

más, de las consideraciones desarrolladas al hilo de la sucinta exposición de aquélla. Y la cuestión es lo suficientemente trascendente como para justificar una nueva y completa reflexión, que, naturalmente, ha de reposar en un análisis de las características del sistema estatal puesto en pie por la Constitución.

20

1. LA TUTELA JUDICIAL FRENTE AL PODER PÚBLICO ADMINISTRATIVO. EL CONTROL JUDICIAL DE ÉSTE

La tutela judicial efectiva está construida en la Constitución (art. 24.1) como un derecho fundamental de todos (sin distinción) y para la defensa de los derechos e intereses legítimos (sin restricción alguna), por lo que extiende desde luego su ámbito a la incidencia del poder público administrativo en los referidos derechos e intereses legítimos.

Ahora bien, conforme a la propia norma fundamental esa tutela se otorga, precisamente cuando se trata de la actuación administrativa, bajo la forma específica de control de la legalidad de ésta (art. 106.1 CE).

A) *La especificidad de la función constitucional de control atribuida al Juez*

Consecuentemente, la función jurisdiccional presenta la especificidad, en el orden contencioso-administrativo, de consistir precisamente en un control. Sin necesidad de pretender ahora una interpretación acabada y presuponiendo desde luego la plenitud e integridad de la función que se ejerce en esta forma de control, es claro en todo caso que la configuración constitucional de la tutela judicial respecto de la ac-

tuación administrativa en términos de control supone una neta diferenciación, asimismo constitucional, entre la función jurisdiccional y la propia del poder administrativo; diferenciación que no es lícito desconocer. Pues, con entera independencia de la imprecisión del concepto de control en la ciencia jurídica y también en el Derecho positivo, es claro que —cuando da lugar a una relación entre dos o mas órganos estatales— no es precisamente un autocontrol y consiste mas bien en:

— supervisar, censurar y corregir la actuación de otro, con el contenido y la intensidad y el alcance que se quieran, pero sin poder llegar en ningún caso a comprender en la correspondiente actividad, sin más, la sustitución de la controlada, pues ello supondría la confusión entre una y otra; de suerte que

— la supervisión en que se traduce la función de control adquiere específica relevancia competencial⁸.

Con estas simples comprobaciones únicamente se persigue poner de relieve una prescripción constitucional y su trascendencia en el orden competencial, imposibles de pasar por alto⁹; en modo alguno sostener la acogida en el texto constitucional de regla heredera del viejo principio de separación de poderes, en los térmi-

⁸ En este sentido Chr. GUSY, «Entscheidung und (Rechts-) Kontrolle in der staatlichen Kompetenzordnung», *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, núm. 13, 1990, p. 537.

⁹ En el artículo 106.1 CE debe encontrarse, junto con el principio de eficacia de la actuación administrativa proclamado en el artículo 103.1 CE (que es el argumento utilizado al efecto por el Tribunal Constitucional), el fundamento constitucional de la autotutela tanto declarativa como ejecutiva.

nos históricos de total prohibición de inmisión judicial en el campo propio de la administración.

De otro lado, el aludido control es de legalidad. Sin entrar ahora tampoco en la distinción legalidad-oportunidad (que introduciría, sin necesidad, confusión), es seguro que tal caracterización significa, cuando menos, que el control es precisa y únicamente jurídico o de Derecho. Consiste, por tanto, en la determinación de la regularidad o no de la actuación de la Administración y, en función de ella y si procede, el reconocimiento y, en su caso, restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas desconocidas o lesionadas por una irregular actuación administrativa, mediante la aplicación de las reglas jurídicas previas pertinentes al caso y capaces de servir de medida para la valoración de aquella actuación. Quiere decirse que, aun cuando el Juez no pueda abstenerse y deba siempre resolver sobre las pretensiones que se le plantean, el control que ejercita no le autoriza para la generación de reglas jurídicas (ni siquiera de caso concreto) y sí sólo para hallarlas en sede interpretativa y aplicativa. Éste es el sentido que sin duda tiene el inciso final del número 1 del artículo 117 CE, pues el sometimiento del Juez únicamente al imperio de la Ley es principio de doble cara: de un lado, independencia de los restantes poderes públicos, pero, precisamente por ello, vinculación total a la Ley (es decir a las normas creadas por los poderes públicos con capacidad para ello en el orden constitucional¹⁰). El contenido de la función jurisdic-

¹⁰ Este sometimiento se entiende conforme a la economía y la lógica de la relación entre las normas estatales, constitutivas de un verdadero sistema, es decir, ordenamiento. De ahí que el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 precise, de forma acorde —de otro lado— con el artículo 9.1 de la propia Constitución, que ésta prevalece (en la expresada vinculación del

cional propia del poder judicial, en efecto, se agota estrictamente, conforme determina el artículo 117.2 y 3 CE, en el ejercicio de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, desde la comentada vinculación al ordenamiento jurídico establecido y, por tanto, sin posibilidad de cuestionamiento de éste en sus normas fundamentales¹¹. Quiere decirse, pues, que dicho poder no desempeña función directa alguna en la creación de las normas jurídicas, correspondiéndole todo lo más, y como determina el artículo 1.6 del Código Civil, complementar con su doctrina¹² el ordenamiento jurídico, al *interpretar y aplicar* la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho; razón por la cual el artículo 1.7 del propio Código Civil concreta el deber de los Jueces de pronunciarse en todo caso en los asuntos de que conozcan con la siguiente importantísima precisión: «[...] ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

La conclusión alcanzada lleva de la mano al sistema de fuentes y, desde él, a los poderes capaces constitucionalmente de actuarlo, pues, a partir de y en la Constitución, el Estado es (art. 1.1 CE), al propio tiempo, ordenamiento (en sentido estático) y poder para innovar éste (en sentido dinámico). Conforme al artículo 1.1 del Có-

Juez), en tanto que norma suprema, sobre cualquier otra norma jurídica. Igualmente correcta es la disposición del artículo 5 de la misma Ley Orgánica, que ordena a los Jueces y Tribunales la inaplicación de los Reglamentos contrarios a las Leyes, pues éstas son superiores a aquéllos y, por tanto, vinculan forzosamente con mayor fuerza al poder judicial.

¹¹ Justamente por ello la potestad jurisdiccional no comprende la competencia de rechazo de las Leyes, como resulta de la regulación del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en el caso de las Leyes y del monopolio del Tribunal Constitucional para la declaración de inconstitucionalidad de éstas (arts. 161 y 163 CE).

¹² Y no la sentada a través de los pronunciamientos de cualesquiera Jueces y Tribunales, sino solo de los del Tribunal Supremo.

digo Civil, el sistema de fuentes se agota en la Ley (categoría comprensiva aquí también del Reglamento), la costumbre y los principios generales del Derecho. Y a tenor de la norma fundamental es la Ley (art. 53 CE) la norma llamada primariamente a desarrollarla, sin perjuicio del papel secundario que a tal mismo respecto se atribuye al Reglamento (arts. 97 y 106.1 CE), correspondiendo la potestad legislativa a las Cortes Generales (art. 66.2 CE) y la potestad reglamentaria al Gobierno (art. 97 CE)¹³. Cuando las anteriores normas (Leyes y Reglamentos) regulan sectores de la vida social «administrativizados», corresponde a dicho Gobierno dirigir la ejecución y a la Administración a él incardinada esta ejecución; en otras palabras, la función ejecutiva de las Leyes compete al poder ejecutivo, al complejo Gobierno-Administración pública, ejercitando todo él, en su caso, potestades administrativas, es decir, desplegando una actuación administrativa. Justamente por esta razón, la Administración pública queda constitucionalmente sujeta a un específico estatuto (art. 103 CE), que hace de ella un sujeto singular; estatuto y singularización que, en otro caso, es decir, a no ser por la atribución de la función ejecutiva expresada, carecerían de sentido.

¹³ En razón de la construcción territorialmente descentralizada del Estado, las potestades aludidas en el texto se entienden referidas al ámbito de competencia de las instituciones generales de la Nación, por lo que —en sus respectivos ámbitos de competencia— también las Asambleas Legislativas y los Gobiernos de las Comunidades Autónomas ejercen, respectivamente, las potestades legislativa y reglamentaria.

B) *Las consecuencias competenciales de la especificidad de la función judicial de control*

La trascendencia competencial y, al propio tiempo, las consecuencias que en este orden derivan de la diferenciación constitucional de las funciones de administración y control judicial de ésta en los sistemas jurídicos que, como el nuestro, conocen la autotutela de la Administración¹⁴, se desvelan con toda claridad desde la perspectiva de la distinción entre la decisión y el control de la regularidad de ésta¹⁵. En nuestro Derecho, en efecto, cabe reducir a dos las situaciones posibles desde el punto de vista de la realización efectiva de derechos materiales o sustantivos, concretamente las que resultan de la coincidencia o no en el titular de éstos y, además, la posición formal precisa para la ejecución de los mismos.

Lo propio del estatuto de los sujetos en el Derecho común es que éstos, aun contando con una pretensión fundada frente a otro sujeto, precisen inexcusablemente —para satisfacer dicha pretensión incluso venciendo la oposición o la resistencia del obligado— la adquisición de una posición formal, añadida a la sustantiva que ya ostentan, que únicamente les puede ser conferida —mediante Sentencia u otro título ejecutivo— por un tercero y, concretamente y de ordinario, el Juez. Quiere esto de-

¹⁴ Consecuencias, absolutamente concluyentes, salvo que se parta de la supresión de la autotutela administrativa y, por tanto, del funcionamiento de nuestro sistema sobre las —supuestas— pautas de los sistemas anglosajón y norteamericano.

¹⁵ Chr. GUSY, *op. cit.*, ha adoptado esta perspectiva, llegando a resultados convincentes para el Derecho alemán, que —al igual que el nuestro— otorga a la Administración el privilegio de la autotutela; se asume aquí, en el desarrollo ulterior del razonamiento, el planteamiento de este autor.

cir que la obtención de la aludida posición formal habilitante de la actuación contra el sujeto obligado requiere necesariamente la incoación e instrucción del pertinente procedimiento, cuyo sentido viene dado por la circunstancia de que el que afirma ser titular de un derecho sustantivo solicita de la instancia estatal competente (de ordinario judicial) la constitución de la posición formal indispensable para la efectividad de éste. Característica común a todos los procedimientos de este tipo es la de que, antes de su conclusión, el sujeto obligado no está expuesto a título ejecutivo alguno, por cuanto el surgimiento de éste sólo puede tener lugar con ocasión de la conclusión, exitosa para el demandante, del procedimiento de que se trate.

Distinta resulta, como es bien sabido, la situación de la Administración actuando conforme a su estatuto jurídico-público propio, pues está en condiciones de hacer efectivos frente a los restantes sujetos, por sí misma, los derechos sustantivos de que sea titular. Siempre que la Administración estime que concurren los presupuestos materiales de una determinada situación jurídica, puede —sin necesidad de acudir a un tercero, cabalmente al Juez— dotarse a sí misma de la posición formal (título ejecutivo) precisa para la realización de la actuación conducente a la efectividad plena de la referida situación. Quiere decirse que, en el caso de la Administración¹⁶, tiene lugar una coincidencia entre posición sustantiva y posición formal, en la medida en que la ejecución de las pretensiones de que pueda ser titular

¹⁶ En realidad éste es un elemento componente del estatuto de todos los poderes públicos estatales, pues el legislador puede por sí mismo establecer el nuevo Derecho cuya introducción en el ordenamiento considere pertinente y el Juez puede por sí mismo adoptar y ejecutar decisiones en el curso de los procesos.

depende de su voluntad y actuación propias. Es esta coincidencia la que determina que el sujeto destinatario de la correspondiente pretensión de la Administración, si considera ésta infundada, deba recurrir a un tercero (el Juez), para solicitar de éste la revocación de la posición formal legitimante de la ejecución. Este otro procedimiento encuentra, pues, su sentido institucional en esa carga que se impone al sujeto destinatario de la pretensión de impetrar la intervención del Juez. Por lo mismo, es característica común a todos los procedimientos de este último tipo el dato de la existencia de una pretensión ejecutiva ya antes de su conclusión y del correspondiente pronunciamiento judicial, de suerte que sólo este último —cuando sea estimatorio de la petición del demandante— suprime o destruye tal pretensión.

De las dos situaciones así sumariamente descritas resulta en el plano del orden competencial de los poderes públicos:

a) La existencia, en la situación ordinaria en el Derecho común, de una sola decisión vinculante (la del Juez) y, por tanto, de una sola instancia competente (la judicial) para la adopción de dicha decisión¹⁷.

¹⁷ En efecto, lo que puede hacer el demandante de una posición formal legitimante de la ejecución —poner en marcha el proceso— no lo puede hacer el Juez; y lo que puede hacer éste —adoptar y declarar una decisión vinculante— no lo puede hacer el demandante. Jurídicamente existe, pues, una completa diferenciación de las funciones de uno y otro, que impide la existencia de zonas secantes, de suerte que no surge problema alguno de delimitación de los ámbitos respectivos.

Debe tenerse en cuenta, en efecto, que, como la apelación al Juez es paso obligado para la materialización de la pretensión, sólo el Juez está legitimado para conferir la que venimos calificando de posición formal legitimante de la ejecución. De esta suerte, sin el

La decisión judicial vinculante por la que se otorga ejecutividad a una pretensión supone aplicación del Derecho vigente, es decir, presupone y resulta de una concreción de éste (la determinación, en sede aplicativa y mediante los pertinentes razonamientos, de si la norma abstracta contiene prescripciones o mandatos —incluidas las correspondientes consecuencias jurídicas— para el caso preciso de que se trate). Su fundamentación aboca justamente en una precisa configuración formal de la o las relaciones jurídicas materiales implicadas, lo que significa que el Juez es el único que tiene competencia para llevar a cabo la expresada concreción en términos vinculantes. Y esta competencia ha de ser ejercida de modo tal que, mientras a los supuestos no subsumibles en la norma abstracta aplicable corresponda la desestimación de la demanda, a los supuestos subsumibles ocurra la estimación. A estos últimos se añaden los supuestos en que, una vez agotadas las posibilidades interpretativas, no pueda fundamentarse claramente ni su inclusión ni su exclusión del ámbito de aplicación de la norma abstracta, pudiendo justificarse tanto una estimación como una desestimación de la demanda. Y ello porque, no pudiendo el Juez ni omitir una decisión ni —al mismo tiempo—

Juez pueden desde luego existir derechos y pretensiones sustantivas, pero éstos no pueden ser ejecutados. Aunque el sujeto pasivo de la pretensión esté materialmente obligado a satisfacerla, los planteamientos del titular de dicha pretensión carecen para él —así como también para el Juez— de cualquier fuerza vinculante, de suerte que la resistencia al cumplimiento solo determina consecuencias secundarias antes del pronunciamiento judicial definitivo. El propio Juez no está vinculado por la demanda respecto al contenido de su decisión; la demanda sólo determina para él el deber de decidir, pero no el de decidir conforme a unos determinados fundamentos y en un sentido determinado.

estimar y desestimar la demanda, debe optar por una de estas alternativas y justificar su opción. Sólo si encuentra una argumentación favorable a la demanda, le está permitido estimarla, de suerte que, si una tal argumentación no es construible o únicamente surgen argumentos desfavorables, procede desde luego la desestimación.

b) La existencia, en la situación típica del Derecho público propio de la Administración (del poder público en general), de una decisión pública vinculante previa a la intervención judicial, que determina la configuración de esta última como control jurídico, es decir, control con arreglo al Derecho como criterio de medida. La consecuencia es clara: en esta situación —una vez verificado el control judicial— concurren dos decisiones igualmente vinculantes (aunque sucesivas en el tiempo)¹⁸.

En la medida en que las dos decisiones expresan un ejercicio de poder público, de poder del Estado, y cada una de ellas es adoptada por una distinta organización de éste, se ofrecen necesariamente como manifestación de la división de poderes (propia justamente del Estado de Derecho). Quiere decirse, pues, que *la*

¹⁸ Estas dos decisiones se diferencian claramente una de otra, al menos en tres sentidos: a) por su objeto, pues la decisión administrativa se produce cuando la judicial aún no puede tener lugar, ya que es presupuesto mismo del ejercicio de la facultad de puesta en marcha del mecanismo judicial, es decir, del ejercicio de la acción y de la formulación de la pretensión correspondientes; b) desde el punto de vista procedimental o procesal, puesto que el sujeto que produce la decisión que da lugar al proceso judicial conduce el procedimiento que concluye en aquélla, mientras que es, en la hipótesis normal, parte demandada en tal proceso judicial; y c) por razón del contenido mismo, toda vez que el de la decisión judicial no tiene por qué coincidir con el previo de la decisión administrativa.

*específica configuración de la situación considerada suscita de suyo la necesidad de la delimitación de las competencias para la adopción de una y otra decisión, pues la división de poderes únicamente tiene sentido si supone que dos órganos de poderes constitucionales diferentes (en este caso, poder ejecutivo y poder judicial) no pueden desarrollar, legítimamente, una misma función*¹⁹.

El control judicial contencioso-administrativo no es otra cosa que la comprobación (con la extracción de las correspondientes consecuencias jurídicas) de si existe o no contradicción entre la decisión previa administrativa y el ordenamiento jurídico (en lato sentido, es decir, incluyendo las situaciones jurídicas individualizadas existentes al tiempo de la acción administrativa). 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, de suerte que le corresponde legalmente la carga de la acreditación de ésta. Según frase feliz de Chr. Gusy, el Juez contencioso-administrativo es, por ello, «Administración negativa», al igual que el Tribunal Constitucional es «legislador negativo». Si no levanta la expresada carga, la decisión administrativa queda fuera de su disposición o, dicho de otra forma, la ausencia de válida comprobación de una infracción jurídica priva al Juez de competencia sobre la decisión administrativa. El control judicial sólo puede llegar, pues, allí donde una fundamentación jurídica válida otorgue sufi-

¹⁹ Como destaca Chr. GUSY, a quien ya se ha dicho que se viene siguiendo en este punto, esto es tanto más así, cuanto que las instancias controlada y controlante desempeñan sus respectivas funciones en aplicación de un único y mismo Derecho. La calificación de una de ellas como control alude a su diferencia, pero no es suficientemente expresiva de la sustancia de ésta.

ciente soporte a una intervención del Juez, por lo que la ausencia de una tal fundamentación determina de suyo un ámbito libre de control judicial.

Consecuentemente, las instancias administrativa y de control judicial tienen ámbitos de actuación (competencia) necesariamente distintos, que se delimitan recíprocamente de forma negativa.

La clave radica, sin duda, en la precisión de cuando es legítima la constricción por la competencia judicial de la administrativa que se plasma en la decisión previa; precisión que depende de la real existencia de la infracción jurídica apreciada por el Juez. De ahí la importancia decisiva para la delimitación de las respectivas competencias del criterio de medida (su contenido y alcance) propio del control judicial. Siguiendo el mismo modo de proceder que en el caso de la situación ordinaria en el Derecho común, cabe aquí decir: *a)* si el caso concreto es claramente subsumible en la o las normas o reglas aplicables, no existe competencia judicial para la toma de una decisión propia, sencillamente por la razón de que, por definición, no es demostrable infracción jurídica alguna en la previa decisión administrativa (ésta es conforme con el Derecho); *b)* si el caso concreto, por contra, no es —claramente— subsumible, se impone la afirmación de la existencia de competencia judicial, por la misma, pero inversa, razón del supuesto inmediatamente anterior; y *c)* si, finalmente, no es posible determinar si el caso concreto es o no subsumible en las reglas aplicables, tampoco es factible una afirmación fundamentada de la concurrencia de una contradicción entre decisión administrativa y Derecho, por lo que resulta obligada la con-

clusión de la ausencia de competencia en el Juez para adoptar una solución propia y distinta.

De lo dicho resulta que la competencia judicial de control se agota en los supuestos en que la decisión administrativa no está en sintonía con el Derecho. Si la competencia judicial de control (tal como está atribuida por el art. 106.1 CE) determina, como es lógico, la competencia judicial de decisión, es claro que el Juez no es sino custodio de los límites jurídicos de la competencia administrativa de decisión. En otras palabras, *el Derecho es, al propio tiempo, el presupuesto y el límite de la competencia judicial de decisión*²⁰.

²⁰ La perspectiva de la «aplicación» del Derecho y, por tanto, del proceso de concreción de éste al caso específico de que se trate corrobora aquí —al igual que en el supuesto de la situación ordinaria en el Derecho común examinada en su momento— la conclusión alcanzada. Pues dicho proceso de concreción es elemento indispensable tanto de la función administrativa de decisión, como de la judicial de control.

En la medida en que sólo el Derecho es criterio válido (y común) para la determinación de las alternativas conformes o disconformes (contradictorias) con el propio ordenamiento jurídico, la insusceptibilidad de una de las hipótesis —tras el agotamiento de todas las posibilidades interpretativas— de ser calificada como disconforme significa necesariamente su calificación como conforme o permitida por el Derecho. Pues éste no contiene guía directriz alguna para discernir, en el ámbito de las alternativas permitidas, entre las válidas y las inválidas. Semejantes calificaciones sólo serían factibles desde perspectivas metajurídicas o extrajurídicas.

Comoquiera que la Administración precede siempre en la aplicación y, por tanto, en la «concreción» del Derecho, es ella la obligada a (y la competente para) hallar una alternativa conforme a éste, es decir, para fundamentar su acción en ella. Por tanto, *desde la perspectiva de la Administración el Derecho acota el ámbito de las alternativas decisorias válidas, es decir, en principio y primariamente delimita negativamente la decisión que aquélla puede tomar*. Consecuentemente, cuanto más genéricas e imprecisas sean las reglas de Derecho aplicables, tanto más amplio será el abanico de alternativas decisorias vá-

lidas y tanto menor será la efectiva y positiva dirección o programación normativo-jurídica de la elección entre éstas. Siendo la intervención judicial siempre posterior a la decisión administrativa, tiene por objeto general, primero e inexcusable la determinación de si ésta ha infringido o no una regla jurídica (incluyendo en esta expresión las situaciones jurídicas individualizadas), lo que quiere decir, según lo anterior, si tal decisión descansa en una alternativa excluida o permitida por el ordenamiento jurídico. *Desde la perspectiva del Juez contencioso-administrativo, pues, este último fundamenta su competencia de control y determina de forma positiva, en principio y primariamente, su competencia de decisión.*

Las consideraciones precedentes ponen de relieve que en la situación típica del Derecho público (y, concretamente, administrativo), a diferencia de la característica del Derecho común, el Juez no tiene una competencia exclusiva sobre el proceso de concreción, puesto que la Administración cuenta también con ella (se trata de una competencia concurrente). Pero, además, esta concurrencia competencial no es perfecta: la administrativa goza de una primacía temporal y, además, de una cierta primacía en cuanto al contenido. Pues la elección de la alternativa válida en Derecho la realiza quien primero actúa y, si la elección efectuada es conforme a Derecho (especialmente por razón de no poder ser razonada jurídicamente su disconformidad por ausencia de suficiente predeterminación normativa de la decisión administrativa), es decir, si se mantiene dentro de las soluciones permitidas o autorizadas por el ordenamiento jurídico, no surge la competencia judicial para anularla, como tampoco una competencia judicial para la adopción de una decisión propia y distinta.

En consecuencia, en la situación jurídico-pública típica considerada: a) se dan dos decisiones sucesivas —una administrativa y otra judicial— dotadas de eficacia vinculante; b) existen dos instancias —la Administración y el Juez— concurrentemente competentes para efectuar y resolver de forma vinculante el proceso de concreción normativa preciso para la aplicación del Derecho, haciendo surgir el problema del deslinde de las competencias respectivas; y c) la distribución de las competencias a este último respecto responde a las siguientes coordenadas: a la Administración corresponde en exclusiva la competencia de concreción *intra legem* (la elección vinculante entre las alternativas permitidas efectivamente por el ordenamiento y, por tanto, conformes con éste), mientras que al Juez de control pertenece la competencia exclusiva para la concreción en última instancia tanto *intra legem*, como *extra legem*; por lo que ambas instancias, no obstante su vinculación a un mismo Derecho, cumplen distinta función en el proceso de concreción inherente a la aplicación de dicho Derecho.

C) Conclusiones

De todo lo dicho resulta, constitucionalmente hablando, una neta diferenciación constitucional de las funciones administrativa y judicial (en el orden contencioso-administrativo) y, al mismo tiempo, una modulación de ésta en el expresado orden precisamente en razón de las peculiaridades de aquélla, con la consecuencia de límites —generales y específicos— para la judicial. Pues institucionalmente el poder judicial no tiene asignado un papel directo de intervención activa y permanente en la satisfacción de las necesidades sociales para la renovación continuada de la integración social; le corresponde más bien decir lo que es Derecho en el caso concreto y sólo cuando sobre ello ha surgido discrepancia entre los sujetos afectados o interesados y a solicitud de cualquiera de ellos. Quiere esto decir, pues, que su papel constitucional está referido siempre a una intervención aleatoria y rogada en casos concretos, enjuiciándolos siempre de forma histórica. Papel que es radicalmente distinto del de la Administración pública, como no precisa de mayor argumentación²¹.

²¹ En el plano de los principios últimos la construcción expuesta no difiere esencialmente de la que es propia del sistema norteamericano, que constantemente se invoca en los últimos tiempos como modelo y ejemplo. En palabras de A. C. AMAN Jr. y W. T. MAYTON —en su obra *Administrative Law*, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1993, p. 435—, «Judicial review of such statutory and constitutional issues is fully in accord with the institutional expertise of the judiciary and the role that courts are expected to play in our constitutional system. Ever since *Marbury v. Madison*, it is "emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is". By training and experience judges are particularly adept at interpreting legal texts and resolving constitutional and statutory issues. As generalist judges they bring an important added dimension to their interpretive task. They are not part of any administrative agency and have no particular regulatory mission to fulfill [...].»

En consecuencia, la afirmación de la sustituibilidad por el Juez de las decisiones de la Administración no se sostiene por sí misma, precisa inexcusablemente un fundamento preciso. Es pertinente recordar aquí cómo el Tribunal Constitucional, colocado ante un problema perfectamente equiparable al que nos ocupa (el de la relación entre las funciones de dicho Tribunal y las de los órganos del poder judicial) y a resolver conforme también al criterio de la arbitrariedad, sostiene la pertinencia de la aplicación de éste, pero la limitación de su empleo a un control negativo de la decisión judicial, que veda toda sustitución del Juez por el Tribunal Constitucional. Así, y por citar sólo las Sentencias más recientes:

— En la STC 63/1993, de 1 de marzo, recaída en recurso de amparo deducido contra Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, confirmada en casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se afirma, considerando la alegación de valoración judicial de la prueba conculcatoria de principios constitucionales:

Es cierto que, como ha reiterado este Tribunal, por imperativo del artículo 117.3 de la Constitución, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios la ponderación de los distintos elementos de prueba y la valoración de su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo (entre otras, SSTC 55/1984, 175/1985, 98/1990). En este ámbito concreto de la actividad probatoria relativa a los procesos ordinarios previos al amparo constitucional, la capacidad revisora del Tribunal Constitucional debe limitarse, en esencia, a verificar si ha existido prueba que pueda estimarse de cargo (por todas, STC 104/1992); si la denegación de pruebas propuestas por las partes carece de todo fundamento o si las inferencias lógicas de la actividad probatoria que llevan a deducir la culpabilidad del acusado ha sido llevada a cabo por el órgano judicial de forma no arbitraria, irracional o absurda (SSTC 140/1985, 175/1985, 65/1992, entre otras), es decir, si la libre valoración de la prueba se lleva a cabo mediante un razonamiento que no

cabe calificar de incongruente o apoyado en fundamentos arbitrarios, entre los que, sin duda, cabe incluir aquellos que aplican criterios contrarios a los preceptos constitucionales. *En suma, en cuanto a la valoración de las pruebas, este Tribunal no puede sustituir a los Jueces y Tribunales ordinarios, ni puede enjuiciar el resultado de la valoración que éstos han llevado a cabo, pero sí puede comprobar si los criterios empleados en esta apreciación resultan manifiestamente arbitrarios por conculcar algunos de los valores, principios o derechos constitucionales.*

— Y en la Sentencia 79/1993, de 1 de marzo, recaída asimismo en recurso de amparo, deducido en ésta ocasión contra Auto de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz por supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, se sostiene lo siguiente:

En realidad, la pretensión constitucional se refiere a la discrepancia que los recurrentes tienen con la interpretación que la Audiencia Provincial ha hecho de una Sentencia, cuya redacción no era clara ni precisa. Como hemos dicho en la STC 120/1991, la interpretación de los «propios términos» del fallo que se ejecuta corresponde en principio al órgano judicial competente para velar por su ejecución. De ahí que sólo pueda ser revisada en este proceso cuando dicha interpretación sea irrazonable o arbitraria. La interpretación de la Sentencia, como tal, es, por ello, un problema de legalidad ordinaria sin trascendencia constitucional, en cuanto que es al órgano judicial a quien compete determinar el alcance que procede atribuir a la cosa juzgada según los términos en que ésta se produce. Sólo cuando esa interpretación se hace de forma manifiestamente irracional o arbitraria, en términos incongruentes con los que se expresa el propio fallo, es cuando la incompatibilidad entre el fallo de la Sentencia y el Auto que lo ejecuta adquiere dimensión constitucional, aparte de su corrección en vía judicial.

No cabe duda que en el presente caso el Auto recurrido trata de esclarecer el sentido del fallo contenido en la Sentencia que ejecuta y en el ejercicio de su función jurisdiccional la Audiencia declara cómo debe entenderse ese fallo, de manera razonada, con criterios jurídicos en modo alguno arbitrarios y

congruentes con los términos en que se expresa el propio fallo. Ha de darse la razón al Ministerio Fiscal en que la decisión de la Audiencia no altera ningún aspecto esencial de la Sentencia, ni supone modificación alguna del fallo, sino sólo la fijación del sentido de las palabras que se contienen en el fallo, interpretación que es coherente, razonable y que en modo alguno supone una interpretación arbitraria o irracional del alcance del fallo, *sin que corresponda a este Tribunal revisar desde el plano de la legalidad la corrección de la decisión.*

La cuestión analizada se centra, pues, en determinar el alcance del control judicial de la Administración de manera conforme al orden constitucional que ha quedado antes concretado y para la efectividad de éste (lo que significa identificar los límites del referido control). Porque estos límites existen, como con ocasión precisamente de un asunto en que se había ejercido una potestad administrativa de naturaleza discrecional ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional en su Sentencia 39/1983, de 17 de mayo, diciendo textualmente:

[...] no se precisa en dicha demanda cuáles son *las cuestiones de legalidad* relativas al fondo del asunto. De la lectura de la misma demanda, de la Sentencia impugnada y demás documentación que consta en autos se deduce que el fondo del asunto consiste solamente en *la discrepancia del recurrente con la clasificación* de que ha sido objeto por el Consejo Superior de la Armada para su elegibilidad para el empleo de General de Brigada, por entender que no se han valorado correctamente sus méritos y circunstancias personales, y lo que pide es una revisión de aquella clasificación. Dado que *no se aduce ninguna otra posible causa de anulación* de la clasificación impugnada, *como podría ser*, por ejemplo, *la desviación de poder*, hay que concluir que el juicio sobre el supuesto que en la relación de elegibles mereció el recurrente al Consejo Superior de la Armada *no es una cuestión de legalidad, sino una cuestión técnica, y escapa, por tanto, al control jurisdiccional*. Esto es lo que dice, en forma expresa, la Sentencia impugnada al afirmar que no puede entrar en el fondo «... por no tratarse de una cuestión jurídica, sino de la apreciación de las especiales aptitudes para acceder al empleo

de Oficial General en el momento en que se produce la clasificación y con proyección al futuro, que es cuando ha de desempeñar dicho mando, *lo que corresponde efectuar, por precepto legal* y la norma de organización de los Ejércitos, *a quien por su función y conocimiento tiene competencia para lograr una acertada conclusión»* (fio. jur. 3).

La conclusión a que se llega en este caso concreto, no supone, naturalmente, desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.1), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero *no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados*. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que *en sí mismo escapa, por su propia naturaleza, al control jurídico que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales* y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que *el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad*, como dice la propia demanda de amparo, que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico.

2. LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS PARA LA TOMA DE DECISIONES Y, EN DEFINITIVA, PARA LA INTEGRACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El Estado definido por la Constitución de 1978 es —en su doble condición de poder y de ordenamiento

(art. 1.1 CE)— complejo. Ya no es el Estado liberal de Derecho histórico centrado en los conceptos de Ley, ejecución de ésta, control de tal ejecución. En el orden constitucional se recoge una evolución que va del Estado policía (simple garante de un orden social de dinámica propia, capaz de articularse sobre el sencillo esquema expuesto) y pasa por el Estado de los servicios públicos y el Estado prestacional, para llegar al Estado polivalente de responsabilidad universal (en crisis) actual. En el orden de las ideas: si en el siglo XIX el liberalismo logró la hazaña de complementar la democracia, determinando un sistema específico y único en la historia (la democracia liberal), a finales del siglo XX ese sistema, aunque continúa siendo elemento central y esencial —y debe, desde luego, seguir siéndolo, como condición de supervivencia de la libertad—, no es ya suficiente, aparece necesariamente combinado con otros elementos igualmente necesarios, dando lugar a la que G. Sartori califica de democracia constitucional²² para expresar justamente su fundamento en un entramado de equilibrios definidos por el orden constitucional. Con esta transformación se corresponde un proceso paulatino de deterioro de la funcionalidad de la clásica división horizontal o funcional del poder para garantizar, por sí solo, el funcionamiento adecuado del Estado (desde la idea justamente de la limitación del poder) y de su consecuente complementación con otros mecanismos, que confieren al Estado cabalmente esa mayor complejidad antes aludida.

²² G. SARTORI, *Demokratietheorie*, op. cit. en nota 6, Parte segunda, capítulo 13.

En lo que ahora interesa, estos fenómenos han repercutido de forma importante en las categorías de la Ley y de la reserva de Ley²³.

A) La Ley

Hoy la Ley no es ya lo que, sin embargo, la dogmática jurídica continúa diciendo que es. La expansión de la acción estatal y la consecuente dinamización del orden jurídico han provocado, en efecto, la ruptura del esquema tradicional de las formas de manifestación de la voluntad estatal (y la distribución de las competencias para esa manifestación)²⁴. La consecuencia es que la Ley ya no es sólo (como en el Estado liberal de Derecho) *constitutio*, es también *actio*. Quiere decirse, pues, que se ha cumplido todo un proceso de instrumentalización de la Ley hasta convertirla claramente en uno más de los medios de configuración política de la sociedad. Se trata de una conversión cumplida ya sustancialmente en la realidad, como lo testimonia la aceptación de las figuras de la Ley medida y Ley del caso concreto. La resistencia ofrecida por la doctrina, en algunos casos tenaz, como en Alemania en su mo-

²³ Un estudio más detenido de estas repercusiones en L. PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el Derecho público*, CEC, Madrid, 1991. Véase también, del mismo autor, *Manual de Derecho Administrativo* (obra escrita en colaboración con A. JIMÉNEZ BLANCO y L. ORTEGA ÁLVAREZ), Ariel, Barcelona, 1992, 2.ª ed. corregida y aumentada, pp. 113 ss.

²⁴ La ruptura de que se habla en el texto no ha afectado únicamente, como es lógico, a la Ley, sino también al Parlamento. Son bien conocidos los cambios que han experimentado la posición y el papel del Parlamento en la estructura de los poderes públicos, por lo que no parece preciso insistir en ellos.

mento la de Forsthoff (en el ordenamiento español también hay ejemplos recientes), de nada ha servido frente a la fuerza misma de la realidad.

La consecuencia principal de lo dicho es la pérdida por la Ley (y el Parlamento) de su posición tradicional (en el Estado liberal de Derecho) de absoluta centralidad en el ordenamiento jurídico y, por tanto, de su función asimismo tradicional de mecanismo único o por excelencia de garantía del espacio de libertad acotado con la expresión «libertad y propiedad». La repercusión sobre el edificio del Estado de Derecho, en su formulación clásica, es evidente, pues el mecanismo de representación del pueblo (de la sociedad) en el Estado ya no proporciona una total seguridad en la salvaguardia del referido espacio. Surge, pues, la imperiosa necesidad de mecanismos de garantía complementarios, que efectivamente se han ido potenciando: la eficacia directa del orden constitucional, especialmente su parte dogmática referida a los derechos de los ciudadanos; la potenciación del papel ordenamental de los principios generales del Derecho (que no es sino una variante del anterior); y el perfeccionamiento de la tutela judicial, en particular frente al poder público.

Las transformaciones que ha experimentado la Ley no son, en definitiva, más que manifestaciones de su adaptación a la evolución de la misma realidad. Y esta reconversión de la Ley en su función ordenadora se expresa preferentemente, además, en el cometido de dirección o programación de la actuación de la Administración pública (en términos formal-jurídicos: en la vinculación positiva de esta última), de suerte que ha dado lugar ya a tomas de posición doctrinales, bien sea en defensa de la persistencia de la programación clásica, bien de crítica a ésta y aceptación del nuevo fenómeno o, finalmente, de actitud sincrética, entendiendo

la necesidad y postulando la convivencia de ambos tipos de programación-vinculación legal.

La pregunta es, así, la de la razón última de la dificultad de la programación precisa y efectiva de la actuación administrativa por la Ley. Sin duda radica ésta, dada la complejidad y el carácter evolutivo de la sociedad actual, en las limitaciones consustanciales al Derecho en tanto que instrumento de regulación a través o por medio del lenguaje. El medio utilizado impide la reproducción precisa, con carácter general y en todos los casos, de la realidad. Pues la conceptualización de ésta es siempre, inevitablemente, una limitación, una simplificación esquematizadora. De esta suerte, la Administración —actuante en y para la misma realidad— se ve obligada, así, a reproducir en su actividad ese proceso de simplificación, a pesar de la mucha mayor riqueza de la realidad con la que se enfrenta, con las consecuencias que no es preciso especificar; aparte el hecho del proceso inevitable de rápido envejecimiento a que, desde su establecimiento mismo, están sujetos los conceptos legales, lo que hace imperativo para la Administración operaciones de «resituación» de éstos para «reacomodarlos» a la realidad y evitar su obsolescencia.

En realidad esto siempre ha sido así. La respuesta del legislador ha consistido tradicionalmente en la renuncia a las definiciones precisas y la utilización de enumeraciones ejemplificativas, presunciones, descripciones amplias y muy abstractas, conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales o abiertas, remisión a reglas o estándares metajurídicos (científicos o técnicos), etc. Hoy pasa a ser un problema importante porque, tanto por su extensión, como sobre todo por su entidad comporta un salto cualitativo a la cuestión de la atribución de la competencia para la toma de las de-

cisiones correspondientes en el seno de las estructuras del poder público. La cuestión central que suscita ha pasado a ser, en efecto, la de quién adopta la decisión en el caso, quién tiene la competencia para la creación de la norma, de la regla jurídica aplicable al caso. El dilema actual, en efecto, acerca de si la última palabra la tiene la Administración o, por contra, el Juez, surge con toda gravedad e intensidad en los sectores sociales de más altas complejidad y variabilidad (en el tiempo y el espacio), como, por ejemplo, el urbanismo, la economía y el medio ambiente, pues en ellos el legislador formal se enfrenta con mucha frecuencia ante una práctica imposibilidad de regulación general con un mínimo de densidad ordenadora y, por tanto, de programación o vinculación positivas (en términos tradicionales) de la Administración pública. Se explica, así, que en tales sectores la Ley, renunciando a la decisión de fondo, recurra cada vez con más frecuencia al simple establecimiento de criterios materiales de ponderación, principios o valores marco, fines y objetivos de la acción, estándares mínimos-máximos, imágenes guía del óptimo social y modelos de referencia; todo ello para la ulterior toma de decisiones (naturalmente, en la fase —tradicional— de «ejecución» de la Ley).

Obvio resulta decir que estas pautas legales están lejos de no presentar dificultades. Si bien es cierto que la programación teleológica se adecua más a la realidad presente de la acción administrativa, no lo es menos la gran dificultad que presenta la precisión de los fines y objetivos de ésta, debiendo tenerse en cuenta que la claridad de tales fines y objetivos es condición del control efectivo de los medios aplicados y los resultados obtenidos. Ello es inevitablemente así porque cuanto más lejanos y complejos sean los objetivos y

mayores variables entren en la ponderación de bienes e intereses, así como cuanto mayor sea el número de agentes públicos y privados intervinientes, tanto mayor es sin duda la dificultad de la definición del fin perseguido. Se explica, pues, la progresión del fenómeno aludido de renuncia por el legislador formal a la toma de decisiones sustantivas y la remisión de ésta al ulterior proceso de ejecución-aplicación (que, por ello mismo, presenta hoy características nuevas); remisión que se compensa lógicamente con un incremento de las exigencias en orden a la intervención y la coordinación de agentes públicos y privados, la armonización y composición de los intereses de unos y otros, el procedimiento a seguir para la adopción de la decisión y, también, la participación ciudadana.

En definitiva, pues, en amplios sectores administrativizados de la vida social la programación o vinculación por parte de la Ley formal es ya sólo del tipo calificable de «relacional en función de fines-objetivos»²⁵, que supone una abierta remisión de la decisión al escalón administrativo y, por tanto, la generación del correspondiente espacio administrativo de configuración social, en el que el poder público administrativo debe actuar bajo la propia responsabilidad. En ese espacio, la Administración pública es hoy, pues, el *locus* de creación de la regla, por tener conferida la competencia para ello. Ésta es la realidad, guste o no. Y el jurista debe enfrentarla y darle una respuesta adecuada dentro del orden constitucional²⁶.

²⁵ La Administración queda obligada a dirigir su acción a la consecución de los fines, pero relacionándolos entre sí en función de las circunstancias y, por tanto, ponderando unos y otros.

²⁶ Una exposición de la situación en el ordenamiento norteamericano de los problemas relacionados con la dificultad de la regulación legal general significativa y acabada de las actuales comple-

La solución judicialista, basada en la apelación a los últimos principios y, desde luego, al Estado de Derecho, es aparente, pero falsa. En realidad se limita a desplazar el problema desde el poder administrativo al poder judicial, a trasladar el *locus* en el que se residencia la decisión definitiva, situándolo más inadecuadamente desde el punto de vista tanto de las características institucionales del poder llamado a decidir²⁷, como del orden constitucional²⁸ y desconociendo, desde luego, el mecanismo de reasignación de la competencia por el legislador. La pregunta clave, en términos constitucionales, es la siguiente: ¿por qué ha de quedar en manos del Juez la última palabra (por sustitución de la Administración) cuando una decisión simplemente se ha deslegalizado (sin alterar para nada los términos y condiciones de su adopción y su contenido), siendo así que, si esa misma deci-

jas cuestiones sociales (especialmente las medioambientales) y de sus repercusiones, especialmente por lo que hace a la ampliación del margen de actuación y decisión de las Agencias, precisamente en el sentido indicado en el texto (con referencias también al incremento del activismo judicial inicialmente desencadenado por el fenómeno), en A. C. AMAN Jr., *Administrative Law in a Global Era*, Cornell University Press, Ithaca/Londres, 1993.

²⁷ Sobre la lógica institucional de la función jurisdiccional propia del poder judicial ya se ha razonado en su momento.

²⁸ Téngase en cuenta que la legitimación del poder judicial es exclusivamente objetivo-jurídica, la que confiere la aplicación del Derecho. Justamente en esa legitimación (y no en la de su control periódico popular) consiste su legitimación democrática. Es perfectamente ilustrativo y concluyente el artículo 117.1 CE cuando dice que la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey. Emana del pueblo, en cuanto la creación del Derecho en la Constitución se produce por los poderes sujetos al control popular directo a través de los mecanismos democráticos, y se administra lógicamente en nombre del Rey, lo que vale decir del Estado-ordenamiento del que el Rey es símbolo.

sión hubiera sido tomada directamente por el legislador (cosa que éste puede hacer en cualquier momento), habría quedado fuera del alcance del Juez? Porque de la deslegalización sólo se seguiría la consecuencia de la competencia judicial para su control, pero en modo alguno la intensidad y el alcance de éste hasta el punto de la sustitución potencialmente en todos los casos. No justifican por sí solos la solución judicialista:

— el Estado de Derecho, pues el poder y la actuación administrativos no son contrarios a la realización del mismo²⁹ y, además, aquél no es el único valor que determina los mecanismos de organización de la sociedad en libertad³⁰, ni tampoco

²⁹ La Administración pública es un poder público más del Estado de Derecho, no simplemente compatible o reconciliable con él. Aquí es donde quizás se note la influencia de la perspectiva histórica desde la que la posición doctrinal establecida aborda la cuestión, pues ella puede abonar una actitud específica de desconfianza hacia la Administración como poder público.

Sobre la importancia de la Administración y la función administrativa para la realización del Estado de Derecho, cabe citar la opinión decidida de un autor tan poco sospechoso como E. FORSTHOFF. Véase su *Rechtsstaat im Wandel* en la traducción italiana, *Stato de Diritto in trasformazione*, a cargo de C. Almirante, Giuffrè, Milán, 1973, especialmente los estudios titulados «Lo Stato moderno e la virtù», «Il vincolo a la legge ed al Diritto» e «Il giurista nella società industriale». Véanse también los trabajos, más recientes, de E. BENDA, «Rechtsstaat im sozialen Wandel», *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 101, cuaderno núm. 4, pp. 497 ss.; y G. PÜTTNER, «Der Rechtsstaat und seine offene Probleme», *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, núm. 4, 1989, pp. 137 ss.

³⁰ El Estado español, como por demás los Estados europeo-occidentales, es un Estado democrático y social de Derecho, en el que la relación adecuada y equilibrada entre ciudadano y poder aparece

— la mayor garantía inducida por la intervención del Juez, pues la realidad de tal garantía requeriría que el proceso de toma de decisiones desde el legislador a la Administración tuviera, todo él, una sustancia objetivo-jurídica³¹ y sólo esta sustancia (presupuesto que no se cumple), a fin de que el Juez pudiera reconstruir-

controlada no sólo por procedimientos jurídicos, sino por una combinación de procedimientos políticos y jurídicos. La sobrevaloración de estos últimos —hasta el punto del olvido y la anulación totales de los primeros— conduce a un resultado de desvirtuación del orden constitucional.

Sobre el tema, véase el interesante trabajo de K. HESSE, «Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft», *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, núm. 13/14, 1975, pp. 437 ss. Y, en nuestra doctrina, la obra ya citada en la nota 1 del Preámbulo, del profesor M. SÁNCHEZ MORÓN, *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*.

³¹ Determinante de un escalonamiento y una concatenación perfecta entre las decisiones sucesivas, de suerte que las primeras determinaran jurídicamente de forma completa las inmediatamente subsiguientes sin interferencia alguna de momentos volitivos (políticas públicas en el marco de la Ley y, por supuesto, de la Constitución) reconducibles a un poder legitimado democráticamente y, por ello, remitidos constitucionalmente en su control a los mecanismos propios del Estado democrático.

Late aquí un exceso en la valoración del papel del Derecho en la sociedad actual; exceso que cabe conectar al «cientificismo» de nuestra época, que pretende trasladar a las ciencias sociales el éxito de las ciencias naturales. De esta suerte, el gobierno de la sociedad sería posible desde criterios y reglas científicos y, por tanto, objetivos, es decir, conducentes a soluciones determinadas como las correctas. Pero ello abre las puertas a una «sofocracia» por ahora al menos no compatible con la «democracia» en la forma de Estado democrático de Derecho que conocemos. En este sentido es significativo el no cuestionamiento e, incluso, la valoración decididamente positiva que merece hoy la solución de creación y acotación de espacios relevantes de poder materialmente ejecutivo (y de poder discrecional) y su atribución a organizaciones «especializadas» (con *expertise*) dotadas de independencia respecto del poder ejecutivo.

sión hubiera sido tomada directamente por el legislador (cosa que éste puede hacer en cualquier momento), habría quedado fuera del alcance del Juez? Porque de la deslegalización sólo se seguiría la consecuencia de la competencia judicial para su control, pero en modo alguno la intensidad y el alcance de éste hasta el punto de la sustitución potencialmente en todos los casos. No justifican por sí solos la solución judicialista:

— el Estado de Derecho, pues el poder y la actuación administrativos no son contrarios a la realización del mismo²⁹ y, además, aquél no es el único valor que determina los mecanismos de organización de la sociedad en libertad³⁰, ni tampoco

²⁹ La Administración pública es un poder público más del Estado de Derecho, no simplemente compatible o reconciliable con el. Aquí es donde quizás se note la influencia de la perspectiva histórica desde la que la posición doctrinal establecida aborda la cuestión, pues ella puede abonar una actitud específica de desconfianza hacia la Administración como poder público.

Sobre la importancia de la Administración y la función administrativa para la realización del Estado de Derecho, cabe citar la opinión decidida de un autor tan poco sospechoso como E. FORSTHOFF. Véase su *Rechtsstaat im Wandel* en la traducción italiana, *Stato de Diritto in trasformazione*, a cargo de C. Almirante, Giuffrè, Milán, 1973, especialmente los estudios titulados «Lo Stato moderno e la virtù», «Il vincolo a la legge ed al Diritto» e «Il giurista nella società industriale». Véanse también los trabajos, más recientes, de E. BENDA, «Rechtsstaat im sozialen Wandel», *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 101, cuaderno núm. 4, pp. 497 ss.; y G. PÜTTNER, «Der Rechtsstaat und seine offene Probleme», *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, núm. 4, 1989, pp. 137 ss.

³⁰ El Estado español, como por demás los Estados europeo-occidentales, es un Estado democrático y social de Derecho, en el que la relación adecuada y equilibrada entre ciudadano y poder aparece

— la mayor garantía inducida por la intervención del Juez, pues la realidad de tal garantía requeriría que el proceso de toma de decisiones desde el legislador a la Administración tuviera, todo él, una sustancia objetivo-jurídica³¹ y sólo esta sustancia (presupuesto que no se cumple), a fin de que el Juez pudiera reconstruir-

controlada no sólo por procedimientos jurídicos, sino por una combinación de procedimientos políticos y jurídicos. La sobrevaloración de estos últimos —hasta el punto del olvido y la anulación totales de los primeros— conduce a un resultado de desvirtuación del orden constitucional.

Sobre el tema, véase el interesante trabajo de K. HESSE, «Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft», *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, núm. 13/14, 1975, pp. 437 ss. Y, en nuestra doctrina, la obra ya citada en la nota 1 del Preámbulo, del profesor M. SÁNCHEZ MORÓN, *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*.

³¹ Determinante de un escalonamiento y una concatenación perfecta entre las decisiones sucesivas, de suerte que las primeras determinarían jurídicamente de forma completa las inmediatamente subsiguientes sin interferencia alguna de momentos volitivos (políticas públicas en el marco de la Ley y, por supuesto, de la Constitución) reconducibles a un poder legitimado democráticamente y, por ello, remitidos constitucionalmente en su control a los mecanismos propios del Estado democrático.

Late aquí un exceso en la valoración del papel del Derecho en la sociedad actual; exceso que cabe conectar al «cientificismo» de nuestra época, que pretende trasladar a las ciencias sociales el éxito de las ciencias naturales. De esta suerte, el gobierno de la sociedad sería posible desde criterios y reglas científicos y, por tanto, objetivos, es decir, conducentes a soluciones determinadas como las correctas. Pero ello abre las puertas a una «sofocracia» por ahora al menos no compatible con la «democracia» en la forma de Estado democrático de Derecho que conocemos. En este sentido es significativo el no cuestionamiento e, incluso, la valoración decididamente positiva que merece hoy la solución de creación y acotación de espacios relevantes de poder materialmente ejecutivo (y de poder discrecional) y su atribución a organizaciones «especializadas» (con *expertise*) dotadas de independencia respecto del poder ejecutivo.

lo enteramente en la fase de control y pronunciarse, asimismo en términos rigurosamente jurídicos, incluso sustituyendo la decisión previamente tomada por el poder primariamente llamado a ello.

B) *La reserva de Ley*

a) En general

En la evolución experimentada por la Ley (y, con ella, el Parlamento) en su posición ordenamental y su función de ordenación social se manifiesta, como ya se ha adelantado, una real redistribución del poder de decisión en el seno de las estructuras estatales de poder, que tiene que ver, según también nos consta ya, con el tránsito del Estado liberal de Derecho al actual Estado democrático y social de Derecho. Como no podía ser de otra forma, esta evolución repercute sobre la técnica de la reserva de Ley, en tanto que ésta no es otra cosa que un mecanismo dirigido a asegurar la toma de la decisión precisamente por el Parlamento-legislador.

En Europa es por ahora en la doctrina y el Derecho alemanes³² en los que esa repercusión sobre la reserva de Ley se ha planteado más directa y vivamente. Y la causa eficiente de tal planteamiento reside justamente

³² No es lugar éste para dar cuenta en detalle sobre los términos concretos del debate doctrinal en Alemania. Baste aquí con remitir a la bibliografía en español que da cuenta del mismo: BULLINGER, «La discrecionalidad de la Administración. Evolución y funciones, control judicial», *La Ley*, núm. 1.831, 30 de diciembre de 1987; A. EMBID IRUJO, «La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana», *RAP*, núm. 115, pp. 403 ss.; y L. PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el Derecho público*, CEC, Madrid, 1991.

en la consecuencia derivada del agotamiento del principio de Estado de Derecho hasta sus últimas posibilidades. Pues la aplicación estricta y consecuente de la reserva de Ley, es decir, de la obligada y primera intervención del legislador en las correspondientes materias, regulándolas efectivamente, determina de suyo el colapso del sistema estatal (por imposibilidad material del cumplimiento cabal de los requerimientos del Estado de Derecho), especialmente en los campos de la acción de fomento y prestacional. Es esta perspectiva la que ha desencadenado dos reacciones: de un lado, la reconsideración de la teoría tradicional de la reserva de Ley mediante la formulación de otra alternativa, bajo la óptica preferente del principio del Estado democrático, conocida como teoría de la «esencialidad»; de otro, la postulación, frente a la reserva de Ley, de una «reserva de Administración». Mientras esta segunda es muy discutida y no parece haberse afianzado, la primera encuentra su más firme baluarte justo en el Tribunal Federal Constitucional.

La reelaboración que viene efectuando dicho Tribunal, a lo largo ya de más de quince años³³, puede resumirse así:

a) No es válido ya, por haber quedado sobrevenidamente obsoleto, el fundamento originario de la reserva de Ley (en el Estado liberal de Derecho): la garantía de la sociedad —concebida de forma homogénea y distinguida netamente del Estado— frente a las

³³ La reelaboración aludida no está aún concluida. Se trata, pues, de un proceso aún en curso y que, por demás, no está exento de críticas doctrinales, no tanto sobre su procedencia, cuanto sobre el nuevo criterio que introduce, el de la esencialidad, que se estima aún poco preciso y operativo.

inmisiones en la esfera de la «libertad y propiedad» de los ciudadanos, gracias justamente a la intervención de los representantes de esa misma sociedad en el Estado. Y ello, entre otras razones en las que ahora no procede entrar, porque el legislador (el Parlamento) ha dejado de ser hoy la única y verdadera garantía a tales efectos. La función constitucional de este instituto debe ser, pues, distinta; ha de acomodarse a la realidad presente.

b) La técnica de la reserva de Ley debe reconvertirse, en el Estado actual y desde el principio democrático, en un mecanismo constitucional de asignación de competencia para la toma de decisiones, sin relación ya con la fórmula de «propiedad y libertad» (espacio éste hoy perfectamente salvaguardado por los derechos fundamentales y las libertades públicas). En la nueva interpretación, determinadas materias son reservadas al Parlamento por la Constitución en razón de su intrínseca importancia para la colectividad; mayor importancia que demanda que las decisiones se tomen en ellas precisamente por los órganos estatales más idóneos o adecuados para ello en un Estado democrático, tanto por su carácter directamente representativo, como por su funcionamiento (deliberante y permisivo de la intervención, junto a la mayoría, de las minorías, y, por ello, favorecedor de la transparencia en la toma de decisiones), es decir, por las asambleas parlamentarias o directamente elegidas.

Consecuencia obvia de esta nueva construcción es la legitimación de la intervención (incluso decisoria) de la Administración en todas las materias no cubiertas por la reserva de Ley así formulada.

b) En concreto: la incidencia en y la relevancia para la organización territorial del Estado, especialmente la autonomía local que de ella deriva

En nuestro Estado de las Autonomías, la cuestión de la reserva de Ley ha pasado también recientemente a primer plano, al hacer aquél problemática la relación entre la potestad local (de los Municipios, Provincias/Islands y demás entes locales, en su caso) de normación (autónoma y peculiar potestad para dictar normas de rango reglamentario) y el espacio acotado constitucionalmente en favor de la Ley (y, por tanto, del Parlamento: del estatal y de los de las Comunidades Autónomas) a través de dicha técnica de la reserva, pues es claro que la Constitución no ha podido querer una vulneración de ésta a través del otorgamiento de aquella potestad. La determinación actual del significado, contenido y alcance de la reserva de Ley se erige, así, en cuestión de primera importancia para la precisión del alcance de la descentralización territorial administrativa que simbolizan los entes locales. La institución de la reserva constitucional de Ley formal, consecuentemente, además de enfrentar su adecuación funcional a la profunda evolución experimentada desde su surgimiento y formulación por las condiciones sociopolíticas, requiere sin duda (como lo demuestra el caso alemán, ya expuesto) una decidida renovación en los sistemas descentralizados territorialmente como el español, tanto para asegurar su satisfactoria convivencia con el reparto territorial del poder legislativo formal y la consecuente tensión entre la unidad y el pluralismo en la acción legislativa —y responder adecuadamente, así, a la pregunta acerca de cuál sea el legislador aludido en cada caso concreto por la reserva pertinente—, como para resolver

La tutela judicial efectiva frente al poder público administrativo es capital en el Estado de Derecho.

Una vez constituido efectivamente como tal nuestro Estado y, por tanto, consolidada definitivamente su plena conquista por el Derecho en virtud de la Constitución de 1978, pasa a primer plano la cuestión de los términos concretos y últimos de aquella tutela. Una tutela articulada constitucionalmente bajo la forma de control del poder público administrativo, incluso de las decisiones administrativas discrecionales, con motivos de su exploración y agotamiento de los límites de control que tiene constitucionalmente atribuidos.

No puede sorprender, por tanto, que dicha cuestión esté en la actualidad del debate científico e, incluso, del público en general. Este libro pretende ser una contribución a ese debate, discutiendo las bases de la solución hasta ahora mayoritariamente aceptada y sentando unas nuevas desde un análisis del orden constitucional vigente hasta ahora descuidado.

ciencias jurídicas

ISBN 84-309-2343-8



9 788430 923434

tecnos

1226122

Luciano Parejo Alfonso
1. Parejo Alfonso, administrador y juez: dos funciones constitucionales distintas y complementarias

luciano parejo alfonso

administrar

y juzgar:

dos funciones

constitucionales

distintas

y complementarias

tecnos