

El debate sobre el alcance y los límites del control judicial del ejercicio de la discrecionalidad administrativa en la doctrina española

I. INTRODUCCIÓN

En la doctrina jurídica administrativista actual el ya antiguo debate sobre la conveniencia o inconveniencia, o más aún, sobre la legitimidad o ilegitimidad en el seno de un Estado de Derecho, de reconocer márgenes de discrecionalidad a la Administración para adoptar decisiones en los más variados ámbitos de su actuación ha cedido el paso a una interesante y no menos viva polémica en torno a los alcances y límites del control que, por parte de los jueces, se practica respecto del ejercicio de tales facultades discrecionales por las autoridades administrativas. Como lo expresara M. BELTRÁN DE FELIPE, «la discusión no es entre discrecionalidad sí y discrecionalidad no, sino hasta dónde puede constitucionalmente llegar y cómo se articula su control judicial»¹.

La literatura española especializada en la materia no ha sido ajena a esta tendencia y, por tanto, en ella es éste el tema que atrae principalmente la atención de los más destacados autores, cuando abordan el estudio de la figura de la discrecionalidad administrativa. No han merecido el mismo interés, salvo contadas y notables excepciones, aspectos también de la máxima importancia, como el del concepto propia-

mente dicho de la discrecionalidad, o el de su ubicación dentro de la estructura clásica de la norma jurídica de derecho administrativo (supuesto de hecho-sanción), asuntos que, por vía de ejemplo, sí han sido desarrollados de manera más prolija por la doctrina alemana. Sin embargo, es la española una de las que más ha hecho sentir su influjo en la cultura jurídica colombiana y, especialmente en la jurisprudencia, no es en absoluto infrecuente encontrarse citas y referencias a las más importantes obras de autores como EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA o TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, entre otros, razón por la cual la polémica a la que aquí nos referimos tiene para nosotros especial interés.

Aspecto clave a tener en cuenta, a los efectos de introducirse en el debate doctrinal al que venimos haciendo referencia, es la básica distinción entre los diversos alcances que puede revestir el pronunciamiento del juez que controla el ejercicio de toda actividad formalizada de la Administración —actos administrativos, especialmente—: de un lado, la simple declaratoria de nulidad de la decisión administrativa cuestionada, y de otro, la anulación de la misma seguida de la sustitución de su contenido por parte del propio juez, que adoptará para el caso concreto sometido a su

examen una solución diversa de la previamente elegida por la Administración.

De esta manera, en España, frente a una posición doctrinal que preconiza no solo la viabilidad jurídica sino incluso la obligatoriedad a la luz de la Constitución de tener por correcta la segunda de las alternativas aludidas en ejercicio del control judicial de la discrecionalidad –por entender que así lo impone la garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de todas las personas, reconocido en el artículo 24.1 de la Carta española–, otra corriente mantiene que la tarea del juez debe limitarse a la primera de las opciones planteadas cuando se ocupa de controlar la aplicación de normas que consagran facultades discrecionales, de suerte que no podrá entrar a sustituir la decisión administrativa previa, debiendo limitarse a la declaración anulatoria de la misma cuando contravenga el ordenamiento, pero respetando el «margen de apreciación» administrativo para adoptar una nueva determinación, ajustada a derecho. Veamos.

II. VERTIENTE DOCTRINAL ENCABEZADA POR TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

La posición del profesor TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, parte de dos postulados básicos, cuales son: el primero, el consistente en que en el proceso contencioso-administrativo, que versa sobre derechos e intereses legítimos a tenor de lo normado por el ya mencionado artículo 24 CE², son tales derechos e intereses legítimos los únicos que delimitan el ámbito de actuación del juez. Se basa el autor, adicionalmente, en que en el derecho contencioso-administrativo español no hay dos procesos distintos, como en otros países, uno objetivo, de

simple anulación, y otro subjetivo, de plena jurisdicción, sino uno único en el que, o bien pueden ejercitarse pretensiones simplemente anulatorias, o bien acompañar a éstas otras de reconocimiento de derechos –o intereses legítimos– y la adopción de las determinaciones que conduzcan al restablecimiento de la situación jurídica alterada por el acto recurrido, todo a elección del accionante³.

Y el segundo, que no se debe razonar con carácter abstracto sobre este tema, sino *ab casus*, de manera que no es posible establecer *a priori* reglas de valor universal, pues la solución dependerá de las circunstancias y condiciones en que el litigio haya sido planteado. Reiteradamente critica el autor «el notable maximalismo con el que suele afrontarse el análisis, fruto de ese afán, tan pernicioso en el quehacer jurídico, de encontrar respuestas concluyentes y, a ser posible, unívocas para cada tipo de problemas»⁴.

De estos dos postulados se desprende su conclusión con respecto a los alcances del control judicial del ejercicio de facultades discrecionales: toda situación jurídica que haya sido alterada por un acto administrativo disconforme con el ordenamiento jurídico debe ser plenamente restablecida –para eficaz garantía de la tutela judicial consagrada en favor del individuo por el artículo 24 CE y en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 84 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa– bien directamente por la sentencia si el juez dispone en el proceso de elementos probatorios y de juicio suficientes para hacerlo –evento en el cual no habrá de quedarse en la simple anulación del acto, sino que su obligación es sustituir la decisión previamente adoptada por la autoridad administrativa por aquella que resulta ajustada a derecho–, o bien de manera indirecta sen-

tando en la misma sentencia las bases para su ulterior ejecución por parte de la Administración.

Por consiguiente, según FERNÁNDEZ, habrá tipos de decisiones frente a las cuales las posibilidades del control judicial solo llegan a la anulación del acto recurrido –por ejemplo, no podrá señalar el trazado de una carretera, o el lugar en el que habrá de construirse una central nuclear, sino como máximo, por donde *no* puede pasar aquella o en donde *no* ha de ser levantada ésta–, pero para establecer esto no hace falta, a su juicio, recurrir a la que considera desacertada distinción entre legalidad y oportunidad, basando simplemente atenerse a los precitados límites objetivos del proceso, entre los cuales está el restablecimiento de la situación jurídica anterior del recurrente, «pero no su modificación o mejora, que harían incongruente la sentencia por *extra* o *ultra petita*». De este modo, así como la mera anulación puede en veces ser suficiente a los efectos del aludido restablecimiento, en otros casos hará falta ir más allá y reemplazar el dictado administrativo, para ordenar todas las medidas que resulten necesarias a dicho propósito y cuya naturaleza y alcances dependerán de las circunstancias de cada caso, sin que puedan determinarse *a priori* con alcance general⁵.

Clave para este autor resulta entonces el que la posibilidad de control judicial está siempre abierta, manteniéndose la cuestión en el terreno de lo jurídico, siempre que los límites y/o posibles excesos de la Administración puedan ser acreditados probatoriamente, de manera que si la prueba da pie para ello –aunque eso en oportunidades resulte harto complicado– el juez puede y debe declarar injustificada y anular la estimación hecha por la Administración.

Y es esta última aseveración la que lleva a T. R. FERNÁNDEZ a considerar como

«un sofisma puro y simple» el ya tradicional dilema entre los conceptos de legalidad y oportunidad, que ha servido para deslindar los ámbitos de las facultades regladas y de las discrecionales, estimándose que cuando la autoridad administrativa adopta sus decisiones con base en criterios comprendidos en el primero de los conceptos citados –legalidad–, nos hallamos frente a aquéllas, mientras que tratándose de determinaciones en las que los parámetros atendidos por la Administración se encuadran en el segundo –oportunidad–, estaríamos en presencia de éstas.

La principal consecuencia que suele derivarse de tal distinción atañe al alcance del control judicial de la actividad administrativa que, simplificando, se entiende pleno o *positivo* tratándose del ejercicio de facultades regladas, respecto de las cuales comprenderá entonces no solo a la posibilidad de anulación sino también a la de sustitución de la referida decisión, y simplemente *negativo* o limitado –solo anulatorio– del de potestades discrecionales. FERNÁNDEZ, contrario a este postulado, asegura que no puede afirmarse en abstracto y con carácter general en qué tipo de casos será posible y en cuáles no, que los criterios estrictamente jurídicos sean suficientes para llegar a una decisión, pues en muchos de ellos el derecho no dará de sí por múltiples razones –incluida la impericia de las partes para probar y argumentar lo pertinente– para justificar la anulación de la decisión enjuiciada.

Pero en estos casos, nuestro autor sostiene que se ha de reafirmar *a posteriori* la libertad de opción de la autoridad administrativa, y no *a priori*, pues en el contexto constitucional actual ello no resulta viable toda vez que, como lo ha afirmado la sentencia de 27 de marzo de 1984, «... la elección de oportunidades por la Administración

equivale al ejercicio de una potestad discrecional y la discrecionalidad, hoy día, no existe al margen de la Ley, sino justamente en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley lo haya dispuesto». Por ello considera que «el dilema entre legalidad y oportunidad es, según esto, un sofisma puro y simple»⁶.

No es este parecer, empero, pacífico ni mucho menos claramente mayoritario en la doctrina. Así, autores como PAREJO, sí mantienen la diferenciación entre ambos conceptos –legalidad y oportunidad–, de manera que a su juicio, basado en la jurisprudencia alemana, toda la dimensión de la oportunidad, propia de las facultades discrecionales, quedaría excluida del control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa⁷. SÁNCHEZ MORÓN, en la misma línea, expresa que el ejercicio de potestades discrecionales no puede catalogarse como un proceso lógico íntegramente constituido por razonamientos jurídicos, sino que dentro de él tienen lugar valoraciones políticas o técnicas que involucran un componente volitivo, de manera que pueden darse varias soluciones igualmente lícitas en derecho. Empero, esta posibilidad es reconocida a la Administración por el propio Estado de Derecho, y el marco jurídico de éste señala así mismo los límites –jurídicos– de tales facultades, en atención a que la autoridad administrativa dispone de la capacidad funcional, la legitimidad democrática y la responsabilidad política para adoptar decisiones de trascendencia social, así que «sólo desde una consideración reductiva (y a la vez hipertrofiada) del Estado de derecho se puede llegar a la conclusión de que la distinción entre legalidad y oportunidad no existe o es un falso dilema»⁸.

Para fundamentar su argumentación, FERNÁNDEZ se apoya, además, en algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo

español que, ciertamente, acogen buena parte de sus planteamientos. Refiere, entre otras, la sentencia de 29 de noviembre de 1995, en la que se expresa que, «cuando conste de manera cierta y conveniente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a que se aplica, la Jurisdicción Contenciosa ha de sustituir la solución por la que resulte más adecuada a esa realidad o hechos determinantes», toda vez que –y esto ya hace parte de la sentencia de 15 de diciembre de 1986–, «la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer lugar, a la verificación de la realidad de los hechos y, en segundo término, a la valoración de si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquellos». Todo esto, a su vez, atendiendo a que, como se expresa en las sentencias de 22 de septiembre y 1.º de diciembre de 1986, «el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos –art. 9.3 de la Constitución– [...] aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna»⁹.

Según FERNÁNDEZ, entonces, la jurisprudencia española no se limita solo a la anulación del acto administrativo recurrido. De hecho, da el paso y sustituye la decisión de la Administración por la que juzga como única jurídicamente posible, únicamente cuando tienen lugar supuestos de reducción *auf Null* de la discrecionalidad –que seguidamente explicaremos–, pero ello de ninguna manera supone la elección por parte del juez de «la solución más razonable de todas las posibles».

III. VERTIENTE DOCTRINAL ENCABEZADA POR LUCIANO PAREJO

De acuerdo con la posición del profesor

LUCIANO PAREJO, el límite con el que se encuentran las facultades del juez contencioso administrativo para controlar el ejercicio de facultades discrecionales por parte de la Administración, no es otro que el ordenamiento jurídico. Afirma entonces que dicho control «no es otra cosa que la comprobación [...] de si existe o no contradicción entre la decisión administrativa previa y el ordenamiento jurídico», de tal suerte que «la legitimación del juez para adoptar una decisión propia, distinta de la administrativa, depende directa y totalmente de la efectiva comprobación de una tal contradicción», *ergo*, la «ausencia de válida comprobación de una infracción jurídica priva al Juez de competencia sobre la decisión administrativa», pues éste obra aquí como «“Administración negativa”, al igual que el Tribunal Constitucional es “legislador negativo”»¹⁰. Y lo anterior partiendo, como ya PAREJO lo había precisado con anterioridad, de que no se discute sobre la completud o carácter plenario del control, sino sobre su alcance o intensidad¹¹.

La naturaleza *estrictamente jurídica* del referido control judicial es el punto de partida de esta vertiente doctrinal que mantiene, en líneas generales y salvo algunas muy puntuales matizaciones de las que oportunamente daremos cuenta, la insustituibilidad por parte del juez, en línea de principio, de la decisión adoptada por la Administración en ejercicio de una facultad discrecional.

Sobre el carácter estrictamente jurídico del control judicial de la actividad administrativa verificada en ejercicio de facultades discrecionales incide con especial énfasis SÁNCHEZ MORÓN, quien recalca que, por ser de dicha naturaleza –jurídico–, solo puede extenderse «al control de la desviación de poder, al de la existencia de los hechos determinantes y al del error de derecho que

derive de una apreciación manifiestamente incorrecta de los mismos, al control del respeto a los principios generales del derecho, incluido el de las decisiones arbitrarias por manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, así como al control del cumplimiento de las garantías organizativas, procedimentales y formales (motivación) que vinculan en todo caso el ejercicio de las potestades discrecionales», pero, con todo, la constatación de la vulneración de estos parámetros jurídicos por parte de la Administración no faculta a la instancia judicial para proceder sin más a sustituir la decisión administrativa anulada, sino solo cuando pueda concluirse que hay una única solución ajustada a derecho, caso en el cual no se estaba en presencia de una facultad discrecional, sino reglada¹².

Dado el carácter *jurídico* de este control, varios autores partidarios de esta posición coinciden en otorgar la mayor importancia a la densidad de la programación normativa efectuada por el Legislador de la actividad de la Administración, como dato-criterio esencial para determinar los límites del control judicial de la misma.

Es por esto que PAREJO apunta que «*la discrecionalidad se caracteriza [...] por una debilitación de la programación o vinculación positivas efectivas de la acción administrativa por parte de la norma*. Dicho en palabras de H. U. ERICSEN, consiste en la atribución a la Administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad» (la cursiva es mía). Para PAREJO, cuando el proceso de creación de las normas jurídicas programa de forma suficientemente detallada la actuación administrativa de suerte que ésta sea simplemente «interpretativo-aplicativa, es decir, “reglada”», el juez estará en condiciones de reproducir la fase aplicativa de la norma realizada

por la Administración, pudiendo incluso sustituir la decisión por ella adoptada por la suya propia.

Lo contrario ocurrirá cuando el legislador traslade a la Administración la competencia para la creación, respetando ciertos márgenes, de la norma misma, de manera que su labor no se limita a la aplicación de normas preexistentes sino que supone la legítima generación de una norma nueva, caso en el cual el control judicial «debe limitarse a reproducir los extremos o aspectos formalizados o reglados (en el sentido de reglados), es decir, estrictamente jurídicos de dicha actuación». Sin embargo, el autor matizará que estos dos procesos así definidos son solo modelos y que en la práctica nunca se hallan en un caso en estado puro, de forma que el proceso producido por el juez presentará siempre, en grado diverso, componentes de uno y otro¹³.

La postura de BELTRÁN DE FELIPE al respecto, es coincidente con ésta, incluso casi en los términos. Apunta que «*La densidad normativa o de la programación legal –mejor, jurídica– de la decisión se convierte así en el criterio para distinguir la discrecionalidad de la no discrecionalidad*», de modo que «*la densidad de la regulación normativa o la predeterminación del sentido de la decisión administrativa es el criterio fundamental de control. La intensidad (cuando no la mera posibilidad) del control jurisdiccional es, pues, directamente proporcional a la densidad jurídica de la regulación*» (cursiva en el original). Y si bien el autor estima que esta regla no es absoluta, toda vez que habrá supuestos en los que la ubicación en una posición o en otra no aparecerá inobjetable, es esta la tesis acertadamente recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en sentencia de 1.º de diciembre de 1993, de acuerdo con la

cual: «La sustitución de la decisión administrativa será posible siempre que el Derecho ofrezca criterios bastantes para integrar el contenido del pronunciamiento jurisdiccional»¹⁴.

Las anteriores afirmaciones son desarrolladas también en las tesis de M. BACIGALUPO, de acuerdo con las cuales es el legislador quien, de forma mediata, gradúa la intensidad del control judicial de la acción administrativa, «según la programe con mayor o menor densidad normativa», toda vez que, a su entender, «el mandato constitucional de plena justiciabilidad de la actividad administrativa (arts. 24.1 y 106.1 CE) significa que allí donde haya una *norma de conducta*, dirigida a la Administración, habrá siempre a la vez una *norma de control*, dirigida al juez contencioso administrativo» (cursiva en el original), de suerte que la densidad programadora de dicha norma define la intensidad del correlativo parámetro de control y los límites a los que el juez habrá de atender en cumplimiento del mismo. Por ello para este autor el *quid* de la cuestión radica en establecer cuándo el ordenamiento jurídico proporciona criterios *jurídicos* –valga la redundancia– suficientes para adoptar controlar una decisión administrativa y cuándo no lo hace¹⁵.

Y este autor concluye que tales parámetros no existen tratándose de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en su zona de vaguedad ni cuando estamos en presencia de normas que habilitan discrecionalidad. Pero va un poco más allá en esta misma dirección, y afirma que el legislador «no puede habilitar (o aún obligar) al juez contencioso-administrativo a *controlar* una determinada actuación administrativa, si al mismo tiempo no le aporta parámetros (jurídicos) que hagan viable el control pretendido, es decir, si no programa dicha actuación con la densidad normativa necesaria (*ultra*

posse nemo obligatur)», pues de hacerlo infringiría los artículos 106.1 y 117 (apartados 1, 3 y 4) CE, al atribuir a la jurisdicción unas facultades que trascenderían un control *estrictamente jurídico*. Así pues, tanto la programación jurídica como la naturaleza del control judicial de la actividad administrativa han de ser de signo negativo, tratándose de normas habilitantes de discrecionalidad y de conceptos jurídicos indeterminados en su zona de incertidumbre –por contraste con su zonas de certeza positiva y negativa, en las que programación y control serán positivos–.

En suma, para BACIGALUPO en los supuestos en que en el ordenamiento solo puede hallarse el (los) sentido (s) que en ningún caso puede dar la autoridad a su decisión, de la misma naturaleza –*negativa*– podrá ser el control judicial, descartando uno de índole *positivo* (que alcanzaría a la elección de la solución justa o más justa, ajustada o más ajustada a derecho por parte del juez, teniendo en cuenta que si hay una programación legal *positiva* el ordenamiento ha prefijado el sentido de la decisión administrativa frente a un supuesto determinado) para limitarse a contrastar *negativamente* la decisión administrativa con otros parámetros jurídicos de imperativa observancia al adoptarla, vale decir, el fin de la potestad –elemento reglado del acto administrativo, que puede ser fijado por la propia norma habilitante de la facultad discrecional– y/o el resto del ordenamiento, en especial los principios generales que le informan (verbigracia, interdicción de la arbitrariedad, de aplicaciones o inaplicaciones irracionales o irrazonables, proporcionalidad, igualdad, seguridad jurídica o protección de la confianza legítima)¹⁶.

Este planteamiento resulta afín con el de PAREJO, ya esbozado, en el sentido que el control judicial debe circunscribirse a los

aspectos de la fase aplicativa de la norma por parte de la Administración en los que no se ha trasladado a ésta la competencia para crear la norma jurídica aplicable al caso –es decir, a los de las facultades regladas–, pero a este respecto sí que concreta algo que nos resulta del mayor interés, y es que debe entenderse reglada la actuación administrativa, «tanto por la normación programadora o vinculadora previa del sector social correspondiente y de la acción administrativa en él, como por la configuración por el ordenamiento jurídico de la situación de los ciudadanos-administrados en la que incide dicha acción (derechos fundamentales; derechos constitucionales simples; otros derechos subjetivos, cualquiera que sea su origen; intereses legítimos, individuales o colectivos; simples expectativas)»¹⁷.

Lo que critica abiertamente BACIGALUPO es que, mezclando indebidamente dos cuestiones a su juicio claramente deslindables, cuales son el *control del ejercicio* y el *control de la atribución* de facultades discrecionales, se pretenda que el juez controle *positivamente* decisiones dictadas en *ejercicio* de facultades conferidas a la Administración por normas con escasa o nula densidad programadora –y, por ello, a su entender, discrecionales–, aduciendo que resulta inconstitucional la *atribución* de tal tipo de potestades, que *debieron* haber sido configuradas como regladas¹⁸ –por ejemplo, por haberse concedido en ámbitos afectantes de derechos fundamentales–.

En relación con tal *exceso* en la atribución o reconocimiento de facultades discrecionales a la Administración en ámbitos sensibles para los derechos fundamentales, este autor refiere una línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional alemán surgida durante la pasada década de los noventa, que censura la constitucionalidad de la tendencia de los jueces contencioso-admi-

nistrativos a aceptar, en dichos ámbitos, márgenes de apreciación de la Administración sólo parcialmente controlables en sede judicial. De ahí que el Tribunal definiera el criterio de la «intensidad de la afectación de derechos fundamentales», en claro paralelismo con la teoría de la esencialidad tratándose del principio de reserva de ley, consistente en que, en palabras de WILFRIED BOHM, «cuanto más fundamental sea el bien jurídico comprometido y mayor su afectación, mayores y más intensos habrán de ser la predeterminación legal y el control judicial...»¹⁹.

Este mismo criterio es referido por SÁNCHEZ MORÓN como indispensable de tener en cuenta a efectos de determinar la intensidad debida del control judicial del ejercicio de la discrecionalidad con base en los principios generales del derecho, expresando que éstos –y concretamente el de proporcionalidad– no facultan al juez, en línea de principio, para sustituir la ponderación realizada por la Administración por la suya propia, ni para adoptar «la solución menos lesiva para los intereses privados, salvo que las normas aplicables así lo prevean, o estén en juego derechos fundamentales y libertades públicas en sentido estricto, dado su “valor preferente” ...» (la cursiva es mía)²⁰.

Pero retomando la postura de BACIGALUPO, para él este *exceso* en la atribución de facultades discrecionales ha sido utilizado frecuentemente por la doctrina, de manera equivocada, como argumento para justificar una fiscalización de las mismas como si de potestades regladas se tratase, por considerar constitucionalmente inadmisibles que se configuren como discrecionales –confundiéndose los planos ontológico y deontológico respecto de la discrecionalidad, o, lo que es lo mismo, el control de juridicidad de su *ejercicio*, con el de constitucionalidad de su *atribución*–. En estos eventos, el autor con-

sidera que el juez, en lugar de anular los actos administrativos cuestionados extralimitándose en el control *del ejercicio* de la discrecionalidad –por faltarle los necesarios parámetros jurídicos–, debe incidir en el déficit de programación normativa de la norma de cobertura, ora anulándola si es de rango infralegal, bien planteando la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad si es de categoría superior, basándose en que su insuficiente densidad regulativa –vicio de la *atribución* de la potestad– impide al juez un efectivo y material cumplimiento de la obligación de tutela que le impone el artículo 24.1 CE.

De este modo, nuestro autor señala que el derecho a la tutela judicial efectiva *ex art.* 24.1 CE puede catalogarse como el límite tanto inferior como superior del control judicial contencioso-administrativo, habida consideración que a la vez que exige del juez el agotar todas sus potencialidades en la fiscalización de la actividad administrativa, también le impone no desbordarlas más allá de lo establecido por el artículo 106.1 CE. Así las cosas, la cuestión por dilucidar en desarrollo de la labor de control de la atribución de las potestades discrecionales, no estriba en otro asunto que en definir si la norma que confiere determinada facultad a la Administración dispone de una programación suficiente como para permitir la fiscalización por el juez del ejercicio de dicha facultad, con la intensidad adecuada a las necesidades de protección jurídica del individuo en cada caso, amparadas por el derecho del que es titular por mor del artículo 24.1 CE. Refiere igualmente nuestro autor que el Tribunal Constitucional alemán ha entendido que del derecho a la tutela judicial efectiva *ex art.* 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, «se deriva un *derecho subjetivo de los ciudadanos a un control jurídico y fáctico plenario* de las actuacio-

nes administrativas que afecten a sus derechos subjetivos...»²¹.

En un sentido muy similar, BELTRÁN DE FELIPE, expresa que «hay que compatibilizar efectividad de la tutela judicial y discrecionalidad, pues ambas cosas son exigencias constitucionales, y por tanto la protección judicial, que ha de ser todo lo intensa que el Derecho permita, no debe menoscabar la integridad o la estructura del sistema constitucional igualmente otorgada por el Derecho bajo forma de discrecionalidad, ni ésta ser un obstáculo injustificado a dicha tutela jurisdiccional», de manera que «la tutela judicial efectiva se debe otorgar dentro de las reglas de Derecho y hasta donde el Derecho permita, y cuando el Derecho no ofrezca criterios bastantes para determinar el sentido de la decisión administrativa (o sea, cuando estemos ante una decisión discrecional) ni el control pleno ni la efectividad de la tutela pueden equivaler a control sustitutivo pues no son, en principio, pauta o medida suficiente para determinar la intensidad y modalidades de la sentencia o el contenido de la misma»²².

Esta posición que mantiene la insustituibilidad de la decisión administrativa adoptada en ejercicio de facultades discrecionales también ha tenido repercusión en la jurisprudencia española, que se ha manifestado en esa dirección, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1990, 2 de abril de 1992, 15 de marzo y 1.º de diciembre de 1993. En esta última se expresa que la sustitución del acto administrativo por una decisión jurisdiccional será posible e incluso imprescindible, cuando el acto anulado sea fruto de la actuación de una potestad reglada, en el desarrollo de un control de legalidad y para garantía de una efectiva tutela judicial, pero que dicha sustitución no será generalmente posible en los supuestos de ejercicio de potestades discre-

cionales, toda vez que «hay un núcleo último de oportunidad allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial».

Y es con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que BELTRÁN DE FELIPE asegura que la simple discordancia entre la decisión administrativa y la realidad no habilita por sí sola al juez para sustituir la decisión administrativa, «...sino que habría que dar un paso más y *analizar si dicha realidad sólo admite una solución*, único criterio que según el Tribunal Supremo hace viable la sustitución». Sin embargo, el mismo autor refiere varias sentencias en las que no obstante la recién mencionada línea de principio, se sustituye la elección hecha por la Administración, debido a «... la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a que se aplica» —como se afirma en la sentencia de 4 de abril de 1988—, reduciendo de manera discutible, a juicio de BELTRÁN, a una única solución posible el margen de apreciación o la discrecionalidad administrativas. Así ocurre, por vía de ejemplo, en la sentencia de 15 de marzo de 1993, en materia de urbanismo, que este autor censura por considerar que se trataba de un asunto aún no «maduro» para sentencia por cuanto las normas de programación jurídica aún dejaban margen de apreciación administrativo, con lo cual el juez no podía ir más allá de la posibilidad de anular²³.

En general, los autores que defienden la posición que venimos explicando critican la posibilidad de un control *positivo* de la actuación administrativa discrecional recurriendo a los principios generales del Derecho, entre otras razones por venir éstos formulados, igualmente y en no pocas ocasiones, también a través de conceptos jurídicos indeterminados²⁴. Es así como, por

ejemplo, PAREJO, comentando la apelación al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos *ex art. 9 CE* como vía para controlar judicialmente el ejercicio de potestades discrecionales, afirma: «El principio de interdicción de la arbitrariedad es desde luego una referencia elemental, pero por su propia generalidad y alta abstracción carece de contenido jurídico positivo mínimamente significativo, por lo que, por sí mismo, sirve de cobertura todo lo más a un juicio seguro de carácter negativo, es decir, sobre lo que en todo caso es arbitrario por no habilitado por la discrecionalidad»²⁵.

Completará este argumento más adelante para recordar que, adicionalmente, la previsión del artículo 9.3 CE vincula a *todos* los poderes públicos, incluyendo entre ellos, por supuesto, al jurisdiccional, con lo cual no sirve como exclusivo fundamento para el control por éste de la actividad de la Administración. Algo similar expresa en relación con la denominada regla o juicio de «racionalidad» o «razonabilidad», cuyo alcance según su parecer no permite indicar la única solución justa al juez por vía de sustituir la decisión administrativa, sino simplemente delimitar el marco externo del espacio de la Administración para decidir, con lo cual todo lo más justificaría la anulación más no la antedicha sustitución del parecer administrativo²⁶.

Coincide con este parecer SÁNCHEZ MORÓN, para quien «carecería de sentido hablar de una suerte de vinculación “positiva” de la Administración a los principios generales del Derecho, pues no se ve cómo estos principios pueden cumplir por sí mismos una función habilitante. No solo eso, sino que dado su carácter abstracto, difícilmente la mera invocación de los principios conducirá a imponer una solución determinada para un supuesto de hecho concreto. Esta consecuencia podrá alcanzarse excep-

cionalmente (por ejemplo, en aplicación del principio de igualdad, equiparando la solución de un caso a la de otros idénticos). Pero lo normal es que los principios generales sólo pueden operar como límite negativo de la discrecionalidad administrativa...»²⁷.

En relación con otros principios y continuando con su crítica a la posibilidad de que los jueces incurran en «decisionismo», no obstante defender la configuración de los mencionados principios como límites jurídicos que la Administración ha de respetar para no incurrir en determinaciones manifiestamente injustas, desproporcionadas o irrazonables, expresará que «el control jurídico no puede, amparándose en manera abstracta en estos principios, confundir su propia función con ningún tipo de fiscalización técnica, política o de oportunidad sobre lo que conviene al interés público. Por eso, el límite jurídico general aplicable a la valoración de los elementos de hecho de la decisión sólo puede ser el *error manifiesto* cometido por la Administración en esa valoración. Más allá de ese límite, lo que se presenta como un control jurídico esconde una valoración subjetiva del acierto o error (no jurídico) de la decisión» (entrecomillado en el original)²⁸.

También BELTRÁN DE FELIPE destaca que «...el Tribunal no se sitúa en el lugar de la Administración y decide lo que es razonable sino que comprueba si la decisión es o no la que razonablemente cabe exigir de un buen y coherente administrador. Lo que se examina son los *límites negativos* de la decisión discrecional (el no haber actuado irrazonablemente) y no sus *elementos internos* [...] los órganos jurisdiccionales no pueden escoger una situación más acorde con el interés general o menos arbitraria» (cursiva en el original)²⁹.

Pero, además de estas argumentaciones construidas desde una perspectiva esencial-

mente dogmático-normativa, la misma insustituibilidad de la decisión administrativa por el juez se ha defendido desde consideraciones de índole funcional, de acuerdo con las cuales la necesidad de la existencia de discrecionalidad y de márgenes de apreciación reconocidos a la Administración no se explica tanto por la estructura lógica de las normas habilitantes de las correspondientes potestades, como por la idoneidad o adecuación funcional de una instancia administrativa (de la que se supone carente a la judicial) para adoptar decisiones más acertadas o de mejor calidad o con mayor legitimación, no sólo por su superior disponibilidad de recursos especializados, competencia técnica o por su estructura orgánica, sino por su legitimidad democrática (que se echa de menos tratándose de los jueces), todo lo cual haría de la Administración la sede más apropiada para tomar decisiones complejas que en no pocas oportunidades requieren de ponderaciones, pronósticos o valoraciones especializadas.

Sobre todos y cada uno de los aspectos aquí aludidos como justificantes de una mayor calificación funcional de la Administración respecto de la jurisdicción para establecer el criterio y la solución últimas en ejercicio de facultades discrecionales, incide PAREJO ALFONSO, concluyendo con una reivindicación de espacios para este tipo de facultades, por tratarse del «poder público más idóneo para la decisión y, en general, la acción en contextos sociales complejos, tecnificados y variables». Encuentra también apoyo en el derecho estadounidense, del que destaca la corriente doctrinal y jurisprudencial que preconiza una “deferencia” judicial (*judicial deference*) en beneficio de la Agencia administrativa atendiendo a los factores a que hemos hecho referencia (*Agency expertise*)³⁰.

La “reduccion a cero” de la discrecionalidad

La gran mayoría de los autores que tratan el tema de la discrecionalidad administrativa en España refieren la posibilidad, igualmente traída de la doctrina alemana, consistente en que se den casos en los que no obstante encontrarnos ante facultades en abstracto indiscutiblemente discrecionales, las circunstancias o presupuestos fácticos que rodean la aplicación de la norma correspondiente en el caso concreto hacen que sólo sea posible considerar conforme a derecho *una única solución*, al ser cualquiera otra de las posibles incompatible con el ordenamiento jurídico.

Esto llevaría a que un control judicial que en principio solo podría considerarse *negativo* —en cuanto limitado a verificar si la decisión cuestionada infringe el ordenamiento jurídico—, por la naturaleza del caso se transforme en *positivo* —de intensidad sensiblemente mayor que el anterior—, quedando habilitado el juez no solo ya para proferir un pronunciamiento *anulatorio* de la decisión cuestionada, sino uno *condenatorio*, que obligue a la Administración a adoptar esa *única solución justa o conforme a Derecho*, sustituyendo la elegida en sede administrativa, *siempre que exista en el expediente fundamento probatorio suficiente para hacerlo*. Se trata, en estos eventos, de la denominada por la doctrina alemana *Ermessensreduzierung auf Null* o “reducción a cero” de la discrecionalidad³¹.

PAREJO destaca la circunstancia de que en estos casos la discrecionalidad subsiste en el plano normativo y su reducción o desaparición acaece en la situación fáctica concreta. Precisa también que puede ocurrir —y de hecho ocurre— el fenómeno inverso, vale decir, que supuestos en que la

programación normativa no está «construida en forma discrecional típica», las condiciones de aplicación de las disposiciones pertinentes conllevan en la práctica una posibilidad de decisión equiparable a la discrecional en sentido estricto, de manera que –y esto lo retomaremos en nuestra apreciación personal más adelante– todo razonamiento relacionado con estas categorías jurídicas debe matizarse con la apreciación de que la complejidad de la realidad a la que se aplican las normas jurídicas suele desbordar y dificultar la exactitud de las categorías teóricas³².

GARCÍA DE ENTERRÍA considera que la reducción a cero de la discrecionalidad se produce «... o bien cuando entran en juego derechos fundamentales y otras reglas constitucionales, o cuando se trata de obligaciones legales de intervenir y la Administración se abstiene, o cuando el proceso mismo se limita a una comparación precisamente entre dos alternativas, de las cuales una, en efecto, es “más justa” que la otra...»³³. Recordemos que este autor juzga incompatibles el establecimiento de facultades administrativas discrecionales y el respeto a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Esta posibilidad ha sido igualmente reconocida por la jurisprudencia en España, en varios pronunciamientos como el ya citado del Tribunal Supremo de 1.º de diciembre de 1993, en el que si bien se señala como regla general la insustituibilidad en sede judicial de decisiones administrativas previas adoptadas en ejercicio de facultades discrecionales, se matiza sin ambages más adelante para afirmar que ello ocurre: «sin perjuicio de excepciones para aquellos casos en que la coherencia de la decisión administrativa pueda imponer ya, en virtud de los propios criterios adoptados discrecionalmente, una única solución

(ssts de 15 de marzo y de 21 de septiembre de 1993), única solución ésta que implica la desaparición de la discrecionalidad [...] la sustitución de la decisión administrativa por el pronunciamiento jurisdiccional será posible, o por mejor decir, insoslayable siempre que el Derecho ofrezca criterios bastantes para integrar el contenido del pronunciamiento jurisdiccional [...] por exigencias del principio de efectividad de la tutela judicial, que quedaría claramente burlado si los tribunales no decidieran respecto de aquello que la Administración pudo y debió resolver» (sts de 22 de octubre de 1990).

IV. UNA APRECIACIÓN PERSONAL

La mayoría de autores cuyos trabajos nutren la polémica en torno a los alcances y límites del control judicial de la discrecionalidad administrativa coinciden en asegurar que resulta extraordinariamente complicado intentar establecer en abstracto y con carácter general, cuándo un juez está en la obligación de limitarse a ejercer un control exclusivamente *negativo* de la actividad de la Administración –circunscribiéndose a emitir fallos *anulatorios*–, y cuándo debería trascender esa posibilidad para practicar una tutela *positiva* de la misma –llegando a decisiones *sustitutorias* de la administrativa–, en otros términos, para discernir –con carácter general, se reitera– cuándo el juez obra dentro de los parámetros de la *juridicidad* y cuándo se ha deslizado hacia el terreno de otros criterios, extrajurídicos, como la *oportunidad*³⁴.

GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, destacan que tanto en presencia de casos de discrecionalidad, como de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados «de tan amplio “halo”» como el de interés general,

se trata de supuestos de «dificultad de control» desde una perspectiva eminentemente probatoria, que es la que pasa a adquirir trascendental relevancia, puesto que siempre que sea posible ofrecer al juez una crítica seria y probatoriamente sustentada de manera idónea de la decisión cuestionada, podrá aquél considerar desvirtuada la presunción *iuris tantum* de razonabilidad de ésta (el denominado *test of reasonableness*), de manera que serán las circunstancias y el material probatorio allegado al proceso el elemento determinante del control judicial enderezado a establecer si el ejercicio de la potestad ha sido irrazonable en el caso concreto³⁵. Sin embargo, como certeramente apunta BACIGALUPO, «¿no es esto último igualmente predicable del ejercicio de una genuina potestad discrecional? ¿O es que no puede –y debe– también el juez contencioso-administrativo anular una decisión *propriamente* discrecional (por ser ésta manifiestamente irracional, irrazonable, desproporcionada, discriminatoria, etc.) «si la prueba da pie para ello?»³⁶.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ avalan su posición con varias referencias jurisprudenciales que van por tal camino, como las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1979, 17 de febrero de 1981, 3 de mayo, 21 de junio, 15 de octubre y 17 de diciembre de 1985, entre otras³⁷. En el primero de los fallos citados se lee: «la apreciación de buena conducta en forma alguna supone una estimación discrecional de la Administración, sino la aplicación de un concepto jurídico indeterminado [...] lo cual significa la falta de discrecionalidad administrativa, puesto que la autorización deberá otorgarse o denegarse según que estén o no probados y que los mismos integren los malos antecedentes o mala conducta (correspondiendo a la Administración la prueba de ésta), apreciación revisable por

esta jurisdicción, tanto respecto de las pruebas como en orden al criterio de valor o de experiencia correcto para interpretar aquel concepto impreciso» (la cursiva es mía). BACIGALUPO, ha insistido también en que la posibilidad para el juez de sustituir la decisión administrativa en aplicación de la teoría de la «reducción *auf Null*» de la discrecionalidad, procede «cuando exista base para ello en los autos»³⁸.

Personalmente suscribiría la afirmación de BELTRÁN DE FELIPE en cuanto que el contraste de las dos corrientes de pensamiento ya expuestas en torno a la sustituibilidad por el juez de la decisión administrativa permite ver que las dos tienen argumentos muy válidos, y «en el fondo lo que las une es mucho mayor de lo que las separa»³⁹. De hecho, la práctica jurisprudencial misma de los tribunales españoles, cuya escasa uniformidad revela lo complejo del asunto, ha servido para aproximar a las dos vertientes doctrinales en cuestión, como fácilmente se desprende de la lectura de algunos apartes de las obras de FERNÁNDEZ y PAREJO. Aquél, por ejemplo, afirma:

«Si se repasa nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, que tiene mucho más de intuitiva que de técnica, se comprobará que el criterio seguido en este punto (el control y la sustitución de la decisión discrecional impugnada) varía de un extremo a otro con la mayor naturalidad y de forma totalmente espontánea [...] Con la misma naturalidad con que los Tribunales se detienen en ocasiones ante esta segunda fase de sustitución, una vez ultimada la primera de anulación, realizan ambas en otros casos, incluso tratándose del mismo tema...»⁴⁰.

Y PAREJO, por su parte, expresa: «En el terreno de las calificaciones y los juicios de índole técnica, si bien la línea jurisprudencial principal (con apoyo del Tribunal Constitucional: STC de 17 de mayo de 1983) se

mantiene en la tesis tradicional de la soberanía de los órganos administrativos al respecto y, por tanto, la improcedencia de la sustitución por el Juez del criterio administrativo, viene desarrollándose paralelamente otra, a tenor de la cual es posible la comprobación judicial de la corrección material de dicho criterio (STS de 27 de junio de 1986) e, incluso, la sustitución de éste por otro judicial (SSTS de 15 de octubre de 1981 [...]; 17 de abril de 1986 [...]; y 10 de febrero de 1987...»⁴¹.

Así las cosas, y aún en ello coincidiendo con BELTRÁN, creo que la definición de los límites del control judicial del ejercicio de facultades administrativas discrecionales ha de establecerse para cada caso, en función de las características de la normatividad que le resulta aplicable y de las circunstancias mismas que le rodean, siguiendo dos postulados generales:

1. Como línea de principio, la insustituibilidad de la decisión administrativa discrecional previa, siempre que la densidad programadora de las disposiciones jurídicas aplicables al supuesto de hecho bajo examen no ofrezca parámetros *jurídicos* suficientes a la jurisdicción para retrotraer la actuación administrativa por su cuenta y reconstruir el proceso de aplicación de las normas respectivas, so pretexto de garantizar la efectividad de la tutela judicial que, en el ordenamiento constitucional español, consagra el artículo 24 CE.

Sin embargo, este proceder marcharía en claro e ilegítimo desmedro de las facultades lícitamente conferidas a la Administración, con desconocimiento del principio de interdicción de la arbitrariedad también a observar por la rama judicial del poder público.

2. En los casos en que se evidencie el aludido fenómeno de «reducción a cero de la discrecionalidad», lo que, como el plan-

teamiento mismo lo advierte, solo podrá advertirse de manera casuística y particular –apartándose, por tanto, de formulaciones generales y abstractas–, o en los que sea posible comprender el supuesto fáctico en cuestión en la «zona de certeza» de un concepto jurídico indeterminado o en los que, en fin, del acervo probatorio a disposición del operador jurídico se desprenda claramente que se está ante una potestad reglada o se ha dejado de estar frente a una discrecional, no solo es viable, sino deseable y aún constitucionalmente exigible la sustitución en sede jurisdiccional de la decisión administrativa contraria a la Ley o al Derecho, como única alternativa que garantiza al ciudadano la plena y efectiva tutela judicial de sus derechos legal o constitucionalmente consagrados y de sus intereses legítimos.

Así pues, del mismo modo que una vez agotado tanto el *iter* administrativo como el proceso judicial, el caudal probatorio del que se ha hecho acopio en uno y/u otro pueden conducir a estimar que una facultad inicialmente considerable como discrecional se ha reducido y conduce a una única solución al caso ajustada a derecho, podemos encontramos al final del mismo camino frente a hipótesis en las que la discrecionalidad se mantiene inequívocamente intacta y, con ella, el privilegio para la Administración de adoptar la decisión última para el supuesto que se examina.

HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ

Abogado

Universidad Externado de Colombia

Doctorando en Derechos Fundamentales

Universidad Carlos III de Madrid

1. Cfr. M. BELTRÁN DE FELIPE. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 26. Coincide en ello el profesor LUCIANO PAREJO quien, iniciando su exposición sobre el tema expresa que «la discrecionalidad no es exención del derecho, ni, por tanto, del control judicial...». Más

adelante dirá también que «...la discrecionalidad en ningún caso puede ser concebida como habilitación para actuar exclusivamente según el propio criterio». Cfr. su obra *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 117, 122.

2. Que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, como se apuntó, y cuyo tenor es el siguiente: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

3. Cfr. *De la arbitrariedad de la Administración*, 3.^a ed. ampliada. Madrid: Civitas, 1999, pp. 92 y ss.

4. Cfr. *ibíd.*, p. 92. Coincide en ello GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien «no se puede, en modo alguno, pretender resolver de un tajo todos estos complejos y matizados problemas de la aplicación de los conceptos legales indeterminados con una fórmula radical, a la que en último término se vendría a reducir todo el problema de la relación de los jueces con la Administración: que hay una parte que está regulada en el derecho, donde los jueces pueden entrar, y otra que sería política, vedada a los jueces y patrimonio exclusivo o reservado del Gobierno o la Administración». Para este autor tal postura constituye una inadecuada trasposición al ordenamiento español del concepto de «deferencia» judicial ante las decisiones administrativas que se opone abiertamente, a su juicio, al sistema constitucional en España. Cfr. su obra *Democracia, jueces y control de la Administración*, 2.^a ed. ampliada. Madrid: Civitas, 1996, pp. 252, 253.

5. *Ibidem*.

6. Cfr. *De la arbitrariedad...*, cit., p. 91.

7. Vide: PAREJO, *Administrar y juzgar...*, cit., pp. 122 y ss.

8. Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, pp. 114 a 116.

9. Así, calificando la posición de la jurisprudencia española en relación con este tema, el autor expresa: «... ciertamente, no faltan decisiones que resultan de la aplicación, más bien intuitiva que consciente, del *test* de razonabilidad, unas veces utilizado *a fortiori* y otras como *ratio decidendi*. En general, por tanto, cabe decir que nuestra jurisprudencia se mueve, como la inglesa, entre ambos *tests*, en un espacio, por tanto, intermedio con respecto al que ocupa la norteamericana, que se sitúa un paso más adelante, en la zona comprendida entre el *test* de razonabilidad (exclusión de las decisiones irra-

zonables) y la doctrina del *hard look* (imposición de la única decisión considerada razonable)». Cfr. *De la arbitrariedad...*, cit., pp. 89, 208 y ss.

10. *Administrar y juzgar...*, cit., pp. 58, 59.

11. *Ibidem*, p. 22. Del mismo postulado inicial arrancan los estudios de SÁNCHEZ MORÓN. *Discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 14, y BELTRÁN DE FELIPE. *Discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 77.

12. Cfr. *Discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 159 y ss.

13. Cfr. *Administrar y juzgar...*, cit., pp. 102 a 104 y 121.

14. Cfr. *Discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 111, 203.

15. Vide. M. BACIGALUPO. *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 69 a 92, 206 y ss.

16. *Idem*.

17. Cfr. *Administrar y juzgar...*, cit., pp. 102, 103.

18. Vide: *La discrecionalidad...*, cit., pp. 95 y ss. No obstante –y, como justo es reconocerlo, el mismo autor lo previene (ob. cit., p. 100)–, la tesis de acuerdo con la cual existen límites constitucionales, determinados o determinables, a la *atribución* de facultades discrecionales, es rebatida por otro sector doctrinal, señaladamente aquel que defiende amplios espacios de discrecionalidad administrativa, no como evento excepcional, sino como necesidad sentida del actuar administrativo en el Estado de Derecho actual, como alternativa con arropo en la propia Constitución aun en espacios tan sensibles como aquellos relacionados con materias reservadas a la ley. En esa dirección apuntan tanto SÁNCHEZ MORÓN (*Discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 109), como PAREJO, en *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, n.º 30, Madrid, 1991, p. 61, y *Administrar y juzgar...*, cit., pp. 76 y ss., y 96 y ss. En esta última obra afirma, rotundamente, –p. 125– que «El Parlamento puede, dentro de los límites de la reserva de Ley, descargar la toma de decisiones en la Administración. Y la tutela judicial requerida por la Constitución queda satisfecha con el control de los límites jurídicos de la discrecionalidad. Más aún, se admite que el Parlamento puede, legítimamente, debilitar aún más la vinculación positiva de la Administración, mediante la combinación en una misma norma de conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad, dando lugar a las llamadas *koppelungsvorschriften*».

19. Cfr. *La discrecionalidad...*, cit., pp. 150 a 153.

20. Cfr. *Discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 142.

21. Cfr. *La discrecionalidad...*cit., p. 221 y ss. En idéntico sentido se manifiesta SÁNCHEZ MORÓN. *Discrecionalidad administrativa...*cit., p. 158.

22. Cfr. *Discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 76, 214, 215.

23. Cfr. *Discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 107, 151, 152.

24. Así lo recalca también Tribunal Constitucional español que, entre otras, en las sentencias 4/1981, 62/1982 y 108/1986, atribuye al recurso a estos conceptos para la formulación técnica de los principios, un considerable grado de dificultad para determinar con precisión sus contenidos normativos y alcances. Esta es la misma posición de BACIGALUPO, cfr. *La discrecionalidad...*, cit., pp. 85 a 92.

25. Cfr. *Administrar y juzgar...*, cit., pp. 37, 44 a 46, 104, 105.

26. *Idem*.

27. Cfr. *Discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 111, 112, 135 y ss.

28. *Idem*.

29. *Vide: Discrecionalidad administrativa...*, cit. p. 100.

30. Cfr. *Administrar y juzgar...*, cit., pp. 97 a 100, y 104 y ss. De hecho, esta perspectiva funcional para delimitar los ámbitos de decisión administrativo y judicial, que ha llevado a la doctrina alemana a postular la denominada doctrina de la “reserva de Administración” –parafraseando la consolidada figura de la reserva de ley–, ha conducido a autores como BACIGALUPO, quien se acompaña al efecto de los alemanes INGO RICHTER y GUNNER FOLKE SCHUPPERT, a asegurar que ha perdido sentido la distinción dogmática entre los diversos tipos de márgenes administrativos de decisión, esto es, la discrecionalidad, los conceptos jurídicos indeterminados y el margen de apreciación dentro de éstos, que pasarían a ser todos especies de un mismo género. Cfr. *La discrecionalidad...*, cit., p. 143.

31. Se refieren a ella T. R. FERNÁNDEZ, “Debe la Administración actuar racional y razonablemente?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 83 (julio-septiembre 1994), pp. 390 y ss.; BELTRÁN DE FELIPE. *Discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 149 y ss.; BACIGALUPO. *La discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 89 y ss., 119. También puede darse cuenta de pronunciamientos jurisprudenciales en los que se hace referencia a esta hipótesis, verbigracia, la sentencia del Tribunal Supremo español de 3 de diciembre de 1993, en cuyo fundamento

jurídico tercero se lee: «La sustitución no será generalmente posible en los supuestos de potestades discrecionales [...]. Ello sin perjuicio de excepciones [...] para aquellos casos en los que la coherencia de la decisión administrativa pueda imponer ya, en virtud de los propios criterios adoptados discrecionalmente, una única solución [...] única solución ésta que implica la desaparición de la discrecionalidad».

32. Cfr. *Administrar y juzgar...*, cit., pp. 124 a 126.

33. *Democracia, jueces...*, cit., p. 250, 251.

34. BACIGALUPO, afirma al respecto: «Es en esta zona fronteriza de penumbra donde probablemente encuentre sus «límites intrínsecos» cualquier planteamiento teórico sobre el legítimo alcance y la intensidad del control judicial de la Administración y actúe la que FRITZ OSSENBUHL llama «competencia de la competencia» (*Kompetenz-Kompetenz*) de los jueces para fijar los límites últimos de dicho control», frente a la cual «sólo cabe apelar a la autocontención de quienes están llamados a ejercerla», aunque posteriormente matizará esta conclusión de OSSENBUHL con la que constituye una de las tesis centrales de su trabajo, ya aludida, en el sentido que el carácter positivo del control judicial no depende de la predisposición de los jueces al «*judicial self-restraint*», sino de que el legislador programe con la densidad normativa necesaria –es decir, proporcione suficientes parámetros de control– el contenido de la decisión administrativa de que se trate. *Vide: La discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 91 y 92.

35. Cfr. M. BACIGALUPO. *Curso de Derecho administrativo*, vol. 1, 7.ª ed., Madrid: Civitas, 1995, p. 450.

36. *La discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 205. T. R. FERNÁNDEZ, en otro lugar, abunda en este argumento, apoyándolo en que la Constitución española, al igual que en la de otros países europeos, como Alemania, ha elegido atribuir al juez la decisión última de cualquier litigio entre el ciudadano y la Administración, dando prevalencia al criterio de aquél respecto al de ésta en caso de conflicto. Así pues, la jurisdicción se encuentra constitucionalmente habilitada para sustituir una decisión administrativa previa «...en la medida en que se le suministren por las partes elementos de juicio suficientes para realizar una crítica seria y fundada de la decisión atacada y una valoración de las circunstancias de hecho igualmente consistente» y ningún principio jurídico le impide hacerlo. Cfr. *De la arbitrariedad...*, cit., p. 104.

37. Cfr. *Curso de Derecho administrativo*, cit., vol. 1, p. 450.

38. Cfr. *La discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 89.

39. Y más adelante añade: «Nótese que he afirmado que las ideas de T. R. FERNÁNDEZ SON SÓLO aparentemente opuestas a las de PAREJO, HERNÁNDEZ MARTÍN O SÁNCHEZ MORÓN. Y es que la diferencia me parece más de sensibilidad o de orientación jurídico-ideológica –de hecho T. R. FERNÁNDEZ habla de “culturas jurídicas opuestas” (1994: 113 ss.) y SÁNCHEZ MORÓN de “un debate con un trasfondo ideológico muy claro” (1994:13)– que de divergencia en cuanto a los grandes principios o a las soluciones concretas. En efecto, ATIENZA ha puesto el dedo en la llaga al hacer hincapié en las “oscuridades” de la polémica y al fijarse más en las coincidencias que en los puntos de discrepancia de los polemistas. Así, escribe que “la diferencia está en el punto de equilibrio” y que en cualquier caso “es más de énfasis que puramente de teoría jurídica” (1995:14)». Ob. cit., pp. 61 y 73.

40. No obstante, el citado autor emplea este argumento para acometer contra la posición que juzga contraria a la suya, agregando que esta disparidad de procederes de la administración de justicia, que por lo demás es totalmente rutinaria, lo que permite es negar todo valor al planteamiento de la imposibi-

lidad de sustitución de la decisión administrativa, pues tal opción no se enfrenta con ningún inconveniente de principio y, en los casos en que se elige por el juez no reemplazar la determinación gubernativa previa, ello obedece a su juicio a razones de otra índole, no derivadas de ningún principio general. Cfr. *De la arbitrariedad...*, cit., pp. 102 a 104.

41. Sin embargo, también en defensa de su postura, ya nuestro autor señalaba que este cuadro de situación, que refleja cómo indebidamente el juez ha recabado para sí la definición de la frontera entre legalidad y oportunidad amparándose en un pretendido control de la discrecionalidad, conduce a «...la inexistencia de certeza y objetividad ni siquiera en el control judicial, pues la intensidad de éste no depende ya de la definición objetiva de dicho control, sino de la apreciación que el Juez tenga de su papel en cada caso». Cfr. *Administrar y juzgar...*, cit., pp. 29 a 32. Crítica similar efectúa BELTRÁN DE FELIPE, para quien «Resulta más necesario que nunca establecer criterios, límites, estándares porque si no los tribunales utilizarán como único criterio su propio tacto y medida, que sin duda es un elemento siempre necesario pero que hga de desempeñar un papel de complemento –y no de única técnica de control– respecto de unos límites o criterios claros y generales». Cfr. *Discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 81.

