

# El control Contencioso-Administrativo de los actos del gobierno de la nación y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas en España

Luciano Parejo Alfonso\*

## SUMILLA

El autor analiza la importancia del Proceso Contencioso Administrativo, a partir de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 27 de diciembre de 1956, en donde resalta la confusión que se presenta entre la administración y el Estado, así como el amplio ámbito en el que estos se desarrollan. Por otro lado, planteará una solución a partir de la vigente Ley N° 29 promulgada el 13 de julio de 1998, que regula la jurisdicción Contenciosa Administrativa a través de la aceptación de la distinción y separación entre el Gobierno y la Administración; finalmente, nos señala la diferenciación entre el acto gubernamental y el acto administrativo.

## I. Los términos iniciales del problema

En España la anteriormente vigente Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 (en adelante, LJCA56) excluía del conocimiento de este específico orden jurisdiccional las cuestiones suscitadas en relación con los actos políticos del Gobierno<sup>1</sup>, aludiendo con referencia a éstos actos a una verdadera categoría que en modo alguno se agotaba en los que, a simple título de ejemplo, enumeraba a continuación en su artículo 2º, literal b) -actos relativos a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar-. El reconocimiento de tal categoría de actos exentos era plausible por establecerse en el contexto de un régimen político sin verdadera Constitución, ni -por tanto- garantía de los derechos de la persona, incluido, en particular, el de la tutela judicial plena y efectiva. Pero, en lo que ahora más interesa, se producía precisamente bajo la forma de exclusión del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la medida en que la Administración del Estado era, en el expresado contexto, un concepto amplio, sinónimo del complejo organizativo ejerciente de la función ejecutiva y, como tal, comprensivo del

Gobierno. Por tanto, la fórmula subjetivo-objetiva empleada para acotar el ámbito del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa (actos de la Administración Pública sometidos al derecho administrativo) permitía suponer la inclusión en ella de los del Gobierno. La exención del control judicial así resultante exigía así la necesaria "diferenciación" para la consecuente "exclusión".

En este orden de cosas, la incidencia de la posterior y vigente Constitución de 1978 (en adelante, CE), aparte la esencial que para el régimen del ejercicio del poder público y de la relación entre éste y el ciudadano supone el reconocimiento de las libertades públicas y los derechos fundamentales, ha sido doble:

- De un lado (artículo 24.1 CE), el reconocimiento y la garantía del derecho fundamental a la tutela judicial plena (por prohibición de cualquier situación de indefensión), determinó la imposibilidad<sup>2</sup> de la subsistencia de cualquier categoría de actos del poder público que -como desde luego la de los llamados actos políticos- pretendiera servir de soporte "por naturaleza" a una exención de la expresada tutela judicial.

\* Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Carlos III de Madrid.

<sup>1</sup> No así las indemnizaciones procedentes por lesiones causadas por tales actos.

<sup>2</sup> Con el efecto propio, en su caso, de la disposición derogatoria (número 3) de la norma fundamental.

- Pero, de otro lado (artículos 97º y 103.1 CE), la clara diferencia entre Gobierno -complejo órgano constitucional de dirección de la política interior y exterior, la defensa del Estado y, precisamente, la Administración civil y militar- y esta última, es decir, la Administración Pública -organización caracterizada por el servicio con objetividad de los intereses generales-; diferencia luego efectivamente concretada, en sede de desarrollo constitucional, primero por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (artículo 3.3 y disposición adicional 1ª), y luego las del Gobierno -Ley 50/1997, de 27 de noviembre- y de la organización y funcionamiento de la Administración General del Estado -Ley 6/1997, de 14 de abril-

Si la primera dejó clara la inexistencia de zonas del poder público ejecutivo inmunes al control jurídico, la segunda suscitó la cuestión de los términos del control de la acción del Gobierno en cuanto tal. Pues la previsión constitucional referida a aquel, establecida en el contexto de la regulación del Gobierno y de la Administración y contenida en el artículo 106.1 CE, aparece circunscrita a la "actuación administrativa". De esta suerte, la interpretación sistemática del orden constitucional (en el que parte de la tutela jurídica frente al poder y desde luego toda la referida al legislativo se atribuye al Tribunal Constitucional, no integrado en el poder judicial), obliga a concluir, como mínimo, que éste no asume sin más -como único- un modelo de equivalencia entre control jurídico del poder público y ámbito de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, o, dicho de otro modo, en el que ésta tiene vocación de concentración del control de todas las manifestaciones infra-legales del poder público. Este modelo podía inferirse ciertamente del sistema contencioso-administrativo preconstitucional, en la medida en que éste descansaba en la ya comentada confusión entre Gobierno y Administración y constituía el único mecanismo posible de control del poder público. La persistencia hasta ahora mismo de ese sistema, en lo fundamental, bajo la Constitución no autoriza, sin embargo, a "proyectarlo" sobre ésta, determinando su interpretación.

La cuestión afloró frontalmente con ocasión de la inadmisión por el Tribunal Supremo de recurso contencioso-administrativo deducido por los Colegios de Abogados de Vizcaya, Alava y San Sebastián contra la desestimación presunta por el Consejo de Ministros de solicitud de

dación de medios personales y materiales para la Administración de Justicia en el País Vasco. Interpuesto recurso de amparo contra la Sentencia de dicho alto tribunal, la STC Nº 45/1990, de 15 de marzo, señaló que:

1. La inadmisión del recurso contencioso-administrativo no lo fue sobre la base de la consideración del acto presunto como acto político al amparo del artículo 2º, b) LJCA56, sino por entender que aquél suponía una actuación u omisión "no sujeta al Derecho administrativo" y, por ello, insusceptible de control contencioso-administrativo conforme a los artículos 106.1 CE y 1º LJCA56.
2. El motivo de inadmisibilidad aducida no vulnera el artículo 24.1 CE, pues no toda actuación del Gobierno, tal como éste es definido por el artículo 97º CE, está sometida al Derecho administrativo.

Al tratar ulteriormente, con motivo de una cuestión de constitucionalidad, de las funciones del Consejo de Estado en tanto que definido constitucionalmente como supremo órgano consultivo del Gobierno, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión, además y en su Sentencia Nº 204/1992, de 26 de noviembre, de precisar que:

1. En la Constitución, el Gobierno (definido en el artículo 97º CE) no es igual a "poder ejecutivo", incluyendo cualquier Administración Pública (definida en el artículo 97º CE).
2. Por lo que "Gobierno y Administración no son la misma cosa y están perfectamente diferenciados en el propio Título IV en que el artículo 107º [regulador del Consejo de Estado] se inserta".

La exigencia constitucional de entera sumisión al Derecho de toda la acción estatal, en la que está incluida desde luego la del control jurisdiccional de ésta, ha llevado, así a un debate doctrinal especialmente intenso, en el que se han defendido las dos opciones que han intentado plasmarse con ocasión primero de la regulación legal del Gobierno y luego, especialmente, en sucesivos proyectos de Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: i) diferenciación de la acción gubernamental "no administrativa" y consecuente asignación de su control al Tribunal Constitucional, lo que presupone no tanto una "exclusión" de aquella acción del ámbito propio de la jurisdicción contencioso-administrativa, como el entendimiento de su no pertenencia de

suyo a dicho ámbito (tesis mantenida, junto a otros<sup>3</sup>, significadamente por J. Leguina Villa); y ii) asignación del control de la entera acción gubernamental a la aludida jurisdicción, por considerar tal solución constitucionalmente obligada (tesis sostenida por otro sector doctrinal, en el que ha destacado especialmente E. García de Enterría).

La mera enunciación de tales posiciones evidencia que ambas coinciden en el rechazo de la tradicional categoría del acto político insusceptible de todo control jurisdiccional (es decir, ninguna, tampoco la primera, propugna exención alguna de éste) y divergen únicamente en la concepción de la acción gubernamental y los términos de su control jurídico externo (por órgano con "jurisdicción"). La pretensión de la primera se cifra en la no entera "administrativización" del Gobierno, sobre la base de la consideración de la función de dirección política que a éste atribuye el artículo 97º CE como distinta de la dirección de la Administración Pública para el desarrollo de la tarea de ejecución cumplida a través de ésta; de donde se sigue que, integrando esta última el objeto específico del control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa según el artículo 106.1 CE, resulta constitucionalmente no solo posible, sino más adecuado, atribuir el control de la acción de dirección política, por su mismo carácter, al Tribunal Constitucional. La segunda ve en esa sustantivación de la acción gubernamental de dirección política, por contra, un peligro de recuperación de la categoría periclitada de acto político y de infracción, por tanto, del artículo 24.1 CE y considera que su conjuración solo es factible sometiendo también aquella acción al control judicial ordinario, cumplido precisamente por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En realidad, el problema puede situarse en nuestro sistema de control de la constitucionalidad y su relación con el de tutela judicial ordinaria, que explica el contenido y el sentido de la STC Nº 45/1990, de 15 de marzo, antes citada. Porque el artículo 24.1 CE no supone en modo alguno que el entero control jurídico externo o, si se quiere, jurisdiccional de la totalidad del poder público sea cumplido precisa y únicamente por los órganos del Poder Judicial ordinario. Si así fuera habría que concluir, lo que en modo alguno parece de recibo, la concurrencia de un caso de "precepto constitucional inconstitucional", porque el artículo 161º CE reserva enteramente al Tribunal Constitucional el control de la constitucionalidad

de las leyes, incluso en el caso -hoy perfectamente admitido y no inusual- de incidencia directa, por autoaplicativa, en derechos subjetivos y situaciones individualizadas concretas, pero sobre todo en derechos fundamentales y libertades públicas, y el artículo 162.1, a) CE restringe considerablemente la legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra las normas legales; preceptos éstos ambos difícilmente compatibles con la expresada interpretación del artículo 24.1 CE. El hecho, pues, de que en nuestro sistema jurídico y conforme a la Constitución, la protección de los Derechos Fundamentales y las libertades públicas corresponda al Tribunal Constitucional, en régimen de exclusividad cuando la lesión proviene de un acto del legislativo formal y de instancia última y específica (explicada desde el concepto, discutible, de "subsidiariedad") en todos los restantes casos, prueba que la protección de los derechos, concretamente los más relevantes de ellos, no corresponde únicamente al poder judicial. De otro lado, el control de instancia única de los actos de gobierno en sentido estricto que se seguiría de su atribución al Tribunal Constitucional tampoco implicaría infracción del principio de Estado de Derecho, pues sabido es que éste no exige la pluralidad de instancias.

La Constitución dista, pues, de imponer una solución única y precisa para la efectividad del Estado de Derecho. No es sorprendente, por ello, la confusión en la que -sin perjuicio de las conclusiones alcanzadas en cada caso- se ha venido moviendo tanto el Consejo de Estado, como la jurisdicción contencioso-administrativa en este terreno, cuando han debido pronunciarse a propósito de los asuntos relativos a la posible desclasificación de ciertos documentos del Centro Superior de Información de la Defensa (hoy Centro Nacional de Inteligencia):

1. El Consejo de Estado, en su Dictamen Nº 2716/1996, de 18 de julio, no mantiene un discurso riguroso a lo largo de la fundamentación:
  - Al exponer los antecedentes alude a que la denegación de la solicitada desclasificación de los documentos se produjo por el Consejo de Ministros "en el ejercicio de sus funciones directivas de gobierno", pero luego, al abordar la cuestión de la motivación del acto, recurre con toda naturalidad y sin mayor justificación al artículo 54º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, calificándolo así implícitamente

<sup>3</sup> Entre los que se encuentra el propio autor de estas líneas.

de acto administrativo (calificación que aflora en el empleo de la expresión “órgano administrativo”).

- Si el examen de la concreta pregunta sobre el carácter reglado o discrecional del acto le lleva a distinguir con nitidez los modos de expresión de la voluntad del Gobierno, diferenciando -aparte las disposiciones generales- los actos de gobierno de los actos administrativos, ello no le impide el razonamiento sobre los límites de la discrecionalidad sin modulación alguna; es decir, como si de un acto administrativo se tratara (aunque aludiendo, eso sí, a la presencia de elementos de carácter político).

La aparente imposibilidad de precisar un control específico de los actos de gobierno es la que hace que la solución final se mueva en la ambigüedad o, más exactamente, en la imprecisión: se está ciertamente ante un acto de gobierno, pero todos los actos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico, por lo que nunca son “vacíos y exentos de Derecho” y en ellos existen siempre, cualquiera que sea su naturaleza, elementos reglados. De ello se sigue que, aún cuando en la actuación del Gobierno hay sin duda esferas no reductibles a proposiciones jurídicas, siempre son controlables tales elementos reglados y, concretamente, la competencia y la forma expresa y motivada.

2. Y en las cuatro sentencias pronunciadas por la Sala 3ª del Tribunal Supremo, ejemplificables en la de 4 de abril de 1997 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 4515), el razonamiento presenta, si acaso aún más claramente, análogas características:

- Se admite que la naturaleza de las resoluciones consideradas es la propia de la potestad de dirección política atribuida al Gobierno en el artículo 97º CE y, con cita de la propia jurisprudencia anterior y de la doctrina del Tribunal Constitucional, también que nuestro sistema constitucional y jurídico admite la exclusión objetiva de los actos de dirección política del concreto control jurisdiccional contencioso-administrativo de legalidad ordinaria, aunque en modo alguno de otros controles. Pero inmediatamente se afirma que, no obstante, tal exclusión no impide que lo dispuesto en los artículos 9º y 24.1 CE

obligue al orden jurisdiccional contencioso-administrativo a verificar el control que le es propio “cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política”. Quiebro este argumento que, sobre no tener sólido apoyo en los preceptos constitucionales invocados, coloca el asunto en un terreno nuevo, que presupone, hasta cierto punto, una “competencia sobre la propia competencia” del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, toda vez que la “asequibilidad judicial” de los conceptos legales -concepto él mismo judicial- es cuestión que solo puede ser apreciada obviamente por los órganos judiciales.

- De esta suerte el control judicial así decidido opera ya en el espacio, superior al de la legalidad ordinaria, de “ponderación y compatibilización de intereses constitucionales” (concretamente los de la seguridad del Estado, de un lado, y la tutela judicial efectiva, de otro).

## II. La solución consagrada actualmente por la vigente Ley Nº 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

El legislador de la vigente jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 -Ley Nº 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en adelante LJCA98- ha estado condicionado, como no podía ser de otra forma, por el debate doctrinal y los pronunciamientos consultivos, jurisprudenciales y constitucionales a que antes se ha hecho breve referencia.

Los términos rotundos en los que la exposición de motivos del texto legal (penúltimo párrafo de su apartado II) Explica y justifica la solución adoptada suponen aparentemente una clara y total decantación por la tesis de la doble identidad, desde el punto de vista constitucional, de control judicial y control jurisdiccional, de un lado, y de exclusión de determinados actos del Gobierno del ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo e inmunidad de tales actos al Derecho, de otro lado.

Y ciertamente el contenido dispositivo del artículo 2.a)<sup>4</sup> LJCA98 incluye la totalidad de los actos

<sup>4</sup> El tenor literal de precepto objeto directo de nuestro examen es el siguiente:  
“artículo 2º. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas en el ámbito del control ejercido por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo<sup>5</sup>. Pero el diseño que hace de ese control mismo supone, además del reconocimiento de su no pertenencia a la esfera naturalmente propia del aludido orden, la aceptación de la distinción entre Gobierno y Administración, la admisión de actos de dichos órganos de naturaleza distinta a la administrativa y la modulación del alcance y la densidad del control de estos últimos. Y todos estos elementos -presentes ya en la doctrina constitucional y la jurisprudencia Contencioso-Administrativa- son propios de la tesis de la posibilidad y aún procedencia constitucionales de una asignación diferenciada del control jurisdiccional de los actos procedentes del Gobierno *lato sensu*<sup>6</sup>. La regulación del ámbito del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo establece, pues y desmintiendo el anuncio de la pureza de su perfil en la exposición de motivos, una fórmula específica, que incorpora y combina aspectos de una y otra de las referidas tesis. El resultado de este modo de proceder conduce, paradójicamente y por mor de la combinación del doble esfuerzo en asegurar la compleción del ámbito del control y en evitar cualquier alusión a la “política” -incluso por referencia a las tareas constitucionales propiamente gubernamentales (en particular la de dirección precisamente de la política), a un reconocimiento legal implícito de lo negado enfáticamente en la exposición de motivos: la existencia de un ámbito de actuación gubernamental “no administrativa”. Pues no otra cosa deriva del inciso final del artículo 2.a): “cualquiera que sea la naturaleza de dichos actos”, ya que implica que los producidos por el Gobierno y los Consejos de Gobiernos pueden tener y de hecho tienen una “naturaleza” que, no siendo administrativa, solo puede ser, desde el punto de vista jurídico-público, constitucional.

La novedad más destacada radica sin duda en la contemplación separada de los actos gubernamentales. La definición general del ámbito de conocimiento propio u ordinario de

la jurisdicción contencioso-administrativa no comprende, en efecto y de acuerdo con el artículo 1.1, más que la actuación de las administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo (aparte las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación). Definidas las administraciones públicas así aludidas en el artículo 1.2, la previsión del artículo 2.a) implica la no consideración del Gobierno y los Consejos de Gobierno como parte sin más de las correspondientes Administraciones. De ello se siguen dos consecuencias principales:

- 1º. El control judicial de la acción gubernamental no resulta tanto de la extensión, natural y por razones prácticas, del expresado ámbito de conocimiento, cual sucede en el caso de los órganos constitucionales, de relevancia constitucional o asimilados enumerados en el artículo 1.3 y para los actos y las disposiciones o, en su caso, la actuación materialmente administrativa de los mismos; como, más bien, de una atribución expresa, al igual que ocurre con las Corporaciones públicas a que se refiere la letra c) del mismo artículo 2º.
- 2º. Por ser de atribución, el conocimiento de la jurisdicción Contencioso-Administrativa es objeto de una delimitación específica. No comprende expresa y literalmente toda la actuación del Gobierno y los Consejos de Gobierno, en el sentido que esta expresión tiene en la Ley cuando se emplea para la Administración y que le hace comprender -además de los actos (expresos y presuntos) propiamente dichos- la inactividad (no realización de una actividad prestacional y no ejecución de un acto propio) y la actuación material constitutiva de vía de hecho; categorías éstas, en las que se cifra una de las innovaciones más importantes y positivas de la Ley. El artículo 2.a) es<sup>7</sup> preciso a este respecto: el objeto del conocimiento judicial por él atribuido son los actos y solo éstos, si bien todos ellos, cualquiera que sea su naturaleza

a) 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”.

<sup>5</sup> Lo cual no quiere decir que todos los actos de los <<órganos ejecutivos>> queden comprendidos en el ámbito de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Desmintiendo la rotundidad de las manifestaciones de la exposición de motivos y, por tanto, incurriendo en una clara contradicción interna, el texto legal excluye expresamente los actos de uno de dichos órganos -la Comisión Arbitral prevista en el artículo 39º del Estatuto de Autonomía del País Vasco- del control contencioso-administrativo (disposición adicional primera, número 2 LJCA98).

<sup>6</sup> Posibilidad de la asignación diferenciada que confirma la disposición adicional primera (núm. 2) de la Ley comentada. Véase la nota inmediatamente anterior.

<sup>7</sup> Sin perjuicio de la necesidad, en sede interpretativa, de la superación de la redacción literal de la norma legal, sobre lo que luego se volverá.

(administrativa o no; mejor: adoptados en desarrollo de cualesquiera de las tareas o cometidos asignados al Gobierno -sea el de dirección de la Administración civil o militar, sea el de dirección de la política interior o exterior o de la defensa del Estado- o a los Consejos de Gobierno -en los términos de los correspondientes Estatutos de Autonomía-).

No es sorprendente, pues, la determinación igualmente específica del alcance mismo del control así delimitado. Pues tampoco ese alcance es el ordinario, propio de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando opera en el ámbito de conocimiento que le es consustancial. Se refiere y, por ello mismo, limita a:

- En principio, exclusivamente los elementos reglados de los actos gubernamentales. Es decir, no comprende los elementos discrecionales de éstos.

Los actos aquí aludidos son ciertamente todos los producidos por el Gobierno y los Consejos de Gobierno. Pero, a pesar de la redacción legal, el conocimiento de los mismos por la jurisdicción Contencioso-Administrativa no siempre padece la restricción expuesta.

Como luego se comprobará, la comprensión por dicha jurisdicción de la protección de los Derechos Fundamentales frente a la actividad gubernamental -supuesto en el que no opera restricción alguna por razón del carácter de la potestad ejercida o del contenido del acto dictado-, reintegra la plenitud del control judicial que se ejerza vía procedimiento especial, siempre que el acto correspondiente incida lesivamente en un derecho fundamental y exclusivamente a los efectos de preservar o restablecer este último. En la determinación legal del ámbito de conocimiento "atribuido" que se estudia existe, pues, una mezcla de los planos sustantivo y procedimental que no contribuye precisamente a la claridad y la precisión.

Hay aquí en todo caso una nueva confirmación implícita de la diferenciación Gobierno-Administración y la distinción acto gubernamental -acto- administrativo. Si cuando de la Administración Pública (subjétivamente considerada) se trata, el control judicial comprende la totalidad de los elementos de sus actos (administrativos), si bien con la limitación de no poder determinar -en sustitución de

aquella- el contenido discrecional de dichos actos (artículo 71.2, inciso final; innovación legal de gran importancia), cuando del Gobierno y Consejos de Gobierno se trata los elementos discrecionales se sustraen incluso al conocimiento mismo de los órganos judiciales (con la salvedad indicada).

Esta sustracción arroja, justamente desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, un primer problema nada despreciable ni teórico: en el caso de actos gubernamentales esencialmente discrecionales por inexistencia de legislación de desarrollo constitucional, al menos con densidad reguladora suficiente, que incidan en situaciones individuales protegidas como derechos (si bien no derechos tutelables en amparo), y, más allá aún, en el de cualesquiera de tales actos y por lo que hace a su contenido discrecional ¿el control precisamente de este contenido corresponde al Tribunal Constitucional? Como se ve, la opción del legislador no ha resuelto completamente la cuestión de la jurisdicción para conocer de los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno. Y la atribución final a la jurisdicción contencioso-administrativa del conocimiento, en todo caso, para la determinación de la indemnización procedente por actos gubernamentales, lejos de ayudar a despejarla e, incluso, de favorecer soluciones dirigidas a la compleción del control, parecen confirmar -paradójicamente<sup>8</sup>- la exención de éste, salvo en las consecuencias indemnizatorias, cuando menos por lo que hace al contenido discrecional y "no administrativo" de los actos gubernamentales que no afecten Derechos Fundamentales. La perspectiva material derivada del criterio reglado-discrecional comporta, como así es bien evidente, dificultades múltiples, con repercusión cabalmente en los términos de la tutela jurídica de los derechos y también de su efectividad.

En esta misma línea, la redacción del artículo 2.a), forzada por la fórmula adoptada por el legislador, suscita todavía un problema añadido nada secundario. La expresada sustracción de los elementos discrecionales se predica -como resulta del inciso final relativo a la indiferencia de su naturaleza- de todos los actos gubernamentales y, por lo tanto, incluso de aquellos dictados en ejercicio de la responsabilidad de dirección de la Administración Pública y sometidos al derecho

<sup>8</sup> Teniendo en cuenta el planteamiento del legislador en la exposición de motivos.

administrativo. El resultado, de ser esto así, sería un distinto alcance del control de la discrecionalidad de los actos objetivamente administrativos por el solo hecho de la competencia para su dictado (de un órgano de la Administración o del Gobierno director de ésta). Como esto no parece de recibo, se impone una interpretación sistemática del precepto legal que, a despecho de su inciso final, pasa por la recuperación de la “naturaleza” de los actos y conduce -vía su conexión con el artículo 1.1- a la circunscripción de la limitación que contempla a los actos “no administrativos”, para la “normalización” del control, incluso en su contenido discrecional, de los restantes.

Son evidentes, pues, la dificultad y la problemática de la delimitación de las jurisdicciones judicial y constitucional, resultante de la fórmula legal y la superioridad de la más clara y limpia cumplida en el plano exclusivamente jurisdiccional, que se ofrecía como alternativa y no fue acogida por el legislador.

- La protección de los Derechos Fundamentales. La interpretación establecida del artículo 53.2 CE en cuanto a la extensión del amparo judicial<sup>9</sup> y que deja fuera de él exclusivamente a las decisiones que revistan la forma de Ley, al propio tiempo que hacían obligada la delimitación aquí del conocimiento contencioso-administrativo para su coincidencia con aquella extensión, imponían también esta nueva perspectiva, situada ya no en la actividad del sujeto productor del acto, sino en la posición del destinatario-afectado de éste.

Si la perspectiva de que ahora se trata (la implicación de un derecho fundamental), de un lado, hace desaparecer la limitación general del conocimiento judicial por razón del contenido del acto gubernamental, de otro encierra dicho conocimiento en los límites que son propios del amparo, es decir, circunscribe el control judicial al plano constitucional, eliminando la legislación ordinaria como referencia del mismo<sup>11</sup>. Ambas cosas son lógicas, en

la medida en que se está en un terreno en el que la jurisdicción es compartida con el Tribunal Constitucional, al que corresponde la última palabra en virtud ya de lo dispuesto en el artículo 53.2 CE; circunstancia ésta de la compartición de la jurisdicción, que vuelve a poner de relieve la inexistencia de una identificación constitucional, a efectos de realización del Estado de Derecho, entre tutela jurídica de los derechos e intereses legítimos frente al poder público y tutela judicial prestada en sede contencioso-administrativa.

Es claro, así, que la protección de los Derechos Fundamentales integra un título atributivo de conocimiento distinto del general referido a los actos gubernamentales con entera independencia del carácter y textura de las posiciones individuales en que éstos incidan.

De suerte que este último queda delimitado negativamente por aquél. Esta independencia de los títulos no deja de suscitar problemas, teniendo en cuenta que el referido al amparo se traduce en una especialidad procedimental que no enerva el juego de la referencia de los Derechos Fundamentales en el procedimiento general constitutivo del cauce en el que se actúa el título relativo, sin mayor cualificación, a los actos. En el contexto del control ordinario de estos actos, los Derechos Fundamentales se ofrecen, en efecto y en cuanto que posiciones fundamentales del ciudadano e, incluso, de la persona sin más perfectamente establecidas y perfiladas, como límites jurídicos de las potestades públicas “constituidas” y, por tanto, “elementos reglados” de éstas.

- La determinación de las indemnizaciones procedentes. Esta última atribución es lógica consecuencia de las dos anteriores, en sus propios términos. Si la jurisdicción tiene efectivamente el control de los actos gubernamentales (sobre los elementos reglados desde luego y, además y en sede de protección de los Derechos Fundamentales, sobre los restantes elementos, si bien a los solos efectos de la preservación o el restablecimiento de tales derechos), debe extenderse obviamente a

<sup>9</sup> Interpretación formalizada en el artículo 43° y 44° de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. Se trata de una interpretación del artículo 53.2 CE no necesaria, como resulta ya del propio artículo 42° de la misma Ley, que no exige el agotamiento previo de la vía judicial ordinaria en el caso de los actos y decisiones sin valor de Ley de las Cortes Generales o sus órganos y de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o sus órganos.

<sup>10</sup> Conforme al artículo 114° LCA98, en efecto, en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales pueden deducirse ciertamente las pretensiones previstas en los artículos 31° y 32° del propio texto legal, pero siempre y cuando tengan por finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso haya sido formulado.

la responsabilidad patrimonial en que se haya podido incurrir por su dictado y ejecución. En otro caso, esta extensión pasa a ser el objeto principal y único del control judicial, según la fórmula ya consagrada por la anterior LJCA de 1956. No hay aquí, por tanto, novedad digna de mención.

El único problema relevante que suscita este supuesto está relacionado con la función de "cierre" de la tutela ofrecida por la jurisdicción contencioso-administrativa que evidentemente se le otorga y no es otro que el de su restricción a las consecuencias lesivas que deriven de los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno. Siendo claro que la lesión de derechos e intereses legítimos puede derivar, más allá de los actos formales, de la actividad gubernamental en general (en el sentido con el que la propia LJCA98 emplea el término actividad). La apuntada restricción resulta frontalmente contradictoria con el planteamiento del texto legal que, basado en el artículo 24.1 CE, luce en su exposición de motivos. La superación de esa contradicción obliga a la interpretación extensiva de la expresión "actos" para hacerla equivaler a la de "actividad" que, para el supuesto correlativo referido a la Administración Pública, emplea luego la letra e) del propio artículo 2º LJCA98.

Esta última observación lleva de la mano, finalmente, a la cuestión que plantea hoy (en una situación, por lo ya dicho, completamente distinta a la existente al tiempo del dictado de la LJCA de 1956) la referencia estricta del entero ámbito de conocimiento de "atribución" que nos ocupa a los actos gubernamentales. El artículo 43.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional impide de suyo una interpretación literal de tal referencia por lo que hace a la protección de los Derechos Fundamentales. Ya sea por esta razón, pero también por la expuesta al tratar de la determinación de las indemnizaciones (extrapolable al entero control de la acción gubernamental), se impone la pertinencia de igual interpretación extensiva para el control ordinario de los actos mismos. De esta suerte, la expresión "todo ello por relación a los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno" del artículo 2.a) LJCA98 debe entenderse como alusiva realmente

a la actividad de estos órganos, en el sentido que a esta palabra otorga el texto legal cuando la emplea con relación a la Administración Pública.

En otro caso, la aludida expresión, al dejar sin control jurídico externo la actividad no consistente en la producción de actos y la inactividad, abriría un nuevo flanco en la cuestión -ya antes apuntada- del deslinde jurisdiccional con el Tribunal Constitucional, en virtud precisamente del artículo 24.1 CE. La solución apuntada, aunque permite evitar ese riesgo, no resuelve los problemas y las dificultades existente en este orden de cosas y antes detectadas.

### Bibliografía

Sobre el acto de gobierno como tal existe una excelente monografía obra de Núria Garrido Cuenca (Ed. CEDECS, Barcelona 1998). En el prólogo a esta obra toma postura L. Ortega Álvarez sobre el control de los actos de gobierno y la tutela jurídica de los derechos e intereses legítimos frente a los mismos. Más recientemente puede verse el artículo de J. Ponce Solé sobre "¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al Gobierno?", Revista de Administración Pública, número 173 (2007).

La posición de J. Leguina Villa está expresada en un artículo, firmado junto con L. Ortega Alvarez y M. Sánchez Morón, y publicado en la revista OTROSÍ, Colegio de Abogados de Madrid, marzo-abril 1996.

La posición de E. García de Enterría se ha expresado en diferentes trabajos y artículos, que -con entera independencia de su inicial publicación- hoy figuran incorporados a la sexta edición de su obra Democracia, Jueces y control de la Administración, Ed. Cívitas, Madrid, 2009.

Sobre el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa y, por tanto, el artículo 2.a) de la LJCA de 1998, puede consultarse L. Parejo Alfonso, Lecciones de Derecho Administrativo, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, donde se expone la postura del autor de este trabajo.