

# MUERTE Y RESURRECCIÓN DEL ACTO DE GOBIERNO (A PROPÓSITO DE DOS DECISIONES DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS)

Por

ANDRÉS BOIX PALOP  
Becario FPI de la Generalitat Valenciana  
Área de Derecho Administrativo  
Universitat de València-Estudi General

**SUMARIO:** I. EL ACTO DE GOBIERNO EN EL DERECHO FRANCÉS.—II. ARRÊT DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2000 DEL CONSEJO DE ESTADO.—III. ARRÊT DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1998 DEL CONSEJO DE ESTADO: 1. *La actuación impugnada*. 2. *La solución del Consejo de Estado*.—IV. RECAPITULACIÓN.

## I. EL ACTO DE GOBIERNO EN EL DERECHO FRANCÉS

La jurisprudencia del Consejo de Estado francés sobre el *acte de gouvernement* (acto de gobierno, acto político) está ya fuertemente consolidada en lo que se refiere a sus líneas generales. La consagración de la existencia de este tipo determinado de actos, cuya naturaleza política lleva aparejada la imposibilidad de su control por los órganos habitualmente encargados de velar por el adecuamiento al ordenamiento jurídico de la labor de creación y aplicación del Derecho llevada a cabo por las Administraciones Públicas, ha sido confirmada por el Consejo de Estado. Asimismo, este órgano se ha encargado de realizar la necesaria enumeración de los concretos actos que merecen tal consideración, dada la evidente dificultad de establecer una definición general y teórica de los mismos, lo que conduce a la afirmación de que son actos de gobierno únicamente aquellos que figuran en la lista configurada jurisprudencialmente al efecto (1). Interesa en este punto resaltar que tanto de la evolución derivada del tratamiento doctrinal como de la deducida de las diversas decisiones del Consejo de Estado se puede comprobar que, por mucho que se haya ido reduciendo paulatinamente el ámbito de este tipo de actos, este proceso no ha conducido a la negación de los mismos sino, todo lo más, a su reducción (2).

---

(1) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Ed. Montchrestien, 13ème éd., Paris, 1999, pág. 907.

(2) F. MELLERAY, *L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol*, en «*Révue Française de Droit Administratif*», septiembre-octubre 2001, pág. 1091. De hecho, puede entenderse, tal y como se defiende en este artículo, que ni siquiera se ha producido realmente esta re-

Las decisiones del Consejo de Estado permiten aislar dos dominios en los que la clásica teoría del acto político (y su correlativa inmunidad jurisdiccional) mantiene su vigencia en Derecho francés. Éstos son el ámbito de las relaciones internacionales y el de las relaciones entre órganos constitucionales (3).

En concreto, en lo que se refiere a la política exterior francesa, el Consejo de Estado ha conferido el carácter de acto político a todas las medidas tomadas por las autoridades francesas referidas a sus relaciones diplomáticas o exteriores (4), incluyendo las adoptadas durante la negociación o ejecución de un acuerdo internacional (5) y la actuación política francesa a cargo de sus representantes diplomáticos ante autoridades de otras naciones en materia de protección de los ciudadanos franceses en el extranjero (6).

Y, en lo referido al segundo de los ámbitos mencionados, se han reconocido como de gobierno aquellos actos del Poder Ejecutivo de relación con el Parlamento (bien como institución, bien referidos a concretos miembros del mismo) (7), las relaciones de orden constitucional entre el Presidente de la República y el Gobierno (8), así como las decisiones del Presidente de la República por medio de las cuales se realizan algunos nombramientos (9).

---

ducción, en la medida en que el peculiar modelo institucional consagrado por la Constitución francesa de 1958 ha venido a ampliar las posibilidades en materia de actos del Gobierno en relación con otros poderes constitucionales, con lo que si bien en otros ámbitos materiales sí es constatable el paulatino confinamiento de los actos políticos a unos supuestos muy concretos, éstos han visto en compensación cómo su número se incrementaba en lo referido a esas relaciones. Lo que sí queda fuera de toda duda, en cualquier caso, es la subsistencia del acto político como tal en el Derecho francés.

(3) Un amplio listado de las decisiones del Consejo de Estado francés que han configurado estas materias excluidas y su evolución en el tiempo puede encontrarse en CHAPUS, *op. cit.*, págs. 906-916.

(4) En este sentido se ha manifestado en reiteradas ocasiones el *Conseil d'État*. Así, en sus decisiones de 23 de septiembre de 1992, de 28 de marzo de 1993 o, más recientemente, en las decisiones producto de las pretensiones de impugnación de controvertidas políticas en materia de relaciones internacionales, tales como la realización de ensayos atómicos en Mururoa (*arrêt* de 29 de septiembre de 1995); o el *arrêt* de 5 de julio de 2000 referido a la decisión del envío de tropas a Kosovo, que es juzgada como no susceptible de fiscalización jurisdiccional. En idéntico sentido también se ha manifestado el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, que en su Sentencia de 2 de diciembre de 1991 reconoce también la existencia en estas materias de actos no susceptibles de recurso contencioso.

(5) Son numerosas las decisiones en este sentido del *Conseil d'État*: de 9 de enero de 1952, de 23 de noviembre de 1984, de 25 de marzo de 1988, de 18 de diciembre de 1992... Por ejemplo, la suspensión temporal, con motivo de la Guerra del Golfo, de un acuerdo de cooperación científica con Irán fue declarada acto no susceptible de control por los órganos de fiscalización de la Administración (*Conseil d'État*, 23 de septiembre de 1992).

(6) J. RIVERO y J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 17ème édition, 1998, pág. 159.

(7) Así, por ejemplo, las decisiones del *Conseil d'État* de 29 de noviembre de 1968, de 25 de marzo de 1987, de 20 de febrero de 1989 y de 9 de abril de 1999.

(8) *Vide* las decisiones del *Conseil d'État* de 3 de diciembre de 1993 y de 26 de febrero de 1992.

(9) *Vide*, sobre el nombramiento de un miembro del *Conseil Constitutionnel*, MELLÉRAY, *op. cit.*, pág. 1092.

El reconocimiento de la naturaleza de acto de gobierno lleva al Consejo de Estado a autolimitarse en el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad de la actuación administrativa. Los actos a los que se reconocen estas características no son susceptibles de recurso, de forma que en las materias referidas la actuación gubernamental quedará eximida de cualquier fiscalización de tipo jurídico. Como es evidente, el control político de estos actos sigue siendo posible, pero deberá llevarse a cabo a través de otras instituciones (crítica parlamentaria, presión de la opinión pública). Esta inmunidad jurídica del acto afecta tanto a su regularidad, a meras consideraciones de legalidad externa, como también a aquellas referidas tanto a la oportunidad del mismo como a su contenido, a la legalidad material (10).

Establecidas estas líneas maestras, la labor de delimitación que continúa realizando el Consejo de Estado y la paulatina exclusión del campo del acto político de toda una serie de actuaciones administrativas que, inicialmente, podríamos considerar comprendidas en las excepciones reseñadas, proporcionan interesantes indicios sobre el paulatino convencimiento judicial de la necesidad de poder, al menos, tener acceso a controlar aquellos aspectos más formales, la apariencia de regularidad, de cualquier acto emanado del Gobierno. Las dos decisiones que van a ser reseñadas proporcionan, con la habitual concisión del órgano supremo del contencioso-administrativo francés, pistas interesantes sobre la vía que puede acabar adoptándose fruto de la definitiva implantación de esa tesis.

La posibilidad de enjuiciamiento de los actos emanados del Poder Ejecutivo con un contenido menos «burocrático», menos «administrativo» y, sobre todo, la determinación de hasta dónde deba llegar la potestad de fiscalización judicial (especialmente en cuanto a los aspectos materiales de la actuación) no son disyuntivas exclusivamente galas, sino que afectan también en términos equiparables a otros Derechos, como es el caso del español. Lo que nos permitirá trasladar algunos aspectos de la reflexión suscitada en torno a los problemas planteados ante el Consejo de Estado y a la solución aportada por éste a la propia discusión que sobre la existencia y control de los actos políticos ha tenido lugar a este lado de los Pirineos.

## II. ARRÊT DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2000 DEL CONSEJO DE ESTADO

El *Arrêt du Conseil d'État de 27 novembre de 2000 (affaire Association Comité tous frères)* (11) permite comprobar hasta qué punto la actitud de este órgano de control de la actuación de la Administración francesa está comenzando a arrogarse competencia para enjuiciar cualquier acto por mucho que, *a priori*, pueda parecer claramente político. La actuación im-

(10) El juez no puede sino limitarse a constatar la existencia y oponibilidad del acto. *Arrêt del Conseil d'État de 18 de diciembre de 1992, apud R. CHAPUIS, op. cit.*, pág. 906.

(11) «L'Actualité Juridique - Droit Administratif», 20 janvier 2001, págs. 94-95.

pugnada por la asociación en cuestión es la decisión del Presidente de la República Francesa (por aquel entonces, François Mitterrand) de depositar un adorno floral en la tumba del Mariscal Pétain cada año, de 1986 a 1992, con ocasión de la conmemoración del armisticio del 11 de noviembre que puso fin a la I Guerra Mundial. Dada la inevitable controversia asociada a la figura del homenajeado, la mencionada asociación cuestiona la oportunidad política y la conveniencia de la ofrenda, que considera contraria a Derecho. La *Cour Administrative de Paris*, en primera instancia, declaró inadmisibles las demandas planteadas. Sin embargo, resolviendo el recurso interpuesto contra esta decisión, el Consejo de Estado estima que la decisión referida es un acto administrativo susceptible de ser objeto de recurso por exceso de poder. El Consejo de Estado, además, opta por resolver el fondo del asunto, entendiéndose que, a pesar de lo que pueda dar a entender la banalidad del asunto, nos encontramos ante una cuestión de cierta relevancia (12).

El *iter* argumental que lleva al Consejo de Estado a esta decisión no puede ser más sencillo. Teniendo en cuenta el reconocimiento que jurisprudencialmente han merecido los actos en materia de relaciones internacionales o entre órganos constitucionales como actos de gobierno ya referidos, el Consejo de Estado concluye que en el supuesto impugnado, al no tratarse de un acto encuadrable en ninguno de estos tipos, no nos encontramos ante un acto de gobierno. Parece en consecuencia que, descartada la doctrina del móvil político (13), cualquier actuación gubernamental o de un miembro del Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones podrá ser controlada por el Consejo de Estado, con la única excepción de que nos encontremos en una de las materias referidas con anterioridad. La argumentación del Consejo de Estado es en este sentido, una vez asumidas estas premisas, impecable. Por este motivo excluye con bastante sencillez la posibilidad de concebir semejante actuación como política o de gobierno, y se centra casi en mayor medida en analizar si la decisión del Presidente de la República de depositar flores en una tumba puede ser tenida por un acto administrativo (14) que en dilucidar la naturaleza concreta del mismo.

---

(12) En principio, el esquema normal de funcionamiento del sistema francés es que, anulada por el Consejo de Estado la decisión de un órgano que ha resuelto en última instancia, ésta es devuelta a un Tribunal del mismo rango que aquel que emitió la decisión anulada para que se dicte una nueva sentencia. Sin embargo, el artículo 11 de la Ley de 31 de diciembre de 1987 permite al Consejo de Estado dictar sentencia sobre el fondo del asunto «si el interés de la buena administración de justicia lo justifica».

(13) La idea de que el mero móvil político no convierte a un acto en de gobierno está reconocida por el Consejo de Estado desde el *Arrêt Prince Napoléon* (*Conseil d'État*, 19 de febrero de 1875). Las conclusiones del Comisario del Gobierno David son concluyentes: «para presentar el carácter excepcional que lo sitúe fuera de la esfera de control jurisdiccional, no es suficiente que un acto, emanado del Gobierno o de uno de sus representantes, haya sido deliberado en Consejo de Ministros o haya sido dictado por un interés político».

(14) El Consejo de Estado opta por considerar que la decisión de colocar flores en una tumba tiene la suficiente sustantividad propia como para ser un acto recurrible. Para ello parece apoyarse en la movilización de recursos públicos que supone y en el hecho de

La exclusión de la consideración de la naturaleza política del acto permite al Consejo de Estado entrar a analizar la regularidad del mismo. Sin embargo, no considera la alta autoridad administrativa francesa que su labor comprenda enjuiciar también su oportunidad, por entender que la actuación administrativa recurrida, en cuanto a su contenido, se encuadra dentro del ejercicio de competencias discrecionales. Dado que entre los motivos en los que se basaba la solicitud de anulación del mismo no había otros al margen de las consideraciones materiales sobre la conveniencia de la ofrenda, el Consejo de Estado opta por desestimar en cuanto al fondo la demanda de la *Association Comité tous frères*.

El Consejo de Estado manifiesta en esta decisión, en definitiva, una decidida voluntad de enjuiciar la regularidad de cualquier actuación administrativa que quede fuera del estricto ámbito de los actos de gobierno (entendidos como la lista configurada por este mismo órgano). De forma que a partir de este *arrêt* toda una serie de actuaciones de índole claramente política no podrán seguir amparándose en una pretendida naturaleza distinta a la de cualquier otro acto administrativo, negada por los órganos jurisdiccionales. Cualquier actuación de un miembro del Gobierno francés, del propio Gobierno en su conjunto o del Presidente de la República que suponga un acto decisorio realizado en tanto que tales (y no a título privado) recaerá, y con más motivo si implica el empleo de fondos públicos, dentro de la esfera competencial de los órganos fiscalizadores de la actuación administrativa. Es el caso, por ejemplo, de cualquier actuación de contenido meramente protocolario y representativo (al igual que lo es el depósito de flores enjuiciado), tales como cualquier visita oficial a una localidad o la participación en festejos populares. Aunque esta decisión supone un decidido avance en la línea de ampliar el ámbito competencial de la jurisdicción administrativa e implica necesariamente un retraimiento de la frontera que delimita los actos de gobierno, no permite inferir, sin embargo, que el juez administrativo pretenda sustituir a los órganos ejecutivos en cuanto a la adopción de decisiones. Es más, el Consejo de Estado deja claro que su competencia fiscalizadora se limita a cuestiones de regularidad y es del todo ajena a posibles consideraciones de oportunidad, que deben ser realizadas por el Gobierno o el Presidente de la República en todos los ámbitos en que la competencia les sea reconocida en esos términos.

---

que no se trata de un acto realizado por el Presidente a título privado, sino de un acto decisorio de una autoridad pública y comportador de efectos jurídicos; de un acto administrativo, en consecuencia, que se encuadraría dentro de los actos administrativos verbales (cuya existencia reconoce el Consejo de Estado desde el *affaire Canet, Leb*, de 3 de noviembre de 1961).

### III. ARRÊT DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1998 DEL CONSEJO DE ESTADO

La decisión del Consejo de Estado francés de 25 de septiembre de 1998 marca un cambio de mayor calado en la jurisprudencia francesa. Si en el *arrêt* comentado con anterioridad la decisión no pasa de aplicar con inusitado rigor la teoría clásica del órgano en materia de actos políticos o de gobierno, este segundo introduce en la misma una relevante modificación al establecer nuevos límites a la posibilidad de considerar ciertos actos como de gobierno incluso dentro del marco de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento (en el que, tal y como vimos, los actos seguían mereciendo jurisprudencialmente tal calificación) (15).

#### 1. La actuación impugnada

La Sentencia resuelve la impugnación que Bruno Mégret (en esos momentos, un importante dirigente del ultraderechista Frente Nacional) realiza del nombramiento de un diputado (D'Attilio) en misión temporal ante el Secretario de Estado de Industria para realizar un informe sobre la utilización por las colectividades locales de las nuevas tecnologías de la información. Se trata de una decisión gubernamental que no tendría que haber planteado mayores problemas si no fuera por las particularidades de la legislación electoral francesa.

La Asamblea Nacional francesa está integrada por diputados elegidos en circunscripciones uninominales por medio de un sistema mayoritario a dos vueltas. Aunque cada diputado electo tiene un suplente, con el fin de evitar vacantes sin necesidad de recurrir a unos nuevos comicios, en ocasiones es precisa la realización de elecciones legislativas parciales para cubrir un puesto de diputado cuyo titular haya renunciado a él. Esta situación se produce, evidentemente, cuando también el suplente debe abandonar el cargo de diputado, pero en ocasiones puede venir determinada por la renuncia del titular, al prever la legislación francesa casos en los que la misma no supone que el cargo pase al suplente (16). Éste es el caso, por ejemplo, de la acumulación de los mandatos representativos de diputado y senador, que son incompatibles según la legislación electoral francesa (17).

---

(15) Esta decisión del *Conseil d'État* ha suscitado un copioso análisis doctrinal. Vide «L'Actualité Juridique - Droit Administratif», 1999, págs. 240 y 414; «Les Petites Affiches», núm. 109, junio de 1999; L. BAGHESTANI-PERREY y M. VERPEAUX, *Un nouvel abandon partiel de la notion d'acte de gouvernement*, en «*Révue Française de Droit Administratif*», 1999, págs. 345-355. Las conclusiones de la Comisaria del Gobierno ante el Consejo de Estado, Mme. MAUGUÉ, se pueden encontrar en la «*Révue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*», núm. 1, 1999, págs. 254 y ss.

(16) El artículo LO 176-1 del Código electoral francés prevé las distintas situaciones en las que el escaño vacante pasa al suplente (fallecimiento, aceptación de funciones gubernamentales...).

(17) El artículo 137 del Código electoral francés prohíbe simultanear ambas funciones, de forma que cualquier diputado elegido senador deja inmediatamente de pertenecer

El diputado que logra ganar una plaza en el Senado no cede su escaño a su suplente, sino que provoca la convocatoria de una elección legislativa parcial en la circunscripción de la que había sido representante en la Asamblea.

Ante la existencia de una vacante senatorial en la circunscripción del diputado D'Attilio a la que es posible (incluso altamente probable a tenor de la opinión de los medios políticos de la región) que éste desee presentarse, el recurrente denuncia que la nominación en cuestión no es sino un ardid para eludir la convocatoria de la elección legislativa parcial, evitando así el partido del Gobierno (que a la sazón es el mismo que el del diputado) el peligro de perder un representante en el Parlamento. Esta situación se produce porque, al contrario de lo que ocurre con la mera renuncia o con el logro de un puesto en el Senado, la realización de misiones temporales ante el Gobierno de más de seis meses de duración, que en Francia es también incompatible con el desempeño de la función de diputado, permite conjurar este riesgo (18), al ser la prolongación de una misión confiada por el Gobierno más allá de ese plazo uno de los casos previstos por el artículo 176-1 del Código electoral francés en los que el suplente pasa a ocupar el cargo.

De forma que, en el momento en que la misión encargada al diputado por el Gobierno de su partido se prolonga más allá de los seis meses, éste cesa automáticamente de su cargo como diputado y queda habilitado para concurrir a las elecciones al Senado, mientras que la mayoría gubernamental no pierde un puesto en el Parlamento, al pasar a desempeñar la función el suplente. El recurrente alega precisamente que la nominación en cuestión no ha tenido otro objeto que lograr, mediante el desviado empleo del nombramiento para la realización del informe ante el Gobierno, evitar una elección legislativa parcial previsiblemente complicada a la que tenía la intención de presentarse, no siendo la concreta misión encomendada al diputado más que una mera ficción instrumental a tal fin.

## 2. *La solución del Consejo de Estado*

El Consejo de Estado se aleja de la postura defendida por el Comisario del Gobierno, que por entender que nos encontrábamos en un caso que se incluía en el ámbito de las relaciones entre el Ejecutivo y el Parlamento (uno de sus miembros) consideraba el nombramiento acto de gobierno y,

---

a la Asamblea Nacional. Entre las causas previstas en el mencionado artículo 176-1 del Código electoral no figura esta situación. En consecuencia, caso de lograr la plaza de senador, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo LO 178 del Código electoral, debe convocarse una elección legislativa parcial.

(18) El artículo LO 144 del Código electoral sólo permite exceptuar la regla del artículo LO 142 (incompatibilidad del ejercicio de funciones públicas no electivas con el desempeño de un mandato de diputado) en el caso de personas encargadas por el Gobierno de una misión temporal que no exceda los seis meses.

en consecuencia, exento de control jurisdiccional en aplicación de la doctrina del propio Consejo de Estado.

Las razones en las que se basa el Consejo de Estado para alejarse de la consideración del acto en cuestión como de gobierno se ciñen al análisis de la naturaleza del mismo. De nuevo la concisión del *arrêt* obliga a inferir el proceso seguido, pues su texto se limita a considerar que el decreto por el cual el Primer Ministro encarga a un parlamentario una tarea a realizar ante un órgano administrativo o integrado en su seno «constituye el acto primero de la ejecución de una misión de carácter administrativo de la que el parlamentario está temporalmente investido». Este acto es tenido como un «acto separable de las relaciones entre el poder ejecutivo y el poder legislativo en la forma en que son organizados por la Constitución» y, por ello, «reviste el carácter de una decisión administrativa susceptible de ser objeto de recurso por exceso de poder». Parece que late en la solución dada al asunto la consideración de que existen diferencias referidas a elementos objetivos de los actos emitidos por el Gobierno dependiendo de que las funciones a las que sirvan sean gubernamentales o administrativas (19). El encargo realizado al diputado es considerado como más próximo a las funciones administrativas que gubernamentales (20) y, en consecuencia, el nombramiento para el mismo es tenido por un acto separable de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo que reviste carácter administrativo (21).

El Consejo de Estado, una vez determinada la naturaleza administrativa del acto recurrido (22), y entendiéndose en consecuencia competente para resolver el recurso, analiza si en la designación del diputado concurrió efectivamente desviación de poder. De nuevo constatamos, llegados a este punto, que el acrecentado rigor con el que se enjuicia la actuación gubernamental, entendiéndola cada vez más como controlable jurisdiccional-

---

(19) Ésta es la opinión de L. BAGHESTANI-PERREY y M. VERPEAUX, *Un nouvel abandon ...*, cit., pág. 349.

(20) El establecimiento de los criterios que permiten diferenciar la naturaleza jurídica de unos actos concretos, los actos de gobierno, de los actos administrativos de origen gubernamental es una labor cuya complejidad ha puesto de manifiesto, tanto en Derecho español como francés, N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1998.

(21) Aplicando la consolidada doctrina que, referida a los actos separables, el Consejo de Estado ha elaborado en cuanto al enjuiciamiento de ciertas actuaciones administrativas conectadas a actos de gobierno en el orden internacional (*vide* R. CHAPUS, *op. cit.*, págs. 912-915) y que parece trasladar también a los actos de relación entre Gobierno y Parlamento, tal y como señalan L. BAGHESTANI-PERREY y M. VERPEAUX, *Un nouvel abandon ...*, cit., págs. 349-351.

(22) Algo que merece al órgano francés encargado del control de la legalidad de la actuación administrativa elogios por su audacia. En este sentido, MELLERAY, *op. cit.*, pág. 1091: «Reconozcamos en todo caso que al afirmar que "el decreto por el cual el Primer Ministro encarga a un parlamentario una misión que éste debe llevar a cabo ante una Administración o en su seno, constituye el primer acto de ejecución de una actividad administrativa de la que el parlamentario se encuentra temporalmente investido; que este acto es separable de las relaciones entre el poder ejecutivo y el poder legislativo tal y como están organizados y que en definitiva tiene el carácter de una decisión administrativa" (...) la Alta jurisdicción administrativa ha hecho prueba de una innegable audacia».

mente, no ha de suponer necesariamente la sustitución de la decisión del Gobierno. El Consejo de Estado, en efecto, es extraordinariamente cuidadoso en este sentido, y se limita a realizar un control de legalidad que en nada indaga en consideraciones de oportunidad o en apreciaciones referidas a la pertinencia de la medida en aras del bien común. Queda claro que considera estas cuestiones como competencia del Gobierno, limitándose a estudiar la posible ilegalidad del nombramiento. Para ello analiza cuidadosamente el encargo concreto realizado por el Gobierno al diputado, así como constata la efectiva realización del informe en cuestión. Aspecto este último que le parece un elemento de la suficiente relevancia como para descartar la posibilidad de que concurra desviación de poder, por lo que, en consecuencia, desestima el recurso (23).

#### IV. RECAPITULACIÓN

Las decisiones referidas del Consejo de Estado francés son una clara muestra de la *vis expansiva* de la competencia judicial para fiscalizar la actuación del Gobierno, de sus miembros y del Presidente de la República Francesa. Una situación que pone a su vez de manifiesto la paulatina restricción del ámbito de los actos políticos o de gobierno, incluso en ordenamientos jurídicos en los que el reconocimiento de la existencia de los mismos ha sido sólidamente determinado jurisprudencialmente y sin que haya una excesiva polémica doctrinal al respecto (24).

Estas decisiones muestran cómo, por una parte, el Consejo de Estado mantiene una firme doctrina que le hace considerar casi cualquier actuación gubernamental como administrativa y susceptible, en consecuencia, de ser controlada por los órganos de justicia administrativa. Se aplica con

---

(23) Empero, hay que reseñar, tal y como hacen L. BAGHESTANI-PERREY y M. VERPEAUX, *Un nouvel abandon ...*, *cit.*, págs. 353-354, que la mera existencia del informe puede ser un indicio francamente insuficiente en muchos casos. Piénsese en informes sin calidad alguna realizados únicamente con la intención de poder justificar la realización del encargo. Este tipo de elementos podrían analizarse también para resolver sobre la existencia de una efectiva desviación de poder. Téngase en cuenta que, en el caso estudiado, aunque el informe fue entregado dentro de los seis meses previstos para la misión, ésta fue posteriormente prolongada y el diputado (que será elegido senador) sustituido por su suplente.

(24) RIVERO y WALINE, *op. cit.*, por ejemplo, hacen referencia al fácil acomodo que entre los autores franceses han encontrado las soluciones propuestas por el *Conseil d'État*, incluso entre la doctrina a la que la propia noción de «acto de gobierno» no era especialmente cara. Estos autores recurren a explicar estas exenciones simplemente por aplicación de los principios generales que rigen la competencia del juez administrativo y reabsorben en cierta medida la teoría de los actos políticos en la idea general de que la competencia de la jurisdicción administrativa se limita a la actuación administrativa de los órganos públicos. «Estas interpretaciones, cada día aceptadas de forma más general, incluso por miembros del propio *Conseil d'État*, tienen la ventaja de, respetando la autonomía del Gobierno en dos dominios en los que su intervención es constitucionalmente distinta a la intervención administrativa, eliminar de nuestro derecho una categoría que ofrece a las tentaciones de deriva arbitraria un cómodo abrigo que podría fomentarlas» (pág. 160).

inusitado rigor la consolidada jurisprudencia que sólo contempla la posibilidad de actos de gobierno en los ámbitos ya reseñados (política exterior, relaciones con otros poderes constitucionales), hasta el punto de reconocer el carácter de acto administrativo y la consiguiente posibilidad de recurso contencioso-administrativo para actuaciones tan aparentemente nimias e intrascendentes jurídicamente como las ofrendas florales. Y, por otra parte, el propio ámbito en el que se sigue aceptando la existencia del acto de gobierno es paulatinamente reducido, contemplando cada vez más la posible existencia de actos separables controlables cuando de ellos pueda predicarse una vinculación a tareas más «administrativas» que gubernamentales.

La posibilidad de que estas sentencias abran la vía a otras que cercenen todavía más el ya cada vez más reducido ámbito del acto de gobierno en Derecho francés es apuntada por CHAPUS. Precisamente haciendo referencia a la Decisión del Consejo de Estado de 25 de septiembre de 1998, indica que la referencia que la misma contiene a la organización de las relaciones entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo tal y como son organizados por la Constitución francesa de 1958 (en la que se basa el órgano para estimar la naturaleza más administrativa que política del acto) inicia una senda en la que la determinación de los contornos de la categoría de actos de gobierno permitiría hacer dudar sobre la calificación que merecerían, por ejemplo, las declaraciones públicas (así, el caso de las conferencias de prensa) del Presidente de la República Francesa, del Primer Ministro o de cualquier miembro del Gobierno en el ejercicio de sus funciones públicas, o los decretos encargando a un parlamentario una misión ante un organismo que no fuera una Administración francesa (por ejemplo, ante una Administración internacional) (25).

No obstante, junto a la constatación de esta innegable reducción de las esferas de inmunidad jurisdiccional, ambas decisiones muestran también la prudencia del Consejo de Estado a la hora de entrar a evaluar las consideraciones de oportunidad que impulsaron al Gobierno a obrar de una determinada manera. La consideración de estas actuaciones como administrativas no supone el traslado de la decisión sobre el fondo a los órganos jurisdiccionales, que atinadamente respetan la competencia del Poder Ejecutivo para evaluar la situación y obrar de acuerdo a las consideraciones de oportunidad en las que estas actuaciones tienen su origen.

Esta reflexión es plenamente trasladable a nuestro país, en el que la discusión (a veces virulenta) sobre la propia existencia y conveniencia del acto político o de gobierno ha supuesto en ocasiones soslayar esta importante cuestión, pues no necesariamente aceptar la posibilidad de que cualquier acto del Gobierno sea controlado implica asumir también que todos lo sean con la misma intensidad. El reconocimiento en el artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de la justiciabilidad de cualquier acto, al menos en lo referido

---

(25) R. CHAPUS, *op. cit.*, págs. 909-910.

a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueren procedentes, no deja de ser una necesaria concreción de las exigencias ínsitas a cualquier Estado de Derecho (26). Pero no permite avanzar demasiado en la cuestión esencial, que no es sino la determinación de cuál deba ser, en última instancia, el órgano encargado de decidir toda una serie de cuestiones. Porque es claro que en todo caso el Gobierno, se reconozca la naturaleza de acto político a algunas de sus actuaciones, con la consiguiente inmunidad jurisdiccional, o se considere por el contrario que cualquier actuación suya debe ser sometida a un análisis de legalidad (27), ha de ejercer funciones y adoptar decisiones cuyas causas últimas deben buscarse en motivos de oportunidad en los que de ninguna forma los órganos jurisdiccionales deberían sustituirle.

En este sentido, tanto la evolución de la jurisprudencia española anterior a la reforma operada por la Ley 29/1998 como el propio contenido de la misma, que viene a recoger los frutos de este proceso de decantación jurisprudencial, permiten detectar el reconocimiento de unas esferas de actividad gubernamental con unos perfiles y caracteres propios, que pueden identificarse con los clásicos actos políticos. Pero de esta diferenciación no se derivan consecuencias radicales, en cuanto a la imposibilidad de un control a cuenta de los órganos jurisdiccionales, sino una mera modulación en la amplitud con la que éste podrá ser realizado (atendiendo únicamente a aspectos reglados, a cuestiones relativas a derechos fundamentales o a las consecuencias en materia de responsabilidad). La categoría subsiste, pero se transforma de forma importante la consecuencia jurídica que lleva aparejada la identificación de un acto político: ésta deja de ser la necesaria declaración de incompetencia del órgano jurisdiccional para enjuiciar su adecuación a Derecho y pasa a ser la limitación de sus posibilidades en cuanto al análisis del contenido material del acto, que sí ha de ser realizado, pero de forma extraordinaria-

---

(26) Por otra parte, el propio texto de la reformada Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, al hacer referencia a la posibilidad de control de cualquier tipo de acto al menos en cuanto a una serie de elementos, no deja de estar, en realidad, reconociendo la subsistencia en el ordenamiento español de los actos políticos. Cualquier otra interpretación nos llevaría a absurdos tales como defender que el inciso de su artículo 2.a) supone limitar la capacidad de fiscalización de actos administrativos sólo a estos extremos. Este aspecto es acertadamente resaltado por MELLERAY en su análisis comparativo de la situación española y francesa, ya referido (*op. cit.*, pág. 1095).

(27) Tal y como parece, por otra parte, ser la tendencia actual en la jurisprudencia española. *Vide* en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2000 (R.A. 289-2001) de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que, ante la impugnación de la inactividad administrativa del Gobierno tras la negativa de la República Argentina a tramitar ciertas comisiones rogatorias emitidas por el Juzgado Central de Instrucción, admite el recurso por entender que «no cabe aceptar que porque el acto objeto del proceso sea de Gobierno y ofrezca el cariz de político, [se] excluya, sin más, la posibilidad de su examen jurisdiccional» (F. de Derecho Segundo). Esta admisión no comportará, empero, la sustitución de la decisión del Gobierno, por entender el Tribunal Supremo que nos encontramos ante un ejercicio de facultades del Ejecutivo que, en consecuencia, no comportan la existencia de obligaciones jurídicas ni de los correspondientes derechos subjetivos en los particulares (Fundamento de Derecho Noveno).

mente cauta y respetuosa con un ámbito último de decisión que, indudablemente, corresponde al Gobierno.

En idéntico sentido puede analizarse la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, órgano que, como hemos visto, restringe cada día más el ámbito de los actos políticos que impiden su actuación fiscalizadora. No obstante lo cual, en las situaciones comentadas ha hecho gala de una particular cautela a la hora de, una vez aceptada la admisibilidad del recurso por entender controlables los actos en cuestión, sustituir en su decisión a autoridades políticas cuando éstas no están sino comportándose en tanto que tales (depositando flores en una tumba, nombrando a diputados al frente de comisiones de estudio...). Esta transformación es de un indudable calado, por mucho que a efectos prácticos pueda negarse su trascendencia (28), y constituye una manifestación del proceso de perfeccionamiento de la adecuación de los ordenamientos jurídicos occidentales a las exigencias del Estado de Derecho, en el que cualquier actividad de los poderes públicos tiene que estar sujeta a la ley y al Derecho, pero sin que ello deba significar necesariamente la aceptación de la posibilidad de que en todo caso los jueces puedan sustituir al Gobierno en la toma de decisiones que constitucionalmente competen a este último.

Subsistirá siempre, como es inevitable y hasta cierto punto lógico, una objeción a esta posibilidad: tal eliminación de esferas inmunes al juicio contencioso abre la puerta a un potencial activismo judicial mal entendido que podría acabar inmiscuyéndose en el contenido material y en las consideraciones de oportunidad ajenas a su competencia referentes a aquellas decisiones gubernamentales recaídas en empleo de atribuciones en las que

---

(28) Uno de los motivos doctrinalmente invocados en Francia por los partidarios de mantener un generoso espacio al «acto de gobierno» en ese ordenamiento proviene precisamente de esta constatación, tal y como relata MELLERAY, *op. cit.*, págs. 1098-1100. La transformación de las consecuencias jurídicas de la calificación de un acto como propio del ejercicio de esas potestades más «gubernamentales» del Ejecutivo, cuyo posible recurso pasa de ser inadmisibile a poder ser analizado, aunque con atención únicamente a los aspectos ya señalados, no es juzgada como relevante por estos autores, que ven como un innecesario trastorno el abandono de la antigua noción y su sustitución por otra que viene a alterar el esquema conceptual tradicional para no acabar consiguiendo, es cierto, gran cosa (sus elementos reglados son escasos y su incumplimiento no es frecuente ni trascendente, la posible afección a derechos fundamentales no deja de ser una hipótesis que se verifica en contadas ocasiones, las pretensiones de indemnización son igualmente más bien extrañas...). Y es que la propia dinámica social acepta de buen grado, en supuestos semejantes, que nos hallamos ante el ejercicio de competencias políticas no controlables en cuanto a su fondo y a los motivos de oportunidad que sustentan el contenido material de la decisión. Éste es un argumento que, por otra parte, apuntaba a mayor abundamiento la Comisaría del Gobierno en sus Conclusiones en el caso zanjado por *arrêt* de 25 de septiembre de 1998 del Consejo de Estado, alegando la inutilidad de reconocer como administrativo el acto pues, en tal caso, ¿qué más daría?, ¿acaso se podría ejercer un control realmente relevante de la actuación gubernamental caso de reconocerse el carácter justiciable del acto? En sentido contrario, sin embargo, esta misma idea se convierte en un interesante refuerzo de la tesis de la conveniencia de permitir que los tribunales sean competentes para analizar estas cuestiones, ya que, dado que aun en tal caso se garantiza la práctica inmutabilidad del Gobierno en cuanto a los actos dictados con motivo del ejercicio de sus potestades menos administrativas, no es de temer interferencia judicial al respecto ni sustitución de los poderes del Gobierno por los jueces.

exista un margen discrecional evidente reconocido a *lo gubernamental*. Sin embargo, no parece conveniente ni proporcionado el establecimiento contra tal peligro de unas medidas de protección que restrinjan injustificadamente la posibilidad de controlar la adecuación al ordenamiento jurídico de una parte de la producción jurídica de los poderes públicos. No debe perderse de vista que riesgos semejantes aparecen también de forma automática con el establecimiento de cualquier control que se realiza en última instancia (por ejemplo, el control de constitucionalidad de las leyes) sin que su existencia sea motivo suficiente para renunciar al mismo.

