Ranc, Tiburce et Cie.*, 7 de diciembre de 1945 (ivi, pág. 247), *Lecanu*, 28 de enero de 1948 (en «Rev. Droit Public», 1948, pág. 472); *dame Kirkwood*, 30 de mayo de 1952 (ivi, 1952, pág. 781); *Petalas*, 18 de noviembre de 1955 (en «Juris Classeur Périodique», 1956, II, núm. 9.184).

(66) «Il ne suffit pas—afirmaba DUEZ—de proclamer qu'on applique une règle de droit pour écarter la réaction des Etats co-contratans. Le problème politique demeure antière; une simple analyse juridique ne suffit pas à l'escamoter et à vaincre la timidité du juge» (op. cit., pág. 172). En el mismo sentido, STASSINOPOULOS, op. cit., pág. 646.

mismo, interpretación que corresponde exclusivamente al Gobierno), pero nunca si es o no un acto político (67).

La conclusión que se puede obtener de todas estas consideraciones, en relación al artículo 31 del Texto Unico del Consejo de Estado, creemos que fácilmente se puede suponer: la norma en él contenida no se puede referir en absoluto a la categoría de los actos internacionales, por el simple hecho de que éstos están sometidos a una normativa distinta de la del Derecho administrativo; su inmunidad jurisdiccional se funda también en este caso en las normas sobre la competencia del juez administrativo, que le impiden conocer de esta categoría de actos. Pero es que, además, en el caso de que el citado artículo 31 se refiriese exclusivamente a este tipo de actos, éste sería perfectamente inútil, superfluo.

c) *Medidas de orden interno.*

También las llamadas medidas de orden interno han sido incluidas por algunos autores en la lista de los actos políticos; autores que han visto en su impunidad un indicio seguro de la presencia de un acto de gobierno.

Analizar en este momento toda la problemática planteada en torno a la esencia y a la eficacia de este tipo de medidas desbordaría los estrechos límites de nuestro estudio y, por supuesto, nos llevaría a una investigación completamente distinta de la que estamos realizando. Por ello en esta sede nos basta con hacer notar que la impunidad jurisdiccional de este tipo de medidas se debe simplemente a su carácter interno, que hace que no tengan relación alguna con la esfera de derechos privados (68).

El simple hecho del carácter interno de estas medidas y su independencia, por tanto, de la esfera jurídico-privada (o, lo que es igual, su ineidoneidad para provocar una lesión en los derechos de los ciudadanos), basta por sí solo para excluirlas de la lista de los actos de gobierno.

---

(67) Pero es que, además, creemos que el mismo problema de la responsabilidad del Estado por las consecuencias dañosas de los tratados internacionales constituye una cuestión que se puede estudiar perfectamente sin tener en cuenta para nada la teoría tradicional de los actos de gobierno. Sobre el tema vid. en la jurisprudencia francesa el *arrêt Laurent*, de 26 de abril de 1963 (en «*Rec. Dalloz*», 1964, pág. 26).

(68) «Une chose est certaine—afirma TMSIT—: c'est la disparité de caractères des actes intérieurs et des actes d'administration courants. Les premiers n'ont d'effet qu'à l'intérieur du service qu'ils ont pour organiser; les seconds, au contraire, sont opposables aux administrés.» (*La nature et le rôle de la fonction administrative en Droit administratif français*, París, 1963, pág. 100.) Se ha dicho también que la razón de la inmunidad jurisdiccional de las medidas de orden interior reside en la misma importancia que éstas tienen (*De minimis non curat praetor*). En este sentido, RIVERO, *Droit administratif*, cit., pág. 215; VEDEL, *Droit administratif*, cit., págs. 223-24.

Y no tiene importancia alguna cuál pueda ser el contenido de este tipo de medidas, ya que, aunque se trate de un contenido de marcado matiz político, éste es completamente irrelevante por las razones que hemos expuesto hasta ahora; un acto administrativo —decía una sentencia de la Sección I del Tribunal de Nápoles de 6 de septiembre de 1945, número 1.267— que tenga contenido político, si ha sido emanado con la forma de una simple circular, no constituye fuente de derecho vinculante para el juez y los terceros. Para calificar un acto de político —comenta JACCARINO—, no basta comprobar si es tal por su contenido: es necesario tener en cuenta la forma con la que se manifiesta, por si ésta impidiese la producción de efectos jurídicos en los terceros (69).

Así pues, tampoco las medidas de orden interno nos pueden dar la *ratio* de la norma del artículo 31, y ello nos obliga a continuar nuestro trabajo de búsqueda del inaprensible concepto de acto político (70).

#### d) *Actos del poder de gracia.*

Algunos autores califican también como actos políticos los realizados por el Jefe del Estado en el ejercicio de su derecho de gracia (71). Sin embargo, hoy existe general acuerdo en negar tal característica a los actos presidenciales de gracia, afirmando la naturaleza judicial, ejecutiva e incluso legislativa de estas decisiones. Por lo demás, la gracia en sentido estricto es una prerrogativa del Jefe del Estado, el cual goza de amplia dis-

(69) *Osservazioni in tema di atto politico* (comentario a la sentencia citada en el texto), en «Diritto e Giurisprudenza», 1946, II, págs. 149-153.

(70) En el concepto de medidas de orden interior incluimos también los actos referentes a la organización militar. Tampoco en este caso es lícito hablar de actos políticos. «Es evidente—afirma GARCÍA DE ENTERRÍA—que no puede consagrarse en favor de la Administración militar una libertad omnimoda y sin control posible para expulsar a sus miembros sin causa alguna, o para ascenderlos (por ejemplo, haciendo coronel a un cabo), o trasladarlos de escala o diplomarlos; no hay para ello ninguna exigencia política ni ninguna justificación práctica, y si hubiese sido necesario, ya lo hubiesen dicho expresamente las normas que organizan y estructuran el Ejército, configurando las correspondientes facultades discrecionales. Es absurdo que por esta vía singular el Tribunal venga a dar más que lo que las propias Leyes y Reglamentos reconocen» (op. cit., página 190). Cfr. también CARBONARO, *Governo e Consiglio Supremo di difesa nella determinazione della direttiva in materia politico militare*, en «Studi Zanobini», III, página 123; RIVERO, *Les mesures d'ordre interieur administratives*, París, 1934, págs. 151-58; idem, *Droit administratif*, cit., pág. 215.

(71) HAURIOU, *Précis de Droit administratif...*, cit., pág. 420; GROS, op. cit., páginas 64 y sigs.; DUEZ, op. cit., págs. 44 y sigs. Modernamente, en sentido negativo, VIRALLY, *L'acte*, cit., págs. 89 y sigs.; MIGNON, cit., págs. 41 y sigs. En Italia, COCO, *L'atto di potere politico*, cit., pág. 280.

crecionalidad en su emanación y, por tanto, no puede verse sometida al control del juez administrativo (72).

e) *Actos de orden público.*

Sin querer ahora profundizar en la rica problemática nacida en torno a la noción de orden público, analizaremos brevemente en este epígrafe su relación con la esfera jurídica privada en un intento de ver si en los actos de orden público se puede encontrar el concepto mismo del acto político, o si, por el contrario, esta clase de actos es perfectamente explicable sin una forzosa referencia a la teoría de los actos de gobierno. Se trata, en una palabra, de ver si la discrecionalidad de policía se manifiesta como discrecionalidad política, ajena, por tanto, a todo tipo de control jurisdiccional (73).

Afirma BARILE que se puede hablar de «motivos de orden público» cuando el Derecho positivo concede a la autoridad administrativa un «poder de elección entre varias soluciones, indicando la obligación de seguir la más conveniente al objeto de evitar la alteración de la pacífica convivencia social, amenazada por movimientos que hayan producido, o razonablemente puedan producir en breve plazo, la comisión de delitos» (74). Y los actos emanados con arreglo a estos motivos, en modo alguno gozan de la absoluta inmunidad jurisdiccional típica de los actos de gobierno.

En efecto, la actividad de la Administración, dirigida a la conservación del orden público, no es ni mucho menos una actividad libre, sino que, por el contrario, se encuentra vinculada por una serie de límites que intentaremos exponer sumariamente.

En primer lugar, el orden público encuentra su primer límite en los derechos y libertades reconocidos al ciudadano italiano por la Constitu-

---

(72) Vid. TESAURO, *Istituzioni*, cit., págs. 272-73; ORIGONE, *Provvedimenti regi sottratti ai controlli costituzionali*, Roma, 1935, el cual habla de *atti di prerogativa*; criticado por GUICCIARDI en la recensión que hizo de su obra en el «Arch. dj Dir. Pubbl.», I, 1936, págs. 563-64. En la doctrina francesa, VEDEL, op. cit., pág. 223; en la jurisprudencia francesa, el ya citado *arrêt Gombert* (nota 43) y las famosas conclusiones del comisario CELIER, que ya hemos analizado en el texto al hablar de la teoría del acto mixto.

(73) En este sentido, entre otros, RANELLETTI, *Teoria degli atti*, cit., pág. 45; LA-FERRIÈRE, op. cit., págs. 35 y sigs.; HAURIU, *Précis de Droit administratif*, París, 1911, página 278. En la jurisprudencia italiana cfr. la sentencia de la Cass. Sec. Un. de 27 de febrero de 1952, núm. 515 (en «Giur. Compl. Cass. Civ.», 1952, II, 1, pág. 99, con nota de GASPARRI).

(74) *Il soggetto privato*, cit., pág. 117. En general, sobre el tema, RANELLETTI, *La Polizia di sicurezza*, en el «Primo tratt. di Dir. amm.», IV, cit., pág. 1908; VIRGA, *La potestà di Polizia*, Milán, 1954; BERNARD, *La notion d'ordre public en Droit administratif*, París, 1962, pág. 50.

ción: derechos y libertades que la Administración no puede desconocer. Tanto es así que la mejor doctrina italiana ha realizado en estos últimos años una serie de interesantes estudios con el fin de adaptar las normas de orden público contenidas en las Leyes municipal y provincial y de la Seguridad pública a la normativa de la nueva Constitución (75).

En segundo lugar, es preciso afirmar que el orden público en modo alguno constituye una facultad discrecional de la Administración que le permita determinar a su arbitrio si existe o no una perturbación del mismo, y así emanar impunemente cualquier acto que pueda violar la esfera de derechos privada.

En el caso del orden público nos encontramos, por el contrario, con lo que ha sido llamado (sobre todo por la doctrina alemana) un «concepto jurídico indeterminado» o, si se quiere, un concepto *standard* (así, por ejemplo, los conceptos de urgencia, utilidad pública, orden público...). GARCÍA DE ENTERRÍA, en su decisiva aportación a la lucha contra las inmunidades del poder, ha estudiado detenidamente la mecánica del concepto jurídico indeterminado referido concretamente al orden público. En general, la característica fundamental de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una (*tertium non datur*): «hay, pues, y esto es lo esencial —afirma el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA— una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio». Por todo esto el proceso de comprobación de la existencia de un concepto jurídico indeterminado no es un proceso de discrecionalidad, sino más bien un proceso de juicio o estimación, dirigido simplemente a indagar —a través del análisis de las circunstancias reales y del sentido jurídico que la ley le ha dado— si aquél existe verdaderamente en el mundo real; se trata, pues, de un proceso vinculado por la existencia de una única solución justa, y no de un proceso de libertad de elección entre varias soluciones igualmente justas, lo que es característico de la facultad discrecional (76).

(75) La doctrina ha analizado detenidamente la constitucionalidad de las normas de orden público contenidas en los artículos 7.º, 70, 113 y 150 de la Ley de la Seguridad Pública, y en los artículos 149-8.º y 323 de la Ley municipal y provincial de 1915 (vid. BARRILE, cit., págs. 115 y sigs.). Vid. el comentario de LEGUINA y SALAS en esta misma REVISTA, al que ya hemos hecho referencia.

(76) GARCÍA DE ENTERRÍA, op., cit., págs. 171 y sigs. y 186 y sigs.

La principal aplicación para nuestro estudio de todo cuanto hemos dicho es la de que cuando estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado será posible con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación (77). Así, pues, el orden público —concepto jurídico indeterminado— no constituirá un sector prohibido a la acción del juez, que podrá comprobar en cada momento si efectivamente ha existido o no alteración del mismo. Y la acción del juez no se limitará a una simple comprobación, sino que incluso se traducirá en un control de los medios empleados y su proporcionalidad a las circunstancias de hecho: «*une mesure de police* —afirma RIVERO— *n'est legale qu'autant qu'elle est necessaire au maintien de l'ordre; c'est ce qui amène le juge á examiner de prés les circonstances de fait, et á controler l'adequation des mesures prises aux circonstances*» (78).

Todo lo dicho nos demuestra claramente cuán lejanos están los actos de orden público de poder ser satisfactoriamente explicados echando mano de la teoría de los actos de gobierno. Es sintomático, por lo demás, el hecho de que tanto la jurisprudencia francesa como la italiana no hayan aducido jamás la excepción del acto político en relación a este tipo de actos (79).

---

(77) GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., pág. 174. Esta técnica de control de la actividad de la Administración ha tenido gran éxito en la doctrina francesa bajo la denominación de *contrôle des faits* (o *motifs de fait*), y tan grande ha sido, que incluso se ha hablado de la «diminution du rôle joué par le détournement du pouvoir» (RIVERO, op. cit., págs. 229 y sigs.; idem, *La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, Bruselas, 1961, págs. 130 y sigs.); VEDEL, op. cit., págs. 450 y sigs.; idem, *Essai sur la notion de cause en Droit administratif*, Toulouse, 1934; WALINE, *Etendue et limites du contrôle du juge administratif*, en «*Etudes et Documents du Conseil d'Etat*», 10, pág. 25; LETOURNEUR, *El control de los hechos por el Consejo de Estado francés*, en el núm. 7 de esta REVISTA, págs. 219 y sigs. En la doctrina italiana se han logrado los mismos resultados con el empleo del concepto de «discrecionalidad técnica». Cfr. por todos ALESSI, *Sistema*, cit., pág. 215, y VIRGA, op. cit., páginas 42 y sigs.

(78) Op. cit., pág. 376. Vid. también en el mismo sentido BERNARD, op. cit., páginas 138 y sigs.; VIRGA, op. cit., págs. 51 y sigs. En los países anglosajones el control de este tipo de medidas pertenece a la jurisdicción ordinaria: BARILE, op. cit., págs. 100-103; ALLEN, *The Queen's Peace*, Londres, 1953, págs. 131 y sigs.

(79) En la jurisprudencia del Consejo de Estado italiano, entre otras: IV, 26 de enero de 1951, núm. 37 («*Foro Amm.*», 1951, I, 1, 194); V, 1 de abril de 1951, núm. 362 (ivi, 1951, I, 2, 203); V, 17 de octubre de 1952, núm. 1.170 («*Giust. Penale*», 1953, I, 283); V, 7 de junio de 1952, núm. 905 («*Riv. Amm.*», 1953, II, 50). En la jurisprudencia del Consejo de Estado francés: 10 de febrero de 1905, *Tomaso Greco* (en LONGWEIL-BRAIBANT, op. cit., pág. 57); 18 de febrero de 1909, *Abbé Olivier* (ivi, pág. 84); 19 de mayo de 1933, *Benjamin* (ivi, 212); 8 de abril de 1935, *Actiun française* (ivi, página 226); 22 de junio de 1951, *Daudignac* (ivi, pág. 347); 24 de junio de 1949, *Lecomte* (ivi, pág. 315).

La conclusión que se puede deducir de este breve análisis de los actos de orden público es la misma que hemos obtenido en los otros tipos de actos precedentemente analizados; es decir, su total independencia de la pretendida categoría de los actos políticos.

Así las cosas, nos parece imposible que la norma contenida en el artículo 31 del T. U. del Consejo de Estado pueda referirse a esta especial categoría de los actos de orden público, perfectamente fiscalizables por el juez administrativo mediante las técnicas que más arriba hemos examinado (80).

f) *Actos excepcionales.*

Sobre esta especial categoría de actos hemos tenido ya ocasión de hablar, al analizar la doctrina que ve en la excepcionalidad la característica típica de los actos políticos. Es menester recordar aquí cómo los llamados actos *extra iuris ordinem*, y en general las ordenanzas administrativas derogatorias, eran perfectamente explicables sin una necesaria referencia a la teoría de los actos de gobierno; debemos, pues, tener presente en este lugar los resultados que habíamos obtenido del examen de aquella especial dirección doctrinal que identificaba la excepcionalidad de un acto con su «politicidad».

Desde el punto de vista de la posibilidad de su control jurisdiccional, a este tipo de actos se le puede también aplicar perfectamente la técnica —ya mencionada— de los conceptos jurídicos indeterminados, ya que la discrecionalidad es algo completamente independiente de la urgencia. El poder de decretar la urgencia no puede traducirse en un poder discrecional, ya que —como hemos tenido ocasión de comprobar al analizar los actos de orden público— la discrecionalidad no existe cuando sólo puede darse una solución única; y en este sentido el juez estará perfectamente legitimado para comprobar en cada caso si una determinada disposición se justifica o no en base a la existencia de una urgencia suficiente. No es, pues, la inmunidad jurisdiccional lo que caracteriza a este tipo de actos, ya que el juez posee los medios suficientes para someterlos a su control.

Todas estas consideraciones bastarían por sí mismas para excluir sin lugar a dudas estos actos excepcionales de la categoría de los actos de gobierno. Sin embargo, queremos realizar en esta sede un último análisis que nos manifieste la virtualidad de este tipo de actos (excepcionales) en el campo concreto del Derecho positivo italiano.

---

(80) Cfr. nota 77.

Desde este punto de vista se impone una previa distinción entre los institutos del «estado de guerra» y «estado de sitio», por una parte, y el llamado poder de ordenanza —es decir, el poder de emanar ordenanzas administrativas de urgente necesidad—, por otra.

En tema de estado de guerra, el artículo 78 de la Constitución nos proporciona un punto de partida bastante preciso: «Las Cámaras deciden sobre el estado de guerra y confieren al Gobierno los poderes necesarios». Nos encontramos, pues, ante una delegación legislativa particularmente amplia del Parlamento en favor del Gobierno con el fin de que éste pueda hacer frente a determinadas situaciones de necesidad provocadas por la guerra. ¿Puede hablarse en este caso de actos de gobierno? La respuesta creemos que debe ser negativa, en cuanto que es doctrina pacífica que el estado de guerra debe declararse bajo la forma de decreto-ley, en base al artículo 77 de la Constitución, y por tanto, la inmunidad jurisdiccional de los actos emanados en estas circunstancias responden a muy distintas razones que los actos políticos, ya que estos últimos no presuponen la existencia de una precedente habilitación del poder legislativo y poseen una forma de manifestación propia bajo la forma de actos administrativo-políticos completamente distinta, como es obvio, de la de los decretos-leyes, cuya inmunidad se debe simplemente al hecho de ser normas con fuerza y valor de ley formal (81)

Por otra parte, la inadmisibilidad del recurso dirigido a obtener la indemnización por daños de guerra se debe a la irresponsabilidad del Estado por este tipo de daños, los cuales son objeto de reparación a través de las oportunas medidas legislativas; y una vez emanadas estas medidas, el problema de la naturaleza de la pretensión a la indemnización por daños de guerra es una cuestión muy distinta de la que aquí analizamos y no tiene nada que ver con la teoría de los actos políticos (82).

(81) En la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, cfr.: 28 de junio de 1918, *Heyrés*, (Rec. Sirey, 1922, 3, 49); 28 de febrero de 1919, *Dames Dol et Laurent* (ivi, 1918-19, 3, 33); 27 de abril de 1945, *Josué* (Rec. Dalloz, 1945, 190); 18 de abril de 1947, *Jarrigion* (Rec. Sirey, 1948, III, 33); en la del Tribunal de Conflictos, 27 de marzo de 1952, *Dame de la Murette* (ivi, 1952, 3, 18); 7 de enero de 1955, *Andrianuseza* (en «Rev. Droit Public», 1955, págs. 709 y sigs.). En la doctrina, vid.: LEBLANC, *La loi et les pouvoirs de l'exécutif en temps de guerre*, en «Rev. Crit. Leg. et Jurisp.», 1925, páginas 301-310; DRAGO, *L'état d'urgence et les libertés publiques*, en «Rev. Droit Public», 1955, págs. 670-705; ROUSSET, *L'idée de puissance publique en Droit administratif*, París, 1960, págs. 211-17. En la legislación francesa: Leyes de 9 de agosto de 1849 y 3 de abril de 1878 sobre el estado de sitio, y Ley de 3 de abril de 1955 sobre el estado de urgencia. (Comentario de KOENIG a esta última, *Protection des libertés publiques dans le régime d'état d'urgence*, en «Rev. Administrative», 1958, págs. 19-20.)

(82) Cfr. ALESSI, *Questioni in materia di risarcimento di danni di guerra*, en «Giurisprudenza Cass. Civ.», 1947, págs. 340 y sigs.; SANDULLI, *La natura della pretesa all'in-*

Todas estas consideraciones son aplicables también a los bandos militares que pueden dictar las supremas autoridades militares en zonas declaradas en estado de guerra (R. D.-L. de 8 de julio de 1938, núm. 1.415); también en este caso nos encontramos ante una habilitación legislativa para dictar tales actos, que tienen fuerza de ley, y no frente a una categoría de actos emanados por el Ejecutivo sin previa delegación legislativa e inunes al control del juez administrativo por su especial «naturaleza».

La Constitución, por el contrario, no hace mención —como ya hemos tenido ocasión de señalar— del instituto del estado de sitio (*stato d'assedio*). Esta especial particularidad ha motivado que la doctrina se plantease el problema de saber si todavía continúa en vigor la Ley de Seguridad Pública de 18 de junio de 1931, número 773, en la parte (arts. 214-217) en la que se regula el citado instituto. La doctrina dominante ha resuelto el problema acudiendo al decreto-ley como único medio de hacer frente a las situaciones de necesidad; es decir, el Gobierno, en caso de emergencia, podría suspender la observancia de algunas normas constitucionales mediante un decreto-ley dictado en base al artículo 77 de la Constitución. «El estado de guerra y el estado de sitio —afirma VIRGA— después de la entrada en vigor de la Constitución, deben ser declarados por el Gobierno únicamente con la forma y la modalidad del decreto-ley, ya que la Constitución, fuera de los casos de los decretos-legislativos y de los decretos-leyes, no prevé otra hipótesis de derogación al ejercicio de la función legislativa por parte de órganos distintos del Parlamento, y por consiguiente, el ejercicio de tal función por parte de los órganos administrativos individuales, aun en el caso de estricta necesidad, debe considerarse inconstitucional» (83).

La aplicación de la teoría de los actos políticos a estos especiales institutos de las situaciones de necesidad no tiene razón de ser; pensemos únicamente en el hecho de que tanto el estado de guerra como el de si-

---

*dennizo per danni di guerra*, en «Riv. Amm.», 1949, págs. 1-12; BODDA, *La pretesa al risarcimento dei danni di guerra come interesse legittimo*, en «Foro Amm.», 1948, I, 1, páginas 27 y sigs. En el Derecho positivo italiano, vid Ley de 26 de octubre de 1940, número 1.543; R. D. de 14 de junio de 1941, núm. 964; R. D. de 8 de diciembre de 1941, número 1.600. En España, cfr. el análisis de la teoría de la responsabilidad de GARCÍA DE ENTERRÍA en *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Madrid, 1956, páginas 183 y sigs.

(83) *La potestà*, cit., pág. 157; idem, *Diritto costituzionale*, Palermo, 1955, pág. 384. En el mismo sentido, BARILE, *Il soggetto*, cit., págs. 107 y sigs.; ZANOBINI, *La gerarchia delle fonti*, en «Comentario sist. a la Const.», I, Florencia, 1950, pág. 54, nota 3; MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padua, 1952, pág. 378; BALLADORE-PALLIERI, *Diritto Costituzionale*, Milán, 1953, pág. 319; CHELI, op. cit., pág. 155.

tio o peligro público son declarados mediante decreto-ley, es decir, mediante una disposición con fuerza y valor de ley formal, que excluye, por tanto, el control del juez. De todas formas, aunque la proclamación de estos estados de excepción quede fuera del alcance del control judicial, las medidas concretas tomadas con esta ocasión serán perfectamente fiscalizables por el juez, en la forma anunciada al principio de este apartado.

En el caso concreto del estado de sitio, creemos que serían válidas todas nuestras afirmaciones anteriores, aun en el supuesto de que los artículos 214-217 de la Ley de Seguridad Pública no hubiesen sido derogados por la Constitución, ya que en este caso nos encontraríamos ante una Ley que habilita al Poder ejecutivo a proclamar el estado de sitio en situaciones de grave peligro o desorden interno. Ni aun en este caso nos veríamos obligados a echar mano del concepto de acto político para tratar de explicar la inimpugnabilidad de la proclamación del estado de sitio. Actualmente, bajo la normativa de la nueva Constitución, si admitimos —con la generalidad de la doctrina— que el estado de sitio sólo puede ser declarado mediante decreto-ley, el problema de la posible existencia en este campo de un acto político al estilo tradicional ha perdido toda su consistencia.

La inimpugnabilidad de la proclamación de estos estados de excepción se explica, pues, perfectamente sin afirmar su cualidad de acto político. Tampoco se encontrará el particular totalmente indefenso en este campo, en cuanto que —como hemos visto— el juez podrá perfectamente fiscalizar las concretas medidas de aplicación que con relación a él se tomen; y esta posibilidad de fiscalización se debe a que —como acertadamente ha observado RIVERO— *«l'autorité administrative est liée par la légalité de crise, définie par le juge; de cette légalité, les éléments fondamentaux concernant, d'une part, le but poursuivi —l'acte du temps de crise doit nécessairement chercher à faire face à la crise—, d'autre part, les moyens mis en oeuvre, qui doivent être adoptés à ce but»* (84); en el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, que en un famoso *arrêt* (*Rubin de Servens*), de 2 de marzo de 1962, ha distinguido entre la decisión del Jefe del Estado de poner en vigor el artículo 16 de la Constitución francesa de 1958, y las concretas medidas de aplicación del mismo (perfectamente fiscalizables) (85).

(84) Op. cit., pág. 80.

(85) En «Rev. Droit Public», 1962, págs. 288-293, comentado por BERLIA, *Le contrôle du recours à l'article 16 et son application*. Vid. también LAMARQUE, *La théorie de la nécessité et l'article 16*, ivi, 1961, págs. 558 y sigs.; GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., página 188 y nota 60.

Descritos los precedentes institutos, debemos referirnos, por último —aunque sea también muy brevemente— a las ordenanzas administrativas de urgente necesidad; ordenanzas que han sido clasificadas como una particular especie de los actos políticos.

Debemos precisar antes de nada que estamos aludiendo a aquellas ordenanzas que tienen por presupuesto la urgente necesidad y que son libres en el contenido y en la materia, traduciéndose en el plano práctico en un poder derogatorio de las normas vigentes; se excluyen, por tanto, las que en la doctrina italiana reciben el nombre de *provvedimenti necessitati*, cuyo contenido está reglamentado por la ley, y naturalmente todos aquellos actos derivantes de situaciones de mera urgencia.

Son, pues, las ordenanzas administrativas de urgente necesidad las que nos interesan en la medida que han sido identificadas con la categoría de los actos políticos, y en este sentido nos apresuramos a afirmar que es generalmente pacífico en doctrina el admitir que este tipo de ordenanzas es perfectamente impugnabile por vicios de legitimidad, lo que en definitiva quiere decir que se sustraen a la pretendida categoría de los actos de gobierno, impunes a la acción del juez administrativo. La Corte constitucional, en una sentencia de 2 de julio de 1956, número 8 (ya citada), ha afirmado —en el caso concreto de las ordenanzas prefecticias del artículo 2 de la Ley de la Seguridad Pública— el carácter administrativo de este tipo de ordenanzas, y confirmando los límites establecidos por la doctrina, en particular el de la «conformidad a los principios del Ordenamiento jurídico»; una sentencia posterior, de 27 de mayo de 1961, número 26, declaró constitucionalmente ilegítimo el citado artículo 2 en la medida que atribuya a los prefectos el poder de emanar ordenanzas contra los principios del Ordenamiento jurídico. En ambas sentencias la Alta Corte ha indicado el juez común (ordinario y administrativo) como el competente para ejercitar el control de legitimidad sobre las Ordenanzas mismas (86).

De este breve análisis podemos obtener una conclusión importante, y es la de que la excepcionalidad en modo alguno presupone ausencia del control del juez, y si ésta se da, se debe a razones perfectamente explicables sin una forzosa referencia a la teoría clásica de los actos de gobierno.

La existencia de una verdadera urgencia podrá ser perfectamente fiscalizable con la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados (de la que ya hemos hecho mención al analizar los actos de orden público). Y el

---

(86) *Il soggetto*, cit., pág. 112. «La necessità come fonte primaria—ha dicho BARTILE—nell'ambito del regime puo manifestarsi attraverso la legislazione d'urgenza e quella delegata, ma non mai attraverso atti amministrativi ordinari.»

control del juez no sólo se extenderá a comprobar la efectiva existencia de las circunstancias excepcionales, sino también a la adecuación de las medidas adoptadas a las exigencias de la legalidad de excepción; y precisamente en esta forma de control de las ordenanzas administrativas se halla su diferencia con la declaración del estado de guerra o de sitio, inimpugnable como todos los actos que tienen la categoría de ley ordinaria. GARGIULLO ha demostrado claramente cómo el control de legitimidad (violación de ley, incompetencia y exceso de poder) es perfectamente aplicable a este tipo de actos; y esta es —como hace un momento apuntábamos— la posición de la mejor doctrina (87).

Una conclusión clara se puede deducir de este breve análisis, y es la imposibilidad de hablar de actos políticos en el campo de los actos excepcionales; la absoluta inmunidad jurisdiccional no es precisamente la característica distintiva de los actos que hemos analizado, y aquellos que gozan de ella —como las declaraciones de estado de guerra o de sitio— se explican perfectamente sin necesidad de hablar de actos políticos infiscalizables. Por todo esto, el artículo 31 del T. U. del Consejo de Estado tampoco puede referirse a esta categoría de actos, en los cuales hemos intentado hallar sin éxito la huella del llamado acto político o de gobierno.

Con esta categoría de actos finalizamos el análisis de la lista de aquellos que la doctrina y la jurisprudencia han acordado en denominar «políticos»; y la finalizamos con un resultado claramente negativo, ya que en ninguno de los actos examinados hemos conseguido encontrar el concepto técnico, tradicional (ya de por sí muy confuso) de acto político. Una gran parte de los actos analizados eran perfectamente fiscalizables; la inmunidad jurisdiccional de otros se debía a razones muy distintas de la teoría de los actos políticos o de gobierno (88).

---

(87) GARGIULLO, *I provvedimenti di urgenza nel Diritto amministrativo*, Nápoles, 1954, págs. 140 y sigs.; abundante jurisprudencia en las págs. 150-57; GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, Milán, 1953, págs. 97-110; BARILE, voz *Atto di governo*, cit., pág. 231; idem, *Il soggetto*, cit., pág. 111; VIRGA, op. cit., pág. 200; JANNUZZI, *Le ordinanze di urgenza per la tutela dell'ordine pubblico ed il sindacato di legittimità del giudice*, en «Giust. Penale», II, 1950, págs. 937-47. En la doctrina francesa, vid. MATHIOT, *La théorie des circonstances exceptionnelles*, París, 1956, págs. 413-28; concretamente, págs. 426 y sigs.; GABOLDE, *L'exception d'urgence en Droit administratif*, en «Chronique Dalloz», 1952, pág. 42; RIVERO, op. cit., págs. 80-81; VEDEL, op. cit., página 217.

(88) La lista que hemos examinado es la elaborada tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia. Se trata de una serie de actos a los que, con más o menos generalidad, se les ha dado el calificativo de «políticos».

Han quedado fuera algunas clases de actos sobre los que no existe tan gran unanimidad en calificarlos como políticos. No creemos que exista problema para excluir —desde el punto de vista del sistema jurídico italiano, en donde existe una jurisdic-

## 2. Consideraciones finales: la interpretación del artículo 31 del Texto Unico del Consejo de Estado.

Llegados a este punto de nuestro análisis, creemos que la conclusión general que podemos obtener respecto del discutido artículo 31 del Texto Unico del Consejo de Estado se puede fácilmente suponer. En un intento de dar un valor y un significado preciso a la norma, hemos realizado nuestro estudio en todos aquellos campos en donde existían mayores probabilidades de encontrarnos con el concepto de acto político o de gobierno, campos que la doctrina y la jurisprudencia han reservado tradicionalmente a este último. Y nuestra búsqueda ha resultado del todo infructuosa, en la medida que los actos que la doctrina enumeraba como políticos se explicaban perfectamente sin una necesaria referencia a la teoría de los actos de gobierno.

En primer lugar, hemos visto cómo toda la dinámica y el significado de la actividad política —de la *funzione d'indirizzo politico*— era perfectamente comprensible sin que fuese necesario acudir a la teoría de los actos políticos (89). «*A torto, tra'l'altro, a mio avviso, da parte di non pochi autori* —ha afirmado oportunamente ALESSI— *si viene ad identificare gli atti costituenti esplicazione della funzione politica o di governo con gli atti politici*» (90).

En segundo lugar, el análisis de las distintas direcciones doctrinales que han intentado explicar con criterios muy distintos la esencia del acto po-

---

ción constitucional eficaz garantizadora de los derechos reconocidos en la Constitución— los actos de prensa de la categoría de los actos de gobierno. Cfr. la obra de CUOMO, *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordinamento costituzionale italiano*, Nápoles, 1956. Atinadas observaciones sobre el problema, y con especial referencia al Derecho español, en CLAVERO ARÉVALO, *Prensa y jurisdicción contencioso-administrativa*, en el número 50 de esta REVISTA, 1966, págs. 83-110. También con relación a nuestro Ordenamiento, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El artículo 40, apartado b), de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y la libertad de Prensa*, en «Rev. del Inst. de Ciencias Sociales», 2, 1963, pág. 177.

Es difícil también configurar como actos políticos las medidas tomadas en el campo de la política económica; medidas que, como se comprende, afectan de una manera particularmente sensible y directa a cada uno de los ciudadanos. Su irrecurribilidad se debe a la veste formal con la que aparecen en el mundo jurídico, fruto de un determinado *indirizzo* político-económico; de todas formas, difícil sería configurar en este campo una legitimación para recurrir, en el caso de admisión de una posible impugnación. Por ello, en este campo más que en ningún otro es donde el Parlamento debe ejercer un efectivo control. Vid. MARTÍN MATEO, *Administración monetaria*, aún inédito.

(89) Cfr. nota 26 y nuestras observaciones a la teoría que hace de la discrecionalidad absoluta la característica típica de los actos políticos.

(90) *Sistema*, cit., pág. 5, nota 13.

lítico nos ha confirmado la insuficiencia de cada una de ellas para darnos una visión clara del concepto en cuestión. Tampoco del origen histórico del acto de gobierno hemos podido obtener los elementos necesarios para construir un concepto *a se* del mismo.

En tercer lugar, y ante el resultado negativo del análisis histórico-dogmático del concepto, hemos estudiado la esfera de eficacia tradicionalmente reservada al acto político: los diversos tipos de actos examinados —componentes de la lista tradicional de los actos de gobierno— no tienen nada que ver con una pretendida categoría de actos políticos, y su esencia se explica perfectamente sin la necesidad de recurrir a un concepto como el de acto político, que por lo demás nos ha resultado *introuvable*.

Así, pues, a la luz de los resultados obtenidos de nuestro análisis podemos afirmar sin ninguna duda la *inexistencia* de una categoría de actos llamados «políticos» o de gobierno. El predicar la politicidad de un acto con el fin de excluirlo de la revisión judicial sólo puede obedecer a razones de oportunidad política injustificables desde el punto de vista jurídico, y constituye un arbitrario atentado contra los derechos y libertades de los ciudadanos, que en todo Estado de Derecho deben estar perfectamente garantizados.

En consecuencia, el resultado de nuestro análisis nos obliga a predicar —dada la inexistencia desde un punto de vista jurídico de la categoría de los actos políticos— la *superfluidad* de la norma contenida en el artículo 31 del T. U. del Consejo de Estado de 26 de junio de 1924, número 1.054; dicha norma nada significa y, por tanto, es perfectamente inaplicable. Esta conclusión, obtenida poco a poco a través de nuestro análisis, vacía la norma en cuestión de todo valor sustancial, reduciéndola —como ya hemos tenido ocasión de afirmar— a una mera expresión tautológica, en la medida en que todo lo más quiere decir que el juez es incompetente para fiscalizar los actos que escapan a su competencia: actos que —como hemos visto— obedecen a reglas completamente distintas de las aplicables a los actos administrativos, y que son perfectamente explicables sin echar mano de la teoría de los actos políticos o actos que son administrativos y, por tanto, fiscalizables por el juez administrativo a través de los instrumentos jurídicos que hemos señalado en nuestro estudio. Y es tan verdadera la afirmación de la superfluidad —es más, de la perfecta inutilidad— de la norma del artículo 31, que —como ha sido señalado por GUICCIARDI— desde hace mucho tiempo el Consejo de Estado no ha re-

conocido ni en un solo caso encontrarse en presencia de un acto político (91).

Sin embargo, modernamente se ha querido dar un específico significado a la norma del artículo 31, afirmando que se refiere solamente a los actos constitucionales; pero este intento de dar a esta norma una nueva vitalidad —vitalidad puramente artificial— llega al mismo resultado que el obtenido por nosotros, es decir, la inutilidad y la inaplicabilidad del artículo 31 (92).

Lo que nos interesa, pues, subrayar como conclusión principal de nuestro estudio es la afirmación de superfluidad del artículo 31; su supresión, por tanto (deseable de todas formas para evitar equívocos y sobre todo para desterrar un posible uso arbitrario del mismo), nada significaría, como tampoco significa nada su misma existencia. El artículo 31 —ha afirmado GASPARRI— es un artículo carente de una efectiva función. Su inserción en nuestra legislación, que se remonta a 1889, no se explica con razones lógicas, sino tan sólo con razones históricas» (93). Quizá el motivo de la introducción de esta norma en la Ley de 1889 fué el deseo del legislador de aquel tiempo de afirmar simplemente —y también superflua- mente— la incompetencia del nuevo órgano jurisdiccional administrativo para conocer de los actos del Poder ejecutivo que no constituían ejercicio de función administrativa, antes que el de crear una nueva categoría de actos denominados equívocamente «políticos».

El análisis que sobre el problema del acto político hemos llevado a cabo nos permite afirmar a modo de conclusión que: 1) El artículo 31 del T. U. del Consejo de Estado no es ilegítimo, sino simplemente superfluo; y es superfluo, no porque los actos políticos se identifiquen con los actos constitucionales (BARILE, CHELL...), sean necesariamente legítimos (GUICCIARDI), o no susceptibles de violar los intereses privados (SANDULLI, PRETI...), sino simplemente por el hecho de no existir una categoría independiente de actos políticos o de gobierno. Y esta conclusión negativa viene avalada por todo el proceso de búsqueda del concepto que hemos realizado; 2) La inmunidad de ciertos actos (sobre todo en el campo

(91) *Aboliamo l'art. 31?*, en «Foro Amm.», 1947, II, 1, págs. 16 y sigs. En la jurisprudencia, vid. la sentencia de la Sec. IV del Consejo de Estado italiano de 23 de diciembre de 1926 (en «Foro Amm.», 1927, I, 1, pág. 118). Con anterioridad a esta fecha hay que remontarse al año 1904 para encontrar una sentencia en la que se declare que el acto impugnado es un acto político (IV, 1 de mayo de 1904, en «Giust. Amm.», 1904, I, pág. 364).

(92) Cfr. el apartado a) *Actos de relación constitucional*, y lo que allí se dice.

(93) *Corso*, cit., I, págs. 82-83. En el mismo sentido GUICCIARDI, *Aboliamo*, cit. et loc. cit.

internacional) se explica perfectamente sin una necesaria referencia a la teoría de los actos políticos; inmunidad, por lo demás, derivante de la inexistencia en el particular de un derecho frente a aquel tipo de actos, los cuales no pueden incidir directamente en la esfera de derechos privada. Y precisamente cuando estos actos, a través de sus medidas de aplicación, se pongan en relación directa con los derechos de los particulares, entonces —como hemos observado en el campo internacional— serán perfectamente fiscalizables por el juez común; 3) En consecuencia, podemos afirmar que el artículo 31 sería incluso perfectamente superfluo antes y sin la existencia del artículo 113 de la nueva Constitución (cláusula general de competencia) (94); de todas formas, la efectiva existencia de esta norma constitucional refuerza todavía más la convicción de la inexistencia de una categoría de actos llamados «políticos» en el actual sistema jurídico italiano.

---

(94) Es por ello por lo que —como ya hemos tenido ocasión de observar— gran parte de nuestro análisis es en gran parte perfectamente válido y aplicable al actual Derecho positivo español.

Con la base que nos da el haber estudiado el significado con el que nace históricamente el concepto de acto político o de gobierno, y el de haber analizado su desarrollo doctrinal y su virtualidad en los ordenamientos francés e italiano (con especial referencia a este último, en donde existe —como hemos visto— una norma positiva que lo sanciona expresamente), podremos emprender próximamente su análisis en el marco concreto del ordenamiento jurídico español vigente. Nos baste señalar aquí que en nuestra patria el problema se planteará sobre todo a partir de 1956, año de la promulgación de la vigente Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo artículo 2, b), excluirá expresamente los actos políticos del Gobierno del control de la jurisdicción contenciosa. Con anterioridad a dicho año —y bajo el régimen de la Ley de 1952— la inmunidad judicial de los actos políticos se encontraba comprendida en aquella más amplia de los actos discrecionales.