

DEBATE DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Jesús Luis Castillo Vegas

Licenciado en Derecho y en Filosofía y Letras.
Doctor en Derecho. Profesor Titular de Filosofía
del Derecho de la Universidad de Valladolid
(España). E-mail: castillo@der.uva.es

Recibido: 30-4-2012 • Aprobado: 16-5-2012

Resumen

Dentro de los estudiosos del Derecho administrativo español se ha producido una interesante polémica sobre la intensidad que debe tener el control jurisdiccional de los actos administrativos discrecionales. El artículo trata de exponer las posiciones mantenidas por Luciano Parejo Alfonso, Miguel Sánchez Morón, Tomás Ramón Fernández y Eduardo García de Enterría aunque el debate ha sido continuado por otros muchos autores.

Palabras clave

Administración Pública. Control judicial. Potestad discrecional. Arbitrariedad.

Abstract

Within the professors of the Spanish administrative Law place an interesting controversy has taken about the intensity that the judicial control of the discretionary administrative acts must have. The article proposes to present the positions held by Luciano Parejo Alfonso, Miguel Sánchez Morón, Tomás Ramón Fernández and Eduardo García de Enterría, although the debate has been continued by many other authors.

Key words

Public Administration. Judicial Control. Discretionary power. Abuse of discretion

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Pro discrecionalidad administrativa. 3. Pro control judicial. 4. Conclusión.

1. Introducción

Vamos a examinar, a través de una polémica de la doctrina administrativista española, una cuestión central no sólo del Derecho administrativo, sino del Derecho público, e incluso del Derecho sin más, porque se trata en última instancia de examinar las complejas relaciones entre el poder y el Derecho. En la doctrina española del Derecho administrativo encontramos una polémica sobre el alcance que debe darse a la necesaria y, sin duda, justificada discrecionalidad administrativa. Reconocida la justificación de la misma, ¿cómo evitar que se convierta en arbitrariedad? La seguridad jurídica encuentra en la arbitrariedad justamente su antivalor. Pero resulta importante precisar el concepto de arbitrariedad para distinguirlo de otro concepto próximo pero muy diferente como es el de la discrecionalidad. El ideal del Estado de Derecho exige el sometimiento de todos los poderes al Derecho. Por otra parte, el funcionamiento eficaz de las instituciones públicas precisa, y es perfectamente legítimo, que la Administración elija entre determinadas opciones que no pueden ser completamente precisadas por una norma general sino que quedan abiertas a las diversas opciones políticas, todas ellas compatibles con las leyes y con la Constitución. Ahora bien, aunque la discrecionalidad esté justificada, eso no significa que se trate de una actuación carente de todo control. En un Estado como el constitucional, absolutamente todos los poderes quedan sometidos "a la ley y a la Constitución". Incluso el poder legislativo puede ser revisado mediante el control de constitucionalidad de las leyes que elabora, y el poder judicial es permanentemente sometido a un sistema de recursos y asimismo existe un control de la constitucionalidad de las sentencias que emite. El poder administrativo, cuya facultad discrecional es admitida en determinados casos y para ciertos fines por las propias leyes, tampoco puede escapar a esa posibilidad de control.

La posibilidad de un mayor control que han empezado a utilizar los tribunales ha dado lugar a una interesante polémica en el ámbito del Derecho administrativo español. Aunque no son los únicos que han participado en la misma nos vamos a centrar de un lado en Luciano Parejo y Miguel Sánchez Morón que valoran ese control como excesivo y de otro en Tomás R. Fernández y Eduardo García de Enterría que tratan incluso de ampliarlo¹. Mientras que los primeros consideran

¹ Se trata de un debate ya mantenido en la doctrina y en la jurisprudencia de otros países como Alemania y Estados Unidos. Dentro de la bibliografía española véase: ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales,

inevitable la ampliación de la discrecionalidad administrativa dada la configuración actual del Estado social, para los segundos habría que procurar la reducción de la discrecionalidad a su mínima expresión. Este debate, entre administrativistas todos ellos de primera categoría, nos ofrece pues dos bandos, de un lado los que podríamos llamar "pro-Administración", y de otro, los "pro-control judicial". Todos ellos comparten la misma consideración positiva sobre el Estado democrático y social de Derecho, sobre los valores recogidos en la Constitución, pero difieren sobre el menor o mayor alcance que debiera tener el control judicial sobre la potestad discrecional de la Administración.

2. Pro discrecionalidad administrativa

Las posiciones de Luciano Parejo van dirigidas a cuestionar la capacidad de los jueces para enmendar la plana con sus sentencias a la Administración, al peligro de que la extensión del control judicial sobre la discrecionalidad administrativa acabe convirtiéndose en otra discrecionalidad (e incluso arbitrariedad), a saber, la judicial. Los jueces no serían competentes para adoptar decisiones técnicas, complejas, como las propias de la planificación urbanística, y sobre otras materias en las que la propia legalidad admite que existen diversas alternativas válidas. No pueden, por ejemplo, decidir por dónde debe transcurrir una carretera o cómo planificar urbanísticamente una ciudad. De otro modo, la "justicia de los jueces" acabaría con el normal funcionamiento del sistema democrático. Parejo critica el intervencionismo excesivo de los jueces, la sustitución de la política por la práctica de los tribunales. Los jueces, asegura, deben juzgar y no administrar. Si se incrementa en exceso el control judicial de la actividad administrativa entonces estaríamos permitiendo que las decisiones adoptadas por unas autoridades democráticas fueran sustituidas por otras autoridades que nadie ha respaldado en el proceso electoral.

Para Luciano Parejo, en la doctrina española del Derecho administrativo, nos encontramos con una orientación crítica hacia el poder ejecutivo que utiliza las doctrinas elaboradas durante la época preconstitucional para limitar y fiscalizar el actual poder ejecutivo democrático. El considerable desarrollo que alcanzó el Derecho administrativo a partir de los años cincuenta del franquismo habría

1984; ALONSO MÁS, María José, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998; DESDENTADO DAROCA, Eva, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1997; EMBID IRUJO, Antonio, "El coloquio de Heidelberg sobre el control judicial de las decisiones administrativas", en *Revista de Administración Pública*, 124 (1991), pp. 437-444; HERNÁNDEZ MARTÍN, Valeriano, *Independencia del juez y desorganización judicial*, Madrid, Civitas, 1991; HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo – GÓNZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolas (Coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Madrid, Civitas, 1996; IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998; MIQUEL SILVESTRE, Rosa María, "Consideraciones sobre la discrecionalidad administrativa", en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, tomo II, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, pp. 2023-2098; NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000; ORTIZ HERRERA, Silvia, *El control judicial de las potestades discrecionales de la administración en el estado social y democrático de derecho*, Madrid, 1998; SÁINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.

sido utilizado después para paralizar la eficacia de una Administración con un Estado ya constitucional. Aunque los principios del Estado de Derecho estén justificados, cree Parejo que se lleva a cabo una utilización política de los mismos para recortar el margen de actuación de un Gobierno democrático y para dificultar la labor propia del Estado social. Este control, excesivo para Parejo, podría abocarnos hacia un Estado judicial: "Aquí se encierra un peligro nada despreciable de sobredimensionamiento de la eficacia protectora material de los derechos capaz de reforzar hasta límites insostenibles la tendencia existente hacia un Estado judicial"². También Alejandro Nieto considera que hay un peligro cierto de incurrir en un "decisionismo" por parte de los jueces, capaces de crear Derecho al margen de las normas, de actuar como si fueran auténticos legisladores: "De hecho, los Tribunales están suplantando en ocasiones a la Administración, y en ocasiones, a la Ley"³.

Centrándonos en uno de los principales argumentos aducidos, para Luciano Parejo el aumento de la discrecionalidad administrativa es inevitable en el Estado social con el fin de poder garantizar la prestación de derechos sociales, cuya realización obliga a trasladar una parte de la labor legislativa al poder ejecutivo y que se vería obstaculizada por un excesivo control judicial: "Hoy el poder ejecutivo tiene y debe tener (y no como excepción o fenómeno atípico más o menos general, sino como atributo cada vez más ordinario o normal) un espacio o ámbito de decisión y acción propio, expresado incluso en términos de estricta discrecionalidad"⁴. Un aumento del control judicial sobre la discrecionalidad administrativa pondría en peligro la labor directiva y planificadora que corresponde al Gobierno en un Estado social. El Estado social se halla inmerso en un proceso de crisis. Se le compara desventajosamente con la empresa privada y se denuncia su rigidez e ineficacia. La necesidad de hacer frente a estas críticas ha llevado a permitir una Administración más ágil, sometida a unas leyes que ya no son tanto mandatos generales como muchas veces criterios de optimización, de acuerdo, de negociación, de recomendación, de información, etc. Esta dificultad de precisar normativamente el interés público se traduce inevitablemente en un incremento de la discrecionalidad administrativa.

Parejo defiende que el Estado social se ve obligado para poder funcionar a no preocuparse tanto de la seguridad jurídica como de su propia eficacia. El legislador, a su vez, para permitir el funcionamiento de ese Estado, debe reconocer la capacidad de "autoprogramación" y de discrecionalidad a la Administración. En aras de la eficacia se han rebajado las garantías de la reserva de ley, nos encontramos con leyes que remiten su concreción a la Administración con lo que se pierden garantías individuales. Exigencias constitucionales como la que se establece en el art. 25.3 de la Constitución Española ("La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen

² PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y renovación en el Derecho público*, estudio preliminar de Roberto Dromi, Buenos Aires/Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2003, pp. 134-135.

³ NIETO, Alejandro, "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Editorial Civitas, 1991, t. III, p. 2243.

⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y renovación en el Derecho público*, pp. 138-139.

privación de libertad") estarían gravemente amenazadas por una inevitable expansión de la Administración para hacer frente a múltiples y complejos riesgos de nuestra sociedad. Señala el profesor Parejo que la existencia de "normas penales en blanco", que remiten la delimitación del tipo a normas administrativas no puede dejar de amenazar la seguridad jurídica, pero su proliferación es inevitable porque la protección de bienes jurídicos como la correcta ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico o la preservación del medio ambiente no pueden hacerse sino mediante normas de Derecho administrativo, aunque "este tipo de normas penales plantean cuestiones que atañen a la integridad del Estado de Derecho, en particular en relación con la seguridad jurídica"⁵.

En la misma línea de lo que hemos llamado defensa de la Administración pública, Miguel Sánchez Morón⁶ se ha posicionado en contra de una limitación, a su juicio excesiva, de la discrecionalidad administrativa por parte de unos jueces crecientemente intervencionistas. Para Sánchez Morón "el control judicial de la discrecionalidad administrativa está alcanzando un punto que desborda el contenido de la función de juzgar y se traduce en apropiación por el juez de parcelas de aquella discrecionalidad, cosa que la Constitución no permite"⁷. Sánchez Morón denuncia el "activismo judicial", la extralimitación en su control de la discrecionalidad y argumenta la mejor legitimidad que tendría la Administración, como poder indirectamente elegido, frente al carácter de poder no electo de los jueces. No niega sin más la legitimidad de ese control de la discrecionalidad sino el poder de los jueces para sustituir la inicial decisión administrativa: "extremar el control judicial conlleva el riesgo de sustituir decisiones de autoridades democráticamente elegidas (directa o indirectamente) o de órganos de ellas dependientes por decisiones (que también podrían ser erradas) de autoridades que carecen de representatividad, aunque no carezcan de otro tipo de legitimidad constitucional para el ejercicio de sus funciones"⁸. Aunque admite el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa lo reduce a un control de legalidad, un control en Derecho, que no debería llevar nunca a sustituir la decisión administrativa recurrida. De permitirse esa sustitución se estaría vulnerando la división de poderes, se estaría permitiendo que los jueces, además de juzgar, también administrasen. En el límite, un sistema político quedaría sustituido por un sistema judicial; las decisiones políticas serían sustituidas por las judiciales; y la Administración de justicia, a su vez, quedaría politizada.

Para Sánchez Morón un control excesivo de la discrecionalidad por parte de los jueces puede paralizar la actividad propia del Estado social, que está obligado,

5 PAREJO ALFONSO, Luciano, *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad. Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 137. En el artículo 348 del Código Penal de 1995 se condena a penas de prisión a quienes manipulen explosivos contraviniendo "las normas de seguridad establecidas", normas que son obviamente administrativas en continua reelaboración y de muy difícil conocimiento en sus detalles.

6 Véase Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Madrid, Espasa/Calpe, 1991.

7 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 10.

8 *Ibidem*, p. 15.

para cumplir las finalidades que le asigna la Constitución, a tomar decisiones frente a situaciones cambiantes y de enorme complejidad técnica. Para poder llevar a cabo esa labor, la Administración debe contar con un conjunto de poderes, tanto reglados como discrecionales, que estén garantizados con mecanismos de eficacia como la presunción de legalidad de sus actuaciones. Denuncia este autor que la admisión de algo así como "el test de razonabilidad", que invoca Tomás Ramón Fernández, supondría una inversión de la carga de la prueba al obligar siempre a la Administración a justificar el porqué de la elección que finalmente adoptó. El Estado de bienestar para poder funcionar precisaría un enorme aumento de la reglamentación, cosa que a su vez sólo sería posible incrementando la discrecionalidad administrativa, lo que no puede dejar de tener "una repercusión negativa en la seguridad jurídica"⁹.

Hay que tener en cuenta que los defensores de esta discrecionalidad administrativa no cuestionan ninguno de los preceptos constitucionales, incluido el que prohíbe expresamente la arbitrariedad de los poderes públicos. Sin embargo, para Luciano Parejo, el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad "por su propia generalidad y alta abstracción carece de contenido jurídico positivo mínimamente significativo" por lo que en ningún caso podría servir para habilitar al juez para dictar una nueva solución administrativa a la considerada como arbitraria¹⁰. Tanto Parejo como Sánchez Morón entienden que estamos ante principios constitucionales muy amplios, vagos e imprecisos, en cuya interpretación no puede dejar de intervenir la propia Administración. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional también serían competentes para la delimitación de esos principios constitucionales pero no se puede hablar de una jurisprudencia uniforme sino "en parte contradictoria o, al menos, no unánime en algunos extremos"¹¹. Precisamente es la aplicación de esas fórmulas constitucionales tan imprecisas la que habría dado lugar al denunciado "activismo judicial", o sea, a sustituir los criterios de la Administración por los propios de los jueces.

3. Pro control judicial

Tomás Ramón Fernández es uno de los principales antagonistas de Parejo y de Sánchez Morón en esta polémica. Sostiene que la Administración habría gozado históricamente de un amplio ámbito de actuación exento de todo control jurisdiccional. Un ámbito de gracia, de discrecionalidad, sustraído al control de los tribunales por mor de sus importantes competencias. Para Tomás Ramón Fernández, la implantación de la Constitución obligaría a suprimir ese ámbito,

⁹ Así lo ve también Ana María MARCOS DEL CANO, "La seguridad jurídica: su configuración actual", en *Historia y Filosofía política, jurídica y social. Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", 2008, vol. II, p. 765.

¹⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 37.

¹¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, "Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa" en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1997, p. 1320.

porque, aún reconociendo que la discrecionalidad administrativa es necesaria, cree que también ésta es susceptible de un mayor control judicial. La Constitución prohibiría todo comportamiento arbitrario y para conseguir eso resultaría preciso deslindar la actuación discrecional de la puramente arbitraria, cosa que no podría hacerse sin esa posibilidad de revisar la actuación discrecional de la Administración. La Administración, para ejercer su poder, precisa tener la competencia de determinar dónde se ha de construir una escuela, un hospital o una carretera, pero esa decisión, esa elección "no puede ser completamente arbitraria", "plenamente voluntarista", porque entonces no habría distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad. La historia del Derecho administrativo, al que debemos valiosísimas contribuciones en la plasmación concreta de la seguridad jurídica, con aportaciones estelares como la desviación de poder o el proceso contencioso-administrativo, sería un permanente intento por acotar y por recortar ese poder discrecional. En la pretensión de Tomás Ramón Fernández se necesita admitir la posibilidad última de una fiscalización judicial. Para este autor la correcta interpretación de la Constitución obligaría a entender la separación de poderes de tal forma que no fuera incompatible con la posibilidad de revisión judicial de todos los poderes, así como con la prohibición general de la arbitrariedad en todos los ámbitos. La discrecionalidad que necesariamente tiene que tener un Ayuntamiento para elegir entre diversas opciones de planeamiento urbanístico o la de una Comunidad Autónoma para definir el trazado de una carretera, etc., no pueden convertirse en mera arbitrariedad y eso sucede cuando la decisión administrativa –que la ley permite– es totalmente incapaz de justificar la elección hecha más que por un puro "por que sí". En un Estado constitucional, la Administración no puede ser "soberana", no puede actuar como un poder "*legibus solutus*". Se halla necesariamente sometida, entre otros, al principio constitucional de prohibición de la arbitrariedad¹². Por otra parte, este autor se apoya en sentencias tan contundentes como la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1987 que decía que "todos los actos de la Administración son reglados", apelando bien a las normas que establecen los tipos o bien a sus fines¹³.

Hay asuntos que por su complejidad técnica, por la necesidad de elegir entre diversas posibilidades todas ellas plenamente legales, justifican la discrecionalidad administrativa, como la que se concede a los Ayuntamientos para elaborar sus Planes de ordenación municipal. Pero una vez creada esa norma, una vez hecha la opción, el propio Ayuntamiento se encuentra obligado a obedecerla en su aplicación. Existe así la posibilidad de un control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa que controle la evaluación de los hechos, que son los que son, sin que la Administración se los pueda inventar, y que no

12 Artículo 9.3. de la Constitución Española de 1978: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

13 También la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1986 consagró lo que Tomás Ramón Fernández llama el "test de racionalidad" al admitirlo como uno de los mecanismos para extender el control jurisdiccional "a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas".

admite una decisión totalmente desprovista de justificación o que no respete los fines para los que fue concedida la discrecionalidad administrativa. Y ello porque la discrecionalidad, dejando a un lado la posibilidad de otros límites fijados por la propia ley habilitante, se concede para una finalidad concreta que nunca debe ser olvidada. Los jueces pueden así comprobar si la actuación administrativa discrecional se ajustó a los fines para cuya consecución estableció la ley la libertad de elegir, porque "la discrecionalidad no es arbitrariedad"¹⁴. Mientras que la arbitrariedad es el dominio de la pura voluntad, del *sit pro ratione voluntas*; en cambio, la discrecionalidad administrativa es una exigencia inderogable de la necesidad de elegir entre diversas alternativas, de adoptar decisiones técnicas, concretas y de oportunidad por parte de la Administración del Estado. La discrecionalidad no existe al margen de la ley, mientras que la arbitrariedad es justamente la actuación al margen de la Ley. La Administración se ve obligada a actuar como un poder funcional, dirigido a conseguir determinados fines, sometido al Derecho, y que sólo dispone de libertad para elegir la mejor solución de entre las varias posibles. "La Administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato, el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad para absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a un mayor número de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar el porqué de su elección es su deber, su inexcusable deber"¹⁵. La decisión arbitraria es aquella que es incapaz de proporcionar una motivación suficiente. Los jueces no deciden por la Administración, pero una vez elegido un trazado por ser el más corto, o el más barato, la revisión judicial puede comprobar que efectivamente el trazado elegido sea el más corto o el más barato, porque los hechos tienen que ser reales y no inventados o disfrazados. Al impugnar un trazado concreto porque la decisión adoptada no se corresponde con los hechos en que se basa, porque es una decisión inconsistente, contradictoria, discriminatoria, no se puede sin embargo pedir al juez que determine un trazado alternativo porque no es esa su función. Ahora bien, en aquellos casos en que, como consecuencia de la revisión judicial, se constate que sólo queda una única solución correcta, o sea, que en realidad, no hay posibilidad de opción, los jueces deberán imponer esa solución en vez de limitarse únicamente a anular la resolución administrativa considerada como insostenible jurídicamente.

Para Tomás Ramón Fernández la denunciada arbitrariedad tiene un doble significado. Uno general, que la asimila sin más con inseguridad jurídica, con la actuación al margen de la legalidad: "La arbitrariedad es, ante todo, injusticia del Estado, del gobernante, que pretende eximirse del orden por él creado y reclama para sí una libertad de incumplirlo a su antojo que a los ciudadanos niega con toda la fuerza coactiva del poder que éstos han delegado en él. Es,

¹⁴ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, 5ª ed., Madrid, Civitas/Thomson, 2008, p. 61. Se remite a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1988.

¹⁵ *Ibidem*, p. 154.

pues, la injusticia por antonomasia, la antítesis de la justicia, su negación más radical"¹⁶. Por otro lado, la arbitrariedad tendría un significado más preciso que se focaliza en la necesidad de justificar suficientemente la decisión adoptada. La Administración no queda sin más exculpada basándose en que ha respetado los límites fijados por la ley especial que permite la decisión discrecional. Para Tomás-Ramón Fernández, "toda decisión de la Administración, por discrecional que sea, es susceptible de control judicial, y ese control no es de mera legalidad, como Parejo afirma, sino de juridicidad, supuesto que la Administración ha de actuar 'con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho' (art. 103.1 de la Constitución), amén de 'a los fines que la justifican' (art. 106.1)"¹⁷. La decisión de la Administración debe ajustarse a la ley habilitante, pero también debe someterse a los dictados constitucionales que exigen soluciones jurídicas razonables, justificadas, no arbitrarias. Por parte de Tomás Ramón Fernández se propone un doble examen para las decisiones discrecionales de la Administración, por una parte, de racionalidad (que la solución jurídica no sea contradictoria, incongruente, irracional), y, por otra, de razonabilidad (que la solución jurídica sea justificada, aceptable, argumentada, adecuada, motivada). Los críticos con las tesis de Tomás Ramón Fernández han insistido en la manifiesta vaguedad e imprecisión de conceptos como racionalidad, razonabilidad, arbitrariedad y otros empleados en el debate. Según Alejandro Nieto, "a la hora de identificar la racionalidad y la razonabilidad no hay dos autores que piensen lo mismo ni nadie ha logrado hasta la fecha la proeza de separarlos con nitidez"¹⁸.

García de Enterría es el más conocido de los contendientes en esta cualificada polémica. En este debate se enfrentan dos concepciones sobre el alcance que debe tener la discrecionalidad administrativa y sobre el control judicial de la misma, pero en el desarrollo del mismo han ido apareciendo otras muchas cuestiones, como la que se refiere al origen histórico del propio Derecho administrativo. Para Parejo y Sánchez Morón, el control del Derecho administrativo estaría justificado históricamente, como en el largo período franquista, pero hoy día el Estado social y democrático exigiría una reducción del control judicial sobre la discrecionalidad administrativa. Señala Enterría cómo, en el origen del Derecho administrativo, cuando los revolucionarios franceses llegan al poder, temen encontrarse con unos jueces que actúen como rémoras para sus reformas. Por ello, dejan fuera del control judicial a la Administración, estableciendo solamente un control interno. Ahora bien, desaparecida esa motivación histórica, es lógico que, poco a poco, la Administración acabe siendo controlada por la Justicia. El Derecho administrativo no es exclusivo de regímenes no democráticos y no está destinado a desaparecer una vez establecida la democracia. El que ese Derecho prosperara en el Estado franquista obedece sin duda a la pretensión de éste último de presentarse ante los países democráticos como si fuera un

¹⁷ *Ibidem*, p. 145. El artículo 103.1 de la Constitución Española: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho". El artículo 106.1 de la Constitución Española: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican".

¹⁸ NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 321.

Estado sometido al Derecho. En el Derecho administrativo español histórico encontramos una ley, la *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* de 1956, que en pleno franquismo, permitió un desarrollo notable de ese Derecho. En la *Exposición de Motivos* de esa ley se dice que la discrecionalidad "surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público", lo que podría considerarse como una definición de la discrecionalidad administrativa. Pero lo que apreciamos, según Enterría, en esa definición es precisamente el carácter limitado de la discrecionalidad ya que ésta tiene su origen en la ley: "No hay, por tanto, discrecionalidad en ausencia o al margen de la Ley"¹⁹. Recordando la famosa metáfora de Dworkin sobre la discrecionalidad judicial, podemos decir que la discrecionalidad es el vacío de la rosquilla, pero que ese agujero no puede existir sino dentro de un borde, rodeado por la normatividad que la hace aparecer. Por amplia que sea la discrecionalidad se encuentra siempre rodeada de un borde de elementos reglados que sirven de base para el control judicial: "Esos elementos pueden ser muchos, pero necesariamente tiene que haber algunos: la existencia de la potestad, su extensión concreta, y la realidad de los hechos que legitiman su aplicación o en virtud de los cuales se pone en marcha la competencia, el procedimiento, el fin, el fondo parcialmente reglado"²⁰.

García de Enterría ha destacado la importancia que tienen los conceptos jurídicos indeterminados como una vía para reducir la discrecionalidad administrativa al entender que dichos conceptos indeterminados son susceptibles de una precisión judicial basada en la experiencia y en la jurisprudencia acumulada sobre todo en la aplicación del Derecho civil. Por ejemplo, el concepto indeterminado de "casa ruinoso" no es algo que dependa de la volición de la Administración: "Ante una casa determinada no cabe más que una sola solución justa: la casa es ruinoso o no es ruinoso. Es claro entonces que esta determinación no puede ser objeto de una facultad discrecional, sino que se trata de un problema de aplicación de la Ley en un caso concreto"²¹. Se admite pues la posibilidad de utilizar los conceptos jurídicos indeterminados precisamente como un instrumento para reducir la discrecionalidad administrativa y no para aumentarla. Mientras que para Miguel Beltrán de Felipe²² conceptos como el de "interés general" o el de "utilidad pública", de amplísima utilización en el Derecho administrativo, servirían para proporcionar a la Administración un campo de discrecionalidad, al ser ella misma la llamada a interpretar esos conceptos jurídicos indeterminados; en cambio, para García de Enterría, estamos ante conceptos jurídicos indeterminados que forman parte de la propia Constitución y como tales deben

19 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi/Civitas/Thomson, 2009, p. 155.

20 *Ibidem*, p. 156.

21 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, 3ª ed., 3ª reimpr., Madrid, Thomson/Civitas, 2004, p. 44.

22 Este autor no se opone sin más al uso de los conceptos jurídicos indeterminados como una técnica para limitar la discrecionalidad administrativa, sino expresamente a la consideración del "interés general" como uno de esos conceptos, y, aunque lo fuese, "su determinación positiva correspondería al administrador y no al juez" (BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 255).

ser objeto de interpretación por los jueces y por el Tribunal Constitucional. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados que utiliza el legislador precisamente para intentar limitar la capacidad de la Administración aunque no puede, por la naturaleza de la materia, ahondar más en esa precisión. Cuando la Constitución dice que el derecho de fundación (art. 34.1) "se reconoce para fines de interés general", por muy indeterminado que sea ese concepto, sabemos con toda claridad que no se permite vincular la propiedad para fines particulares. El concepto de "interés público", para Enterría, "está utilizado por la Constitución, como por todas las Leyes, con una inequívoca intención delimitadora"²³. La Administración no quedaría justificada con una vaga apelación a que está actuando al servicio de los intereses generales, sino que estaría siempre el campo abierto al control jurisdiccional para verificar que efectivamente se ha actuado al servicio de ese interés. Si se permitiera que fuera la propia Administración quien decidiera lo que ha de entenderse por "interés general", entonces la Administración podría crearse una amplia zona de inmunidad frente al control judicial con solo invocar que actúa al servicio de ese interés general.

Más allá de lo que empezó siendo una polémica sobre el alcance del control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, nos encontramos finalmente con dos concepciones enfrentadas sobre las relaciones entre los poderes del Estado y sobre la propia democracia. La concepción democrática que sostiene Enterría estaría más cerca de lo que se conoce como democracia deliberativa. En ésta, todo el mundo está obligado a justificar su comportamiento, a dar razones de lo que hace, sea cual sea el origen de su poder. Tanto los legisladores, como los gobernantes, como los jueces, e incluso los juristas que estudian el Derecho, deben justificar lo que dicen y hacen. Para los defensores de este modelo deliberativo la democracia de los votos debiera ser completada con la democracia de las razones. Enterría rechaza las tesis de Parejo y Sánchez Morón de que la Administración tiene a su favor una condición democrática de la que carecerían los jueces. Para Enterría ese carácter democrático no puede servir de excusa para reducir el control judicial sobre la Administración, porque sólo el Parlamento puede ser considerado representante del pueblo y sólo la ley recoge la voluntad popular. "Por eso no es cierto que la Administración y sus gestores puedan beneficiarse de la idea de representación política"²⁴. Dejando al margen que sólo el Gobierno se beneficiaría de esa inmediatez democrática, tanto la Administración como los jueces derivarían su legitimidad de la Constitución. Exigir una mayor "deferencia" por parte de los jueces hacia las resoluciones de la Administración por el origen democrático de ésta última y, más en concreto, pedir una ampliación de la discrecionalidad administrativa en los Estados democráticos, dañaría al Estado de Derecho al disminuir el universal sometimiento de todos a la legalidad. Otras vías para legitimar democráticamente a los jueces, como elegirlos mediante elecciones, o, nombrando a los miembros del Tribunal Constitucional por el Parlamento, no mejoran al sistema democrático y perjudican el control judicial. En realidad, ni siquiera la democratización política de la propia Administración sería una opción deseable. Es preferible una

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, p. 233.

²⁴ *Ibidem*, p. 79.

Administración que se rija por criterios de objetividad, de imparcialidad y eficiencia, a una Administración como la decimonónica que se renovaba cada vez que había elecciones. Para García de Enterría, no se reduce la democracia porque los ciudadanos puedan impugnar los actos administrativos que perjudican sus intereses, ya que la decisión final estará a cargo de jueces que aplican las normas jurídicas: "Conviene recordar que, a través de los recursos contencioso-administrativos, los ciudadanos ejercitan una libertad básica, la de no obedecer sino a la Ley y no a las ocurrencias de los administradores"²⁵.

Los jueces no son una amenaza para la democracia sino la mejor solución que hemos encontrado hasta ahora para algunos de los males propios de la democracia que, recordemos es la mejor de las formas de gobierno ya que todas las demás son peores. Entre esos males hay que destacar la importancia de la corrupción propiciada en buena medida por los propios partidos políticos sin los cuales no es pensable la democracia²⁶. No se trata de males coyunturales de tal o cual país o de tal o cual período histórico, sino inseparables de la condición humana. De ahí la necesidad de prever mecanismos que los combatan como el de la independencia judicial. La Administración pública no es un poder soberano, no representa al pueblo –capacidad ésta reservada al poder legislativo- por lo que debe estar dispuesta a rendir cuentas. No es suficiente con un control parlamentario, o con el que puede llevar a cabo la opinión pública mediante los medios de comunicación, sino que resulta imprescindible un control judicial. "Nada, por tanto, más contrario a la esencia misma de la democracia que pretender que el origen electivo de los gobernantes les dispense de control o les legitime ante los ciudadanos frente a cualquier reclamación o exigencia de justificación que éstos puedan judicialmente pedirles"²⁷. Cuando se defiende la independencia judicial, debería quedar claro que no se está pidiendo un gobierno de jueces. Los jueces no pueden gobernar, ni deben administrar. Tampoco el papel que tienen en la creación del Derecho tiene el mismo alcance que la función propia del legislador. La independencia judicial es sólo una garantía necesaria para que los jueces puedan realizar su función propia, a saber, para asegurar el cumplimiento objetivo de las normas. Para García de Enterría nunca se da la primacía a los jueces, sino a la Constitución. El poder soberano es el poder constituyente y si el legislativo o el ejecutivo no están conformes con la interpretación hecha por los jueces pueden cambiar la norma o instar su modificación.

Como se ve la polémica ha terminado girando en torno a las relaciones entre el imperio de la ley y la democracia, sobre el tipo de democracia que se quiere, sobre la división de poderes, en definitiva, sobre cuestiones propiamente políticas. El imperio de la ley, que la Constitución consagra, exige la independencia judicial y el control jurisdiccional de los actos administrativos, porque de lo contrario no se conseguiría que todos estuvieran sometidos a la ley, incluidos los que la hacen y los que la ejecutan.

²⁵ *Ibidem*, p. 86.

²⁶ Sobre el papel de los partidos políticos en la corrupción véase Alejandro NIETO, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 23-30.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, pp. 123-124.

4. Conclusión

Los dos planteamientos que hemos expuesto no están tan enfrentados como podría deducirse de la viveza que llega a alcanzar la exposición de las respectivas posiciones. Incluso, es posible que esta famosa polémica esté basada en un malentendido. En el exhaustivo examen de la argumentación manejada, llevado a cabo por Mariano Bacigalupo, se plantea la posibilidad de que estemos ante un "diálogo de sordos", y expone sus dudas sobre si los participantes de este debate discuten realmente sobre lo mismo "y, en definitiva, sobre si las tesis expuestas son verdaderamente tan antagónicas como aparentan"²⁸. Para Luciano Parejo la discrecionalidad, entendida como capacidad de elección entre diversas alternativas, no hace sino crecer, como consecuencia de las nuevas necesidades del Estado de bienestar. Para Tomás Ramón Fernández la discrecionalidad, entendida como ausencia de control judicial, debe desaparecer y se estaría de hecho reduciendo. Pero parece que si la discrecionalidad queda así definida, no están hablando exactamente de lo mismo, porque ambas realidades podrían ser compatibles. Un poder legislativo agobiado por la urgencia y la complejidad de los nuevos problemas de seguridad, urbanísticos o del medio ambiente, debe ampliar la capacidad normativa de la Administración, pero, a la vez, nada impide que esas leyes habilitantes estén concebidas con la densidad normativa suficiente para hacer posible el control judicial que las Constituciones imponen²⁹. En realidad, ambos administrativistas están de acuerdo tanto en la existencia y justificación de la discrecionalidad administrativa como en la necesidad de su control judicial. En lo que difieren es en el alcance, en la intensidad, en la aplicación de esos conceptos. Sobre esta polémica se ha posicionado Manuel Atienza cuya teoría del Derecho como argumentación le acerca a la posición de Tomás-Ramón Fernández como más favorable al incremento del control judicial sobre la discrecionalidad administrativa. Después de reconocer la alta calidad de los polemistas considera que sus disensiones son más de "énfasis que propiamente teóricas"³⁰. En realidad no hay ninguna discrepancia sobre la necesidad tanto de la discrecionalidad administrativa como de su control judicial, pero los presupuestos implícitos en sus exposiciones les llevan a enfrentarse sobre el alcance de ese control judicial, sobre la relación entre Administración y Jurisdicción, e incluso sobre la propia evolución del Derecho administrativo y la comprensión del Estado de Derecho. Se convierte así en una polémica de gran calado y que despierta interés más allá de la Dogmática administrativista. Para Atienza, el Estado de Derecho no puede dejar de ser un Estado de razones, donde prima el poder de la razón sobre la razón del poder. Esa racionalización exige la supresión de toda arbitrariedad y el control judicial de todos los actos administrativos, incluidos los discrecionales. En un Estado democrático de

²⁸ BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa. (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, prólogo de Martín Bullinger, Madrid, Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 24.

²⁹ En España, por ejemplo, en el artículo 24.1: "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".

³⁰ ATIENZA, Manuel, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, 85 (1995), p. 13.

derecho "las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente por razón de quienes las han dictado"³¹.

Nuestra propuesta se mueve entre dos planteamientos extremos. De un lado, el positivismo de tipo kelseniano-hartiano que considera que cualquier decisión administrativa es una creación de una norma particular que sólo necesita respetar los requisitos procedimentales establecidos para su elaboración pero que materialmente puede establecer lo que quiera, porque los límites "materiales" –como referencias a conceptos jurídicos indeterminados, a la justicia, igualdad, etc.- no limitan en nada a su creador. La norma o la decisión administrativa elaborada serían en todo caso válidas hasta que fueran recurridas. La otra opción límite es la sostenida por Dworkin que impone la tesis de la solución única, la cual, aplicada al ámbito administrativo, supone negar la existencia de la discrecionalidad, porque siempre existiría una única solución correcta, adecuada, explícita o implícita en el ordenamiento jurídico. Entre esos extremos, la defensa de la razonabilidad de las decisiones jurídicas, tanto de las leyes, como de las sentencias o de las decisiones administrativas, no sostiene que sólo exista una única solución correcta –aunque ese pueda ser un buen criterio para orientar la decisión a tomar- pero sí obliga a justificar la decisión adoptada, y no se conforma con una motivación "formal" sino que exige dar una contestación "razonable", o sea, obliga a argumentar coherentemente frente a cualquier sujeto racional.

Los jueces que aplican el principio de razonabilidad no niegan la existencia de decisiones discrecionales pero entienden que una vez adoptada la decisión discrecional (fijada la necesidad de construir el puente y el lugar por donde debe pasar, el presupuesto para su elaboración y la compañía que debe construirlo) sigue habiendo margen para examinar si esas decisiones son no sólo conformes con los requisitos fijados por la ley sino si son razonables, si se pueden proporcionar argumentos válidos para justificar la solución adoptada que admitiría cualquier sujeto racional. Y ello porque hay algunas decisiones que son formalmente correctas pero que resultan irracionales, caprichosas, en suma arbitrarias. Por citar algún ejemplo conocido, en el caso de la jurisprudencia británica *Lee v. Department of Education and Science* de 1967 se denuncia como no razonable la decisión del Ministro de Educación de fijar un plazo de sólo cuatro días para presentar alegaciones contra una ley de reforma de los planes de estudios³². Hay varias soluciones posibles, la discrecionalidad administrativa está justificada, pero incluso en el ámbito de esa actuación, la decisión finalmente elegida no puede ser arbitraria y es eso lo que justifica el control judicial de racionalidad y de razonabilidad. El control judicial de la discrecionalidad administrativa es un control *a posteriori* y, por difícil que resulte su conciliación en la práctica, tiene que ser compatible con una Administración eficaz porque nadie quiere "un Estado legal pero ineficaz, o una eficacia arbitraria"³³.

³¹ *Ibidem*, p. 16.

³² Véase Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 72, nota 99.

³³ THURY CORNEJO, Valentín, "Control de la actividad administrativa: discrecionalidad técnica y motivación: apuntes a partir de la reciente jurisprudencia española", en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 3 (1999), p. 9

El examen de la discrecionalidad administrativa nos ha llevado a la permanente cuestión de cómo deben ser las relaciones entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. En el fondo ideológico de esta polémica nos encontramos con una versión actualizada del debate multiseccular entre gobierno de leyes y gobierno de personas –más en concreto, de jueces-, pero no se puede admitir tal dilema. El único gobierno legítimo es el gobierno de las leyes, pero las leyes no se interpretan ni se aplican solas, así que no podemos prescindir de las personas, sino articular mecanismos para que todas ellas estén sometidas a las leyes. Como no queremos cerrar el debate sin mostrar al menos algunas preferencias, podemos decir que los cada vez más recurrentes casos de corrupción -que existen en todos los países y tiempos- son una buena prueba de que el problema no es tanto un "exceso" de activismo judicial, como de falta de control de la Administración. Es cierto que todos los poderes se pueden extralimitar, pero debemos ser precavidos, los poderes más peligrosos son los más poderosos, y es indudable que el poder judicial, precisamente porque su poder es menor, es el que representa una menor amenaza para la libertad³⁴.

34 Una buena muestra de su debilidad es la permanente falta de dotación presupuestaria adecuada en casi todos los países, y ello, porque "para los políticos la Administración de Justicia nunca se ha tenido como una operación rentable electoralmente" (NIETO, Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010, p. 108). Pero, además, es que la falta de independencia de los jueces es provocada por el propio poder político que actúa así "para impedir que aquél le controle" (NIETO, Alejandro, *El desgobierno judicial*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, p. 239).