

LA DISCIPLINA LEGAL DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA DEL GOBIERNO Y EL VALOR DE LA LEY

EDUARDO SERANTES GÓMEZ
Universidad Carlos III de Madrid

Cómo citar/Citation

Serantes Gómez, E. (2025).
La disciplina legal de la iniciativa legislativa del Gobierno y el valor de la ley.
Revista de Administración Pública, 227, 113-136.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.227.04>

Resumen

La iniciativa legislativa del Gobierno se sujeta en nuestro ordenamiento a un denso régimen jurídico integrado, también, por normas de rango legal. Disciplina legal que, sin embargo, no ha impedido a la jurisprudencia sostener la inmunidad judicial de los actos de aprobación y remisión a las Cortes Generales de proyectos de ley. En este trabajo se examina el fundamento de esa inmunidad judicial, tradicionalmente vinculado a la doctrina de los actos políticos del Gobierno. A partir de los resultados de ese examen, se cuestiona el sentido de la disciplina legal de la iniciativa legislativa del Gobierno, así como su trascendencia en la ley como fuente del derecho.

Palabras clave

Iniciativa legislativa del Gobierno; fiscalización de proyectos de ley; actos políticos del Gobierno; separación de poderes; fuentes del derecho.

Abstract

The Government's legislative initiative is subject in our system to a dense statutory regime that also includes legal provisions with the force of law. This legal discipline, however, has not prevented jurisprudence from upholding the judicial immunity of acts approving and submitting bills to Parliament. This paper examines the foundation of such judicial immunity, traditionally linked to the doctrine of political acts of the Government. Based on the results of this examination, the paper questions the rationale behind the legal discipline of the Government's legislative initiative, as well as its effects on statute law as a source of law.

Keywords

Government's legislative initiative; judicial review of bills; political acts of the Government; separation of powers; sources of law.

SUMARIO

I. EXORDIO. A PROPÓSITO DE UNA RECIENTE QUERELLA JURISPRUDENCIAL. II. LA INICIATIVA LEGISLATIVA DEL GOBIERNO: SENTIDO CONSTITUCIONAL Y RÉGIMEN JURÍDICO. III. *VEXATA QUAESTIO*: LA FISCALIZACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE LOS ACTOS DE GOBIERNO. IV. LA INICIATIVA LEGISLATIVA DEL GOBIERNO COMO ACTO INTERORGÁNICO DE GRADO CONSTITUCIONAL. V. LA DISCIPLINA LEGAL DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA DEL GOBIERNO. VI. CONCLUSIÓN: «*LEX IUBEAT NON SUADEAT*», O DE CÓMO EL ESFUERZO INÚTIL CONDUCE A LA MELANCOLÍA.

I. EXORDIO. A PROPÓSITO DE UNA RECIENTE QUERELLA JURISPRUDENCIAL

El 13 de diciembre de 2022 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (TS) dictó su Sentencia núm. 749/2022 en el recurso de casación 601/2020, interpuesto contra la sentencia núm. 490/2019 de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 19 de noviembre. Con ella culminaba el *iter* judicial de la denominada «pieza específica» del «caso ERE» en la que se enjuiciaba a los principales responsables políticos y administrativos de la Junta de Andalucía. El fallo, como es sabido, refrendaba en sus principales términos las condenas de la sentencia de instancia; la cual, en palabras del propio TS, «responsabiliza penalmente a todas las autoridades que con sus decisiones, con su comportamiento activo, hicieron posible la distribución ilegal de subvenciones por importe de cerca de 700 millones de euros y durante un dilatado periodo de 10 años». Lo que ha venido después es también de sobra conocido: con apenas un año de latencia desde la sentencia del TS, el Tribunal Constitucional (TC) dictará hasta diez sentencias¹, en sendos recursos

¹ Las SSTC 93/2024, de 19 de junio; 94/2024, de 2 de julio; 95/2024, 96/2024, 97/2024 y 98/2024, de 3 de julio; 99/2024, 100/2024 y 101/2024, de 16 de julio; y 103/2024, de 17 de julio, contienen pronunciamientos parcialmente estimatorios. Mientras, las SSTC 90/2024, de 17 de junio, y 101/2024, de 16 de julio, desestimaron íntegramente la pretensión de amparo de los demandantes.

de amparo, anulando, en lo fundamental, los fallos de la Audiencia Provincial de Sevilla y del TS y declarando la vulneración de los derechos a la legalidad penal y a la presunción de inocencia de los recurrentes.

Acaso puede resultar insólito que un texto pretendidamente incardinado en el ámbito de las fuentes del derecho comience trayendo a colación una controversia desenvuelta en el ámbito penal. Las sospechas se disuelven súbitamente, no obstante, tan pronto como comienza el análisis de la polémica. En efecto, parte esencial del razonamiento reflejado en la STS 749/2022 la constituye el pronunciamiento sobre una cuestión clásica de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero con fuertes derivadas penales por su conexión con los delitos de prevaricación y malversación, a saber: la fiscalización de los denominados «actos políticos de gobierno», y, en particular, de los proyectos de ley. Muy sucintamente, el *quid* de la querella entre los dos Altos Tribunales puede sintetizarse, en lo que nos interesa, como sigue.

Con el objetivo de demostrar si los actos preparatorios de un proyecto de ley —*rectius*: del proyecto de ley de presupuestos; en este caso, el de la comunidad autónoma de Andalucía— son susceptibles de encuadrarse en el concepto penal de «resolución en asunto administrativo» y colmar las exigencias típicas del delito de prevaricación (art. 404 CP), la Sala Segunda del TS se ve abocada al esfuerzo de examinar si el procedimiento de elaboración de proyectos de ley —que el TS denominará «procedimiento prelegislativo»— tiene naturaleza administrativa, y, si fuere el caso, si los actos dictados en dicho procedimiento están sometidos al control de legalidad del poder judicial. A tal efecto, el TS terminará distinguiendo el acto de *remisión* de un proyecto de ley al Parlamento —que, a juicio de la Sala, en tanto que sustanciación de la iniciativa legislativa del Gobierno, no es fiscalizable por los Tribunales, «incluso aunque su proceso de elaboración está reglado y sujeto a normas imperativas»— de los actos encaminados a la *aprobación* del proyecto propiamente dicho. Constatada la existencia de normas legales que disciplinan la producción de estos últimos, el TS se formulará la siguiente pregunta: «¿Las normas a que ha de ajustarse el procedimiento prelegislativo tienen algún valor?».

Tal cuestión, que para este trabajo es principal, para el TS naturalmente tiene solo un valor retórico: resulta evidente que si existen leyes que determinan los requisitos que deben observarse en la elaboración y aprobación de los proyectos de ley, tales leyes deberán servir como parámetro de enjuiciamiento de la legalidad, por parte de los tribunales, del procedimiento seguido por el Gobierno a ese efecto. De hecho, es precisamente la existencia de tales normas de derecho administrativo la que pone de manifiesto, a juicio del TS, «la diferente naturaleza del proceso prelegislativo y legislativo», y el hecho de que, bien visto, «el proceso prelegislativo es un procedimiento administrativo». En consecuencia, el TS concluirá, con una redacción ciertamente mejorable, que «los procedimientos reglados que culminan en la decisión de elevar un Proyecto de Ley al Gobierno no son actos propiamente legislativos, sino actos de gobierno que, por ser reglados, pueden ser el contexto objetivo para la comisión de un delito de prevaricación».

Por su parte, el TC², calificando el razonamiento del TS como «extravagante e imprevisible», reparará que los actos preparatorios de proyectos de ley «tienen una naturaleza jurídica diferente de aquellos que adopta el Gobierno en el ejercicio de sus funciones administrativas»; se trata de «actos políticos», es decir, «actos realizados por el Poder Ejecutivo en el ejercicio de su función de gobierno». El aparente punto de coincidencia entre los dos tribunales sobre la naturaleza «de gobierno» de este tipo de actos no impide, sin embargo, al TC afirmar que estamos ante actos no sometidos al derecho administrativo y, por lo tanto, que no son fiscalizables por la jurisdicción ordinaria. Más aún, según el TC, «la circunstancia de que existan normas que disciplinen cómo han de elaborarse los anteproyectos de ley y su aprobación como proyectos de ley no los convierte en actos reglados». A la luz de esa respuesta, la cuestión que se planteaba retóricamente el TS cobra de pronto pleno sentido: ¿qué valor cabe atribuir entonces a esas normas? ¿Qué sentido tiene entonces la disciplina legal de esos procedimientos?

Estas preguntas son las que abordará la presente investigación. El objetivo consiste, por tanto, en escrutar qué sentido tiene la disciplina legal de la iniciativa legislativa del Gobierno y, a partir de nuestra respuesta, tratar de discernir qué lecciones cabe extraer sobre el valor de la ley. Para ello, en primer lugar, repasaremos sucintamente el sentido constitucional y el régimen jurídico actual de la iniciativa legislativa del Gobierno, para, a continuación, preguntarnos sobre el papel que deben asumir los tribunales en relación con dicho régimen. Esa pregunta nos conducirá, en segundo lugar, a la más genérica e inveterada cuestión de la fiscalización de los actos políticos de gobierno. En tercer lugar, analizaremos la relación que guarda la iniciativa legislativa con tales actos y terminaremos de recorrer los contornos de su naturaleza jurídica. En cuarto lugar, examinaremos críticamente el papel de la disciplina legal de la iniciativa legislativa del Gobierno. En fin, concluiremos con una reflexión más general sobre el valor de la ley como fuente del derecho.

II. LA INICIATIVA LEGISLATIVA DEL GOBIERNO: SENTIDO CONSTITUCIONAL Y RÉGIMEN JURÍDICO

La Constitución española (CE) atribuye en su art. 87.1 la iniciativa legislativa al Gobierno y a las Cámaras, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de dicho precepto en relación con las asambleas de las comunidades autónomas y la «iniciativa popular». Sin necesidad de entrar en el debate sobre la naturaleza dualista o pluralista del instituto en nuestro sistema, lo cierto es que, atendiendo al origen de la mayoría de las leyes que integran nuestro ordenamiento, no es difícil constatar que el Gobierno goza en la práctica de una inequívoca preeminencia

² Tomamos como referencia, para simplificar, la primera de sus sentencias sobre el asunto: la STC 93/2024, de 19 de junio.

en el ejercicio de esa iniciativa, como es propio de los regímenes de parlamentarismo racionalizado.

La mayor parte de la doctrina ha considerado la iniciativa como la primera de las fases que articulan el procedimiento legislativo³, completado con las fases constitutiva —en la que tiene lugar la elaboración y aprobación del texto legal— e integradora de la eficacia —que incluye los actos de promulgación y publicación—. Por tanto, conforme a la afortunada tesis de Aragón⁴, el sentido de la iniciativa consistiría en «[poner] en marcha obligatoriamente el procedimiento legislativo», abriendo paso a la fase deliberante. Lo fundamental radicaría precisamente en ese elemento compulsivo⁵, en virtud del cual se obliga al Parlamento a pronunciarse sobre el texto que se somete a su apreciación. De ahí que la iniciativa haya sido entendida como una de las manifestaciones típicas de la facultad de *indirizzo* político que ostenta el Gobierno⁶, y que incluso haya quien advierta en su configuración contemporánea reminiscencias del adagio acuñado por Royer-Collard para significar la posición del monarca francés en la Carta Constitucional de 1814, según el cual: «iniciar la ley es reinar»⁷.

La iniciativa legislativa del Gobierno se sustancia en proyectos de ley que, conforme al art. 88 CE, son aprobados en Consejo de Ministros y sometidos al Congreso⁸, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos. Más allá de esa previsión, el texto constitucional no contiene norma alguna que regule el procedimiento de elaboración de esos proyectos de ley; no así su tramitación (arts. 83.3, 89.1, 90, 134.5, 151, etc.). Quizá por ello, aunque su art. 87.1 señala expresamente que el régimen jurídico de la iniciativa legislativa viene dado por lo dispuesto en la propia Constitución y en los Reglamentos de las Cámaras, en la actualidad son muchas las disposiciones, legales y reglamentarias, que pretenden disciplinar el procedimiento de elaboración de proyectos de ley.

³ J. F. Merino Merchán (1987), «Significado general de la iniciativa parlamentaria», *Revista de las Cortes Generales*, 11, págs. 81-124 (pág. 82). Entre quienes se oponen a considerar la iniciativa como parte del procedimiento legislativo destaca, por clásica, la posición de Carré de Malberg, defendida en su *Contribution à la Théorie Générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* (1920).

⁴ M. Aragón Reyes (1986), «La iniciativa legislativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 16, págs. 287-314 (pág. 288).

⁵ A. Dorrego de Carlos (2018), «La iniciativa legislativa del Gobierno: significado político y constitucional», *Revista de las Cortes Generales*, 104, págs. 115-133 (pág. 117).

⁶ P. García-Escudero Márquez (2000), *La iniciativa legislativa del Gobierno*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (pág. 48).

⁷ La referencia es de M. Aragón Reyes (1986, pág. 289).

⁸ Salvo que estén referidos a la distribución de recursos del Fondo de Compensación Interterritorial, en cuyo caso serán presentados al Senado, de conformidad con lo previsto en el art. 140 de su Reglamento.

Si nos centramos en el panorama legislativo⁹, habría que señalar que hasta 1997 el procedimiento de elaboración de proyectos de ley, así como de disposiciones de carácter general, se regulaba íntegramente por la Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento Administrativo (arts. 129 a 132). A partir de ese año, las previsiones fundamentales al respecto se contendrán, principalmente, en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (arts. 5.1.a) y 22 a 28). En la actualidad, el panorama se ha complejizado de forma significativa con la entrada en vigor de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (arts. 127 a 133) y del Régimen Jurídico del Sector Público (cuya disposición final tercera ha dado una nueva redacción al título V de la Ley del Gobierno).

El régimen legal de la iniciativa legislativa del Gobierno es hoy, pues, significativamente denso, por momentos incluso confuso¹⁰, e integra, en su parte general, desde meras reproducciones del texto constitucional (e.g. los arts. 5.1.a) LG o 127 LPACAP) hasta principios sustantivos (art. 129 LPACAP), incluyendo, naturalmente, normas de ordenación del procedimiento (principalmente, el art. 26 LG). A todo ello hay que añadir los múltiples trámites recogidos en leyes especiales, principalmente la evacuación de informes (del Consejo de Estado, del Consejo General del Poder Judicial, de comunidades autónomas, etc.). A la vista de esa densidad regulatoria¹¹, en buena medida impulsada —paradójicamente— por la pretensión de atender la recomendación de la Comisión Europea de «legislar mejor» (STS 488/2016, de 22 de febrero)¹², parece lícito preguntarse qué papel deben desempeñar los tribunales en relación con el control de tales ele-

⁹ En el ámbito reglamentario se puede destacar, entre otras disposiciones, el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

¹⁰ Una parte relevante de la doctrina ha criticado con dureza al legislador por esta innecesaria complicación, acusándole de «haber procedido de forma torpe, absurda y atentatoria al principio de seguridad jurídica» [V. Garrido Mayol (2018), «El control extrajudicial de la actividad normativa del Gobierno», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 30, págs 101-143 (pág. 109)].

¹¹ Constatada por el TS, en su STS 2563/2016, de 5 de diciembre: «Es evidente la creciente densidad alcanzada por la regulación de la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones de carácter general».

¹² Para M. Vaquer Caballería (2017), «Auge y problemas de la metarregulación: la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria en la Ley de Procedimiento Administrativo Común», en J. Poncé Solé y A. Cerrillo i Martínez (coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, págs. 165-196, el fenómeno de la «metarregulación» —«es decir, la regulación reflexiva o autorreferencial, aquélla que tiene por objeto la forma y el contenido de la propia regulación»— constituiría la manifestación más reciente de la preocupación por la calidad de las normas, y como tal un estadio evolucionado respecto a la teoría y la técnica legislativas («legisprudencia»).

mentos. De otro modo: ¿la existencia de normas de derecho administrativo que disciplinan el procedimiento de elaboración de proyectos de ley habilita al poder judicial para fiscalizar la observancia de aquellas?

En la STS referida al inicio de este trabajo, la Sala Segunda del TS tratará de demostrar que plantearse una respuesta negativa a esa pregunta supondría blindar para el Gobierno «un ámbito de inmunidad difícilmente justificable», toda vez que «es el propio Parlamento el que, a través de la ley, ha ordenado que su elaboración deba ajustarse a unas determinadas normas y cuando esas normas son de derecho administrativo y están fuera del procedimiento legislativo». Ahora bien, sorprendentemente el propio TS circunscribe ese razonamiento al ámbito penal, excluyendo de forma expresa su validez para el ámbito contencioso-administrativo. En efecto, si por un lado afirma la necesidad de desterrar «la idea de que cualquier acto vinculado con la actividad parlamentaria es inmune a la jurisdicción penal», al mismo tiempo admite el TS que «carece de sentido que un proyecto de ley pueda ser impugnado de forma paralela a la ley que posteriormente lo apruebe y sería contrario a la facultad de iniciativa legislativa que corresponde a todo Gobierno y, sobre todo, al ámbito soberano del Parlamento, que la jurisdicción contencioso-administrativa pudiera limitar la facultad del Parlamento de examinar, enmendar y aprobar un proyecto de ley».

Cabría pensar, a la luz de la distinción que hace el Alto Tribunal entre la *remisión* del proyecto de ley y su *aprobación*, que el TS se está refiriendo en este punto a la primera y que, por lo tanto, lo que no puede ser controlado por la jurisdicción contencioso-administrativa es el sometimiento de un proyecto de ley ya aprobado a las Cámaras. Sin embargo, el TS reconoce que «no puede ocultarse que en el ámbito contencioso-administrativo se viene entendiendo que [...] no es posible fiscalizar la decisión de impulsar un determinado proyecto de ley y tampoco fiscalizar el proceso de elaboración y el contenido material de un proyecto de ley». En este preciso punto la posición del TS coincide con la del TC, que en su STC 93/2024 apuntará que «el proyecto cuyo contenido contraviene la normativa existente mientras que es proyecto no puede someterse a un juicio de legalidad —en ese momento es un acto inexistente para el Derecho— y, una vez que se ha aprobado, al haberse convertido en ley, el único juicio que cabe es el de constitucionalidad».

Por tanto, dejando a un lado la escabrosa cuestión relativa a la conciliación entre la tesis de la inmunidad judicial (contencioso-administrativa) de los proyectos de ley y la que sostiene la trascendencia penal de la infracción de las normas que rigen su elaboración y aprobación, parece que al menos la primera de esas tesis es pacífica entre la jurisprudencia del TS y del TC. Por otro lado, para uno y otro tribunal parece que esa inmunidad tiene que ver con la consideración del ejercicio de la iniciativa legislativa como un «acto de gobierno»; premisa esta que, como hemos referido en la introducción, parece también pacífica.

Recapitulando, pues, tenemos un sorprendente consenso jurisprudencial en torno a la afirmación, por un lado, de que la disciplina legal de la iniciativa legislativa del Gobierno no impide que esta esté exenta de fiscalización por la

jurisdicción contencioso-administrativa y, por otro lado, de que la actuación que sustancia esa potestad tiene una naturaleza jurídica peculiar y diferente a la actividad administrativa del Gobierno; es, para decirlo con palabras del TC, «un acto político que se incardina dentro de las funciones de gobierno que la Constitución le atribuye». Nos corresponde ahora preguntarnos si existe relación entre esas dos tesis, y más concretamente si, como parece colegirse, la primera tiene como fundamento la segunda. Explícitamente: ¿la exención de control jurisdiccional contencioso-administrativo de la iniciativa legislativa del Gobierno tiene por fundamento la naturaleza «política» o «de Gobierno» de esa actividad?

III. VEXATA QUAESTIO: LA FISCALIZACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE LOS ACTOS DE GOBIERNO

La idea de que determinados actos del Ejecutivo, por su carácter político, deben sustraerse al control jurisdiccional tiene su origen moderno, como es sabido, en la doctrina del Consejo de Estado francés¹³. La argumentación de dicho órgano atendió inicialmente al *telos* del acto —dando lugar a la conocida como «doctrina del móvil político», que nace al socaire del *arrête Lafitte* de 1 de mayo de 1822—, para, a partir del último cuarto del siglo XIX, inaugurar la que será su línea jurisprudencial principal en lo sucesivo, y en virtud de la cual «no son los motivos de la decisión los que determinan el carácter esencial del acto [...] [sino] la propia *naturaleza del acto y de su objeto*» (*arrête Napoléon* de 19 de febrero de 1875¹⁴).

En España, es la jurisprudencia la que acoge en primer término la doctrina francesa, que ya en 1890 positivizará el art. 4 del Reglamento de ejecución de la Ley Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888. Ahora bien, como advirtió Garrido Cuenca, a diferencia de lo sucedido en el país vecino, en el nuestro «el acto de gobierno no terminará configurándose como un acto distinto al administrativo, sino como un acto administrativo que se excluye del conocimiento del juez de lo contencioso-administrativo por su carácter discrecional»¹⁵. Esta situación, no obstante, experimentará una significativa vuelta de tuerca con la entrada en vigor de la Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la jurisdicción

¹³ La referencia indiscutible para el estudio del acto político o acto de Gobierno en nuestra doctrina sigue siendo la tesis doctoral de Nuria Garrido Cuenca (1996), posteriormente publicada como monografía: N. Garrido Cuenca (1997), *El acto de gobierno: un análisis en los ordenamientos francés y español*, Barcelona: CEDECS.

¹⁴ Es significativo que, como explica la autora, la doctrina dimana de la propia pretensión de autocontención (*self-restraint*) del Consejo de Estado, el cual «como creación napoleónica, atacado por liberales y conservadores, y para no exacerbar la enemiga que le profesaban los poderes del nuevo orden establecido, decide, para subsistir y durar, optar por esta autorres-tricción» (Garrido Cuenca (1997, pág. 301)).

¹⁵ Garrido Cuenca (1997, pág. 310).

contencioso-administrativa¹⁶. Como ya anticipa su exposición de motivos, para el legislador de 1956 los actos políticos «no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales». Sobre esta base, el art. 2.b) del texto excluirá expresamente del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa:

Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Con ello, la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa sustantivará el concepto de acto político y legalizará la doctrina que los considera actos esencialmente distintos de los actos administrativos, inclusive los discrecionales, «à raison de sa nature». Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, un sector amplio de la doctrina¹⁷ consideró incompatible el precepto con el nuevo texto constitucional y, en consecuencia, defendió que debía entenderse derogado. No obstante, puesto que la Ley jurisdiccional mantuvo su vigencia hasta 1998, fue la jurisprudencia la que hubo de acotar paulatinamente su interpretación con el objetivo de evitar una inmunidad del Gobierno inadmisibles e impropia de un Estado de derecho.

Ya la jurisprudencia preconstitucional del TS se preocupó de delimitar el requisito subjetivo que debería concurrir en tales actos para poder justificar su exención jurisdiccional. Así la STS de 10 de febrero de 1962¹⁸ determinará que únicamente al Gobierno en su articulación colegiada —es decir, como Consejo de Ministros— le estaba dada la potestad de dictar actos políticos (posteriormente, en el mismo sentido: SSTs de 20 de junio de 1980; de 3 de marzo de 1986; de 21 de abril de 1987; de 25 de junio de 1986; de 22 de septiembre de 1986, entre otras muchas). En la primera jurisprudencia postconstitucional, previa a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administra-

¹⁶ La trascendencia del cambio operado por la ley fue ya señalada por A. Embid Irujo (1989), «La justiciabilidad de los actos de Gobierno», *Documentación Administrativa*, 220, págs., 19-66 (pág. 23). En realidad, ya la Ley de Jefatura del Estado de 18 de marzo de 1944, en virtud de su artículo segundo, deslindaría con nitidez los actos políticos de los actos administrativos. No obstante, con el texto refundido de 1952 desaparece la sustantivación del concepto hasta 1956 (Garrido Cuenca (1997, págs. 320-395).

¹⁷ Con García de Enterría y Fernández Rodríguez a la cabeza.

¹⁸ El primero en significar este hito fue M. Baena del Alcázar (1978), «Los actos políticos del Gobierno en el Derecho Español», *Documentación Administrativa*, 177, págs. 5-62 (pág. 21).

tiva, cabe identificar dos grandes períodos separados por la célebre STS de 28 de junio de 1994, que habrá de marcar un verdadero punto de inflexión. Hasta ese momento, el TS fue abriéndose progresivamente camino en el control de los actos políticos¹⁹; primero, rechazando sin demasiado andamiaje teórico la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo con fundamento en el carácter político o de Gobierno de un acto (SSTS de 24 de septiembre y 6 de noviembre de 1984); más tarde, explicitando la necesidad de separar los elementos no políticos del fondo del acto (SSTS de 9 de junio, 30 de julio y 2 de octubre de 1987), todavía sin amparo en ningún precepto constitucional concreto; y, en fin, invocando los arts. 9.1. y 24 CE para sostener que «no puede admitirse en nuestro Derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al Ordenamiento jurídico y en consecuencia exentos del control jurisdiccional», sino que «en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el Ordenamiento jurídico estos elementos sí son susceptibles de control jurisdiccional» (STS de 22 de enero de 1993; previamente también, ATS de 15 de enero de 1993). La conclusión que destilará el TS de todo este proceso es que «la doctrina del acto político no puede ser invocada como fundamento de la inadmisibilidad, ya que es obligado para el juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable» (STS de 22 de enero de 1993).

Si los pronunciamientos anteriores ponían las bases para el socavamiento de la inmunidad judicial de los actos políticos, el golpe definitivo lo habría de asestar la referida STS de 28 de junio de 1994, dictada en el polémico recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el real decreto que nombraba al fiscal general del Estado. La importancia de dicha STS, posteriormente avalada por las tres, no menos polémicas, SSTS de 4 de abril de 1997 («caso papeles del CSID»), radica en que con ella inauguró el TS su doctrina de los «conceptos judicialmente asequibles». Merece la pena resumir, siquiera sea con máxima brevedad, el razonamiento del Alto Tribunal. Por un lado, se admite, en coherencia con su jurisprudencia anterior, la existencia de «una actividad política del Gobierno no sujeta a revisión judicial», con amparo en los arts. 97 y 106.1. CE. A renglón seguido, no obstante, se matiza que esa «clara posición jurisprudencial que hemos descrito sobre la admisión de una actividad política del Gobierno se oscurece y origina los auténticos problemas cuando es preciso aplicarla a cada caso concreto, porque entonces entran en juego principios y normas constitucionales de ineludible acatamiento, que presionan a favor de su restricción [...]». Entre esos principios y normas constitucionales para el TS cobran particular importancia dos preceptos: el art. 9, que dispone el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución (apdo. 1) y garantiza el principio de legalidad (apdo. 2), y el art.

¹⁹ La mejor síntesis jurisprudencial de esta primera etapa la proporciona el artículo de A. Saiz Arnaiz (1994), «Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 134, págs. 225-252.

24.1 que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva. La conclusión del juicio de ponderación que realiza el TS entre ambos extremos le conduce a afirmar que:

[...] la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad [...] no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control *cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos* a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política.

A través de esta doctrina el TS volvió a subsumir el acto político o de Gobierno en el género de los actos administrativos discrecionales, acaso singularizados por la amplitud de su discrecionalidad, pero en modo alguno exentos del control de legalidad por parte de los tribunales. En cierto sentido, se puede decir que la actual Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 no vino sino a positivizar esta idea al incluir en su art. 2.a), entre las cuestiones sometidas al conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, *cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos*²⁰.

²⁰ La exposición de motivos ya nos advierte de que: «La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad —llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política excluida «per se» del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho».

Cabe poner de relieve el radical contraste entre el texto impulsado por el Gobierno del Partido Popular, que finalmente recibiría el *placet* de las Cortes, y el Anteproyecto de Ley, de 16 de enero de 1995, promovido por el anterior Gobierno socialista, cuyo art. 3.c) disponía que: «No corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa: El control de los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas que se refieran a sus relaciones con otros órganos constitucionales y estatutarios y los dictados en el ejercicio de la función de dirección de la política interior y exterior, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo». El tránsito entre ambos textos se explica, en

A la vista de esa consagración legal y jurisprudencial del control de los actos políticos del Gobierno, García de Enterría, ínclito paladín en la *lucha contra las inmunidades del poder*, llegará a afirmar que:

La cuestión, pues, ha quedado ya inequívocamente resuelta a la vez en la legislación en vigor como en la jurisprudencia, puntuales aplicadoras ambas de los principios constitucionales. La tesis central de este libro es, pues, ya inequívoco derecho positivo, y no una simple opinión doctrinal. Los actos políticos o de Gobierno, como un supuesto límite de la jurisdicción contencioso-administrativa, han quedado erradicados de nuestro Derecho y con ello dicha jurisdicción ha ganado definitivamente su universalidad (incluso, hay que decirlo, respecto de los actos internacionales o de relación entre poderes constitucionales —estos últimos, con la reserva de la competencia del Tribunal Constitucional—, los cuales pasan a ser, ahora, como en el Derecho alemán, actos dotados de una muy amplia discrecionalidad que los hará difícilmente controlables en cuanto a su fondo)²¹.

IV. LA INICIATIVA LEGISLATIVA DEL GOBIERNO COMO ACTO INTERORGÁNICO DE GRADO CONSTITUCIONAL

Ahora bien, si esto es así, ¿cómo explicar entonces la tesis que, como hemos visto, tan pacíficamente comparten el TS y el TC en relación con la exención de control jurisdiccional de la iniciativa legislativa del Gobierno? ¿Acaso no era su genuino carácter de acto político de gobierno el que justificaba tal exención? Una primera pista para responder a estos interrogantes nos la proporciona el último inciso del texto de García de Enterría traído a colación, que significa entre los —a su juicio— erradicados actos políticos o de Gobierno aquellos «de relación entre poderes constitucionales». Con la entrada en vigor de la LRJCA 1998, para tales actos sugiere el autor el reconocimiento de una supuesta reserva de competencia del Tribunal Constitucional, sin perjuicio, se entiende, de la aclamada «universalidad de la jurisdicción contencioso-administrativa» (pues de otro modo

buena medida, por las observaciones del informe del CGPJ de 22 de febrero de 1995, como señaló F. Navas Castillo (2003), «Veinticinco años de actos de Gobierno», *Revista de Derecho Político*, 58-59, págs. 621-638 (pág. 632).

²¹ E. García de Enterría (2009), *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid: Civitas (pág. 24). En realidad, el propio García de Enterría había reconocido en diversos textos previos que determinados actos del Gobierno no pueden sujetarse al control de legalidad de los tribunales, con base en una peculiar concepción de la personalidad jurídica de la Administración y en la idea de que se trata de actos «en los que el Gobierno no actúa como órgano de la Administración del Estado, no son, por ello, verdaderos actos administrativos» [E. García de Enterría (1992), «El concepto de personalidad jurídica en el derecho público», *Revista de Administración Pública*, 129, págs. 195-210 (pág. 202)].

se estaría nuevamente reconociendo la existencia de cierto tipo de actos exentos). Parafraseando al TS en la citada STS de 28 de junio de 1994, podríamos decir que la aparente nitidez de la doctrina de los conceptos judicialmente asequibles oscurece cuando se pone el foco en cierto tipo de actos que tienen por epítome, precisamente, el ejercicio de la iniciativa legislativa del Gobierno.

En efecto, todo el proceso de paulatino cercamiento jurisprudencial del acto político que hemos reproducido no fue óbice para que simultáneamente el propio TS contuviese su fiscalización en relación con el ejercicio de la iniciativa legislativa del Gobierno. Así, con anterioridad a la STS de 28 de junio de 1994, el TS reconoció expresamente la exención jurisdiccional de dicha iniciativa en cinco sentencias²² (SSTS de 1 de diciembre de 1986, de 13 de marzo de 1990, de 25 de octubre de 1990, de 10 de diciembre de 1991 y de 20 de marzo de 1993²³). Tampoco abdicó de la defensa de ese tratamiento privilegiado con posterioridad a la configuración de la doctrina de los conceptos judicialmente asequibles (entre otras muchas, STS de 5 de mayo de 1997 y ATS de 3 de diciembre de 1998); ni siquiera con la entrada en vigor de la LRJCA 1998 (entre otras, SSTS de 26 de octubre de 1999, de 2 de marzo de 2009, de 21 de diciembre de 2011, de 30 de enero de 2014 y de 28 de marzo de 2019). Al contrario, llegó a enfatizar el TS que en relación con la iniciativa legislativa del Gobierno la jurisdicción contencioso-administrativa no puede ejercer su función fiscalizadora «ni tan siquiera so pretexto de los invocados aspectos reglados y arbitrarios» (ATS de 3 de diciembre de 1998).

El fundamento de esta singularidad es, a juicio del TS, doble. Desde el punto de vista subjetivo, destaca el Tribunal que «no estamos en presencia de un acto de la Administración Pública, sujeto al derecho administrativo [...], [sino ante] un acto del Gobierno, en cumplimiento de la potestad constitucional de iniciativa legislativa que le corresponde (art. 87.1 CE)» (ATS de 3 de diciembre de 1998). Desde el punto de vista objetivo, estaríamos ante un acto «diferente, desde luego, de los que se adopten en el ejercicio de las funciones ejecutiva, en su faceta administrativa, y reglamentaria, cuya culminación es la aprobación de la ley, y que tiene sus propios mecanismos de control» (ATS de 3 de diciembre de 1998). Si nos preguntamos en qué consiste esa diferencia material, dirá el TS que cuando el Gobierno actúa su iniciativa legislativa «realiza una actividad

²² También lo hizo en relación con la disolución de las Cortes (STS de 24 de septiembre de 1984) y con la petición parlamentaria de información al Gobierno (SSTS de 9 de junio de 1987 y de 15 de noviembre de 1984) (Saiz Arnaiz, (1994, pág. 249).

²³ Más aún, como advirtió Saiz Arnaiz, A. (1994), *op cit.*, pág. 242, de las trece decisiones judiciales del TS relativas al acto político anteriores a 1994, solo se apoyará en el art. 2.b) de la antigua LRJCA 1956 para inadmitir el recurso contencioso-administrativo en tres de ellas: STS de 31 de octubre de 1983, de 25 de octubre de 1990 y de 10 de diciembre de 1991; tratando las dos primeras, precisamente, de los recursos contra el ejercicio de la iniciativa legislativa del Gobierno —la primera, por su parte, refería al ejercicio del derecho de petición frente al Gobierno—.

en la que predomina un principio de conveniencia y oportunidad política»; en definitiva, «se trata de una actividad política».

La desazón que producen estos argumentos es palmaria. Por un lado, el TS confiere a la iniciativa legislativa un estatus propio, distinto al de los actos políticos, y la sitúa, a diferencia de estos, allende los límites de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero cuando trata de justificar esa postura vuelve a insistir en la naturaleza política y en el hecho de que tal iniciativa se sustancia en actos «del Gobierno», no de la Administración²⁴. Resulta inevitable, así, acordarse de las palabras pronunciadas por el propio García de Enterría en el célebre discurso pronunciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el 2 de marzo de 1962, posteriormente publicado en la Revista de Administración Pública bajo el título de «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo», en el que, combatiendo la pretendida singularidad de los actos políticos respecto a los administrativos, el maestro cántabro se referirá a «la absoluta incapacidad, que puede ya darse por rubricada, cabe decir, después de más de un siglo de esfuerzos incesantes y de distinciones cada vez más sutilmente renovadas, en que se encuentra la doctrina para decirnos qué es lo que positivamente es un acto de gobierno»²⁵.

Eppur si muove, cabría añadir. Ciertamente, la cuestión sigue sobre la mesa: ¿qué rasgo de la iniciativa legislativa del Gobierno justifica ese indubitado tratamiento especial que le ha brindado la jurisprudencia del TS? Nos parece que una clave importante para responder a esta pregunta se puede encontrar en la jurisprudencia constitucional. En efecto, en su trascendental STC 45/1990, de 15 de marzo, el TC resolverá el recurso de amparo promovido contra la STS de 2 de octubre de 1987, que a su vez inadmitió el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo presunto del Consejo de Ministros, denegatorio de la solicitud, formulada el 30 de julio de 1986, de dación de medios materiales y personales para la Administración de Justicia en el País Vasco. El TS inadmitió ese recurso entendiendo que «ese acto, que no es parlamentario, participa sin embargo de naturaleza política por ser de relación institucional y está igualmente sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa». En el recurso de amparo interpuesto contra esa STS,

²⁴ La deficiente argumentación del TS en este punto ha terminado convirtiendo su ejercicio de autocontención, por su apariencia de artificiosidad y arbitrariedad, en uno de los principales focos para la crítica dogmática de la construcción de la doctrina de los conceptos judicialmente asequibles. Así, Garrido Cuenca (1997, pág. 636): «Que esta doctrina es sencillamente un invento o creación judicial sólo esgrimible en los casos que el propio juez estime más oportuno, lo demuestra el hecho de que jamás se ha utilizado (es más, expresamente se ha declarado judicialmente como excepción) en uno de los ámbitos materiales por excelencia del acto de gobierno, el de las relaciones entre los poderes públicos».

²⁵ E. García de Enterría (1962), «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, 38, págs. 159-208 (pág. 183).

la parte actora acusaría al TS de «resucitar la teoría de los actos políticos del Gobierno», un planteamiento, a juicio de los recurrentes, «incompatible con lo dispuesto en el art. 24.1 de la Constitución». Sin embargo, el TC, auxiliando el razonamiento del TS, afirmará que, bien vista, en la STS recurrida:

[...] no se inadmitió el recurso por considerarlo dirigido contra un acto (presunto) de carácter político, de aquellos a que alude el art. 2 b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), que en ningún momento se menciona en la sentencia, sino por entender que se dirigía contra una actuación (u omisión) no sujeta al Derecho Administrativo y, por ende, insusceptible de control en esa vía judicial, conforme al art. 106.1 de la Constitución y al art. 1 de la LJCA.

Y a continuación, en un párrafo que habrá de ser citado hasta la exasperación, sentenciará el TC:

En efecto, no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, *la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales*, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución.

Un pronunciamiento similar será reproducido en las SSTC 196/1990, de 29 de noviembre, y 220/1991, de 25 de noviembre. Como ha advertido Garrido Mayol:

[...] cabe afirmar que el Tribunal Constitucional inauguró en 1990 una línea doctrinal que sostenía la existencia de áreas de actuación del Gobierno exentas de control judicial, acudiendo, para mantener esta tesis, no ya a la antigua doctrina de los actos políticos, sino a la jurisprudencia sobre los actos de relación entre órganos constitucionales²⁶.

Esta línea jurisprudencial, que a juicio —ausente de cualquier justificación, por cierto— del TS finalizaría apenas dos años después, con la STC 204/1992, de 26 de noviembre²⁷, permite destilar del antiguo concepto amorfo de «acto político de Gobierno» aquellos actos que el Gobierno dicta desde su posición constitucional y en relación con otros órganos constitucionales.

²⁶ V. Garrido Mayol. (2010), *Las garantías del procedimiento prelegislativo: la elaboración y aprobación de los proyectos de ley*, Valencia: Tirant lo Blanch (pág. 257).

²⁷ Así lo expone la STS de 28 de junio de 1994: «[la doctrina del TC] ha permanecido prácticamente inalterable desde la Sentencia de 15 de marzo de 1990 (STC 45/1990) hasta la de 26 de noviembre de 1992».

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la naturaleza política de un acto no puede operar, por sí misma, como factor determinante de un estatus privilegiado de exención jurisdiccional. Cuando significamos de un determinado acto su carácter político sencillamente aludimos a que el mismo involucra elementos discrecionales que responden a criterios de oportunidad o conveniencia —diferentes de otros criterios de discrecionalidad, como los que fundamentan la discrecionalidad técnica—, sin perjuicio de aquellos otros elementos reglados que, en mayor o menor medida, están necesariamente presentes²⁸. En este sentido, los actos políticos no se diferencian esencialmente de los actos discrecionales²⁹ y ni siquiera cabe afirmar que sea el Gobierno el único sujeto del que dimanen aquellos³⁰.

Lo distintivo de la iniciativa legislativa del Gobierno a efectos de su exención jurisdiccional no puede cifrarse, por tanto, en su pretendido carácter político, ni mucho menos cabe afirmar que cualquier actividad del Gobierno que revista ese carácter deba exceptuarse del control de legalidad de los tribunales. Más bien, nos parece que la clave de bóveda radica en el hecho de que determinados actos del Gobierno³¹, y entre ellos muy señaladamente el ejercicio de la iniciativa legislativa, expresan su posición constitucional como poder independiente en relación con los otros poderes constitucionales. Se trata, pues, de actos de carácter eminentemente interorgánico o relacional y de grado constitucional, esto es, actos que materializan potestades referidas a otros órganos constitucionales. En tal sentido, pretender sujetar tales actos a las reglas o al control de alguno de esos otros órganos supondría debilitar la posición relativa del Gobierno en el entramado constitucional y desequilibrar la balanza del poder público en favor de los otros poderes. A nuestro juicio, por tanto, no es una «función genérica de dirección política del Gobierno»³² la que opera como fundamento de la inmunidad en el ejercicio de

²⁸ Así, forman parte del común denominador de todo acto, al menos, la potestad de la que dimanen, la extensión concreta de esta o la competencia, García de Enterría (1962, pág. 167).

²⁹ Con más rigor podríamos decir, siguiendo a Hauriou, que «no hay actos discrecionales y no discrecionales, sino elementos discrecionales de los actos administrativos, más o menos en número, y de mayor o menor importancia» [la cita es de M. Sánchez Morón (2011), «Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa», *Ius et Veritas*, 43, págs. 260-270 (pág. 264)].

³⁰ Piénsese, por ejemplo, dentro del sector público, en las «directrices» que corresponde fijar a cualquier presidente o director de una entidad del sector público institucional, nunca desprovistas plenamente de ese elemento de oportunidad.

³¹ En realidad, no se trata de una prerrogativa del Gobierno, sino que tales actos cabe imputarlos también a otros órganos; sin ir más lejos, al presidente del Gobierno, como la propuesta de disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales (art. 115 CE). Cuestión especialmente compleja es la que suscita el indulto [véase B. Marcheco Acuña, (2015), «El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español», *RIEDPA: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2, (pág. 35)].

³² Es la tesis sostenida por Garrido Cuenca (1997, pág. 623).

la iniciativa legislativa, sino que dicho fundamento reside en la salvaguarda del principio de separación de poderes, «pieza clave del edificio constitucional» (STS de 6 de noviembre de 1984).

La decantación de los que podríamos bautizar como «actos interorgánicos de grado constitucional»³³ del inveterado género de los actos políticos se nos presenta, así, como indispensable, pues solo desde ese concepto puede entenderse, efectivamente, que tales actos estén sujetos exclusivamente al control político-parlamentario, por un lado, y al control del TC, por otro. Por la misma razón, se comprende fácilmente que el hecho de que el control de la jurisdicción contencioso-administrativa no alcance tales actos no contraviene lo dispuesto en el art. 24.1 de la Constitución, puesto que, sin perjuicio de las reservas que ha definido el TC, están sometidos a la jurisdicción constitucional. Tampoco, ciertamente, lo dispuesto en el art. 9.1, puesto que no cabe pretender que la sujeción al ordenamiento jurídico se predique de todos los poderes públicos de forma homogénea, sino que estos «están sometidos a aquel derecho al que deben estarlo»³⁴.

V. LA DISCIPLINA LEGAL DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA DEL GOBIERNO

Hasta aquí hemos visto cómo la jurisprudencia ha entendido que la iniciativa legislativa del Gobierno debe quedar al margen de la fiscalización por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, y hemos tratado de demostrar que dicha exención encuentra su justificación, no en el ejercicio de una genérica función de dirección política, sino en la salvaguarda del principio de separación de poderes. Nos corresponde ahora terminar de recorrer los contornos de esta potestad constitucional con el objetivo de encarar la pregunta que nos formulábamos al inicio sobre el sentido de su disciplina legal.

Si hemos dicho que los proyectos de ley sustancian el ejercicio de la iniciativa legislativa del Gobierno, conviene recordar que, conforme al art. 88 CE, son dos los actos involucrados en su perfección: el de aprobación y el de sometimiento al Congreso, correspondiendo ambos al Consejo de Ministros. A esta dualidad de actos apelaba, como hemos visto, el TS en su STS 749/2022 para tratar de fundamentar la premisa según la cual, si el acto de sometimiento (o de remisión) al Congreso debe considerarse efectivamente inmune al control jurisdiccional, no puede decirse lo mismo del acto de aprobación. Ciertamente, tratándose de actos perfectamente distinguibles, el argumento no puede desdeñarse sin más. De

³³ La jurisprudencia en ocasiones ha utilizado la denominación «acto constitucional» (véase el ATS de 3 de diciembre de 1998), que, sin embargo, nos sigue pareciendo demasiado genérica, pues no menos constitucional es la función ejecutiva o la potestad reglamentaria.

³⁴ N. Garrido Cuenca (1997, pág. 539).

hecho, si se repasa la doctrina constitucional se advertirá que el propio TC, en alguna ocasión, se ha referido a un «procedimiento administrativo previo al envío del proyecto al Congreso» y distinto al procedimiento legislativo (por todas, STC 108/1986, de 29 de julio). Y así también un sector de la doctrina se ha esforzado en tratar de demostrar la existencia de un «procedimiento prelegislativo» de naturaleza administrativa³⁵.

A nuestro juicio, no obstante, el planteamiento del TS no puede admitirse. Ante todo, conforme al razonamiento que ya hemos desarrollado, porque el acto de aprobación de un proyecto de ley, si es discernible del acto de sometimiento posterior, no deja de ser una materialización de una potestad constitucional del Gobierno referida a otro órgano constitucional, las Cortes Generales, y, por lo tanto, desprovisto absolutamente de carácter administrativo. Por ello, el conjunto ordenado de trámites que anteceden a ese acto, si configuran ciertamente un «procedimiento», tampoco tendrán naturaleza administrativa, habida cuenta de que el acto al que está orientados —la aprobación del proyecto de ley— no reviste ese carácter. En realidad, con independencia de que conceptualmente se quiera deslindar el procedimiento de elaboración de proyectos de ley, dicho procedimiento no deja de integrar el proceso legislativo, toda vez que, como hemos señalado al inicio, la iniciativa legislativa es parte —pricipiante— de dicho proceso.

Esta es la tesis que cabe colegir también del grueso de la jurisprudencia, no ya del TC (entre otros muchos pronunciamientos, destaca el ATC 135/2004, de 20 de abril), sino del propio TS, sin perjuicio de las vacilaciones doctrinales. En su STS de 25 de octubre de 1990, el Alto Tribunal afirmó rotundamente «que la presentación de un proyecto de ley ante el Parlamento, no constituye un acto administrativo sujeto a control por parte de esta Jurisdicción, sino un acto constitucional que el Gobierno realiza en función de una potestad directamente concedida por la Constitución, excluido por imperativo del artículo 1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo del ámbito de nuestro conocimiento» (párrafo que reproducirá en la STS de 5 de mayo de 1997). E hizo extensivo ese predicado al acto de aprobación del proyecto de ley, con fundamento en que «tal iniciativa [legislativa del Gobierno] no es el simple producto de un actuar de la Administración», sino que estamos ante «una actividad en la que predomina un principio de conveniencia y oportunidad política, cual es la “iniciativa legislativa” *en orden a la aprobación* y remisión de las Cortes generales de un determinado proyecto de Ley, se trata de una actividad política que culmina en un acto de tal naturaleza no susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa [...]». Posteriormente, ratificarán esta doctrina el ya citado ATS de 3 de diciembre de 1998 y las SSTs de 26 de octubre de 1999 y de 21 de diciembre de 2011. Más recientemente, la STS de 28 de marzo de 2019 ha

³⁵ V. Garrido Mayol (2004), «Los vicios del procedimiento prelegislativo y su posible incidencia en la validez de la ley», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 15, págs. 321-337. Y, posteriormente, Garrido Mayol (2010).

declarado «el carácter bifásico del procedimiento legislativo, integrado por una primera fase que, aunque residenciada en el poder ejecutivo (elaboración del anteproyecto de ley), no se inserta en procedimiento administrativo alguno sometido al derecho administrativo, y por una segunda fase legislativa»³⁶.

En un sentido muy similar se ha referido el TS a los actos del Gobierno preliminares a un acto parlamentario, con un razonamiento que lícitamente puede extrapolarse a los actos previos a la aprobación de un proyecto de ley. Así, en sus SSTs 1035/2016, 1036/2016, 1037/2016, 1038/2016 y 1039/2016, de 10 de mayo, refiriéndose al Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se fijaron los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública para el conjunto de las Administraciones públicas y de cada uno de sus sectores para el período 2014-2016 y el límite de gasto no financiero del Presupuesto del Estado para 2014, rechazará el TS que estemos ante un acto administrativo, puesto que «tanto si culmina en el acuerdo parlamentario que constituye el objetivo para el que nace y que constituye su proyección natural, como si queda ineficaz por no alcanzar dicho objetivo, queda fuera del alcance de nuestra jurisdicción». La razón de fondo es que se trata de «un acto preparatorio de una decisión parlamentaria y carente por sí mismo de entidad jurídica propia y, por tanto, privado de eficacia jurídica —excepto precisamente la propiamente preparatoria del acto parlamentario—. En definitiva, y en lo que a nosotros interesa, para el TS «la constatación de su naturaleza de acto preparatorio de un acto parlamentario supone la inadmisibilidad [del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra aquel] [...]».

Los pronunciamientos anteriores dan una medida de hasta qué punto con su STS 749/2022, la Sala Segunda del TS ha ido en contra de la doctrina asentada por la Sala Tercera. En puridad, el razonamiento del TS en esa sentencia, anticipado, como hemos visto, por parte de la doctrina, no es sino una flagrante petición de principio, que esquemáticamente puede sintetizarse en los siguientes términos: tratándose de discernir cuál es la naturaleza del acuerdo de aprobación de un proyecto de ley —y, por extensión, del procedimiento que lo antecede—, el TS constata que existen normas de derecho administrativo que lo regulan y, en consecuencia, deduce que estamos ante un «acto de Gobierno»³⁷ —pues tampoco

³⁶ El mismo razonamiento ya había sido anticipado en sentencias anteriores; por todas, la STS de 14 de diciembre de 1998.

³⁷ En realidad, el TS llega a predicar la naturaleza de «acto de Gobierno» de todos los actos dictados en el procedimiento de elaboración de un proyecto de ley: «entendemos que los procedimientos reglados que culminan en la decisión de elevar un Proyecto de Ley al Gobierno no son actos propiamente legislativos, sino actos de gobierno que, por ser reglados, pueden ser el contexto objetivo para la comisión de un delito de prevaricación». Obviando el hecho de que en la redacción se confunden directamente los procedimientos con los actos, el TS se atreve incluso a prescindir del requisito subjetivo que, como hemos visto, había exigido siempre para hablar de actos de Gobierno, esto es: que sean dictados por el Consejo de Ministros como expresión colegiada de aquel; toda vez que no es el Consejo de Ministros el que dicta los actos preparatorios.

se atreve a calificarlo directamente de «administrativo» a la vista del elemento político que incorpora— que culmina un procedimiento administrativo. Si se nos admite la licencia, cabría decir que con este proceder el TS «pone el carro antes de los bueyes», pues, en efecto, no puede pretenderse que un procedimiento tenga naturaleza administrativa por el hecho de que determinadas normas legales lo disciplinen, sino que será en todo caso al revés: porque un procedimiento tiene naturaleza administrativa, corresponderá al legislador disciplinarlo (art. 103 CE) y al poder judicial su control (art. 106.1 CE).

Ahora bien, que el razonamiento del TS sea defectuoso no quiere decir, contrariamente a lo que afirma el TC en su STC 93/2024, que ni el procedimiento ni el acto de aprobación en que resulta tengan carácter «reglado». Afirmar tal cosa es tanto como negar la evidencia insoslayable de que existen normas de rango legal que rigen el ejercicio de la iniciativa legislativa, por mucho que el TC pretenda convencernos de que «el carácter reglado se predica, en principio, de las potestades». Siendo este el caso, es decir, admitiendo forzosamente la existencia de leyes reguladoras de la iniciativa legislativa, la pregunta que se formulaba retóricamente el TS adquiere de pronto una inquietante vigencia para el TC: si ni siquiera sirven para determinar el carácter reglado de los actos a que están referidas, ¿qué valor tienen, pues, dichas normas legales?

Para aterrizar esa pregunta, cabe plantearse si el incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos en el procedimiento de elaboración de proyectos de ley es determinante de la invalidez de las leyes aprobadas. Solo si la respuesta a esa cuestión es afirmativa podremos decir que las leyes reguladoras de la iniciativa legislativa tienen un genuino valor normativo, pues lo característico de los instrumentos normativos consiste precisamente en su potencia anulatoria de los actos contrarios³⁸. En la doctrina cabe discernir dos posiciones al respecto³⁹. En primer lugar, una posición fuerte⁴⁰, conforme a la cual la inobservancia de cualesquiera trámites y requisitos previos por un proyecto de ley, inclusive los de rango constitucional (e.g., la exposición de motivos exigida por el art. 88 CE), nunca podría determinar la invalidez de la ley aprobada, puesto que el trámite parlamentario convalidaría cualquier vicio procedimental. En segundo lugar, una postura más matizada⁴¹, que sostiene que la inobservancia en la elaboración de proyectos de

³⁸ En ello se diferenciarían, principalmente, de los instrumentos de *soft law*, que carecerían de efectos anulatorios directos (L. Arrojo Jiménez y J. M. Rodríguez Santiago (2020), «European and Domestic Soft Law Within Spanish Administrative Law», *Preprints series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective*, 2/20).

³⁹ García-Escudero Márquez (2000, pág. 178).

⁴⁰ Defendida, entre otros, por Aragón Reyes y Santamaría Pastor (García-Escudero Márquez, 2000, pág. 178).

⁴¹ Defendida por Sainz Moreno y la propia García-Escudero (García-Escudero Márquez, 2000, págs. 178-180).

ley de trámites preceptivos exigidos por normas del bloque de constitucionalidad no es subsanable, «puesto que es un requisito distinto de la obligación de remitir los antecedentes, que afecta al momento anterior de elaboración del proyecto»⁴². Esta segunda postura, a nuestro juicio mucho más razonable que la primera, se puede inferir también de la jurisprudencia constitucional (entre muchas otras, SSTC 35/1984, de 13 de marzo; 99/1987, de 11 de junio; 181/1988, de 13 de octubre; 16/2003, de 30 de enero; 137/2003, de 3 de julio⁴³).

En todos los demás casos, la omisión de requisitos únicamente tendrá trascendencia en la constitucionalidad de la ley cuando afecte a la formación de la voluntad de las Cámaras, lo que, a juicio del TC, solo acontece cuando tales requisitos son susceptibles de subsumirse en la noción de «antecedentes necesarios» (art. 88 CE) y, como tal, su ausencia es expresamente denunciada por las Cámaras (por todas, STC 108/1986, de 29 de julio). Y para tener una medida de la angostura de esa noción, cabe recordar que el Consejo de Estado ha reconocido que la ausencia de su propio dictamen, aun cuando venga exigido con carácter preceptivo por la ley orgánica que lo regula, no afecta a la validez de la ley, insistiendo en «que la suprema calidad representativa de las Cortes Generales tiene la virtualidad de convalidar cualquier defecto de tramitación que no revista caracteres de inconstitucionalidad» (Dictamen 44.399, de 8 de julio de 1982).

En resumidas cuentas, parafraseando al TC podríamos decir que el juicio sobre la validez del procedimiento legislativo —y como parte integrante del mismo, el ejercicio de la iniciativa legislativa— solo puede tener como parámetro su constitucionalidad, nunca su legalidad. Para entenderlo, en realidad, no había que mirar muy lejos. Ya el constituyente de 1978 precisó que la iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, *de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras*. Son estas las únicas normas —de rango constitucional, naturalmente— que tienen capacidad de regir el ejercicio de esa potestad constitucional⁴⁴. La razón de fondo ya la hemos anunciado: carece de

⁴² García-Escudero Márquez (2000, pág. 180).

⁴³ En las SSTC 35/1984, de 13 de marzo; 16/2003, de 30 de enero; y 137/2003, de 3 de julio declaró el TC los efectos invalidantes de la omisión del informe previo previsto en el art. 45 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional tercera CE. La STC 99/1987, de 11 de junio, estableció que el incumplimiento de los requisitos procedimentales recogidos en los Reglamentos de las Cámaras podría determinar la inconstitucionalidad de la ley aprobada, cuando ese incumplimiento altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras. La STC 181/1988, de 13 de octubre, concluyó que la inobservancia del trámite previo exigido por la disposición adicional sexta, apdo. 3, del Estatuto de Autonomía de Cataluña vicia el procedimiento y afecta a la constitucionalidad de la ley aprobada.

⁴⁴ En este sentido, Vaquer Caballería (2017, pág. 191): «Mientras estas metanormas se contienen en la Constitución, no plantean ningún problema dogmático, habida cuenta de la superlegalidad de aquella y su naturaleza constituyente de los poderes constituidos, inclui-

sentido alguno que el legislador pueda disciplinar una facultad que el Gobierno ejerce en pie de igualdad con y en referencia al poder legislativo. Las relaciones entre poderes constitucionales únicamente son modulables por el constituyente, no por el legislador ordinario⁴⁵. Para decirlo con las palabras del propio legislador, según se recoge en el preámbulo de la Ley de Gobierno:

[...] el Gobierno no puede ser privado de sus características propias de origen constitucional si no es a través de una reforma de la Constitución («garantía institucional»). Ahora bien, la potestad legislativa puede y debe operar autónomamente siempre y cuando no llegen [*sic*] a infringirse principios o normas constitucionales.

En definitiva, si ni la aprobación ni la remisión de un proyecto de ley es enjuiciable —ni siquiera, por cierto, ante la jurisdicción constitucional, por tratarse de meras «intenciones normativas» (ATC 135/2004, de 20 de abril)— y si el único juicio que cabe contra la ley es de constitucionalidad, las normas que regulan el ejercicio de la iniciativa legislativa son vanas. La disciplina legal de la iniciativa legislativa del Gobierno se nos presenta, así, como un proyecto fútil.

VI. CONCLUSIÓN: «LEX IUBEAT NON SUADEAT», O DE CÓMO EL ESFUERZO INÚTIL CONDUCE A LA MELANCOLÍA

Si, como dijo el filósofo, «el esfuerzo inútil conduce a la melancolía», después de todo lo anterior, acaso merezca la pena cuestionarse si los esfuerzos de nuestro legislador por disciplinar la iniciativa legislativa del Gobierno han resultado en otra cosa que en melancolía, sin perjuicio de sus buenas intenciones. Probablemente algo más sí ha arrojado ese ímpetu legiferante: el contagio de ese temperamento melancólico al TS; pues, ¿quién puede negarle la razón al Alto Tribunal cuando dice que «carecería de sentido que la ley imponga unas reglas en la elaboración del proyecto de ley o de una norma con fuerza de ley y que esas reglas imperativas puedan ser desconocidas sin consecuencias»?

Al comienzo de esta exposición decíamos que para el TS la pregunta por el valor de las leyes que rigen el ejercicio de la iniciativa legislativa del Gobierno tiene un sentido meramente retórico. Y es preciso que así sea, pues, de tomarse en

dos por supuesto el legislativo y el reglamentario. Tampoco lo plantea que se contengan en instrumentos orientadores no vinculantes o de *soft law*, como criterios o directrices. Pero la cosa cambia cuando las leyes tratan de vincular a otras leyes posteriores, o los reglamentos a los reglamentos, como hemos visto que se ha hecho en España sin mucha consciencia sobre los límites dogmáticos y aplicativos de esta opción».

⁴⁵ A nuestro juicio, tampoco está al alcance de ese legislador —y sí de los Reglamentos de las Cámaras— concretar el concepto constitucional de «antecedente necesario», lo que supondría establecer una vinculación inadmisibles para el legislador futuro.

serio esa pregunta, el Tribunal se situaría inmediatamente por encima de la ley, y en consecuencia fuera de la posición que constitucionalmente le está atribuida. Ahora bien, que al TS le esté vedado, por exorbitante, ese ejercicio de cuestionamiento metalegal, no quiere decir que la pregunta carezca de sentido, ciertamente. La respuesta, si estamos en lo cierto, es penosa: estamos ante leyes sin valor normativo alguno, toda vez que su inobservancia no trasciende en la validez de los actos contrarios. Paradójicamente, pues, la falta de contención del legislador (los griegos hablarían probablemente de *hybris*) ha conducido al desprestigio de la ley a través de su desvalorización. Y la pregunta que nos asalta entonces es si no habría alternativas.

Movido por la misma inquietud que el TS, incurre también Garrido Mayol en la misma petición de principio que aquel al afirmar que el acto aprobatorio de un proyecto de ley necesariamente ha de ser controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa, pues «de otro modo, carecería de sentido la regulación de tal procedimiento; sería tanto como negar eficacia al artículo 22 de la Ley 50/1997, del Gobierno y a muchas disposiciones legales que inciden en la conformación de un proyecto de ley»; y acto seguido, concluye: «Hubiera bastado con una simple Instrucción interna sobre cómo tramitar la elaboración de aquéllos»⁴⁶. Pero ¿no es, sin embargo, esta la alternativa que instrumentaban las antiguas *Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley*, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991? No se trata tampoco de normas propiamente dichas, sino, como bien indica su nombre, de directrices o instrucciones técnicas que el Gobierno se da a sí mismo y cuyo incumplimiento, en consecuencia, aunque resulta difícil de comprender, no perturba el valor normativo de ninguna ley.

A nuestro juicio, ese modelo de autorregulación es mucho más respetuoso con el ordenamiento constitucional y mucho menos lesivo para el prestigio de la ley como fuente del derecho, pues como reza el brocardo latino: «lex iubeat non suadeat» (la ley ordena, no aconseja). Aunque es frecuente traer a colación su cita por motivos léxicos, para hacer referencia a la forma en que deben ser redactados los textos legales, creemos que del mismo cabe destilar también un importante corolario con valor sustantivo, a saber: que la ley no debe reducirse a una mera recomendación o sugerencia, sino que su esencia consiste, precisamente, en ser fuente de derecho. Olvidando este punto y haciendo uso de la ley como si de una mera pauta o directriz se tratase, la incontinencia del legislador ha terminado induciendo el desprestigio de su potestad legislativa.

⁴⁶ Garrido Mayol (2004, pág. 327).