



Miguel Sánchez Morón^(*)

Función, límites y control judicial de la **discrecionalidad administrativa**^(**)

“EL DERECHO ADMINISTRATIVO SE CONFIGURA ASÍ, CADA VEZ MÁS, COMO UN AMPLIO MARCO DENTRO DEL CUAL LA ADMINISTRACIÓN SE MUEVE Y DECIDE EN FUNCIÓN DE UNA PLURALIDAD DE VARIANTES DE TODO TIPO Y, A VECES, MÁS QUE DECIDIR, ALCANZA UN ACUERDO CON LOS INTERESADOS PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS DE LA FORMA MÁS RÁPIDA, EFICAZ Y ACEPTABLE (AUNQUE NO SEA LA MÁS JUSTA EN TÉRMINOS ABSOLUTOS).”

1. Sobre el alcance y las fórmulas del control judicial de la discrecionalidad administrativa ha tenido lugar hace no mucho tiempo una polémica extensa y viva en la doctrina jurídica española, principalmente de Derecho administrativo. Como es lógico; asimismo, ha ocurrido algo parecido en la doctrina de otros países de nuestro entorno europeo, aunque en momentos distintos.

Si bien en los dos o tres últimos años no han aparecido nuevas publicaciones de relieve sobre estas cuestiones, la polémica no puede darse por finalizada, pues seguramente en un tema de tanta trascendencia y susceptible de tantos matices es difícil que en algún momento se pueda decir la última palabra. Entre otras cosas, porque el problema que subyace no es siempre exactamente el mismo, sino que se presenta de manera, en parte, diferente al hilo de la evolución de la sociedad, de las instituciones y del pensamiento jurídico. Con todo, considero que el debate siempre es positivo, en la medida en que llama a una reflexión profunda sobre cuestiones centrales de la dogmática del Derecho público que tienen un reflejo cotidiano en la jurisprudencia de los Tribunales y en la práctica jurídico administrativa. Y también creo que ha sido clarificador, en la medida en que ha aportado ya numerosos datos objetivos (por ejemplo, de Derecho comparado y de nuestra propia jurisprudencia) y ha llevado a matizar algunas posiciones iniciales y a la búsqueda de soluciones equilibradas.

(*) Profesor en Derecho Administrativo en la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid)

(**) La primera versión de este trabajo fue publicada en el volumen colectivo *Discrecionalidad Administrativa. Control Judicial de la Administración*, publicado por el Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla, 2003. Me he limitado a corregir algunos detalles y a suprimir ciertas citas innecesarias para el público peruano. Con todo, es un estudio elaborado a partir, básicamente, del Derecho español y europeo, creo que su contenido y conclusiones tienen una dimensión más general.

Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa

En cualquier caso, lo que en este momento pretendo es simplemente exponer mis opiniones al respecto, aunque para algunos puedan ser ya conocidas. Pero, como es lógico, no me es posible (aparte de que no lo creo necesario) reiterar con todo detalle las ideas y argumentos que ya he desarrollado en otro lugar, con la amplitud que el tema requiere⁽¹⁾. En consecuencia, he de prescindir aquí de la exposición de los términos de la cuestión, que debo dar por conocidos, y de las referencias al Derecho comparado, para las que me remito a los estudios que ya he publicado. Tampoco pretendo, salvo referencias puntuales, analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. La del primero, que me parece bastante clara, está también recogida en mis libros. La del segundo me parece todavía en parte contradictoria o, al menos, no unánime en algunos extremos; y no es mi intención someter ahora a la crítica, positiva o negativa, unas u otras sentencias. En consecuencia, me he de limitar a señalarles de manera sistemática y razonada mis propias ideas, apoyadas cuando proceda en textos legales o en doctrina jurisprudencial.

2. Para empezar, siempre he sostenido que la cuestión de la discrecionalidad administrativa debe ser abordada, en Derecho, desde todas las perspectivas, tanto desde la de los derechos individuales como la institucional, relativa a la división de poderes y funciones.

Cuando se habla del control judicial de la discrecionalidad administrativa entre abogados, se tiene en mente, sobre todo, la necesidad de control de la actuación de la Administración, que es contraria, por definición, a los intereses de quienes recurren contra ella. Pero, es evidente, que también se debe examinar el problema de la discrecionalidad desde una perspectiva jurídica, como un control en simples términos de Derecho. Sobre esta premisa creo que existe unanimidad en la doctrina, aunque no siempre lo perciba igualmente en su ánimo quien ejerce puntualmente la función de abogado defensor de parte.

Ahora bien, la perspectiva jurídica con la que el asunto debe enfocarse implica tener en cuenta todos los aspectos o factores jurídicos que lo condicionan. Es decir, debe contemplarlo desde el punto de vista de las garantías del ciudadano frente

al ejercicio antijurídico que la Administración puede hacer de sus potestades discrecionales; y debe también abordarlo teniendo en cuenta la función constitucional que desempeña el Juez que controla a la Administración, así como las relaciones del Poder Judicial con los demás poderes públicos que la Constitución ordena.

Desde el primer punto de vista, lo que importa es que el ciudadano obtenga la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses en los conflictos jurídicos que le enfrentan a la Administración. En virtud de este objetivo se explica el desarrollo histórico de las técnicas de control judicial de la discrecionalidad; no sólo eso, sino que hace comprensible el interés del individuo que litiga contra la Administración, y el de sus abogados, en profundizar más y más en ese control, esto es, en obtener una especie de control máximo de la discrecionalidad. Pero, no debe olvidarse que, conforme a la premisa de que se parte, el control judicial tiene un límite consustancial, ya que sólo puede tratarse de un control jurídico y no de un control de la bondad o idoneidad política, técnica o económica de la decisión discrecional.

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (que proclama tanto la Constitución Española como la de otros países) coincide exactamente con este límite; pues, como tiene declarado la jurisprudencia de manera unánime, consiste en el derecho a obtener del órgano judicial competente una respuesta razonada y fundada en Derecho (no en otro tipo de argumentos o criterios) a las pretensiones deducidas en el proceso.

Por otra parte, tampoco debe olvidarse que las Administraciones públicas y las eventuales

(1) Me remito a mi libro *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994 (y reimpressiones posteriores), donde expuse con profundidad estas tesis. Igualmente una síntesis con finalidad docente puede leerse en mi obra *Derecho Administrativo. Parte General*. 7ma. Edición. Madrid: Tecnos, 2011.



Miguel Sánchez Morón

partes codemandadas tienen el mismo derecho que los recurrentes a obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, según la jurisprudencia constitucional. En el caso de las Administraciones, la tutela de los intereses generales que han de servir por imperativo constitucional.

La perspectiva o vertiente institucional del problema obliga a considerar que el control judicial de la Administración es, estrictamente, un control de legalidad o *en Derecho*; pero eso quiere decir que dicho control sólo puede extenderse en tanto y en cuanto el ejercicio de la discrecionalidad pueda ser objeto de contraste claro con una norma jurídica, y que no puede fundarse en valoraciones de otro orden o en vagas apelaciones a las soluciones preferibles, encubiertas en términos de mayor justicia o racionalidad. Si así fuera, el Juez estaría sustituyendo a la Administración en la apreciación y valoración de las circunstancias que a ésta corresponde realizar para desempeñar su función dentro de los límites del Derecho. En otros términos, estaría invadiendo, aún guiado de los mejores propósitos de contribución, al bien común, a la esfera de funciones propias de la Administración; que no son fungibles con las jurisdiccionales. De ahí que, como ha dicho Parejo Alfonso⁽²⁾, el Juez que controla a la Administración sólo puede actuar a la manera de un administrador negativo; no puede decidir lo que la Administración debería hacer (salvo si sólo hay una solución válida en Derecho), sino sólo lo que la Administración no puede hacer.

La necesidad constitucional de no confundir las funciones de cada uno de los poderes del Estado tiene tanta importancia como la de garantizar la tutela judicial efectiva pues, de lo contrario, resultarían graves perjuicios para el orden jurídico constituido. Para explicar esta idea me parece incluso útil la comparación de las relaciones entre la Administración y los Tribunales con las relaciones entre la justicia ordinaria y la jurisdicción constitucional. Es fácil comprender que si el Tribunal Constitucional, al controlar las resoluciones judiciales, no se limitara a ejercer un control negativo de su adecuación a la Constitución (como hace cuando controla las leyes), sino que se extendiera a consideraciones sobre la interpretación más correcta de la legalidad ordinaria, o sobre la valoración de las pruebas (para la que los Jueces y Tribunales gozan de un potestad que podría decirse sin duda discrecional),

estaría invadiendo las funciones reservadas al Poder Judicial, esto es. al “arbitrio judicial” rectamente entendido, por usar la expresión de un libre reciente del Profesor Alejandro Nieto⁽³⁾. De hecho, el activismo del Tribunal Constitucional, en ciertos casos, ha sido considerado por algunos órganos judiciales, empezando por alguna Sala del Tribunal Supremo, como un menoscabo de sus propias atribuciones, con las conflictivas consecuencias que son conocidas; de ahí que el control de constitucionalidad de las actuaciones judiciales requiera cautela. Pues bien, la misma cautela requiere el control judicial de la discrecionalidad administrativa para no exceder de su cometido; éste, en definitiva, supone supervisar el ejercicio de la discrecionalidad *todo lo que sea posible en Derecho, pero sólo hasta donde sea posible en Derecho*.

Ni que decir tiene, por lo demás, que la apelación al criterio de la división de poderes y funciones como uno de los aspectos jurídicos a considerar es imprescindible, si se quieren evitar planteamientos reductivos del problema. Porque no es un criterio de naturaleza política o ideológica, como a veces se insinúa, sino que lo impone la Constitución, norma suprema del ordenamiento, de la que el Derecho administrativo no puede desvincularse.

3. En consecuencia, la discrecionalidad administrativa no es incompatible con el Estado de Derecho, sino que cumple una función en coherencia con la posición constitucional del Gobierno y la Administración pública.

No toda la función de gobernar y la de administrar consiste en la mera aplicación de reglas jurídicas preestablecidas. Nunca ha sido así, ni puede serlo en realidad, ni tampoco nuestra Constitución Española (en

(2) Véase de este autor, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993.

(3) Véase su libro *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000.

Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa

adelante CE) concibe formalmente de esa manera tales funciones. Antes al contrario, en el texto constitucional la función propiamente ejecutiva (más la potestad reglamentaria), atribuida al Gobierno, se diferencia de otras de dirección política y administrativa (artículo 97 CE); mientras que la función de la Administración se define como servicio objetivo de los intereses generales (artículo 103.1 CE).

El ejercicio de estas funciones, y de las últimas a las que he aludido, ha de realizarse de acuerdo con la Constitución y las leyes (artículo 97 CE), está sometido plenamente a la ley y al Derecho (artículo 103.1 CE); pero no puede confundirse con la mera aplicación del Derecho. En concreto, es evidente (y nadie lo niega) que la mayor parte de las decisiones gubernativas y administrativas no sólo se fundan en consideraciones jurídicas, sino en apreciaciones de elementos fácticos de orden técnico o económico o en valoraciones y opciones de fines e intereses de naturaleza política (en el sentido lato del término). Son estos elementos de la decisión los que, desde siempre, la teoría del Derecho ha denominado aspectos de oportunidad, diferenciándolos de los de legalidad. Esta distinción de elementos subsiste en el seno de las decisiones discrecionales, pues éstas son, por definición, decisiones no vinculadas totalmente, es decir, en todos sus aspectos, por normas jurídicas precisas.

Es la ley (no se olvide) la que reconoce en favor de la Administración esos márgenes de discrecionalidad para el ejercicio de su funciones. Incluso, es fácil constatar que los espacios que la ley abre a la discrecionalidad administrativa, limitándolos, en su caso, mediante directrices imprecisas, son cada vez mayores.

Las razones de este fenómeno son múltiples. En ocasiones puede entenderse que los Parlamentos, es decir, los grupos mayoritarios, no desean coartar en exceso la libertad de decisión de los Gobiernos que apoyan, con el simple fin de evitar el control del Ejecutivo. Éste es un fenómeno real y preocupante, pero en otros muchos casos, la actitud del legislador no carece de justificaciones más objetivas. Por un lado, la amplitud de las tareas que ha asumido el Estado, es decir, la Administración, resulta difícil de regular con toda precisión por unos Parlamentos con medios técnicos y personales relativamente escasos. Por otro lado, la complejidad actual de las sociedades desarrolladas y la rapidez de los cambios tecnológicos, económicos y sociales

impiden muchas veces establecer normativas estables y estrictas, si no se quiere mermar la capacidad de respuesta de la Administración, para gestionar los intereses generales, es decir, para atender con eficacia las demandas de la sociedad. La legislación administrativa tiende a hacerse más flexible, a veces etérea (aunque esto no es posible en el ámbito de la reserva de ley), más de principios o directivas, remitiendo su concreción a reglamentos o planes, o dejando a la Administración la tarea de adoptar la regla aplicable para el caso concreto, previa ponderación de todas las circunstancias y de los intereses en presencia.

El Derecho administrativo se configura así, cada vez más, como un amplio marco dentro del cual la Administración se mueve y decide en función de una pluralidad de variantes de todo tipo y, a veces, más que decidir, alcanza un acuerdo con los interesados para resolver los problemas de la forma más rápida, eficaz y aceptable (aunque no sea la más justa en términos absolutos). No es de extrañar, por ello, que en todos los países se hayan desarrollado (y cada vez más) fórmulas de actuación negociada o pactada, en sustitución de las tradicionales decisiones unilaterales imperativas. Estas son características del Estado de nuestros días; un modelo de Estado que no deja de ser de Derecho, pero que también es democrático y, a pesar de las tendencias neoliberales, social, por lo que introduce un conjunto de cambios sobre el esquema liberal clásico, que no se pueden minusvalorar.

En este contexto, la discrecionalidad administrativa, lejos de entenderse peyorativamente como *caballo de Troya del Estado de Derecho*, según la clásica expresión de H. Huber, recobra una consideración positiva, en tanto que instrumento necesario para que la Administración pueda ajustar su acción, con la ductilidad y eficacia imprescindibles, a las demandas de la sociedad a la que sirve.



Miguel Sánchez Morón

Cosa distinta es que la Administración pueda ejercer su poder discrecional de manera desviada, abusiva, fraudulenta o simplemente desacertada; que estas patologías existen es evidente, pero también sería exagerado estimar *a priori* que constituyen el comportamiento habitual de la Administración. Más aún, resulta erróneo, jurídicamente hablando, teñir de sospecha la actuación discrecional por el mero hecho de serlo; máxime en un Estado democrático, en el que la Administración está sometida a una pluralidad de controles sociales e institucionales que, poco a poco, se van también perfeccionando. *La discrecionalidad es, en términos generales, necesaria y, más que reducirla, importa que se ejerza correctamente.*

4. En todo caso, el ejercicio de la potestad discrecional está sometida a límites jurídicos, por lo que *no puede desembocar en la arbitrariedad*. Sobre esta idea tampoco hay posturas discrepantes en nuestra doctrina jurídica, como no podía ser menos.

Las potestades discrecionales son muy variadas, obedecen a distintos tipos; por ejemplo, la discrecionalidad reglamentaria, de planificación, de iniciativa, política *stricto sensu*, técnica, táctica, de gestión, etc. Incluso, el margen de apreciación que habitualmente se reconoce a la Administración (también por nuestra jurisprudencia) para la concreción casuística de los conceptos jurídicos indeterminados responde a la estructura típica de una potestad discrecional, si bien de tipo valorativo o técnico. La discrecionalidad recae, según los casos, sobre unos u otros aspectos de la decisión: sobre el *an*, el *quid*, el *quomodo*, el *quando*, etc. Es más amplia o más estrecha, mínima o máxima, fuerte o débil, según las orientaciones, condiciones o estipulaciones de las normas que la confieren, pero siempre está sometida a unos límites jurídicos generales. En realidad, como decía M. Hariou, no hay actos discrecionales y no discrecionales, sino elementos discrecionales de los actos administrativos, más o menos en número, y de mayor o menor importancia.

En este sentido es en el que hay que afirmar que no hay espacios de la actuación administrativa exentos de sometimiento a Derecho, tal como se sanciona en el artículo 103.1 de la Constitución Española. Al contrario, también el ejercicio de toda potestad discrecional es susceptible de enjuiciamiento jurídico. Precisamente la infracción de los límites jurídicos de la potestad discrecional debe conceptuarse

como arbitrariedad, en un sentido amplio de la expresión. De ahí que la tradicional consideración de que discrecionalidad no es arbitrariedad sea hoy, si cabe, más válida que nunca.

Pero no hay que confundir esta idea de que toda potestad discrecional está sometida a límites jurídicos con la “reducción” o tendencial eliminación del contenido discrecional de las decisiones administrativas correspondientes. El Derecho es un marco externo dentro del que debe ejercerse la discrecionalidad, pero en la medida en que dicho contenido debe llenarse de apreciaciones, valoraciones u opciones políticas, económicas, técnicas o, en términos generales, de oportunidad, no es susceptible de analizarse con parámetros jurídicos. Dicho de otra manera, el control jurídico de la discrecionalidad no consiste en reducirla por reducirla (inclusivo contra la voluntad del legislador que la confiere), sino en someterla a sus estrictos límites jurídicos. Es decir, consiste, ni más ni menos, como siempre se ha dicho, en el *control de los elementos reglados existentes en toda potestad discrecional*.

5. Los límites jurídicos generales sustantivos de encuadramiento de la discrecionalidad se han venido perfeccionando por la doctrina jurídica y la jurisprudencia propia y comparada sin desnaturalizarse.

Expuesto lo anterior, es también claro que la teoría del Derecho administrativo y la jurisprudencia, aún partiendo de bases diferentes en cada país y a través de modalidades parcialmente distintas, ha desarrollado un conjunto de técnicas jurídicas de encuadramiento y control del ejercicio de las potestades discrecionales. Estas técnicas cada vez más van confluyendo en un patrimonio jurídico común (y más aun en los Estados europeos, en gran parte por obra de la jurisprudencia de los Tribunales nacionales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa

Las técnicas más próximas a nosotros son las elaboradas por el Consejo de Estado francés a través de su jurisprudencia sobre el *excés de pouvoir* y sistematizadas ya hace tiempo por la doctrina francesa y española. A saber, el control de los hechos determinantes, el del fin de la potestad, mediante la técnica de la desviación de poder, que en todo caso son elementos reglados de las decisiones discrecionales, y el límite que imponen los principios generales del Derecho.

Conviene indicar, no obstante, que la desviación de poder ha dado poco juego en el Derecho español, por lo que convendría quizá revitalizarla, como ha ocurrido en otros ordenamientos, acudiendo a la prueba por presunciones. No es fácil, sin embargo, encontrar sentencias que declaren la existencia de desviación de poder, aún a la vista de claros indicios, mientras no exista una evidencia o prueba concluyente, pues nuestra jurisdicción contencioso-administrativa parece entender su control como un control objetivo de la Administración y parece entender que la desviación de poder conlleva una connotación subjetiva, es decir, de imputación subjetiva a una autoridad o funcionario de una conducta desviada, muchas veces derivable a la justicia penal. Concepción errónea, pues no es lo mismo el ilícito administrativo que el ilícito penal, y porque exigir en muchos casos una sentencia penal para declarar la ilicitud de conductas más que sospechosas supone con frecuencia garantizar la impunidad.

En cuanto al límite de los principios generales del Derecho, se trata de un límite incuestionable y ampliamente utilizado, pero plantea el problema de la definición exacta del contenido de cada principio. A veces no es difícil resolverlo (por ejemplo, respecto del principio de *igualdad jurídica*, perfectamente definido por la jurisprudencia, aunque pueden surgir dudas en su aplicación a casos concretos), pero otras veces sí (por ejemplo, respecto del de *buena fe*, *seguridad jurídica*, *confianza legítima*, *autonomía local*, *solidaridad*, principios rectores de la política económica y social, y tantos otros). Hay incluso algún principio cuya indefinición es extrema, como, por ejemplo, el de *interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*, que, bien mirado, podría considerarse equivalente a la prohibición de la antijuridicidad; sobre algunas de las consecuencias de este principio, que más interesan a nuestro tema, volveré enseguida. Lo que, con carácter general, debe decirse acerca de los principios generales es que se impone su progresiva depuración conceptual, por la doctrina y la jurisprudencia, para evitar que se produzca una gran

variedad de interpretaciones y aplicaciones, en detrimento de la previsibilidad del Derecho. Por desgracia este mal, el de la falta de previsibilidad de las decisiones judiciales es profundo en la actualidad, como cualquier jurista práctico podría acreditar.

En cuanto al control de los hechos determinantes, la doctrina y la jurisprudencia han evolucionado desde la verificación de la existencia y exactitud de los hechos (*accertamento*, en expresión italiana) en que se funda el ejercicio de la potestad hacia el control de su valoración o ponderación por la Administración (*apprezzamento*). Pero, mientras que la mera existencia y realidad de los hechos determinantes es un elemento reglado, que “escapa a toda discrecionalidad”, su ponderación o valoración implica, la mayoría de las veces, la utilización de criterios técnicos o políticos, no susceptibles de ser sustituidos por razonamientos puramente jurídicos. Por eso, la jurisprudencia de todos los países suele ser muy cauta al ejercer este tipo de control.

La jurisprudencia española, como la de otros países y también la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, suele establecer el límite del control jurídico en el error manifiesto de apreciación. Quiere esto decir que sólo hay abuso o extransgresión de la discrecionalidad en la apreciación de los hechos o en la valoración de las circunstancias del caso allí donde el error sea claro y así resulte a primera vista para cualquier persona razonable o pueda ser desvelado en el proceso mediante una actividad probatoria suficiente y mediante una demostración sólida, firme, rigurosa y sustancialmente incontestable. Para no exceder de lo propiamente jurídico, el control de la valoración de los hechos no puede basarse en hipótesis, conjeturas, estimaciones ni apariencias, ni consistir en la mera sustitución de una valoración opinable por otra valoración opinable. En caso contrario, el control jurídico



Miguel Sánchez Morón

se desnaturalizaría, pues afectaría al elemento de oportunidad ínsito en la decisión discrecional, que consiste en valorar en todos sus extremos cuál es la mejor solución para el interés público.

Este último tipo de consideraciones entronca con el desarrollo, también en la doctrina y jurisprudencia española, de dos nuevas técnicas de encuadramiento y control de la discrecionalidad: una de origen anglosajón, el *control de la irrazonabilidad de la decisión* y otra de origen alemán, la aplicación del *principio de proporcionalidad*.

La primera técnica comporta la realización de una especie de *test de la racionalidad* de la decisión. Test que los Jueces británicos (sobre todo) y norteamericanos efectúan con enorme prudencia, conscientes de que puede desembocar fácilmente en el subjetivismo. También este tipo de test viene siendo cada vez más utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (y también por la del Tribunal Constitucional, sobre todo al enjuiciar las leyes y las resoluciones judiciales) y ha recibido un respaldo doctrinal en el Derecho español en virtud del principio constitucional de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos.

Desde mi punto de vista, la introducción de esta técnica de control es oportuna y necesaria, pues coincido en que una decisión administrativa que carece de toda justificación y se dicta sólo por la voluntad o el capricho de su autor es una decisión arbitraria. Ahora bien, el empleo de esta técnica debe realizarse también en el Derecho español con un exquisito cuidado para no interferir en el ámbito lícito de la discrecionalidad. En otros términos, el llamado *test de racionalidad o razonabilidad* no puede convertir lo que es un control negativo de legalidad en un control positivo del mayor o menor acierto y corrección de la decisión administrativa. Por eso, como enseña la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que creo mayoritaria, la aplicación de esta técnica sólo puede dar lugar a la anulación de la decisión discrecional que sea manifiestamente irrazonable, totalmente desprovista de justificación desde el punto de vista de los intereses públicos que la Administración debe servir, o adoptada *contra las más elementales reglas de la racionalidad y el buen sentido*. Obviamente, como ocurre en otros ordenamientos, esta absoluta carencia de racionalidad de la decisión debe ser probada convincentemente por quien la alega, pues si la decisión se funda en razones mínimamente

atendibles, aunque no sean compartidas por el juzgador, el ejercicio de la discrecionalidad se revelaría legítimo. Dicho esto, qué es o no manifiestamente irrazonable depende de la percepción subjetiva de cada órgano judicial, y de ahí la no infrecuente aparición de sentencias contradictorias en supuestos similares; pues, inevitablemente, la técnica de la que se habla supone trasladar al juez, una parte al menos, de la discrecionalidad administrativa.

Algo parecido puede decirse de la aplicación del principio de proporcionalidad. En realidad, este principio admite dos variantes. Según una de ellas, la más general, la decisión discrecional debe ser simplemente proporcionada, esto es, debe guardarse la debida proporción de los medios elegidos con el fin reglado de la intervención. Según la otra, se ha de adoptar siempre la decisión más favorable para el particular o menos lesiva de sus derechos e intereses.

En el Derecho español, esta segunda acepción rige en aquellos casos en que la ley lo prevé expresamente (como hace, por ejemplo, el artículo 16.2 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana o el artículo 96.2 de la Ley 30/1992 en relación con la elección de los medios de ejecución forzosa); pero no es regla general, como ha declarado la jurisprudencia constitucional. Esta conclusión es lógica en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. A diferencia del Estado liberal, antiintervencionista por definición, en el que la primacía absoluta corresponde al individuo, el Estado social revaloriza los intereses colectivos y los intereses generales que se atienden mediante el ejercicio de las funciones públicas, que podrían verse perjudicados innecesariamente (en Derecho) si hubiera de darse primacía en todo caso al interés individual. Piénsese, además, que a diferencia de la imagen que de los mismos suele dar la teoría clásica o liberal del Derecho público, los

Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa

intereses generales no son algo abstracto o el simple producto de la voluntad de lejanos poderes. Son, por el contrario, intereses defendidos por el poder público, pero que afectan decisivamente a la vida de millares de personas. Así, por ejemplo, la correcta ordenación urbana, la defensa del medio ambiente y de los recursos naturales, la construcción de infraestructuras, el derecho al descanso nocturno en las ciudades, etcétera.

En mi opinión, sólo si están en juego libertades públicas y derechos fundamentales, en sentido estricto, y a falta de previsión legal expresa y frente a bienes jurídicos de menor rango, cabe aplicar el criterio de la solución menos lesiva del interés individual, dado el “valor preferente” que tales derechos y libertades tienen en nuestro ordenamiento, y el principio *favor libertatis* que cabe deducir del artículo 10.1 de la Constitución Española. Pero no si están en juego meros derechos o intereses patrimoniales.

Por otra parte, cuando se aplica la acepción más general del principio de proporcionalidad, está claro que el control jurídico sólo puede ser un control negativo, esto es, susceptible de anular o corregir las decisiones manifiestamente desproporcionadas. Ir más allá en la utilización de esta técnica de control de la discrecionalidad entraña el riesgo de sustituir ponderaciones administrativas por las del órgano judicial, extralimitando la función de control en Derecho.

Claro está (hay que volver a insistir) que conceptos tales como *error manifiesto de apreciación*, *manifiesta irracionalidad* o *manifiesta desproporción* adolecen a su vez de cierta imprecisión. Pero, es difícil determinar, en términos generales, con mayor exactitud dónde se halla la barrera entre el control propiamente jurídico, es decir, el de los elementos jurídicos o reglados de la decisión discrecional y el control de los elementos de oportunidad. En cualquier caso, la apelación a ese tipo de conceptos, que emplean todos los órganos jurisdiccionales, y al calificativo *manifiesto* es una invitación a extremar la prudencia y la autolimitación de los poderes del Juez en el control de la discrecionalidad administrativa. No por el mero de hecho de extremarla, sino porque, en caso contrario, la aplicación de criterios tan resbaladizos provocaría inseguridad e imprevisibilidad, privando al ordenamiento jurídico de uno de sus más esenciales atributos.

6. Las técnicas de control jurídico de la discrecionalidad pueden desarrollarse aún apurando las *garantías organizativas*,

procedimentales y formales del ejercicio de la discrecionalidad.

La aplicación de técnicas o criterios sustantivos de control jurídico de la discrecionalidad no parece que pueda ir más allá de lo expuesto sin desbordar su función propia. Así lo pone de manifiesto la reacción de la doctrina jurídica en aquellos países donde el control judicial de la discrecionalidad ha sido más incisivo, caso de Alemania, o la polémica abierta en otros países sobre la introducción de nuevas técnicas de control, caso de la teoría del *bilan* o “balance de intereses” en Francia, o sobre algunas propuestas doctrinales novedosas, caso del control de la discrecionalidad técnica en Italia. También el propio debate español reciente tiene su raíz en el mismo problema. El área de la discrecionalidad administrativa es cada vez mayor, pero la solución no está en sustituirla por la discrecionalidad judicial, sino en garantizar que se ejerza con corrección jurídica.

Para lograr este fin hay, sin embargo, otros aspectos de la cuestión, regidos por el Derecho, que cada vez deben tomarse más en cuenta. Se trata de aquellas garantías organizativas, procedimentales y formales, que en nuestros días alcanzan una nueva dimensión. Por garantías organizativas no sólo hay que entender el tradicional control de las reglas de competencia, composición y funcionamiento interno de los órganos que adoptan decisiones discrecionales o de los que intervienen en su elaboración, y de las causas de abstención de sus titulares. Esas garantías se extienden también a la *idoneidad* de esos órganos, que debe ponerse en relación con el tipo y las características de la discrecionalidad que se ejercita en cada caso. Dicho de la manera más elemental posible, si se está en presencia de un supuesto de discrecionalidad política, la decisión debe adoptarse por un órgano de esta naturaleza, políticamente responsable del criterio elegido, con las



Miguel Sánchez Morón

garantías de transparencia y sometimiento al control político que en cada caso se establezcan. Si la discrecionalidad es de tipo técnico o conlleva la valoración de factores técnicos, importa sobre todo asegurar la imparcialidad y cualificación del órgano que decide o interviene mediante sus informes o propuestas.

Establecer este tipo de garantías corresponde, en primera instancia, al legislador. De hecho, en algunos casos parece sensible hacia estos problemas. De ahí, por ejemplo, el incremento de las llamadas *autoridades independientes*, que ejercen importantes potestades discrecionales en regulación económica, o de defensa derechos fundamentales (Bancos Centrales, Autoridades de supervisión de los mercados financieros y de valores o de sectores regulados como el de la energía y el de las telecomunicaciones, Consejo de Seguridad Nuclear, Agencias de Protección de Datos personales, etcétera), aunque no todas ellas sean igualmente “independientes” en la práctica. De ahí también la posibilidad abierta por la legislación española, como la de otros países europeos, de crear órganos colegiados o comisiones no sometidas a instrucciones jerárquicas para resolver impugnaciones o reclamaciones en la vía administrativa previa. Como ocurre ya en materia de adjudicación de contratos públicos o, por separar los órganos de instrucción de los sancionadores en el procedimiento sancionador. Pero también los órganos judiciales pueden contribuir a desarrollar estas garantías, bien sea supervisando con rigor la intervención de los órganos idóneos previstos por la ley (por ejemplo, la de los órganos consultivos y el efecto de sus informes, que no podrían rechazarse sin una justificación suficiente), bien sea sometiendo a las normas reglamentarias organizativas a contraste con el principio de objetividad, imparcialidad o especialidad (por ejemplo, a las que regulan los tribunales de concursos y oposiciones), bien, en último extremo, cuestionando en algunos casos la constitucionalidad de las leyes que no permitan garantizar la idoneidad del órgano responsable, en virtud de los *principios de imparcialidad y eficacia administrativa* (aunque no siempre será posible, dada la abstracción de estos principios). Todavía en estos aspectos el control judicial es deficiente.

Por otra parte, se asiste a un renovado interés por las garantías procedimentales. La jurisprudencia española ha ofrecido un buen ejemplo de ello a través de la exigencia de audiencia a las organizaciones sociales representativas en el procedimiento de elaboración de los reglamentos, siempre que sea posible. Pero

este tipo de garantías no puede contemplarse sólo como un conjunto de trámites puramente formales, pues lo que importa es verificar que la decisión se ha formado mediante un proceso razonado y que no se debe al puro arbitrio del órgano actuante, carente de apoyo fáctico y argumental en el expediente. Así, por ejemplo, la falta de actividad probatoria suficiente en la vía administrativa, la falta de consideración de los informes evacuados o la inadecuada respuesta a las alegaciones de los interesados o a las alternativas que plantean pueden constituir indicios de un uso ilícito de las potestades discrecionales.

Apurar el examen del expediente, como hacen, por ejemplo, los jueces norteamericanos que aplican la llamada doctrina del *hard look*, puede ser a veces necesario para comprobar que la discrecionalidad se ha ejercido correctamente, es decir tomando en consideración y sopesando todos los factores e intereses en juego, cualquiera que sea el contenido de la decisión discrecional. Bien entendido (y de ahí las críticas que se han dirigido contra la aplicación de esa doctrina) que las garantías del procedimiento no serán igual de exigentes en todos los casos de discrecionalidad y que nunca deben perderse de vista los principios de eficacia y celeridad del procedimiento, con los que deben conjugarse.

Conecta con estas últimas ideas, la importancia que hoy se otorga a la *motivación de las decisiones discrecionales*, que, como es sabido, ha llevado incluso al legislador español a generalizar este requisito formal para ese tipo de actos (artículo 54 de la Ley 30/1992). Por discrecional que la decisión sea, la Administración debe explicar las razones por las que la adopta. Esta es una garantía no tanto de la legalidad, sino de la transparencia y corrección política o técnica de su decisión. Para asegurar, dentro de sus posibilidades, estas finalidades, el Juez ha de controlar que el deber legal de motivación se cumple.

Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa

Ahora bien, conviene matizar algunos de los aspectos de esta obligación. Obviamente, como la Ley dispone, la motivación de los actos (de los miles de actos discrecionales que cada día se dictan) debe ser sucinta, pues de lo contrario se gravaría a la Administración con una carga desmesurada. Pero además, debe ser adecuada a cada tipo de acto, pues no es lo mismo, por ejemplo, motivar un acto simple y singular que una disposición, acto o medida compleja y de alcance general, como tampoco es la misma motivación la que se requiere en los casos de discrecionalidad técnica, táctica, política o de planificación.

En segundo lugar, la motivación es un requisito formal (aunque no por ello menos importante), que no debe confundirse con los motivos de la decisión. Quiere esto decir que la ausencia o insuficiencia de motivación no significa necesariamente que el acto carezca de razones, incluso plenamente conformes a Derecho. En consecuencia, es exagerado concluir que una decisión discrecional no motivada es, por esa sola razón, arbitraria. El defecto de motivación (al igual que la motivación formal) no exime, por tanto, al órgano judicial de indagar las razones reales de la decisión y valorarlas hasta donde sea posible en Derecho; pero si es la falta de motivación la que no permite conocer esas razones, el acto debe ser anulado, para que la Administración motive, en su caso, la decisión.

7. Los órganos judiciales no pueden sustituir el contenido discrecional de los actos administrativos que anulen, salvo si, estrictamente, sólo hubiera una solución conforme a Derecho en el caso enjuiciado.

Si se aceptan las tesis hasta ahora expuestas, la que ahora se menciona cae por su peso. Es más, podría afirmarse que es una conclusión admitida hoy con carácter general y, no en vano, se encuentra recogida expresamente en el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española de 1998 (Ley 2/1978, de 13 de julio). En efecto, el control judicial de la discrecionalidad administrativa es un medio para asegurar su correcto ejercicio desde el punto de vista jurídico, lo que equivale a decir que es la forma de supervisar que se ejerce dentro de los límites del Derecho; pero no es un instrumento para traspasar al Juez el ejercicio de una potestad que el legislador ha conferido sólo a la Administración. Sólo si, en atención a las circunstancias del caso, se llegara a la conclusión de que existe una única aplicación válida en Derecho, es decir, en los supuestos que

la doctrina germánica denomina de reducción de la discrecionalidad *auf null*, sería posible, por elementales razones de economía procesal y no por razón alguna de orden dogmático, que el órgano judicial declarara en sentencia el derecho del interesado a obtener una determinada respuesta concreta de la Administración y condenara a ésta a estar y pasar por dicha declaración. Sobra decir, sin embargo, que en la verificación de esta hipótesis se requiere prudencia, pues antes de llegar a tal conclusión debería pensarse en otras soluciones posibles, al margen de la enjuiciada, y realizar también su contraste con el Derecho. En realidad, aunque el caso no sea impensable, lo lógico es que sea excepcional, puesto que, en definitiva, se trata de la conversión de una potestad discrecional en una especie de potestad reglada para el caso concreto. Es más, si la discrecionalidad afecta también al *an*, no puede olvidarse la eventualidad de que la Administración prefiriera no adoptar ninguna decisión antes que adoptar la única que se estima conforme a Derecho (cuando actúe de oficio). Lo que en ningún caso debe hacerse, es partir apriorísticamente de la solución que puede parecer más lógica o más razonable, o de la reclamada por los recurrentes para reducir a la nada la discrecionalidad en los casos en que verdaderamente ésta existe.

8. Las resoluciones judiciales que controlan el ejercicio de la potestad discrecional deben fundamentarse de manera suficiente y en estrictos términos de Derecho, para no incurrir en exceso de jurisdicción o vulnerar el derecho a la tutela judicial de quienes defienden la decisión discrecional enjuiciada.

A pesar de que el Juez carece del poder de sustitución de las decisiones administrativas discrecionales, su facultad de anulación de los actos discrecionales contrarios a Derecho es muy importante en términos jurídicos y puede producir consecuencias sociales, económicas



Miguel Sánchez Morón

o políticas de gran trascendencia, sobre todo cuando se enjuician reglamentos, planes o actos de eficacia general. De ahí la necesidad de una fundamentación suficiente o adecuada de las resoluciones correspondientes.

Esta exigencia deriva, por un lado, de la propia Constitución Española (artículos 24.1 y 120.3) que, según la jurisprudencia consolidada, confiere a toda persona, pública o privada, el derecho a obtener de los órganos judiciales competentes una decisión precisamente razonada y fundada en Derecho a las pretensiones deducidas en el proceso (como ya hemos recordado). Pero además, en un plano metajurídico, tiene mucho que ver con la legitimación social (no ya jurídica, que es indiscutible) de la acción judicial. No se puede olvidar que hoy en día muchas resoluciones judiciales desbordan el interés que tienen para las partes y para los estudiosos de la jurisprudencia, y alcanzan un nivel de difusión y controversia en la opinión pública semejante o superior al de las decisiones de los órganos políticos del Estado. No quiero decir con esto que la *ratio decidendi* deba tener algo que ver con el impacto social de la decisión, pues el Juez está únicamente sometido al imperio de la ley. Y tampoco se puede desconocer que la carga de trabajo que pesa sobre la Administración de Justicia, en particular sobre la Jurisdicción contencioso administrativa, explica el carácter breve y sintético de muchas sentencias, la falta de respuesta a todas las cuestiones planteadas o las deficiencias en la fundamentación, incluyendo algunas ambigüedades, frases oscuras y contradicciones. Por desgracia, todo esto no es hoy infrecuente, pero es necesario

que las resoluciones se motiven con tanto más cuidado y precisión cuanto mayor trascendencia tengan y cuanto más imprecisas o abstractas sean las normas aplicables, como sucede en los casos de control de la discrecionalidad. En estos supuestos, el razonamiento que conduce al fallo no debe dejar fisuras ni basarse en premisas indemostradas o en estimaciones apodícticas que puedan dar lugar a perplejidades y a la consiguiente crítica de decisionismo judicial.

Por lo demás, en mi opinión, una resolución judicial que claramente haya ido más allá de lo que permite el control jurídico de la discrecionalidad y haya fallado sobre la base de valoraciones, estimaciones o razonamientos no propiamente jurídicos, sino de oportunidad o conveniencia, podría ser objeto de recurso de casación por exceso de jurisdicción, conforme a lo previsto por el actual artículo 88.1.a) de la Ley Jurisdiccional española. En último extremo, podría ser objeto también de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por infracción del artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto que contempla el derecho a obtener una resolución fundada solo en razones jurídicas. Dicho sea esto último, sin perjuicio de la necesaria cautela con la que el Tribunal Constitucional debe actuar, a mi juicio, cuando enjuicia resoluciones judiciales a la luz de un precepto tan omnicompreensivo.

Debo añadir, no obstante y para terminar, que, en mi opinión, y a juzgar por mi propia experiencia, los Jueces y Tribunales españoles no suelen excederse en el control de la discrecionalidad administrativa. Antes, por el contrario, muchas veces extremaban su *self-restraint*, pero tampoco se trata de eso, sino de encontrar la decisión justa mediante la correcta y equilibrada aplicación de las técnicas de control de la discrecionalidad, algo que requiere normalmente tiempo, buen olfato jurídico y un conocimiento cabal del Derecho. En último extremo, el adecuado control de la discrecionalidad administrativa está también vinculado al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, pero este ya es otro tema, que nos llevaría muy lejos. (14)