

EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS EN ESPAÑA Y NICARAGUA

MIGUEL ÁNGEL SENDÍN GARCÍA
Profesor colaborador del área de Derecho administrativo
Universidad de Salamanca

KARLOS NAVARRO

1. Introducción

El tema del control judicial de los actos políticos arrastra ya una considerable historia¹, siempre polémica, que continúa, como no, vigente en el momento presente. Hoy, como siempre ha sido, y probablemente siempre será, sigue siendo ésta una materia muy controvertida y discutida². Es, por ello, importante realizar una breve reflexión sobre esta cuestión, pese a que haya sido muy tratada por la doctrina y la jurisprudencia, pues es una de esas materias que nunca quedan cerradas, y siempre plantean nuevos y sugerentes interrogantes³.

Lo dicho encuentra aún mayor fundamento cuando lo que se pretende es un estudio comparado del Derecho español y nicaragüense, pues el último de ellos cuenta con una escasa tradición en el tratamiento de esta materia, careciendo en gran medida de referencias para resolver los problemas que va a plantear en la práctica. Si a ello se añade la tradicional confusión que ha existido en Nicaragua entre la esfera política y la administrativa, se hace evidente la importancia de este estudio.

¹ Señala A. SAIN ARNAIZ, que “el acto político acompaña al Estado constitucional desde su nacimiento y ha evolucionado con el mismo de acuerdo con la interpretación judicial de su extensión y límites”. “Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista de Administración Pública* 134, mayo-agosto de 1994. Pág. 226.

² Como señala F. LÓPEZ MENUDO, el “concepto de “acto político” conlleva ya la controversia en su propia formulación terminológica y nada de cuanto de él se diga está exento de riesgos”. “El control judicial de la Administración en la Constitución española”, en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Coordinadores: E. Hinojosa Martínez y N. González-Deleito Domínguez. Civitas. Madrid, 1996. Pág. 42.

³ Hay, por ello, quien sugiere que sería más apropiado que hablar de la teoría del acto político, hacerlo de las teorías del acto político. GARCÍA LLOVET, E.: “Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 36 (septiembre de 1992). Pág. 281.

Es, además, importante, que esta reflexión se lleve a cabo desde la comparación con el Derecho español, pues el ordenamiento jurídico administrativo de uno y otro país, encuentran en el momento presente muchas similitudes.

Nicaragua ha llevado a cabo en los últimos tiempos una importante reforma de su Derecho administrativo, aún no concluida, pues le quedan por afrontar aún algunos aspectos básicos para lograr consolidarlo como un auténtico sistema. La confrontación de esta normativa con el Derecho español, similar en lo esencial, pero con una larga experiencia histórica en la resolución de los problemas que plantea la aplicación real del sistema, abre una vía importante de interpretación, pues puede proporcionar a los operadores jurídicos un sustento que sirva de guía y orientación en la puesta en marcha del nuevo Derecho Administrativo de Nicaragua.

2. Nociones preliminares. La teoría del acto político: evolución histórica, significado e importancia

La doctrina de los actos políticos surge en la Francia del siglo XIX como una creación más del Consejo de Estado. Una “de las escasas máculas de su historia ejemplar”, según el autorizado juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁴, con la que quisieron hacerse perdonar su origen napoleónico en tiempos de la restauración borbónica, a fin de lograr su supervivencia⁵.

Con dicha doctrina se trataba de dar un margen de protección al Ejecutivo contra el Juez. Esto no era preciso en un primer momento, pues la vieja distinción entre actos de autoridad y actos de gestión dejaba los primeros, entre los que se encontraban los actos políticos, al margen del control judicial; pero si posteriormente, al derrumbarse esta tesis, y quedar todo acto de la autoridad pública sujeto a control judicial⁶.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo I*. Octava edición. Civitas. Madrid, 1997. Pág. 566.

⁵ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo I*. Parte General. Undécima edición. Marcial Pons, 1999. Pág. 97. Véase también al respecto, CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: “La doctrina de los actos políticos”, en *Revista de Administración Pública* 53, mayo-agosto de 1967. Págs. 75 y sigs.

⁶ En tal sentido, señala J. M. BOQUERA OLIVER que “el acto político nace en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés para evitar que alcance sus últimas consecuencias la desaparición de la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión. Mientras se mantiene esta distinción -escribe Duez- la noción de acto de gobierno es inútil. Los actos de gobierno no pueden ser más que una variedad de actos de autoridad, y los Tribunales son incompetentes para conocer de todos los actos de autoridad. Pero el día en que se afirma que todo acto de la autoridad pública es susceptible de provocar responsabilidad del Estado si lesiona ilícitamente derechos de los particulares -continúa Duez- el acto de gobierno puede ser útil para proteger al ejecutivo contra el juez”. “La responsabilidad patrimonial del Estado por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”, en *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas. Tomo III, vol. 1º*. IEP. Madrid, 1961. Pág. 197.

Desde allí pasaran muy pronto a nuestro ordenamiento jurídico. Dicha figura estaba ya presente en el bloque normativo que regía nuestra jurisdicción Contencioso-administrativa a finales del siglo XIX. La Ley de 13 de septiembre de 1888⁷ establecía en su artículo 1 que el “*recurso contencioso-administrativo podrá interponerse por la Administración ó por los particulares contra las resoluciones administrativas que*”, entre otras condiciones, “*emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas*”.

Regla que reafirmaba en su artículo 4, señalando que no “*corresponderán al conocimiento de los Tribunales de lo Contencioso administrativo:*

1º. Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan, ó de la materia sobre que versen, se refieran á la potestad discrecional”.

Lo cual suponía la exclusión de los actos políticos que eran considerados un supuesto de actos discrecionales. Así lo aclaraba el artículo 4 del Reglamento General de 13 de septiembre de 1888⁸, señalando que corresponde “*señaladamente á la potestad discrecional:*

1º. Las cuestiones que en la naturaleza de los actos de que nazcan ó de la materia sobre la que versen, pertenezcan al orden político ó de gobierno y las disposiciones de carácter general relativas a la salud ó higiene públicas, al orden público y á la defensa del territorio, sin perjuicio del derecho á las indemnizaciones á que puedan dar lugar tales disposiciones”.

Esta teoría ha sido objeto, con el paso del tiempo, de serias reformulaciones y reducciones, tendentes a incrementar cada vez en mayor medida el control judicial de este tipo de actuaciones, pero sigue estando presente, como tendremos ocasión de ver, en nuestros ordenamientos jurídicos.

El origen de dicha doctrina debe buscarse en el hecho de que la actividad realizada por el Gobierno no tiene un carácter uniforme, sino que asume diferentes rasgos según actué en cumplimiento de funciones políticas o administrativas. Lo que permite afirmar que en ocasiones el Gobierno

⁷ Ley de 13 de septiembre de 1888, Organizando la jurisdicción Contencioso-administrativa: Naturaleza y condiciones del recurso contencioso-administrativo: Organización de los Tribunales de este orden: Procedimiento: Disposiciones generales.

⁸ Reglamento General para la ejecución de la Ley de 13 de septiembre de 1888 comprensivo del procedimiento a que deberá ajustarse la sustanciación de los asuntos de lo contencioso administrativo y sus incidentes.

opera como un órgano político, dictando actos políticos; y en otras actúa administrativamente, generando actos administrativos.

Los actos políticos son, así, fruto del ejercicio de la función política, mientras que los actos administrativos nacen de la puesta en práctica de función administrativa. La distinción, lejos de ser anecdótica, tiene una relevancia considerable, determinando que el régimen de una y otra varíen considerablemente. Pues la primera, al ser actividad política, implica necesariamente un margen de opción dentro del marco fijado por el orden jurídico; mientras que la segunda constituye una labor de aplicación del ordenamiento jurídico, por lo que la capacidad de opción se encuentra más limitada, sin perjuicio de la posibilidad de que exista un margen de discrecionalidad administrativa⁹.

De lo que se deriva, a su vez, la distinción entre un grupo de actividad que es susceptible de control jurídico, y otra que, en cuanto supone la adopción de decisiones política en base a criterios no jurídicos, sino de oportunidad, sólo puede generar responsabilidad política y no jurídica¹⁰.

Desde dicho fundamento se acuñó en el Derecho positivo la regla de la no sujeción de los actos políticos al control judicial de la jurisdicción contencioso administrativa. Claramente consagrada en el artículo 2. b de la vieja Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹¹, según el cual, “no corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa:

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

⁹ Señala A. SERRA ROJAS al respecto que la “función política implica una libre iniciativa para actuar dentro del orden jurídico, en tanto que la función administrativa establece su relación directa y necesaria con la ley de la cual deriva su actuación el funcionario. No es lo mismo considerar un problema políticamente en su conjunto, en su unidad, en una acción general, que un problema administrativo que permite su concertación o particularización. El funcionario actúa políticamente en uso de una facultad discrecional encaminada al aseguramiento del interés general. La acción administrativa se encamina a la atención de los servicios públicos o satisfacción de las necesidades públicas”. *Derecho Administrativo*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1988. Pág. 64.

¹⁰ RUIZ RISUEÑO, F.: *El proceso contencioso administrativo*. Tercera edición. Colex. Madrid, 1999. Págs. 127-137. SANTAOLALLA LÓPEZ, F., en *Comentarios a la Ley del Gobierno*. Coordinador: C. J. Fernández Carnicero. INAP. Madrid, 2002. Págs. 379-382.

¹¹ *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956.*

Aunque hubo, y hay, un sector de la doctrina que mantuvo tesis contraria¹², el acto político es sustancialmente distinto de los actos administrativos, no pudiendo ser englobados dentro de los actos discrecionales¹³. Así lo estableció ya claramente la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional de 1956, que declaraba que “los actos políticos, que 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”.

La teoría de los actos políticos, sin embargo, en cuanto comportaba una limitación del control jurisdiccional de los poderes públicos, fue objeto de severas críticas por parte de la doctrina, que demandaba su desaparición¹⁴.

¹² En tal sentido, A. GUAITA, que considera que la “calificación como político de un acto apenas si tiene trascendencia a efectos del régimen jurídico que lo disciplina, un acto político puede ser encuadrado en el Derecho Internacional (tratado), o constitucional (decreto-ley) o administrativo; en otras palabras: no todos los actos políticos son ajenos al Derecho administrativo (...). El acto político se caracteriza justamente, contra lo que dice la Ley, por su “grado máximo de discrecionalidad”, por el amplio poder de arbitrio que la norma confiere a quien puede dictarlo, por el decisionismo y libertad creadora que comporta: es esta razón la que los hace infiscalizables por un tribunal que ha de revisar precisamente la juricidad de los actos y no su oportunidad”. “Actos políticos y Justicia Administrativa”, en *Estudios Jurídicos y Sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*. Universidad de Santiago de Compostela, 1960. Págs. 914-915. En la actualidad esta tesis ha sido, en parte, mantenida por J. JORDANA FRAGA, que considera que “los actos “políticos” como categoría autónoma de exclusión de control jurisdiccional fuera del estricto campo orgánico de relaciones con otros poderes y siempre que no se vean afectados derechos fundamentales han de estimarse extinguidos”. Debiéndose entender, en su opinión, que fuera de estos supuestos pueden constituir como muchos actos discrecionales. “¿Jaque mate al acto político?”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 95, julio-septiembre de 1997. Págs. 444-445.

¹³ Como señala L. MARTÍN REBOLLO, la cuestión de los actos políticos “nada tiene que ver con el control de la actividad discrecional de la Administración que, desde 1956, es también controlable”. *Leyes Administrativas*. Décima edición, 2004. Aranzadi. Pág. 1213. En el mismo sentido, GARCÍA FERNÁNDEZ, J.: “La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Constitución”, en *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario Sistemático*. Coordinador: B. Pendás García. Editorial Praxis. Barcelona, 1999. Pág. 43.

¹⁴ En tal sentido GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que consideran que la “doctrina del acto político, (...) es hoy inútil; en su acepción histórica genuina está hoy superada y aun contradicha por la Constitución; en cuanto explicación de la injusticiabilidad de los actos de relaciones internacionales o de relaciones con las Cortes, la doctrina resulta innecesaria. El artículo 2. b LJ debe, pues, considerarse derogado a partir de la entrada en vigor del nuevo texto constitucional y ser eliminado, en consecuencia, de la LJ en la próxima revisión de la misma, a fin de evitar equívocos que, según demuestra la historia, pueden resultar gravemente dañosos”. *Curso de...* Pág. 569.

Si bien hay también quien ha atacado dicha perspectiva, considerando que tan radical crítica es fruto del equivoco tratamiento del tema por parte de los administrativistas, que ven en el acto político el último reducto a superar en su vieja lucha contra la discrecionalidad. Sin darse cuenta, siempre según la opinión de esta parte de la doctrina, que los actos políticos no son actos discrecionales, sino actos dictados dentro del indiscutible margen de elección política del que están dotados los miembros del Gobierno. Dichos actos, añaden, no estarían al margen de todo control, pues las Cortes Generales pueden exigir responsabilidad política por los mismos y, además, en ocasiones están sujetos a control judicial en sede constitucional¹⁵.

3. La doctrina de los actos políticos en el vigente derecho español.

Si cerramos el apartado anterior señalando las críticas vertidas contra esta noción, debemos comenzar el presente reseñando que éstas fueron en parte atendidas, de tal forma que, en la nueva Ley Española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJ)¹⁶, se lleva a cabo una importante reforma de dicha materia, que es objeto de una seria renovación.

Así lo declara, con una cierta afectación, su Exposición de Motivos, en la que se declara solemnemente que la “Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico,

¹⁵ En tal sentido GARCÍA FERNÁNDEZ, que señala que la larga polémica que ha suscitado esta materia “se origina por haberse enfocado el tema de los actos políticos desde una perspectiva inadecuada o, al menos, insuficiente. En España esta perspectiva ha sido la del Derecho administrativo y no la del Derecho constitucional y por ello se han utilizado conceptos, enfoques y hasta terminología conectadas a la experiencia procesal-administrativa ex artículo 2. b de la Ley jurisdiccional de 1956. Los administrativistas, que se enfrentaban a la dicotomía actos reglados/actos discrecionales sobre la que se levantaba el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa en la Ley Santamaría de Paredes (y sucesivas reformas hasta 1956) encontraron que, por fin, los actos discrecionales eran enjuiciables salvo un último reducto que eran los actos políticos del Gobierno conforme a dicho artículo 2. b). Por consiguiente, a pesar de que la categoría de acto político fue poco a poco redimensionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para acomodarse a los principios de la Constitución de 1978, se mantuvo tanto la desconfianza hacia el acto político como la búsqueda de técnicas para reducir la discrecionalidad”. “Por eso, repito, la polémica sobre los actos políticos está viciada porque todos los administrativistas han visto en el Gobierno el órgano que dirige la Administración, Administración que produce actos reglados o actos discrecionales pero siempre “actos administrativos” sometidos a Derecho administrativo”. Sin embargo, el acto político “no es un acto administrativo discrecional, y a veces con presunción de haber excedido el principio de legalidad de la Administración, ni está sometido al Derecho administrativo. Es un acto de un órgano constitucional que no se limita a ejecutar la Ley sino que actúa con respetabilísimos criterios políticos, eligiendo entre las diversas opciones materiales que se le presentan y procurando además ser fiel al programa de gobierno cuyo Presidente desplegó ante el Congreso de los Diputados para obtener la investidura de esta Cámara”. *La Ley reguladora de...* Págs. 42-43.

¹⁶ *Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*

verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad –llámese 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.

Por el contrario, y por si alguna duda pudiera caber al respecto, la Ley señala -en términos positivos- una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes”.

Si bien esto no ha supuesto ni mucho menos la total desaparición de esta doctrina, que aunque remozada y con otro nombre, luce aún claramente en la Legislación administrativa española¹⁷.

El artículo 26 de la Ley del Gobierno (en adelante LG)¹⁸ establece que “los actos del Gobierno (...) son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora”. Remite, con ello, la regulación de esta materia a la LJ.

Remisión que se debe entender realizada al artículo 2. a LJ, que establece que el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con “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, cualesquiera que fuera la naturaleza de dichos actos”.

¹⁷ Como señala PARADA VÁZQUEZ, la LJ “intenta enterrar el concepto mismo de acto político (...). Sin embargo, no lo elimina del todo. más bien lo presupone”. *Derecho Administrativo I*. Pág. 99.

¹⁸ Ley 50/1997, de 27 de noviembre, *Organización, Competencia y funcionamiento del Gobierno*.

La primera reflexión que sugiere la lectura de este precepto es que se ha vuelto a una descripción conceptual de la idea de acto político, idea que se da por entendida. De esta forma se abandona, en nuestra opinión de forma acertada, el sistema de delimitación por enumeración que consagra la vieja ley jurisdiccional.

La identificación del criterio que permita deslindar que es acto político no es sencilla. En un primer momento se barajó la utilización de un criterio teleológico para definir el acto político, de tal forma que se consideraba como tal aquel que se dictaba en atención a un móvil de carácter político. Dicha posición fue pronto descartada¹⁹, debiendo abandonarse, por tanto, el uso de ese factor para caracterizar la idea de acto político, atendiendo exclusivamente a la naturaleza de dicho acto²⁰.

A partir de aquí, sin embargo, la precisión de que actos merecen el calificativo de políticos es difícil, pues existe sobre la materia una casuística abundante, compleja y, a veces, contradictoria. Podemos, no obstante, encontrar en la jurisprudencia base suficiente para dar cumplimiento a dicha tarea.

Para ello debe desecharse, en nuestra opinión, el listado concreto de actuaciones que han recibido tal calificación, pues, como veremos, no constituyen el factor decisivo. Sin realizar un examen exhaustivo de la materia, podemos encontrar en la jurisprudencia una abundante y heterogénea lista de actuaciones que se consideran como tales: los actos de relación 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 Constitución²¹; “las cuestiones suscitadas en torno a las solicitudes de información o documentación formuladas por los titulares de los cargos públicos representativos”²²; el nombramiento del Fiscal General del Estado²³; o “la autorización o denegación de la celebración de un referéndum”²⁴.

¹⁹ Véase al respecto, TAMER, S. V.: *Actos políticos e direitos sociais nas democracias*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2005. Pág. 38.

²⁰ En tal sentido A. EMBID IRUJO, que considera que debe “partirse de un principio. El examen de la naturaleza del acto enjuiciado despreciándose, por tanto, cualquier consideración en torno al móvil con que había sido producido”. “La justiciabilidad de los actos de Gobierno”, en *Documentación Administrativa* 220 (octubre-diciembre de 1989). Pág. 62.

²¹ STS de 26 de octubre de 1999. RCJ 1999-74449. FJ. 2.

²² STS de 4 de diciembre de 2003. RCJ 2004-552. FJ. 2.

²³ STS de 28 de junio de 1994. RCJ 1994-5050. FJ. 1.

²⁴ STS de 22 de enero de 1993. RCJ 1993-457. FJ. 6.

Estas conclusiones son, sin embargo, a nuestro juicio, poco concluyentes en el estado actual en que se encuentra la doctrina de los actos políticos. Se trata, siempre según nuestra opinión, de unos resultados cuya validez venía referida más bien a la antigua teoría de los actos políticos, en la que se trataba de buscar un conjunto de actuaciones que iban a quedar excluidas, como más tarde veremos con detalle, de todo control judicial.

Dicha tesis, venía siendo corregida desde hacía tiempo, bastante antes de la promulgación de la vigente ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, por la jurisprudencia, que progresivamente fue afirmando el control de los elementos reglados de dichos actos.

Sin embargo, en la actualidad, afirmado, como analizaremos, el control judicial de todos los actos emanados del Gobierno, independientemente de su naturaleza, lo relevante no es identificar un conjunto de actos que se califican como políticos, para excluirlos, por ello, del control judicial. Lo verdaderamente importante es descubrir cuando el ordenamiento jurídico ha querido que una determinada decisión se tome en base a criterios de oportunidad política, y no en base a criterios jurídicos. En la medida en que se de esa situación podremos hablar, en el sentido actual del término, de acto político. Lo que no va a suponer, ni mucho menos, que quede al margen de todo control por parte de los tribunales.

Así lo acredita la jurisprudencia, que razona claramente desde este criterio. Así, cuando el Tribunal Supremo declara como político el nombramiento del Fiscal General del Estado lo hace porque, aunque no faltan razones para considerar que es una actuación administrativa, “como sería la consistente en la calidad que aquél ostenta de Jefe Superior de una organización –el Ministerio Fiscal– que parece carecer de estrictas funciones políticas, el deber regirse su comportamiento en todo caso por los principios de legalidad e imparcialidad, sin embargo, no podemos dejar de tener en cuenta la amplitud constitucional de sus funciones (...), así como el especialísimo régimen de su nombramiento, regulado en el mismo precepto, lo que nos inclina a considerar que estamos más próximos a una resolución gubernamental en la que se actúa una opción política que ante un acto de naturaleza exclusivamente administrativa”²⁵.

²⁵ STS de 28 de junio de 1994. RCJ 1994-5050. FJ. I.

Más claro aún es el supuesto contenido en la STS de 24 de julio de 2000²⁶. En el mismo se cuestionaba la inactividad del Estado español ante una negativa a una petición de extradición por parte de Argentina. El Tribunal Supremo, tras afirmar que todo acto judicial está sujeto a control judicial, independientemente de su naturaleza, trata de indagar si existe algún criterio jurídico que obligue al Gobierno español a impugnar esa decisión. Tras descubrir que no la hay, deja entrever que la decisión de impugnar o no es una cuestión que deberá decidir el Gobierno conforme a un juicio de oportunidad política, con lo que no entra a cuestionar esa decisión.

Desde aquí, es claro que no se trata tanto de aislar un conjunto de supuestos que por su peculiar naturaleza deban quedar excluidos de control judicial. Sino de indagar en cada supuesto concreto si el ordenamiento jurídico ha querido entregar una decisión a un juicio de oportunidad política o no. Como puede verse, esto hace imposible una identificación apriorística de dicho concepto, por lo que habrá que decidir tal calificación desde el examen del caso concreto²⁷.

En realidad, un mismo acto puede ser político o no dependiendo de la configuración que le de el ordenamiento jurídico. Así, el supuesto de la impugnación de la negativa de extradición es, al respecto, clarísimo. La respuesta dada por el Tribunal no es que la decisión de impugnar una negativa de extradición sea un acto político, sino que el ordenamiento jurídico ha querido que lo sea, porque la ha remitido al juicio del Gobierno, pero si el Derecho positivo obligara el Gobierno a impugnarla, obviamente los órganos judiciales podrían entrar a controlar esa decisión plenamente.

Otro punto que debe tenerse en cuenta, es que en la redacción del precepto se evita hablar de actos políticos a toda costa²⁸, por más que

²⁶ STS de 24 de julio de 2000. RCJ 2000-289.

²⁷ Esta es la opinión de EMBID IRUJO, que señala que no "pueden alcanzarse soluciones válidas con criterios apriorísticos positivos o negativos en relación al control de estos actos". A lo que añade que "no es feliz un precepto (...) que intenta una enumeración ejemplificativa de los mismos". *La justiciabilidad...* Pág. 62. La misma opinión, URIARTE TORREALDAY, que destaca "la enorme dificultad que plantea no ya el establecimiento de un listado cerrado de los actos susceptibles de tal consideración, sino incluso la elaboración de un principio general en base al cual dicha catalogación pueda resultar inequívoca caso por caso". La reciente jurisprudencia constitucional en materia de actos de gobierno no controlables judicialmente". en *Revista Vasca de Administración Pública* 30 (1991). Pág. 213.

²⁸ Como señala M. BAENA DE ALCAZAR, "el legislador evita cuidadosamente emplear esta expresión". "Ámbito, extensión y límites de la Jurisdicción", en *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Dirección: M. Baena de Alcazar. Editorial Trivium. Madrid, 1999. Pág. 32.

este concepto esté implícito, y sea claramente perceptible, en el mismo. Este planteamiento ha llegado también a la doctrina, pues, aunque hay quien sigue defendiendo la utilización de la tradicional expresión de actos políticos²⁹, se ha hecho evidente una cierta aversión al término, que ha llevado a algunos a sugerir la utilización de un término alternativo, que no encuentre tanta animadversión a su paso, como por ejemplo el de "Acto Constitucional"³⁰. También se ha admitido la utilización de la expresión Acto de Gobierno, pero no la de acto del Gobierno, pues esta última induce a error, pues no sólo el Gobierno puede dictar este tipo de actos³¹.

El precepto analizado, por otra parte, fija claramente el aspecto subjetivo, indicando expresamente que los actos políticos pueden proceder exclusivamente del Gobierno (Consejo de Ministros) y del Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas, lo que excluye la posibilidad de que dicten este tipo de actos por órganos inferiores a éstos. No debe entenderse que genere ningún problema al respecto la dicción del artículo 26. 3 LG, que se refiere no sólo a los actos del Gobierno, sino también a los de "los órganos y autoridades regulados en la presente Ley"³².

La extensión al Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas es una opción lógica y consecuente con la posición que ocupan estas entidades en el ordenamiento jurídico español, por lo que debe ser valorada favorablemente³³.

La doctrina ha considerado que también los órganos de la Administración Local pueden dictar este tipo de actos³⁴. Si bien, añaden otros, esa posibilidad operara en un campo más reducido, pues los órganos de las

²⁹ En tal sentido, EMBID IRUJO: *La justiciabilidad...* Pág. 42.

³⁰ GARCÍA FERNÁNDEZ: *La Ley reguladora de...* Pág. 41.

³¹ EMBID IRUJO: *La justiciabilidad...* Pág. 42.

³² Señala MARTÍN REBOLLO que "una interpretación superficial podría conducir a creer que se pretende así extender el ámbito del acto político más allá de lo que hasta ahora era tradicionalmente aceptado. No hay tal. La remisión a la Ley Jurisdiccional es una remisión completa y en virtud de ella la situación que se pretende es la de incidir justamente en la línea contraria a lo que, como digo, pudiera sugerir este precepto, esto es, en la línea de un mayor control jurisdiccional de toda la actividad administrativa o gubernamental". *Leyes administrativas*. Pág. 816.

³³ En tal sentido, EMBID IRUJO, que considera que dicha solución es "congruente con el sistema de Gobierno Parlamentario que poseen estas Comunidades en función de lo regulado por sus Estatutos". *La justiciabilidad...* Pág. 41. La misma opinión. URIARTE TORREALDAY: *La reciente jurisprudencia...* Pág. 219. También favorable a esta extensión, si bien dentro de la concepción extraordinariamente restrictiva de los actos administrativos que mantiene. JORDANO FRAGA: *¿Jaque mate al...* Pág. 441.

³⁴ VILLANUEVA CUEVAS. A.: "El derecho de acceso a archivos y registros", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 18 (1993). Pág. 121.

Entidades Locales están dotadas esencialmente de facultades administrativas y no de poderes políticos³⁵.

Se ha apuntado también la posibilidad de que dicten actos políticos algunas entidades que no son órganos de Gobierno, como los órganos parlamentarios, el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial³⁶.

Por otra parte, el artículo 2 LJ pone de manifiesto que la doctrina de los actos políticos ha entrado en una nueva era, pero sigue persistiendo. Se puede, ciertamente, afirmar que ya no rige la doctrina del acto político como figura totalmente al margen de control judicial, que exija que los tribunales de lo contencioso se declaren incompetentes para su conocimiento. Hoy, en principio, todo acto del Gobierno, político o administrativo, queda bajo el control de la jurisdicción contencioso. Si bien en el caso de los actos políticos con un alcance más limitado.

Así lo ha ratificado el Tribunal Supremo, que ha destacado que la LJ “hace desaparecer legalmente la noción de acto político como causa de exclusión del control judicial de los actos de Gobierno, en cuanto que toda la actividad de éste, cualquiera que sea su naturaleza, se somete al control del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales y al cumplimiento de los elementos reglados a que deba sujetarse aquella actividad, por lo que “*ab initio*” no cabe aceptar que porque el acto objeto del proceso sea del Gobierno y ofrezca el cariz de político, excluya, sin más, la posibilidad de examen jurisdiccional”³⁷.

Esta postura había sido ya anunciada por la jurisprudencia con anterioridad. Así, el Tribunal Supremo había afirmado la posibilidad de controlar los elementos reglados de dichos actos, destacando que ello

³⁵ En tal sentido EMBID IRUJO, que señala que “la predicación constitucional de la autonomía para los Entes locales y la consiguiente construcción de un ámbito de “Gobierno local” hace posible que también los Entes locales puedan producir actos políticos y, por tanto, insusceptibles de control jurisdiccional. Es obvio, sin embargo, que las posibilidades de producción de actos políticos por los Entes locales son muy escasas en cuanto los órganos locales --Alcalde, Presidente, Diputación, Ayuntamiento, Pleno, Comisiones de Gobierno, etc.- están imbuidos, fundamentalmente, de facultades administrativas”. *La justiciabilidad...* Págs. 61-62.

³⁶ En tal sentido EMBID IRUJO, que considera que el “elemento político, de Gobierno, no es exclusivo, pues, de las Administraciones Públicas como criterio eliminador del control judicial, sino que puede encontrarse allí donde existe un órgano con capacidad de determinación política siempre y cuando su actuación no esté sometida al juicio del Tribunal Constitucional por la vía de la decisión sobre competencias o del recurso de amparo”. *La justiciabilidad...* Pág. 50. También esa opinión, URIARTE TORREALDAY: *La reciente jurisprudencia...* Pág. 220.

³⁷ STS de 24 de julio de 2000. RCJ 2000-289. FJ. 2.

implicaba “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”³⁸.

Pero dicha jurisprudencia no impedía que se entendiese que había algunos actos que eran totalmente infiscalizables. Así, respecto al ejercicio de la iniciativa legislativa señaló el Tribunal Supremo que no es posible su control judicial “ni tan siquiera so pretexto de los invocados aspectos reglados y arbitrarios que esta Sala ha ponderado ante supuestos de distinta naturaleza”³⁹.

La vigente Ley Jurisdiccional hace, a nuestro juicio, incuestionable que no hay actividad del Gobierno, política o administrativa, que quede íntegramente exenta de control judicial. Hay, ciertamente, alguna doctrina que considera que continuarán existiendo actos políticos que no serán susceptibles de control judicial en su totalidad, en cuanto no afecten a derechos fundamentales ni contengan elementos reglados⁴⁰. Nos parece, sin embargo, improbable esa posibilidad, pues en todo acto siempre hay, aunque sea una nimia cuestión de procedimiento, algún elemento reglado.

Ahora bien, conviene aclarar que esta nueva regulación, en realidad, no produce más efecto que el de abrir mayores posibilidades al control judicial de dichos actos, que serán susceptibles de fiscalización en tres aspectos: protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes. En nuestra opinión, debe seguirse hablando, por ello, de teoría de los actos políticos, aunque no, obviamente, con el sentido primigenio que tenía dicha figura. Pues lo cierto es que el acto político sigue siendo una figura distinta del acto administrativo, sujeto a un régimen diferente que este último.

³⁸ STS de 22 de enero de 1993. RCJ 1993-457. FJ. 3.

³⁹ STS de 26 de octubre de 1999. RCJ 1999-7449. FJ. 9.

⁴⁰ En tal sentido F. PERA VERDAGUER, que considera que “quírase o no, en la actuación de los órganos de gobierno, estatales o autonómicos, no dejarán de aflorar supuestos en los que los órganos jurisdiccionales deban carecer de competencia, a veces de un modo total, y en ocasiones parcialmente”. *Comentarios a la Ley de lo Contencioso Administrativo*. Bosch. Séptima edición. Barcelona, 2004. Pág. 53. En esta línea parece mantenerse también PARADA VÁZQUEZ, que distingue dos grandes supuestos. Por un lado, actos políticos puros que, en cuanto no afectan a derechos fundamentales ni deben adecuarse a elementos reglados, no serán susceptibles de control judicial; de otro, actos cuasi-políticos, que serían aquellos que, en cuanto están limitados por alguna de las circunstancias anteriores, serán en dicha medida susceptibles de control judicial. *Derecho Administrativo I*. Pág. 99.

Así, el acto administrativo es susceptible de control judicial pleno, sin perjuicio de la posible existencia de un margen de discrecionalidad administrativa, mientras que el acto político sólo lo será en los tres aspectos que regula la L.J. Solución que en último término no hace más que reconocer que en los actos políticos sigue habiendo ámbitos que, en cuanto expresión de una voluntad política, y no de una aplicación jurídica del Derecho, no son susceptibles de control judicial⁴¹. Si bien debe considerarse, en todo caso, que esa posibilidad de exención de control judicial de los actos políticos debe sujetarse a interpretación restrictiva⁴².

De los tres elementos susceptibles de control judicial, hay uno (determinación de las indemnizaciones que procedan) que no plantea mayores problemas, pues estaba ya reconocido en la legislación anterior y, en consecuencia, es una doctrina ya asentada. Supone, simplemente,

⁴¹ Señala E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA que este régimen “no significa que vaya a producirse una confusión de Poderes. La circunstancia de que pueda impugnarse cualquier decisión gubernamental no significa que los órganos jurisdiccionales puedan suplantar al Gobierno (o a los Consejos de Gobierno de la Comunidades Autónomas) en las funciones que constitucional o estatutariamente le vienen encomendadas”. De tal forma que la jurisdicción contencioso-administrativa no puede entrar “en aspectos estrictamente políticos, que como tales no le corresponderá modificar o dejarlos sin efectos”. “Ámbito de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”, en *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario Sistemático*. Coordinador: B. Pendás García. Editorial Praxis. Barcelona, 1999. Pág. 110. También en esta línea A. BOIX PALOP, que señala que 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 a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, no deja de ser una necesaria concreción de las exigencias insitas en cualquier Estado de Derecho. 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, 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”. De tal forma que, 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 extraordinariamente cauta y respetuosa con un ámbito último de decisión que, indudablemente, corresponde al Gobierno”. “Muerte y resurrección del acto de gobierno (A propósito de dos decisiones del Consejo de Estado francés)”, en *Revista de Administración Pública* 157 (enero-abril de 2002). Págs. 505-506.

⁴² Como señala J. GONZÁLEZ PÉREZ, “a fin de evitar la inmunidad por estas actividades, haya que forzar una interpretación extensiva. Y, por supuesto, reducir al mínimo el núcleo de actos del Gobierno que, por no estar sujetos a Derecho administrativo, quedan fuera del ámbito de este orden jurisdiccional”. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa I*. Tercera Edición. Civitas. 1998. Pág. 156.

que la responsabilidad patrimonial de la Administración no cuenta con inmunidad alguna por haber sido generada por un acto político⁴³.

Para analizar el segundo elemento, la protección de los derechos fundamentales, debe tenerse en cuenta la exigencia de dar tutela judicial efectiva a los ciudadanos, que consagra el artículo 24 CE, estableciendo que todas "las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

A partir de aquí debe partirse de la distinción entre dos tipos de actos políticos. Por un lado, aquellos que afectan a derechos subjetivos o intereses legítimos de los ciudadanos, que deberán ser objeto, obviamente, de control judicial, a fin de dar satisfacción al derecho consagrado en el artículo 24 CE. Por otra parte, los actos que no afectan a derechos subjetivos o intereses legítimos, sino que tienen un carácter más abstracto y difuso, de tal forma que afectan a los derechos de los ciudadanos tan sólo de modo muy indirecto y que no tienen, por ello, que ser necesariamente objeto de control judicial por este aspecto⁴⁴, sin perjuicio de lo que se dirá luego respecto a la posibilidad de concurrencia en los mismos de aspectos reglados.

La regulación contenida en la LJ, sin embargo, se limita a eliminar la distinción entre actos políticos y administrativos cuando se invoque como causa de impugnación la vulneración de un derecho fundamental⁴⁵. Solución extensible, en opinión de alguna doctrina, a

⁴³ PERA VERDAQUER: *Comentarios a la...* Pág. 53.

⁴⁴ En tal sentido, señala F. GARRIDO FALLA que es "el punto de vista del titular de derechos subjetivos o intereses legítimos violados por la actividad del Poder Ejecutivo el único que debe prevalecer a los efectos de la admisibilidad o no del recurso contencioso-administrativo: siempre que la actuación del Poder Ejecutivo (incluido el Gobierno que, claro está, constituye su cúpula) viole derechos o intereses legítimos, la garantía de la tutela judicial efectiva de los tribunales (es decir, del contencioso-administrativo) resulta ser una exigencia constitucional. Y en definitiva, esto es lo que ocurre con los actos de relación entre los Altos Organismos Constitucionales: así, cuando se envía un proyecto de ley a las Cortes, se disuelven las Cámaras o se convocan elecciones. El "interés difuso" que los ciudadanos puedan tener en que esto se haga o no se haga, no tiene la consecuencia jurídica, del derecho subjetivo ni del interés legítimo, ni a los efectos de su protección directa por los Tribunales ni siquiera en cuanto legitimación bastante para poner en acción a la justicia". "Ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España", en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carias"*. Ediciones FUNEDA. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995. Pág. 118.

⁴⁵ Como señala R. FERNÁNDEZ VALVERDE, "la alegación, como causa de impugnación frente a un acto precedente del Gobierno de la Nación o de los Gobiernos autonómicos, de la vulneración de un derecho fundamental implica -a estos efectos- la superación legal de la tradicional distinción entre actos administrativos y actos políticos, posibilitándose, en todo caso, la alegación de esta causa". "Objeto del proceso. Actos impugnables", en *La Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. CGPJ. Madrid, 1999. Págs. 168-169.

todos los derechos que cuentan con protección constitucional, sean o no fundamentales⁴⁶.

Esta regulación es criticada por una parte de la doctrina que solicita que se incremente ese control también a los derechos subjetivos que no tengan el carácter de fundamentales, pues en caso contrario se incurriría en inconstitucionalidad, por vulneración del artículo 24 CE⁴⁷.

Para dar respuesta a esta crítica hay que distinguir dos cuestiones que, en ocasiones, se confunden. Por un lado, la virtualidad de esta estipulación para justificar el control judicial de determinados supuestos, impidiendo la declaración de inadmisibilidad de los mismos por los tribunales. En realidad, a tales efectos, la referencia a los derechos fundamentales carece de sentido en el nuevo sistema introducido por la LJ. La invocación de la existencia de un derecho fundamental, o en un sentido más amplio de un derecho subjetivo o interés legítimo, podría tener su lógica en un contexto en que era posible rechazar plenamente el control judicial de determinados actos, por considerarlos como políticos. Pero no parece que tenga mucho sentido en un sistema en que todo acto, incluso los políticos merecen ese control.

De lo dicho se deriva, en nuestra opinión, que no tienen razón los que critican que no se haga referencia a los derechos subjetivos e intereses legítimos, en vez de a los derechos fundamentales. Pues, con ello, no se

⁴⁶ En tal sentido, PERA VERDAGUER, que considera que “esa protección alcanza no sólo a los derechos fundamentales, sino a cualesquiera otros nacidos del ordenamiento constitucional”. “En definitiva, que no puede quedar afectado derecho alguno de los que, según la Constitución, gozan de protección, sea vía del recurso de amparo, sea vía de las pretensiones de inconstitucionalidad”. *Comentarios a la...* Pág. 53.

⁴⁷ En tal sentido J. J. LAVILLA RUBIRA, que considera que, “de conformidad con lo prevenido por el art. 24. 1 de la Constitución, que el control de estos actos habrá de extenderse a todo aquello que sea necesario para la protección jurisdiccional no sólo de los derechos fundamentales, sino de cualesquiera derechos subjetivos e intereses legítimos, pues en caso contrario éstos quedarían excluidos de toda tutela judicial (imposible de realizar el amparo, por no estar afectado ningún derecho fundamental), y sin que parezca por otra parte viable la tesis según la cual su tutela debería realizarse por el orden jurisdiccional civil en cuanto beneficiado por la cláusula residual de competencia: art. 9 de la LOPJ, resultado éste flagrantemente inconstitucional”. “Las directrices fundamentales de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, en *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario Sistemático*. Coordinador: B. Pendás García. Editorial Praxis. Barcelona. 1999. Págs. 14-15. La misma opinión GONZÁLEZ PÉREZ, que señala que parece “innecesaria esta referencia a los derechos fundamentales, ya que podría dar lugar a una interpretación de la norma sumamente restringida. El orden contencioso-administrativo tiene jurisdicción para conocer de cualquier pretensión deducida en relación con un acto de los llamados de gobierno, siempre que exista legitimación derivada de la titularidad de una relación jurídica subjetiva o de un interés legítimo”. *Comentarios a la...* Pág. 165.

quiere afirmar el control judicial sólo de los actos en los que estén implicados derechos fundamentales, en cuanto, con carácter general, todos los actos políticos o no, y estén implicados derechos subjetivos e intereses legítimos o no, están sujetos a fiscalización judicial.

Afirmada esa sujeción general de todos los actos emanados de los órganos de Gobierno al control judicial, en la nueva regulación lo decisivo no es ya buscar razones para justificar su control judicial, sino buscar elementos objetivos a través de los cuales llevar a cabo dicho control.

Es en ese sentido en el que se inserta la referencia a los derechos fundamentales, al igual que la que inmediatamente vamos a analizar que se refiere a los elementos reglados. Lo que supone esta mención es indicar, ni más ni menos, que los derechos fundamentales, en cuanto han de regir la actuación de todos los poderes públicos, incluido el Gobierno, constituyen una vinculación jurídica que los órganos de gobierno deben respetar en el ejercicio del margen de decisión política que les atribuye el ordenamiento. De tal forma que, los tribunales están capacitados para fiscalizar la no vulneración de esos derechos por parte de dichos órganos al adoptar decisiones políticas⁴⁸.

Por último, debemos analizar el tercer elemento recogido por la LJ: el control de los actos reglados.

Para algunos autores se hace con ello referencia a la posible existencia de aspectos administrativos en la actuación política de los órganos de gobierno, que en cuanto tales, vendrían a constituir una suerte de actos separables, susceptibles de pleno control judicial por la Jurisdicción Contenciosa⁴⁹.

⁴⁸ La misma opinión, BACIGALUPO, M: *La discrecionalidad administrativa*. Marcial Pons. Madrid. 1997. Págs. 53-54.

⁴⁹ En tal sentido, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA que considera que si “en una actuación privada de la Administración existen aspectos administrativos (actos separables); que como tales son fiscalizables por la jurisdicción contencioso-administrativa, algo similar ocurre --*servata distantia*-- en relación con la actuación política del Gobierno, toda vez que, a pesar de ser tal, no excluye la existencia de determinados aspectos administrativos, como tales plenamente fiscalizables, sin que el órgano jurisdiccional, al realizar su control, invada ámbitos que corresponden al Poder Ejecutivo. A mi juicio, cuando el artículo 2. a) se refiere a los elementos reglados, está aludiendo a estos aspectos administrativos insertos dentro de una actuación globalmente considerada como política o de gobierno, aspectos administrativos que como tales serán, como digo, fiscalizables por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”. *Ámbito de la...* Pág. 112.

En nuestra opinión, hay que acudir aquí a la vieja distinción entre lo reglado y lo discrecional⁵⁰. Pues la peculiaridad del acto político viene dada por la existencia en él de un margen de necesaria discrecionalidad. Discrecionalidad política, no administrativa, pero discrecionalidad al fin y al cabo. Y, como es sabido, ésta viene siempre acompañada de elementos reglados⁵¹.

La jurisprudencia acredita, en nuestra opinión, que ésta es la interpretación correcta de la LJ. Así, ha señalado 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 a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión”⁵².

O también en la misma línea, que es posible “*que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto al fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico, estos elementos sí son susceptibles de control jurisdiccional*”⁵³.

⁵⁰ En tal sentido PERA VERDAGUER, que considera que, cuando “la Ley, en su artículo segundo, posibilita la impugnación de “los elementos reglados” de los actos de cualquier naturaleza, respecto de los del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, viene a resucitar la antigua distinción entre lo reglado y lo discrecional”. *Comentarios a la...* Pág. 53. También en la misma línea, enjuiciando la jurisprudencia sobre la materia previa a la promulgación de la LJ, PALOMAR OLMEDA, A.: “El acceso a los cargos y funciones públicas. La fiscalización jurisdiccional del nombramiento del Fiscal General del Estado: la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994”, en *Derechos y Libertades* 4 (1995). Pág. 434. También P. GONZÁLEZ SALINAS, que considera que “es incuestionable que pueden existir actos del Gobierno (...) pueden tener un contenido político en el que el ordenamiento jurídico le deja un margen de discrecionalidad de actuación. En estos supuestos, no es que el acto esté exento de control jurisdiccional, sino que, al no venir vinculado su contenido en un sentido determinado, no infringe el Derecho”. A lo que añade más adelante que, “dada la naturaleza “híbrida” del acto que dicta el Gobierno (de un lado, tiene un contenido político, de otro unos elementos reglados, siquiera necesarios para llegar a la formación de aquella voluntad política del Ejecutivo)”. “Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 79, julio-septiembre de 1993. Págs. 493 y 505.

⁵¹ Como señala BACIGALUPO, “al igual que cualquier otro tipo de discrecionalidad, la *discrecionalidad política* —que el ordenamiento jurídico puede atribuir (y, de hecho, atribuye) a los órganos de Gobierno de las Administraciones territoriales en el ejercicio de su función de dirección política (...)- modula (y mucho) la intensidad de su control judicial, pero no la excluye *per se*”. *La discrecionalidad...* Pág. 57.

⁵² STS de 28 de junio de 1994. RCJ 1994-5050. FJ. 1.

⁵³ STS de 22 de enero de 1993. RCJ 1993-457. FJ. 3.

De esta manera, la jurisprudencia admite el control de los elementos reglados de los actos políticos. Así, la imposición al Gobierno de que elija al Fiscal General del Estado entre juristas de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio profesional⁵⁴. Mientras que niega, sin embargo, la posibilidad de controlar el núcleo de decisión política de este tipo de actos. Así, “la autorización del referéndum y lógicamente su denegación son actos de contenido político en cuanto al fondo”. *“Justamente porque no existe una regulación detallada del referéndum sino sólo la previsión de que debe ser autorizado por el Consejo de Ministros, no hay en nuestro ordenamiento una vinculación al efecto de la voluntad política del Gobierno mediante elementos reglados que establezca la Ley, por lo que faltan por tanto la base necesaria para que se ejerza el control jurisdiccional”*⁵⁵.

Ahora bien, el problema es, entonces, hasta donde debe llegar ese control de los elementos reglados. Pues esto no va a permitir aplicar todas las reglas de control de la discrecionalidad administrativa a los actos políticos. Una posición en este sentido conduciría a una indeseable judicialización de la política. Debe aceptarse, a nuestro juicio, en este punto, el certero juicio de LÓPEZ MENUDO, que apunta que esa judicialización de lo político “sería susceptible de producirse si en el futuro, visto el camino emprendido, continuase apurando todas las técnicas alumbradas para el control de los actos discrecionales. Llevado de la misma lógica, no habría razón para negar que, en último extremo, pudiera dictarse sentencias anulatorias basadas en presuntas desviaciones de poder, en principios generales y, aún más, sentencias “sustitutorias”..., lo cual chocaría a todas luces con el sistema”⁵⁶.

No compartimos, sin embargo, el juicio de este autor, en cuanto entiende que ese control no debe extenderse a aspectos puramente adjetivos, como el procedimiento de elaboración⁵⁷. En nuestra opinión, es exigible al Gobierno que cumpla estrictamente la legalidad, siempre que esto no vulnere la capacidad de decidir que es propia de la función de Gobierno.

⁵⁴ STS de 28 de junio de 1994. RCJ 1994-5050. FJ. 1.

⁵⁵ STS de 22 de enero de 1993. RCJ 1993-457. FJ. 6.

⁵⁶ LÓPEZ MENUDO: *El control judicial...* Pág. 48.

⁵⁷ Señala LÓPEZ MENUDO que “la admisión del control de aquellos elementos reglados que teniendo una referencia inequívoca en el propio ordenamiento, se encuentran además íntimamente relacionados con el legítimo ejercicio del acto político que se dicta, y no de aquellos otros elementos que aunque reglados y técnicamente separables, no dejan de tener un puro carácter objetivo y meramente instrumental (así, el procedimiento para su elaboración)”. *El control judicial...* Pág. 48.

No consideramos que esa capacidad se vea constreñida porque se le exija que cumpla los requisitos formales que le impone el ordenamiento jurídico. Lo que no deja, por otra parte, de ser una cortesía mínima que el titular del poder político debe a los ciudadanos.

En nuestra opinión, debe excluirse, sin embargo, de control judicial el fin de la actuación, pues en cuanto se trata de decisiones que se toman en base a un criterio de oportunidad política, lo que incluye decidir acerca de los fines, no cabe cuestionar esa decisión por no adecuarse a un fin concreto y determinado como se exige para las decisiones administrativas.

Consideramos que en las actuaciones políticas no se adhiere una decisión a una finalidad determinada, sino que se deja un amplio arbitrio, que permite resolver en base a una pluralidad de finalidades diferentes. Por más que éstas puedan ser reducidas a un servicio genérico al interés público o al interés general en sentido amplio. Así, por poner un ejemplo, la decisión de disolver las Cortes se puede asumir por una amplia gama de motivos: agotamiento de un proyecto político, necesidad de un respaldo más amplio, etc. Todos ellos son finalidades legítimas, que el Juez no puede cuestionar sin inmiscuirse en la función de gobierno. De lo que se deduce que no será posible el control de estos actos mediante la técnica de la desviación de poder⁵⁸.

El inciso final del precepto, que habla de "*cualesquiera que fuera la naturaleza de dichos actos*", no debe tenerse en cuenta al llevarse a cabo la interpretación del precepto. Esta mención es claramente perturbadora, pues, conforme a una interpretación literal de la misma, habría que concluir que lo establecido en el artículo 2.º LJ es aplicable a todos los actos procedentes del ejecutivo, ya lo hayan sido en ejercicio de funciones políticas o administrativas. Tesis totalmente inadmisibles.

Parece, por tanto, que lo que el legislador quiso hacer es aclarar que todos los actos dictados por el Gobierno, incluso los políticos, son susceptibles de control judicial en los tres aspectos que fija el artículo 2.º LJ pero, sin perjuicio del mayor control al que estarán sometidos los actos dictados por el Gobierno en el ejercicio de la función administrativa, que son simples actos administrativos, susceptibles de recibir el control propio de éstos⁵⁹.

⁵⁸ GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley...* Pág. 166, nota 22.

⁵⁹ En el mismo sentido, MARTÍN REBOLLO: *Leyes Administrativas*. Pág. 1216. También LAVILLA RUBIRA, que señala que se puede llegar a esta conclusión "mediante el simple recurso a la explicación del artículo 1.º de la propia Ley 29/1998, en la medida en que la actuación administrativa del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas debe considerarse como "actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo" a efectos de tal precepto". *Las directrices...* Págs. 14-15.

La nueva regulación establecida por la LJ, al incrementar las posibilidades de control judicial de los actos políticos, puede generar el riesgo de una extralimitación por parte de los jueces, que les podría llevar a inmiscuirse en el terreno de la política, cayéndose así en el temido gobierno de los jueces, que rompería el equilibrio que establece el principio de división de poderes.

Dicho riesgo es, sin embargo, un mal tolerable e inevitable que hay que pagar a cambio de la existencia de control pleno de la actividad de los poderes públicos⁶⁰.

La nueva configuración que el legislador ha dado a la doctrina de los actos políticos ha recibido, con carácter general, el visto bueno de una parte de la doctrina, que la considera un cierto avance respecto a la legislación anterior⁶¹. Si bien una parte de la misma considera que adolece de algunas deficiencias, que determinan que se le de una valoración más matizada⁶², e incluso quien ha criticado su redacción, por considerarla demasiado ambigua⁶³.

⁶⁰ Señala GARCÍA-TREVILJANO GARNICA que el "sistema así configurado coloca en manos de los Jueces y Tribunales un formidable poder, si bien es quizá preferible el riesgo de que el órgano jurisdiccional se extralimite en algún caso respecto de lo que constituyen sus funciones propias (...) que negar *a priori* el acceso a la jurisdicción de una determinada categoría de actos por razón de la materia". *Ámbito de la...* Pág. 110. En el mismo sentido BOIX PALOP, que señala que la "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 la consideraciones de oportunidad ajenas a su competencia referentes a aquellas decisiones gubernamentales recaídas en empleo de atribuciones en las que exista un margen de discrecionalidad 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 del ordenamiento jurídico de una parte de la producción jurídica de los poderes públicos". *Muerte y resurrección de...* Pág. 506-507.

⁶¹ Considera GARCÍA-TREVILJANO GARNICA que "es razonable la nueva configuración, en cuanto que se acomoda más a la letra y al espíritu de la Constitución. Toda la actuación de los Poderes Públicos es en sí misma y como principio fiscalizable, sin que quepa (...) actuación gubernamental inmune al Derecho". *Ámbito de la...* Pág. 109. También MARTÍN REBOLLO, que considera que la nueva regulación de los actos políticos "supone un avance respecto de la situación anterior en la medida en que incluso respecto de sus actos provenientes del Gobierno cuando actúa como Gobierno y no como Administración siempre es posible la protección de los derechos fundamentales y el control de los elementos reglados". *Leyes Administrativas*. Pág. 1213. Para PERA VERDAGUER la regulación de la LJ "ha de merecer un favorable juicio crítico". *Comentarios a la...* Pág. 53.

⁶² LAVILLA RUBIRA: *Las directrices...* Pág. 14.

⁶³ MARTÍN REBOLLO: *Leyes Administrativas*. Pág. 1216.

En nuestra opinión, el juicio que debe darse de esta normativa es favorable, si bien debe tenerse presente que no es tan revolucionaria como pretende el legislador en la Exposición de Motivos, pues en su mayor parte viene a reconocer una doctrina cuyas líneas ya estaban esbozadas por la Jurisprudencia⁶⁴.

Debe añadirse a lo dicho que existen también otras posibilidades de control de los actos políticos. Por un lado, todos “los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales” (artículo 26. 2 LJ). De otro, la “actuación del Gobierno es impugnabile ante el Tribunal Constitucional en los términos de la Ley Orgánica reguladora de mismo”.

Aunque, obviamente, menos relevante, también contribuye a configurar el régimen de los actos políticos el artículo 37. 5. a LPC, que excluye el ejercicio del derecho de acceso a archivos y registros respecto a los expedientes que “contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas al Derecho Administrativo”.

Como es sabido, el derecho de acceso a archivos y registros es el derecho de los ciudadanos a conocer y obtener copias de la información recogida en la documentación administrativa⁶⁵. La doctrina ha manifestado unánimemente que la excepción a este derecho que estamos examinando en este momento viene referida a los documentos generados por los actos políticos⁶⁶.

Si bien, a partir de aquí la doctrina se divide en cuanto al fundamento y alcance de esta exclusión. Así, algunos autores consideran que se justifica por ser el derecho del artículo 37. 5 LPC una facultad de acceso a la documentación generada por la actividad administrativa, por lo que

⁶⁴ En la misma línea, señala BACIGALUPO que la regulación de la LJ es “sin duda saludable, aunque (...) innecesaria en realidad, por venir ya impuesta por los arts. 9. 1 y 24. 1 CE”, *La discrecionalidad...* Pág. 60.

⁶⁵ Véase sobre el derecho de acceso a los archivos y registros. SENDÍN GARCÍA, M. A.: “El derecho de acceso a los documentos administrativos: un instrumento esencial para la participación ciudadana. Derecho estatal y local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local* 294-295 (enero-agosto de 2004), Págs. 381 y sigs.

⁶⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *El derecho de acceso a los documentos administrativos*. Marcial Pons, Madrid, 1997. Pág. 459. MESTRE DELGADO, J. F.: *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Civitas, Madrid, 1995. Pág. 144.

debe quedar al margen la documentación generada por la actividad política⁶⁷.

Mientras que para otros consideran que el derecho que nos ocupa se ejercita respecto a la documentación en poder de la Administración, con independencia de que proceda de actividad política o administrativa. La exclusión de acceso a dicha documentación se justifica, por ello, únicamente por motivos de eficacia, en cuanto se supone que por su carácter político es preciso que, en ocasiones, esa información permanezca reservada. Lo que supone que esa limitación del derecho de acceso no afecta a toda la documentación generada por la actividad política, sino sólo a aquella cuya divulgación pudiera perjudicar a su eficacia⁶⁸.

4. Los actos políticos en el derecho de Nicaragua

La doctrina de los actos políticos no tiene en Nicaragua la tradición y raigambre que asume en el Derecho español. En opinión de FLAVIO ESCORCIA no se puede considerar que la idea de acto político opere como una categoría autónoma, sino que, desde los fundamentos del ordenamiento jurídico nicaragüense, todos los actos que dicte una autoridad o funcionario público son enjuiciables por los tribunales, con independencia del tipo de acto de que se trate. A lo que añade que una solución diferente pugnaría con la idea de Estado Social de Derecho⁶⁹.

⁶⁷ EMBID IRUJO, A., en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Coordinadores: M. Sánchez Morón y J. Leguina Villa. Tecnos. Madrid, 1993. Págs. 115-116. VILLANUEVA CUEVAS: *El derecho de...* Pág. 120.

⁶⁸ En tal sentido se ha manifestado J. A. SANTAMARÍA PASTOR, que señala que estas limitaciones "pueden hallar un título legitimador en el principio constitucional de eficacia: un título que, sin embargo, no cubre la totalidad de tales informaciones (que naturalmente, pueden ser de relevancia muy diversa), sino sólo aquéllas cuya divulgación a través del ejercicio de este derecho pudiera disminuir o eliminar la operatividad de las decisiones lícitamente adoptadas por el ejecutivo". *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Editorial Carperi. Madrid, 1993. Pág. 142. FERNÁNDEZ RAMOS: *El derecho de acceso...* Págs. 461-463. DE OCAÑA LACAL, D.: "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", en *Boletín de la ANABAD XLIX* (1999 3-4). Págs. 188-189.

⁶⁹ Concretamente señala FLAVIO ESCORCIA que en "Nicaragua la noción de acto político o de gobierno, no se ha manejado como una categoría especial de actos que quedan excluidos del control jurisdiccional. La jurisdicción al ser un medio que tiende a mantener la supremacía de la Constitución Política, conoce del acto que dicte cualquier autoridad o funcionario público, pudiendo en consecuencia conocer de este tipo de acto. La misma idea de acto político exento del control judicial, pugna con la idea del Estado Social de Derecho que proclama nuestra Constitución en su art. 130. El imperio de la ley implica que quienes gobiernan, administran, juzgan o legislan se encuentran sometidos no solamente a la ley, sino también al Derecho en general". *Derecho Administrativo I*. Pág. 71.

De este modo, aunque se reconoce la existencia de una doble naturaleza, política y administrativa en la actuación del Gobierno, se considera que en los supuestos en que se pone en marcha esa función política el acto resultante es sustancialmente administrativo.

Así se puede deducir claramente de las palabras de FLAVIO ESCORCIA, que, tras enumerar toda una serie de supuestos en los que el Gobierno actúa como órgano político, señala que, en estos “casos, el Ejecutivo o el Legislativo obran como órgano político, pues sólo en ese carácter puede intervenir en el funcionamiento y en la integración de los poderes públicos. Sin embargo, los actos que así ejecuta son sustancialmente administrativos y lo que les da un sello especial, es el elemento formal de emanar de un órgano político”⁷⁰.

No obstante, la doctrina del acto político cuenta en la actualidad con un claro reconocimiento en el art. 17. 1 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo⁷¹, según el cual, quedan “excluidos del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo los aspectos siguientes:

1. Aquellos actos susceptibles de Recurso de Inconstitucionalidad, los referentes a las relaciones internacionales y a la defensa del territorio y la soberanía nacional; sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación si corresponderá a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo”.

Esta consagración del acto político se realiza, por tanto, en su sentido más tradicional, como una exclusión del control judicial de dichos actos, de tal forma que, con la ley nicaragüense en la mano, el juez, cuando se le plantee conocer de este tipo de actos, deberá declararse incompetente. Sin perjuicio de su capacidad para conocer de la responsabilidad patrimonial que pueda haber generado ese acto⁷².

Esta configuración del acto político es, en nuestra opinión, criticable, a la vez que, ciertamente, anticuada. Si se hiciera un paralelo con el Derecho español, se estaría consagrando la doctrina que estableció la antigua Ley de lo Contencioso que, pese a mantenerse en vigor hasta 1998, había sido corregido por la jurisprudencia previamente y no regía en la práctica.

⁷⁰ FLAVIO ESCORCIA: *Derecho Administrativo I*. Págs. 69-70.

⁷¹ Ley 350, aprobada el 18 de mayo de 2000, de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo.

⁷² FLAVIO ESCORCIA: *Derecho Administrativo I*. Pág. 71.

El primer aspecto que nos parece criticable es la concepción de FLAVIO ESCORCIA del acto político como un acto sustancialmente administrativo. En su opinión, el acto político cobra su sentido por el ente del que procede, no por su naturaleza. No podemos dejar de estar totalmente en desacuerdo.

En primer lugar, porque desde esta concepción se convertiría en una suerte de privilegio del Gobierno, una de esas inmunidades del poder de las que nos habló GARCÍA DE ENTERRÍA.

Frente a ello, el acto político si pervive no es por la autoridad de la que procede, sino por su funcionalidad; es el fruto de la acción de gobierno que desarrolla el Ejecutivo para desarrollar su programa político. Es, por tanto, parte imprescindible de la acción de, quien obtiene la confianza del pueblo en el proceso electoral, desarrolla para llevar a efecto el programa que se comprometió a poner en marcha entre los ciudadanos.

En tal ámbito, el Gobierno no aplica el ordenamiento jurídico, no es un mero acto de aplicación de una normativa previamente establecida; sino una acción de decisión, de adopción de una línea de acción no predeterminada por el Derecho, sino simplemente enmarcada por él. En otras palabras, el Gobierno decide conforme a un criterio de oportunidad, y no jurídico, dentro del marco que proporciona el Derecho.

De ahí la razón de ser del acto político, cuya no existencia abriría la puerta al Gobierno de los jueces, quienes podrían sustituir en sus sentencias las decisiones legítimamente adoptadas por el órgano elegido por el pueblo para gobernar.

En segundo lugar, una consideración formal es inviable desde el mismo momento en que se reconoce la existencia en la acción del Gobierno de una doble naturaleza, política y administrativa. Sentada esa distinción, es claro que el criterio de distinción es funcional y no formal. Pues, en caso contrario se extendería a toda la acción del Gobierno, tanto la política como la administrativa.

Inadecuada nos parece también el sistema de lista para determinar los supuestos que se engloban bajo la rúbrica de actos políticos. En nuestra opinión, y como demuestra la experiencia española, que en la antigua legislación seguía, como se vió, este sistema, con esta solución se gana en realidad poca seguridad jurídica. Si se observa los supuestos recogidos en la legislación nicaragüense se puede inferir el porqué: se habla de las relaciones internacionales, la defensa del territorio y la soberanía.

Son conceptos tan amplios que se requiere una clara determinación posterior. Como con clarividencia señala FLAVIO ESCORCIA deberá ser la doctrina y la jurisprudencia quienes tengan que precisar esos criterios⁷³.

Como puede verse, poco se gana con una determinación que proporciona una breve aclaración, pues habrá que precisar en cada caso concreto si se está ante un acto político o no. Sin embargo, genera dos serios inconvenientes. En primer lugar, puede dejar fuera supuestos que deberían ir incluidos dentro del concepto de acto político. En segundo lugar, puede facilitar la exclusión de control judicial de actos de naturaleza claramente administrativa que, por vincularse a alguna de las materias excluidas, acabe beneficiándose de una excepción que debe aplicarse de forma estrictamente restrictiva.

Pero el mayor error está, a nuestro juicio, en seguir el viejo sistema de exención total del control judicial. En el Derecho español dicha línea, afortunadamente, se ha desechado, y hoy se afirma la facultad de los Tribunales Administrativos para controlar todos los actos procedentes del Gobierno, independientemente de su naturaleza, aunque, obviamente, con diferentes grados de intensidad.

De esta manera, el hecho de ser acto político no implica quedarse al margen del control de los Tribunales, sino tan sólo la exclusión parcial de ese control estrictamente en su núcleo político.

Esto permite verificar el cumplimiento de las sujeciones a las que el ordenamiento jurídico vincula el poder de decisión política del Gobierno. Así, si el Derecho ordena al Gobierno que para tomar su decisión deba motivarla, debe seguir un procedimiento determinado, etc. (lo que en la normativa española se consideran como actos reglados) o si afecta a derechos fundamentales, los tribunales podrán fiscalizar dichos actos. Sin que, por ello, se cuestione el núcleo de decisión que corresponde al Gobierno.

⁷³ FLAVIO ESCORCIA: *Derecho Administrativo I*. Pág. 71.