



LECCIÓN 4

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universitat de València

SUMARIO: I. Sometimiento al entero ordenamiento jurídico. II. El principio de vinculación negativa. III. El principio de vinculación positiva. IV. La vertiente formal del principio de legalidad: la reserva de ley. V. La vertiente material del principio de legalidad: el mandato de predeterminación normativa. VI. La forma de atribución de las potestades administrativas. VII. Potestades regladas y potestades discrecionales. VIII. Justificación de la discrecionalidad administrativa. IX. Límites de la atribución de potestades discrecionales. X. Límites al ejercicio de potestades discrecionales. El control judicial del ejercicio de potestades discrecionales. 1. Elementos reglados. 2. La distinción entre potestades discrecionales y potestades regladas mediante normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados. 3. La desviación de poder. 4. Los principios generales del Derecho. 4.1. El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. 4.2. El principio de proporcionalidad.

I. SOMETIMIENTO AL ENTERO ORDENAMIENTO JURÍDICO

El principio de legalidad debe entenderse en sentido amplio, como sometimiento pleno a la ley y al Derecho (arts. 9.1 y 103.1 CE). Las Administraciones públicas no solo deben respetar las disposiciones normativas con rango de ley, sino también el entero ordenamiento jurídico, del que forman parte, cuando menos, las llamadas normas escritas, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Ejemplo 1

La STS (Sala 3.^a, Secc. 5.^a) de 18 de febrero de 1992 (rec. 959/1990, RJ 2904, ponente: Javier Delgado Barrio) confirma la validez de una orden municipal de demolición de una nave construida por el actor en suelo no urbanizable protegido de interés agrícola sin la preceptiva licencia. Se discutía si la demolición resultaba conforme con el principio de proporcionalidad.

[97]



Explicación

El Tribunal considera que la Administración no vulneró dicho principio, al cual debía ajustarse su actuación:

Los principios generales del Derecho, esencia del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios «informen» las normas —art. 1.4 del Título Preliminar del Código Civil— y que la Administración esté sometida no solo a la Ley sino también al Derecho —art. 103.1 de la Constitución—. Y es claro que si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios.

Ejemplo 2

En la STS (Sala 3.^a, Secc. 2.^a) de 18 de junio de 2009 (rec. 1417/2003, ponente: José Antonio Moreno Fernández) se declara la ilegalidad de un requerimiento administrativo de información sobre movimientos de cuentas bancarias.

Explicación

El Tribunal Supremo advierte  de que:

El requerimiento se extiende a todas las cuentas corrientes del contribuyente, y a sus soportes documentales [...] Ello nos lleva a [estimar] [...] que los términos en los que se formula el requerimiento y su extensión y alcance resultaban desproporcionados e innecesarios en atención a la actuación tributaria seguida. No supera, pues, el requerimiento el juicio de idoneidad, dado que no queda justificado si la medida era adecuada e idónea para conseguir el fin constitucionalmente legítimo que habilita la posible intromisión en la intimidad personal del interesado. Falta, en definitiva, el sustrato causal, que ha debido de ofrecer la Administración.

Desde el punto de vista de la proporcionalidad estricta, la necesidad y su adecuación, debe venir contemplada y se debe desprender del requerimiento, ya sea explícita o, al menos implícitamente, en atención a la finalidad y utilidad que se busca, y quien viene obligada a respetar dichos principios es la Administración requirente. Una solicitud en los términos vistos pone en evidente peligro el límite de la inmisión prohibida, porque impide realizar una ponderación entre el fin constitucionalmente legítimo en relación con el derecho a la intimidad del interesado.

Ejemplo 3

La STS (Sala 3.^a, Secc. 4.^a) de 14 septiembre 2010 (rec. 5475/2005, ponente: Antonio Martí García) decide sobre la validez de diversos preceptos de la Ordenanza del Ayuntamiento de Utiel reguladora de la instalación, modificación y funcionamiento de los elementos y equipos de telecomunicación que utilicen

el espacio radioeléctrico. El Tribunal analiza la «legalidad» de un precepto que obligaba a ubicar las estaciones base o cualquier otra instalación de telefonía móvil en suelo no urbanizable, y otro que establecía que las instalaciones de telefonía móvil se ubicasen preferentemente en suelo no urbanizable de propiedad municipal con una distancia de al menos 1.000 metros lineales respecto del suelo clasificado como urbano o como urbanizable. Ninguno de los dos preceptos reglamentarios contradecía lo establecido en una disposición legal, pero fueron considerados inválidos.

Explicación

En palabras del Tribunal Supremo:

Lo que hay que ver es si [el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Ayuntamiento] ha sido proporcionado [...] o si [...] determina una restricción absoluta del derecho de los operadores a establecer sus instalaciones.

En este punto, encontramos una diferencia con el supuesto que se nos presentó en el recurso de casación 4450/2007. Y es que, en aquel caso, tuvimos en cuenta a la hora de discernir si se producía una restricción absoluta a la instalación de elementos de telecomunicación en el término municipal, que, si bien se establecía una preferencia para su ubicación en suelo no urbanizable, se permitía a título de salvaguardia del derecho de los operadores la posibilidad de permitir su implantación en suelo no urbanizable cuando se demostrara la imposibilidad de su emplazamiento en suelo no urbanizable y la existencia de zonas de sombra en las cuales no se dé servicio. Por ello considerábamos que la restricción al emplazamiento de las instalaciones de telecomunicación no era absoluta, pues, aparte de ser permitida en suelo que tuviera distinta clasificación, era posible también en suelo que no tuviera la condición de no urbanizable, cuando ello fuera necesario para la prestación universal del servicio de telecomunicaciones.

A diferencia de aquel caso, en el que el actual recurso nos plantea nos encontramos con que, lejos de permitirse a título de cautela la instalación de elementos de telecomunicación en lugares en que en principio esté prohibido con la finalidad de hacer posible la cobertura del servicio en el término municipal, la interdicción es por el contrario absoluta [...] Añadiéndose a ello una restricción adicional [...] señalando que «Preferentemente las instalaciones de telefonía móvil deberán ubicarse en suelo no urbanizable de propiedad municipal con una distancia de, al menos 1000 metros lineales de suelo clasificado como urbano o urbanizable [...] Disposiciones ambas de la Ordenanza [...] que, puestas en relación y habida cuenta de la falta de previsión de normas que aseguren la reversión de la regla general en aras de la segura cobertura del servicio, nos parecen contrarias al derecho de establecimiento de los operadores y faltas de proporcionalidad.

II. EL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA

El principio de legalidad puede entenderse en el sentido de que la Administración está vinculada negativamente a la ley, de manera que aquélla puede hacer todo

lo que esta no le prohíba, o, por el contrario, que dicha vinculación es positiva, de modo que la Administración solo puede hacer lo que el legislador le permita.

Ejemplo 4

La STS (Sala 3.^a, Secc. 4.^a) de 15 de diciembre de 2009 (rec. 496/2009, ponente: Antonio Martí García) resuelve sobre la validez de una ordenanza municipal reguladora de la aplicación de estiércol, purines y fangos de depuración que no contaba con una habilitación legislativa explícita. En concreto, se impugnaban disposiciones que fijaban diversos criterios de gestión de tales sustancias, estableciendo varias prohibiciones y obligaciones. Los recurrentes alegaban la falta de competencia del Ayuntamiento para establecerlas. Se aducía que en la materia sobre la que versaban los preceptos impugnados existía normativa estatal y autonómica que no delegaba competencias a los Ayuntamientos sobre la aplicación de aquellos productos. El Tribunal Supremo considera válidas las normas recurridas.

Explicación

En la citada STS puede leerse lo siguiente:

El motivo de casación trasluce una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la vinculación positiva que ahí o para ello acarrearía el principio de legalidad, de suerte que la Corporación Local solo podría actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de este para ello. Sin embargo, hoy en día no es esa concepción la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales Corporaciones que atienda, como es obligado, a una que con el carácter de fuente primaria y naturaleza de Tratado fue incorporada a nuestro Ordenamiento, cual es la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988. Ni es tampoco la que mejor se adecua a algunos pronunciamientos de este Tribunal Supremo que ya la han tenido en cuenta, en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquéllas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir.

En esta línea, prescindiendo ahora por su problemática singular de algunas significativas que se refieren a la potestad normativa local en materia sancionadora (como por ejemplo las de 29 de septiembre de 2003 y 25 de mayo de 2004), son de oportuna cita dos sentencias de este Tribunal de fechas 21 de mayo de 1997 y 30 de enero de 2008, dictadas respectivamente en el recurso de apelación 5996/1992 y en el de casación 1346/2004. En la primera de ellas, frente a la tesis que negaba la competencia municipal por no existir a su favor un acuerdo firme y definitivo por parte de la Administración titular de la competencia principal en la materia, afirmamos que esa interpretación es excesivamente restrictiva y dudosamente compatible con la amplitud con que la Constitución concibe la garantía institucional de la autonomía de gobierno y administración de los municipios (art. 140 de la Constitución), la cual debe ser interpretada, en el te-

rreno competencial, de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la Carta Europea de Autonomía local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España mediante Instrumento de 20 enero 1988, con arreglo a cuyo art. 4.2 «las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad». Y en la segunda, en un supuesto de impugnación de una ordenanza de un municipio catalán que regulaba la liberación de olores a la atmósfera, entendimos que las Corporaciones locales, en aquellas materias en que necesariamente han de ejercer competencias, como lo es en especial la de protección del medio ambiente, pueden ejercerlas por medio de ordenanza en los aspectos en que la norma autonómica no las haya utilizado, siempre que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente, «para de ese modo realizar las actividades complementarias de otras Administraciones Públicas a que se refiere el art. 28 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local».

III. EL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN POSITIVA

Ejemplo 5

La STC 83/1984, de 24 de julio de 1984, declara con carácter general [bien es cierto que incidentalmente] que el «principio general de libertad que la Constitución (art. 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal».

Explicación

El Tribunal Constitucional deduce de los referidos preceptos constitucionales que la Administración está vinculada positivamente a la ley cuando se trata de limitar la libertad de los ciudadanos.

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que el principio de legalidad, entendido como vinculación positiva de la Administración a la ley, ha sido consagrado explícitamente en algunos preceptos legales. Sirvan dos ejemplos:

El art. 39.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por ejemplo, establece que «los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación solo en los casos previstos por la Ley», por lo que la Administración solo puede exigir esa información si una ley se lo permite.

El art. 4.1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, dispone que «los prestadores podrán establecerse libremente en territorio español para ejercer una actividad de servicios, sin más limitaciones que las establecidas de acuerdo con lo previsto en esta Ley». La Administración necesita, por lo tanto, una habilitación legal para limitar esta libertad.

IV. LA VERTIENTE FORMAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: LA RESERVA DE LEY

Del principio de legalidad consagrado en el art. 53.1 de la Constitución derivan dos garantías: la reserva de ley y el mandato de predeterminación normativa. En virtud de la primera, el ejercicio de los derechos regulados en los arts. 15 a 38 de la Constitución debe regularse mediante normas con rango de ley; es decir, el alcance los mismos solo puede ser limitado en la medida establecida por el legislador.

Ejemplo 6

El art. 21.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, establecía que «los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso, o cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos». El Defensor del Pueblo había recurrido este precepto por considerar inconstitucional el inciso «o por disposición de superior rango», al entender que permitía que una norma de rango infralegal o reglamentario pudiera facultar la cesión de datos personales entre Administraciones Públicas para fines distintos de los que originaron su recogida y sin necesidad de recabar el «previo consentimiento del interesado» para tal cesión, como exigía el art. 11.1 de la referida Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional lo anula.

Explicación

La STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 14 (ponente: Julio Diego González Campos), declaró al respecto que:

Pese a la importancia que para garantizar el ejercicio del derecho fundamental poseen los derechos del interesado a ser informado y a consentir la cesión de sus datos personales, como antes se ha declarado, sin embargo, es suficiente según el art. 21.1 LOPD que la comunicación de tales datos entre Administraciones Públicas, para el ejercicio de competencias diferentes o que versen sobre materias distintas, sea autorizada por una norma reglamentaria. Al respecto, ya hemos dicho [STC 127/1994, F. 5, con remisión a la STC 83/1984, F. 4, y 99/1987, F. 3.a)] que incluso en los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es imposible una intervención auxiliar o complementaria del Reglamento, pero siempre que estas remisiones restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad reglamentaria a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. De tal modo que esa remisión no conlleve una renuncia del legislador a su facultad para establecer los límites a los derechos fundamentales, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles

son los objetivos que la reglamentación ha de perseguir, pues, en tal caso, el legislador no haría sino «deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado» (STC 227/1993, de 9 de julio, F. 4, recogiendo la expresión de la STC 77/1985, de 27 de junio, F. 14).

La remisión a la regulación reglamentaria de materia ligada a la reservada a la Ley es preciso, pues, que se formule en condiciones tales que no contrarie materialmente la finalidad de la reserva, de la cual se derivan, según la STC 83/1984, «ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley». Es en este segundo plano en el que se encuentra el núcleo argumental del recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo que es acogido en esta Sentencia, el cual considera que al establecer el art. 21.4 LOPD que esas cesiones no requieren del previo consentimiento del afectado permite al reglamento imponer un límite al derecho fundamental a la protección de datos personales que, como se ha dicho ya, defrauda la previsión del art. 53.1 de la Constitución (STC 101/1991, de 13 de mayo, F. 3).

El motivo de la inconstitucionalidad del art. 21.1 LOPD resulta, pues, claro. La LOPD en este punto no ha fijado por sí misma, como le impone la Constitución (art. 53.1 CE), los límites al derecho a consentir la cesión de datos personales entre Administraciones Públicas para fines distintos a los que motivaron originariamente su recogida, y a los que alcanza únicamente el consentimiento inicialmente prestado por el afectado [art. 11 LOPD, en relación con lo dispuesto en los arts. 4, 6 y 34.e) LOPD], sino que se ha limitado a identificar la norma que puede hacerlo en su lugar. Norma que bien puede ser reglamentaria, ya que con arreglo al precepto impugnado será una norma de superior rango, y con mayor razón para el caso de que la modificación lo sea por una norma de similar rango, a la que crea el fichero (y esta basta con que sea una disposición general, que no una Ley, publicada en un *Boletín* o *Diario oficial* —art. 20.1 LOPD—) la que pueda autorizar esa cesión inconstituida de datos personales, lo que resulta ser, desde luego, contrario a la Constitución.

V. LA VERTIENTE MATERIAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: EL MANDATO DE PREDETERMINACIÓN NORMATIVA

El principio de legalidad también tiene una vertiente material, en virtud de la cual las restricciones impuestas a los derechos contemplados en los arts. 15 a 38 de la Constitución española deben ser predeterminadas normativamente en términos lo suficientemente precisos como para resultar previsibles por parte de los ciudadanos y para que las autoridades encargadas de imponerlas no dispongan de una excesiva discrecionalidad, que propicie la comisión de abusos y arbitrariedades.

Ejemplo 7

En el caso resuelto por la citada STC 292/2000, también se había impugnado el art. 24 de la mentada LOPD, que contemplaba la posibilidad de limitar ciertos derechos «cuando la información al afectado [impidiese o dificultase] gravemente el cum-

plimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones públicas o cuando [afectase] a la Defensa Nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales o administrativas» (apartado 1), y establecía que se exceptuarían otros derechos si «ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección...» (apartado 2). La STC 292/2000 declaró la inconstitucionalidad de la regulación cuestionada.

Explicación

Las razones esgrimidas eran las siguientes:

[Lo establecido] en el art. 53.1 CE respecto a la regulación de los límites de un derecho fundamental no solo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias como el que antes hemos enjuiciado, sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites...

[Aun] teniendo un fundamento constitucional y resultando proporcionadas las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una Ley (STC 178/1985), estas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación. Conclusión que se corrobora en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sido citada en el F. 8 y que aquí ha de darse por reproducida. Y ha de señalarse, asimismo, que no solo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, F. 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha Ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, F. 15; 142/1993, de 22 de abril, F. 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, F. 7). De suerte que la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción. Y al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica.

Más concretamente, en relación con el derecho fundamental a la intimidad hemos puesto de relieve no solo la necesidad de que sus posibles limitaciones estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sean proporcionadas (SSTC 110/1984, F. 3, y 254/1993, F. 7) sino que la Ley que restrinja este derecho debe expresar con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora. De no ser así, mal cabe entender que la resolución judicial o el acto administrativo que la aplique estén fundados en la Ley, ya que lo que esta ha hecho, haciendo dejación de sus funciones, es apoderar a otros Poderes Públicos para que sean ellos quienes fijen los límites al derecho fundamental (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, y 49/1999, de 5 de abril).

De igual modo, respecto al derecho a la protección de datos personales cabe estimar que la legitimidad constitucional de la restricción de este derecho no puede estar basada, por sí sola, en la actividad de la Administración Pública. Ni

es suficiente que la Ley apodere a esta para que precise en cada caso sus límites, limitándose a indicar que deberá hacer tal precisión cuando concurra algún derecho o bien constitucionalmente protegido. Es el legislador quien debe determinar cuándo concurre ese bien o derecho que justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales y en qué circunstancias puede limitarse y, además, es él quien debe hacerlo mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias. Pues en otro caso el legislador habría trasladado a la Administración el desempeño de una función que solo a él compete en materia de derechos fundamentales en virtud de la reserva de Ley del art. 53.1 CE, esto es, establecer claramente el límite y su regulación.

En el caso presente, el empleo por la LOPD en su art. 24.1 de la expresión «funciones de control y verificación», abre un espacio de incertidumbre tan amplio que provoca una doble y perversa consecuencia. De un lado, al habilitar la LOPD a la Administración para que restrinja derechos fundamentales invocando semejante expresión está renunciando a fijar ella misma los límites, apoderando a la Administración para hacerlo. Y de un modo tal que, como señala el Defensor del Pueblo, permite reconducir a las mismas prácticamente toda actividad administrativa, ya que toda actividad administrativa que implique entablar una relación jurídica con un administrado, que así será prácticamente en todos los casos en los que la Administración necesite de datos personales de alguien, conllevará de ordinario la potestad de la Administración de verificar y controlar que ese administrado ha actuado conforme al régimen jurídico administrativo de la relación jurídica entablada con la Administración. Lo que, a la vista del motivo de restricción del derecho a ser informado del art. 5 LOPD, deja en la más absoluta incertidumbre al ciudadano sobre en qué casos concurrirá esa circunstancia (si no en todos) y suma en la ineficacia cualquier mecanismo de tutela jurisdiccional que deba enjuiciar semejante supuesto de restricción de derechos fundamentales sin otro criterio complementario que venga en ayuda de su control de la actuación administrativa en esta materia.

Iguales reproches merece, asimismo, el empleo en el art. 24.2 LOPD de la expresión «interés público» como fundamento de la imposición de límites a los derechos fundamentales del art. 18.1 y 4 CE, pues encierra un grado de incertidumbre aún mayor. Basta reparar en que toda actividad administrativa, en último término, persigue la salvaguardia de intereses generales, cuya consecución constituye la finalidad a la que debe servir con objetividad la Administración con arreglo al art. 103.1 CE.

Las mismas tachas merecen también los otros dos casos de restricciones que han sido impugnados por el Defensor del Pueblo, la relativa a la persecución de infracciones administrativas (art. 24.1 LOPD) y la garantía de intereses de terceros más dignos de protección (art. 24.2 LOPD).

El interés público en sancionar infracciones administrativas no resulta, en efecto, suficiente, como se evidencia en que ni siquiera se prevé como límite para el simple acceso a los archivos y registros administrativos contemplados en el art. 105.b) CE. Por lo que la posibilidad de que, con arreglo al art. 24.1 LOPD, la Administración pueda sustraer al interesado información relativa al fichero y sus datos según dispone el art. 5.1 y 2 LOPD, invocando los perjuicios que semejante información pueda acarrear a la persecución de una infracción administrativa, supone una grave restricción de los derechos a la intimidad y a la protección de datos carente de todo fundamento constitucional. Y cabe observar que se trata, además, de una práctica que puede causar grave indefensión en el interesado, que puede verse impedido de articular adecuadamente su defensa frente a un posible expediente sancionador por la comisión de infrac-

ciones administrativas al negarle la propia Administración acceso a los datos que sobre su persona pueda poseer y que puedan ser empleados en su contra sin posibilidad de defensa alguna al no poder rebatirlos por resultarles ignotos al afectado. La propia LOPD establece en su art. 13 que los ciudadanos «tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad». Criterios difícilmente compatibles con la denegación del derecho a ser informado del art. 5 LOPD acordada por la Administración Pública con el único fundamento de la persecución de una infracción administrativa.

Por último, el apartado 2 del art. 24 LOPD establece que los derechos de acceso a los datos (art. 15.1 y 2 LOPD) y los de rectificación y cancelación de los mismos (art. 16.1 LOPD) podrán denegarse también si, «ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante [...] intereses de terceros más dignos de protección». Resulta evidente que tras lo ya dicho, a la vista de que este inciso permite al responsable del fichero público negar a un interesado el acceso, rectificación y cancelación de sus datos personales, y al margen de que esos intereses puedan identificarse con los derechos fundamentales de ese tercero o con cualquier otro interés que pudiere esgrimirse, semejante negativa conlleva abandonar a la decisión administrativa la fijación de un límite al derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal sin ni siquiera establecer cuáles puedan ser esos intereses ni las circunstancias en las que quepa hacerlos valer para restringir de esa forma este derecho fundamental...

Como en otra ocasión hemos aseverado, los motivos de limitación adolecen de tal grado de indeterminación que deja excesivo campo de maniobra a la discrecionalidad administrativa, incompatible con las exigencias de la reserva legal en cuanto constituye una cesión en blanco del poder normativo que defrauda la reserva de ley. Además, al no hacer referencia alguna a los presupuestos y condiciones de la restricción, resulta insuficiente para determinar si la decisión administrativa es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo dispuesto por el legislador (SSTC 101/1991, F. 3, y 49/1999, F. 4). De suerte que la misma falta evidente de certeza y previsibilidad del límite que el art. 24.2 LOPD impone al derecho fundamental a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE), y la circunstancia de que, además, se trate de un límite cuya fijación y aplicación no viene precisada en la LOPD, sino que se abandona a la entera discreción de la Administración Pública responsable del fichero en cuestión, aboca a la estimación en este punto del recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo al resultar vulnerados los arts. 18.4 y 53.1 CE.

VI. LA FORMA DE ATRIBUCIÓN DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

Ejemplo 8

En el caso decidido por la STSJ de Cataluña de 19 de enero de 1999 (rec. 1504/1995, ponente: María Pilar Martín Coscolla), el Consorcio para la Defensa de la Cuenca del Río Besós había impuesto a la actora una multa por la comisión

de diversas infracciones previstas en el del Reglamento de Vertidos del Consorcio. La citada STSJ anula la sanción impugnada, tras constatar que la referida organización carecía de potestad sancionadora.

Explicación

El art. 127 de la Ley 30/1992 establece que:

1. La potestad sancionadora de las Administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título y, cuando se trate de entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario.

El legislador ha exigido, pues, que la atribución de potestad sancionadora a las Administraciones públicas se haga por el legislador de manera explícita. El Tribunal Supremo advierte que:

Para que el Consorcio demandado tuviera potestad sancionadora, en concreto y para lo que nos afecta, en materia medio ambiental de vertidos de aguas residuales, sería preciso que una Ley formal así lo estableciese. Pues bien, por lo que se refiere a la normativa sectorial plasmada en la Ley de Aguas, en el Reglamento de Dominio Público Hidráulico y, en Cataluña, en el Texto Refundido Decret Legislatiu 1/1988 y en la Llei 19/1991 de reforma de la Junta de Saneamiento, no se contempla tal atribución ni a los consorcios ni a ninguna otra Administración que no sea el Organismo de Cuenca, en la legislación estatal, o la Junta de Saneamiento, en la autonómica...

Tampoco en este ámbito normativo genérico [de las Administraciones locales] se encuentra una Ley que otorgue estas potestades a los Consorcios...

No es aceptable la postura de la parte demandada que aboga por considerar que la constitución del Consorcio implica la delegación al mismo de la gestión del servicio para el que se constituye, incluida la delegación de las potestades reglamentaria y sancionadora; y no es aceptable, por lo que se refiere al tema sancionador, porque ya hemos dicho que no solo el Consorcio, sino ninguna Administración de ningún carácter ni ámbito puede detentar potestad sancionadora sino es por Ley que expresamente la atribuya; de hecho, el art. 127.2 de la Ley 30/1992 no admite ni siquiera la delegación del ejercicio de la potestad sancionadora en órgano distinto de aquel a quien corresponda.

Ejemplo 9

La STC 26/1994, de 27 enero, FJ 5 (ponente: Vicente Gimeno Sendra), declara que en el ámbito sancionador cabe la posibilidad de dictar normas reglamentarias que desarrollen la tipificación de las infracciones y sanciones efectuada por el le-

gislador, pero solo si la remisión de la norma legal a la reglamentaria es expresa, y solo si en aquélla quedan suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica, naturaleza y límite de las sanciones a imponer.

Explicación

El Tribunal Constitucional ha declarado que esa exigencia de atribución explícita tiene rango constitucional: se contiene implícitamente en el art. 25.1 de la norma suprema.

VII. POTESTADES REGLADAS Y POTESTADES DISCRECIONALES

Las potestades regladas son aquellas cuyas condiciones de ejercicio están reguladas normativamente de manera exhaustiva, de manera que la Administración no puede optar entre dos soluciones igualmente justas, y los Tribunales competentes pueden verificar si la Administración ha adoptado la única decisión que en el caso concreto resultaba ajustada a Derecho. Las potestades discrecionales son aquellas cuyas condiciones de ejercicio no están predeterminadas normativamente de manera agotadora, de manera que la Administración tiene la posibilidad de optar entre dos soluciones igualmente justas, y los Tribunales competentes deben dar por válida la decisión adoptada por la Administración, siempre que aquella se mantenga dentro de ciertos límites.

Ejemplo 10

En el caso resuelto por la STS (Sala 3.^a, Secc. 6.^a) de 5 de junio de 1990 (RJ 4804, ponente: Javier Delgado Barrio), el Ayuntamiento de Vilamacolum había denegado una licencia de obras que la actora pretendía realizar, aduciendo que las mismas se efectuarían sobre otras llevadas a cabo sin la correspondiente licencia y no legalizables por suponer la reconstrucción de un edificio fuera de alineación. El Tribunal Supremo declara la ilegalidad de la denegación.

Explicación

El Tribunal Supremo estima que se trataba de una potestad reglada. La Administración no podía denegar la licencia si concurrían todos los requisitos legalmente establecidos para su otorgamiento. La supuesta ilegalidad previamente cometida por el solicitante:

No supone obstáculo legal alguno para el otorgamiento de la licencia después solicitada para llevar a cabo en la propia casa obras distintas de las supuestamente efectuadas sin licencia, dado que la potestad autorizatoria en materia urbanística, de carácter absolutamente reglado, no tiene otro objeto que el contraste previo de que el *ius aedificandi* se ejercita dentro de los límites que configuran al propio derecho según la ordenación urbanística, como se deduce de lo dispuesto en el art. 178.2 de la Ley del Suelo, sin que pueda ser usada

para sancionar por vía indirecta anteriores infracciones en la materia, lo que no será óbice, claro está, para que la Administración use de sus potestades de restauración de la legalidad en lo referente a los actos de edificación producidos sin licencia, que podrán llegar a suponer en los casos de los arts. 184.3 y 185.2 de la Ley del Suelo la demolición de las obras, cualquiera que sea el efecto de esta sobre las posteriormente realizadas con la pertinente autorización.

Ejemplo 11

En el caso resuelto por la STS de 28 de febrero de 2001 (rec. 685/1994, ponente: Óscar González González)  Ayuntamiento de Pego había impugnado una concesión de aguas del río Racons otorgada al Ayuntamiento de Denia. El art. 57 de la Ley de Aguas establecía que «las concesiones se otorgarán teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los caudales concedidos» (apartado 2), y que «toda concesión se otorgará según las previsiones de los Planes Hidrológicos, con carácter temporal y plazo no superior a setenta y cinco años. Su otorgamiento será discrecional» (apartado 4). El Ayuntamiento recurrente alegaba la improcedencia de la concesión, habida cuenta de «la ausencia de planificación hidrológica, unida al desconocimiento de las disponibilidades de recurso hídrico, y a la existencia de repercusiones en otras captaciones».

Explicación

El Tribunal Supremo declara que:

No puede decirse que exista en estos casos en manos de la Administración una potestad discrecional para dar o denegar la concesión. Por el contrario, al encontrarnos en supuesto normativo excepcional —pese a lo ocurrido en la práctica— de falta de Plan Hidrológico, no es aplicable el art. 57 de la Ley 29/1985, sino la disposición transitoria de la misma, respetando las preferencias del art. 58, al que se remite, de tal forma que si concurren los presupuestos expresados en la norma la concesión ha de otorgarse, rechazándose en caso contrario.

Ejemplo 12

En el caso resuelto por la STS (Sala 3.^a, Secc. 6.^a) de 21 de septiembre de 2006 (rec. 102/2004, ponente: Nicolás Maurendi Guillén), se impugnaba por desviación de poder un Real Decreto por el que se había dispuesto el pase a la situación de reserva como Teniente General del Ejército del Aire de la persona a la que se había encargado el cometido de coordinar el envío de aviones y de los ataúdes para la repatriación de los cadáveres de los accidentados en el tristemente famoso YK 42. De acuerdo con el art. 144 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, «por decisión del Gobierno, los Oficiales Generales también podrán pasar a la situación de reserva mediante Real Decreto, acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Defensa».

Explicación

Para desestimar el recurso, el Tribunal Supremo declara que:

La lectura del precepto que acaba de transcribirse pone de manifiesto una amplísima habilitación al Gobierno para el pase a la situación de reserva de los Oficiales Generales.

Esa amplitud opera en el aspecto que pudiéramos llamar sustantivo, ya que no se acotan taxativamente los supuestos en que puede ser adoptada esa decisión, pero también en el aspecto formal o procedimental, al no disponerse ningún trámite específico y exigir únicamente el precepto legal de que se viene hablando que exista propuesta del Ministro de Defensa y que la decisión se haga «mediante Real Decreto acordado en el Consejo de Ministros».

Se trata de una potestad discrecional conferida al Gobierno que en principio no tiene más límite sustantivo que el impuesto por la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el art. 9.3 de la Constitución.

Lo cual trae como primera consecuencia que siempre que la decisión esté amparada en razones de interés general y no sea por ello gratuita, habrá de aceptarse que respeta debidamente ese canon de constitucionalidad que es ineludible en cualquier manifestación del ejercicio de los poderes públicos.

[...]

Esas razones de interés general, al no estar legalmente tasadas en ese art. 144.4 de la Ley 17/1999, podrán constituir una muy amplia variedad de circunstancias. Amplitud que, por lo que se explica a continuación, tiene un claro respaldo constitucional y se ve confirmada en otros preceptos de la mencionada Ley 17/1999.

[...]

Rige ciertamente en la potestad administrativa que se viene analizando el mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Pero la suficiencia en cada caso de las razones de interés general que puedan hacer válido el ejercicio de dicha potestad, desde ese parámetro constitucional que acaba de recordarse, habrá de ser medida teniendo en cuenta la amplia discrecionalidad que es inherente a esa función constitucional de dirección política y administrativa que corresponde al Gobierno.

De esto último derivan otras consecuencias.

Esas razones de interés general, para descartar su arbitrariedad, habrán de tener un soporte objetivo, pero podrán consistir en hechos muy variados y de significación muy diferente.

Podrán estar constituidas por hechos puramente materiales representados con las necesidades de la defensa.

También podrán ser encarnadas por conductas individuales que justifiquen razonablemente una discrepancia, por parte del Gobierno, sobre cuales han de ser las características que ha de presentar esa directa colaboración que los más altos empleos militares del generalato han de desarrollar en relación con la alta función constitucional de dirección política que se viene repitiendo.

Los razonamientos que han quedado expuestos ya ofrecen una base inicial para descartar la desviación de poder que se reprocha al aquí cuestionado Real Decreto 1.661/2004.

A través de la decisión formalizada en ese Real Decreto, el Gobierno dispuso para el recurrente una nueva situación administrativa que está prevista y de-

finida en la regulación legal estatutaria que le es de aplicación, y lo hizo, como se ha dicho, en el ejercicio de una potestad discrecional que tiene reconocida

Tras todo lo anterior, el presente litigio se desplaza al análisis de estas otras cuestiones: si los hechos expresados por el Ministro de Defensa en las comparecencias parlamentarias que son invocadas en la demanda son bastantes para integrar el presupuesto habilitante de esa potestad discrecional del Gobierno que antes se analizó; y si, paralelamente, cumplen con el canon de constitucionalidad que representa el mandato de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

[...]

La comparecencia parlamentaria de 7 de julio de 2004, cuya síntesis se ha realizado, contiene las concretas razones que llevaron al Ministro de Defensa a proponer el pase a la situación de reserva que finalmente fue decidido por el Real Decreto 1.661/2004.

Esas razones descartan de manera definitiva la arbitrariedad porque tienen encaje en el amplio espacio de discrecionalidad que, según lo que se ha venido exponiendo, corresponde al Gobierno a través de la potestad que le reconoce el art. 144.4 de la Ley 17/1999.

Y tienen ese encaje porque, con apoyo en datos objetivos, es apreciado un error de gran entidad en relación a un hecho muy luctuoso para los familiares de los fallecidos y también para el colectivo militar español; porque ese error el Gobierno lo valora como motivo suficiente para discrepar sobre la función directiva desarrollada por quien tenía asumida la responsabilidad de la repatriación de los cadáveres de los militares españoles; y porque, como consecuencia de ello, ese mismo Gobierno se forma una convicción negativa sobre las posibilidades del recurrente para hacerle acreedor de la confianza reclamada por ese superior nivel de cualificación que caracteriza a los destinos que deben desempeñar los miembros del Generalato mientras permanecen en servicio activo.

[...]

Admitido por dicho recurrente en su demanda que recibió el encargo de coordinar la repatriación por vía aérea de los cadáveres de los militares fallecidos, no puede considerarse irracional que el Gobierno haya valorado que su cometido profesional alcanzaba también a lo relativo a la identificación de esos cadáveres; y no en el sentido de que era el actor quien directamente debía intervenir en las tareas técnicas que conllevaba esa identificación, sino en el de cerciorarse de que la identificación se había llevado a cabo, o en el de dejar constancia de que habían mediado circunstancias que la habían impedido.

El Gobierno, en el Real Decreto aquí impugnado, y en línea con lo que acaba de apuntarse, ha atribuido una gran amplitud para el cometido profesional que correspondía realizar al recurrente en virtud del encargo recibido. Se podrá discrepar sobre el elevado nivel de rigor y exigencia profesional que exterioriza ese criterio gubernamental, pero en modo alguno merece ser considerado como algo gratuito o irracional para derivar de ello, en términos de Derecho, un juicio positivo de arbitrariedad.

Ejemplo 13

En el caso resuelto por la STS (Sala 3.^a, Secc. 5.^a) de 15 de enero de 2009 (rec. 329/2005, ponente: Pilar Teso Gamella) se enjuiciaba un acuerdo del Consejo de Ministros que no había previsto ningún trasvase de agua para uso de regadío desde la cabecera del Tajo hasta la cuenca del Segura. La disposición adicional

tercera de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, establecía que «en cuanto a las transferencias de agua aprobadas desde la cabecera del Tajo, y conforme a lo dispuesto en el art. 23 de su Plan Hidrológico de cuenca, se considerarán aguas excedentarias todas aquellas existencias embalsadas en el conjunto de Entrepeñas-Buendía que superen los 240 Hm³. Por debajo de esta cifra no se podrán efectuar trasvases en ningún caso». En dicho art. 23 se establecían algunos criterios con arreglo a los que había de decidirse acerca de la autorización del trasvase. Los recurrentes aducían que el régimen jurídico del trasvase Tajo Segura contemplaba un derecho al trasvase para el riego cuando las dotaciones lo permitieran si se disponía de recursos excedentarios, por tratarse de una actividad reglada y no discrecional. De modo que cuando había estos excedentes nacía el derecho al trasvase hasta el volumen máximo permitido por la Ley. Teniendo en cuenta que el agua embalsada en la fecha del acuerdo impugnado era de 329 Hm³, existía un excedente de 89 Hm³, por lo que debía haberse autorizado el trasvase. El Tribunal Supremo declara que el Gobierno no estaba obligado a ello.

Explicación

En ocasiones, la distinción entre potestades regladas y discrecionales se difumina. A veces el ordenamiento jurídico no reconoce explícitamente discrecionalidad a la Administración para escoger entre dos o más soluciones igualmente justas, pero condiciona el ejercicio de una potestad a la ponderación y aplicación de criterios indeterminados. Los Tribunales, en tales casos, suelen reconocer *de facto* un cierto margen de apreciación o maniobra a la Administración competente para determinar el resultado de esa operación.

La citada STS declara al respecto lo siguiente:

La superación del volumen cifrado en 240 Hm³, legalmente establecido, no da derecho al trasvase sin más y con el carácter automático que postula la parte recurrente, cuando se dispone de aguas excedentarias, por considerar, como se razona en el escrito de demanda, que ese derecho al trasvase es consecuencia del ejercicio de una potestad reglada y no discrecional de la Administración.

El trasvase es una autorización concreta de volúmenes en virtud de la cual se acuerda transferir cada año o en cada situación concreta. Esta autorización se produce efectivamente en los casos y con los límites previstos en la Ley y normas reglamentarias de desarrollo, concretamente la citada Ley 10/2001 y el Plan Hidrológico de cuenca del Tajo, aprobado por Real Decreto 1.664/1998, de 24 de julio, según la Orden de 13 de agosto de 1999 por la que se dispone la publicación de las determinaciones de contenido normativo.

Es el art. 23 del expresado Plan Hidrológico de cuenca del Tajo, el encargado de regular el Acueducto Tajo-Segura, estableciendo una serie de criterios, tales como proporcionar la máxima seguridad técnica al suministro para los usuarios del Tajo garantizando su atención con garantía temporal y volumétrica del cien por cien (apartado 1), fijándose como límite, en los términos que ya señalamos en el fundamento anterior, de 240 Hm³ (apartado 2), estableciendo efectivamente que «tal agua excedentaria puede ser trasvasada», lo que no significa que deba ser trasvasada siempre que haya una petición de riego como la formulada por el Sindicato recurrente. Procederá el trasvase cuando concurren las garantías y con la prevenciones que se señalan al respecto. Y corresponde

a la Comisión Central de Explotación del Acueducto Tajo-Segura, conforme a las atribuciones conferidas por los Reales Decretos 2.530/1985 y 1.972/1988 SIC, establecer la regla de explotación de los embalses.

Esta regla de explotación que fue aprobada por el mentada Comisión Central, en su reunión de 28 de noviembre de 1997, establece las pautas a las que han de ajustarse las trasvases, tomando en consideración las exigencias totales embalsadas, la aportación acumulada en meses anteriores, las previsiones futuras, la predicción de aportaciones, evaporaciones y, en fin, la evolución general y de los volúmenes límite.

La regla citada se basa en el establecimiento de varios niveles según las exigencias totales embalsadas en Entrepeñas y Buendía, por lo que cuando concurren circunstancias hidrológicas excepcionales corresponde, además del salto de la competencia para resolver al Consejo de Ministros, el nivel 3, con un volumen trasvasal máximo de 23 Hm³ al mes. Y en tales circunstancias si se atiende la petición del sindicato recurrente se hubiera puesto en peligro el abastecimiento humano, según consta al folio 4 del informe de situación de la Comisión Central de Explotación del Acueducto Tajo-Segura de 28 de septiembre de 2005, pues hubieran quedado 12 Hm³ de excedente, insuficientes para el abastecimiento urbano que precisa de 13 Hm³ al mes.

En definitiva, no se trata efectivamente de una actividad discrecional de la Administración, pues no le corresponde elegir entre varias soluciones igualmente justas, entre indiferentes jurídicos, se trata de adoptar una decisión sobre el trasvase de aguas, en todo caso, excedentarias, que ha de tomar en consideración no solo el límite volumétrico establecido legalmente, sino también una serie de variables y criterios, legal y reglamentariamente establecidos, como la prioridad del abastecimiento sobre el riego y los demás establecidos en el citado art. 23 del Plan Hidrológico de cuenca del Tajo en los términos examinados en el fundamento anterior. La autorización que comporta un trasvase no constituye, insistimos, una decisión discrecional, pero tampoco puede establecerse la equivalencia, que se postula en el escrito de demanda, entre la actividad reglada y el carácter automático de la actuación administrativa, sino que la decisión reglada puede requerir de la aplicación y ponderación de los criterios legal y reglamentariamente establecidos.

VIII. JUSTIFICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Los poderes públicos deben adoptar siempre las decisiones más convenientes para los intereses generales. La pega es que pueden cometer abusos, errores, equivocaciones, por lo que el Derecho ha de articular los mecanismos que permitan minimizar el riesgo de que se produzcan tales desviaciones.

El sometimiento al control judicial de las decisiones administrativas (art. 106.1 CE) es uno de esos mecanismos. Téngase en cuenta que los gobernantes no siempre tienen los alicientes adecuados para actuar en el sentido que mejor satisface los intereses del conjunto de la ciudadanía. De un lado, porque no suelen representar a todos los ciudadanos, sino en el mejor de los casos tan solo a la mayoría de ellos, por lo que existe el peligro de que adopten medidas que perjudiquen intolerablemente los derechos e intereses de las minorías. De otro lado, porque pueden ejercer

el poder en su beneficio particular o en el de ciertos grupos de presión, en perjuicio incluso de sus propios votantes. Pues bien, el control judicial disminuye el riesgo de que se cometan tales abusos. La amenaza que representa este control —encomendado a personas sometidas a un estatuto jurídico diseñado a fin de garantizar su independencia, de neutralizar cualquier incentivo que pudieran tener para basar sus decisiones en criterios espurios— constituye un acicate para que la Administración se esfuerce en tomar decisiones conformes a Derecho. Cuanto más incisivo sea ese control, más intenso será dicho acicate y menos peligro habrá de que se cometan arbitrariedades. Desde otra perspectiva, cuanto menor sea el riesgo de que la Administración incurra en desviaciones, menor necesidad habrá de efectuar un control judicial intenso y, por lo tanto, mayor podrá ser el margen de apreciación que los Tribunales les reconozcan. Se comprende, pues, que la jurisprudencia haya estimado que el margen resulta singularmente ancho cuando el órgano administrativo decisor goza de una singular imparcialidad, cuando sus miembros vienen adornados por las cualidades de la objetividad y la independencia, cuando son ajenos a los intereses afectados por la decisión.

La discrecionalidad es otro de los mecanismos que permite minimizar el riesgo de que se produzcan ciertas equivocaciones que menoscaban los intereses públicos. La Administración debe disponer de un cierto margen de discrecionalidad cuando y en la medida en que, como consecuencia de su composición, sus procedimientos de actuación y sus mejores recursos materiales y personales, goce de mejores posibilidades cognoscitivas que los Tribunales para tomar las decisiones que más convienen al interés general, pues entonces tiene menos probabilidades de equivocarse que estos últimos. Es por ello que cuanto mayor sea la brecha cognoscitiva entre la una y los otros a la hora de apreciar las circunstancias determinantes del acierto de una decisión, más amplio deberá ser el espacio de discrecionalidad para decidir. La jurisprudencia ha declarado en este sentido que los conocimientos especializados que determinados órganos administrativos poseen y de los que los Tribunales carecen justifican una presunción de acierto de las apreciaciones que tales órganos efectúen con base en dichos conocimientos.

Ejemplo 14

La STS (Sala 3.^a, Sección 6.^a) de 16 de julio de 2002 (rec. 2988/1998, ponente: Pedro Antonio Mateos García) confirma la validez de una decisión del resolución de la Comisión pericial del Instituto de España que había fijado el justo precio de un Monasterio.

Explicación

El Tribunal Supremo declara que «la presunción de acierto que se viene reconociendo normalmente a las decisiones que adoptan los Jurados de Expropiación en materia de justo precio, en razón fundamentalmente del principio de legitimidad de que se benefician los actos administrativos e incluso de las cualidades de objetividad, especialidad e independencia que adornan a sus miembros componentes», debe extenderse también a los acuerdos de la referida Comisión.

Ejemplo 15

La STS (Sala 3.^a, Secc. 4.^a) de 9 de diciembre de 2004 (rec. 1073/2001, ponente: Antonio Martí García) confirma la validez de una decisión del «Tribunal» Marítimo Central [que, a pesar de su denominación, es un órgano administrativo] por la que se señalaba la indemnización a percibir en virtud del servicio prestado por un buque remolcador a una fragata de la Armada Española.

Explicación

El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre los supuestos en que cabe rectificar las valoraciones por dicho Tribunal Marítimo, en la que se tiene en cuenta que este «es un órgano permanente con competencia para todo el territorio nacional, cuyos componentes además de altamente especializados son ajenos a los intereses de las partes»; es por ello que «las resoluciones del Tribunal Marítimo Central gozan de la presunción de acierto, fundada en la preparación técnica y especialización de sus miembros y que solo cabe rectificar, moderando el importe total del premio, cuando se acredite que la Administración no haya apreciado en forma o modo conveniente los hechos o circunstancias determinantes del tema discutido o haya desconocido las exigencias de principio de proporcionalidad facilitando enriquecimientos injustificados que son rechazables».

Ejemplo 16

La STS (Sala 3.^a, Sección 4.^a) de 25 de junio de 1996 (rec. 6911/1992, ponente: Julián García Estartús) confirma la validez de un acuerdo del «Tribunal» Médico Militar de la Región Militar de Levante por el que se clasificaba como útil y apto para el servicio militar al actor.

Explicación

En líneas generales, los Tribunales suelen presumir que los técnicos de la Administración actúan de manera imparcial y objetiva en el ejercicio de sus funciones. La citada STS señala que, «no habiéndose podido practicar otra prueba contradictoria, esta Sala ha de partir de la presunción de acierto de los dictámenes e informes oficiales, presunción que se justifica en la imparcialidad y objetividad que normalmente guardan los técnicos de la Administración».

Ejemplo 17

En el caso considerado por la STC 353/1993, de 29 de noviembre (ponente: Carles Viver Pi-Sunyer), el solicitante de amparo había participado en unas pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia, aprobando el primer ejercicio y el relativo al manejo de máquinas informáticas. No superó, sin embargo, el segundo ejercicio, que consistía en un examen de tipo test, al calificar la comisión evaluadora como correctamente contestadas 83 preguntas,

por lo que la puntuación obtenida (5,00 puntos), sumada a la alcanzada en el primer ejercicio (7,5 puntos) y por méritos (1,795 puntos), era inferior a la puntuación mínima exigida para obtener plaza (14,990 puntos). El actor recurrió sin éxito la resolución administrativa de las pruebas, por entender que había existido error en la calificación del segundo ejercicio efectuada por la comisión, pues esta había estimado equivocadas las respuestas dadas a cuatro preguntas que, en su opinión, eran correctas. En amparo, el recurrente alegaba una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues los Tribunales no habían entrado a verificar si las referidas cuestiones eran correctas o incorrectas, amparándose en que estos no podían sustituir en sus funciones a las comisiones calificadoras de los concursos y oposiciones y, en concreto, en la limitación de la revisión jurisdiccional en cuanto afectase al contenido técnico de los ejercicios y al acierto o desacierto del planteamiento y resolución de los mismos.

Explicación

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo, argumentando que:

Aunque los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones o concursos, en modo alguno pueden sustituir a estos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada Tribunal o Comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no solo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque estos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más (AATC 274/1983; 681/1986). Lo que no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 de la CE, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2 CE), ni la exigencia del control judicial sobre la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1 CE), así como tampoco 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. Supone simplemente señalar que ese control judicial, del que no pueden excluirse las Resoluciones administrativas que resuelven oposiciones o concursos, tiene, por su propia naturaleza, ciertos límites o modulaciones [SSTC 39/1983 (fundamento jurídico 4.º); 97/1993 (fundamento jurídico 2.º)]. Así ocurre, decíamos en las citadas Sentencias, en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que solo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en cuanto tal escapa al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que dicho juicio técnico afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico.

Ejemplo 18

La STS (Sala 3.^a, Secc. 3.^a) de 18 de febrero de 2003 (rec. 646/2000, ponente: Juan José González Rivas) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros por el que, previo concurso y a propuesta de la correspondiente mesa de contratación, se adjudicaron diez concesiones para la explotación del servicio público, en gestión indirecta, de radiodifusión sonora digital terrenal. El recurrente alegaba que el acuerdo resultaba «arbitrario al basarse en valoraciones injustificadas, pues la resolución impugnada se [remitía] en apoyo de la selección de las ofertas realizadas a la valoración efectuada por la Mesa de Contratación, siendo numerosos los ejemplos que se [podían] mostrar de la irracionalidad de las atribuciones de puntuación a la parte recurrente en comparación con las ofertas de otras compañías».

Explicación

El Tribunal Supremo declara que:

Se trata de un supuesto de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración, en cuanto aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados y sus apreciaciones solo se justifican en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, presunción *iuris tantum*, que no ha quedado desvirtuada por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega, circunstancia no concurrente en este caso.

IX. LÍMITES DE LA ATRIBUCIÓN DE POTESTADES DISCRECIONALES

El legislador —o la propia Administración, al regular reglamentariamente el ejercicio de la correspondiente potestad— no es enteramente libre a la hora de atribuir discrecionalidad a la Administración para actuar en un caso concreto. Sirvan algunos ejemplos de estos límites.

Ejemplo 19

El art. 53.1 de CE, como ya sabemos, prohíbe que el legislador otorgue una excesiva discrecionalidad a las autoridades administrativas para restringir cualquiera de los derechos contemplados en los arts. 15 a 38 de la CE: estas restricciones deben quedar predeterminadas normativamente en términos lo suficientemente precisos como para resultar previsibles por parte de los ciudadanos.

Ejemplo 20

El art. 10 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, establece

que los regímenes de autorización a los que puede someterse la prestación de ciertos servicios «deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria» y, en particular, que sean «claros e inequívocos»

Ejemplo 21

Desde su Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (*Gebroeders Beentjes*, 31/87, § 26), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene declarando que los criterios elegidos por una entidad adjudicadora para valorar las ofertas en las licitaciones públicas no puede dejar a esta una «libertad incondicional de elección» de la oferta económicamente más ventajosa. En la jurisprudencia comunitaria se ha considerado ilícito utilizar como único criterio de adjudicación el consistente en que hay que escoger simplemente «la oferta más aceptable», sin ulteriores precisiones [Sentencia de 20 de septiembre 1988 (*Gebroeders Beentjes*, 31/87, §§ 26, 27 y 35)], o que la adjudicación se efectuará con arreglo al código de los contratos públicos [Sentencia de 26 de septiembre de 2000 (*Comisión c. Francia*, C-225/98, §§ 64 ss.)]. Se ha estimado, asimismo, que «el hecho de que la entidad adjudicadora no especificase en la licitación el período de suministro respecto al cual los licitadores debían indicar en sus ofertas la cantidad de electricidad de fuentes renovables que podían suministrar podría constituir una violación de los principios de igualdad de trato y de transparencia, en el caso de que resultara ser cierto que dicha omisión dificultó o incluso imposibilitó el que los licitadores conociesen el alcance exacto del criterio en cuestión y consiguientemente pudiesen interpretarlo de la misma manera» [Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (*Wienstrom*, C-448/01, § 58)].

X. LÍMITES AL EJERCICIO DE POTESTADES DISCRECIONALES. EL CONTROL JUDICIAL DEL EJERCICIO DE POTESTADES DISCRECIONALES

1. ELEMENTOS REGLADOS

La discrecionalidad de que goza la Administración nunca es absoluta, siempre está enmarcada dentro de ciertas condiciones —relativas al procedimiento, a la competencia para decidir, a la motivación de la decisión e incluso a determinados aspectos de su contenido—, reguladas por el ordenamiento jurídico, de manera que los Tribunales siempre pueden verificar si estas han sido respetadas en cada caso.

Ejemplo 22

Como dice la STS (Sala 3.^a, Sección 4.^a) de 24 de junio de 2004 (rec. 8816/1999, ponente: Rodolfo Soto Vázquez), «aunque no quede excluida una cierta discrecionalidad en la apreciación de cuál es la oferta más ventajosa, la Administración

no se puede excusar de atenerse en su apreciación a lo que constituye el auténtico elemento reglado moderador de la misma: las cláusulas y condiciones a que se somete el concurso en los pliegos que le sirven de base».

Explicación

La decisión por la que se escoge la oferta económicamente más ventajosa no es enteramente discrecional, pues debe adoptarse respetando, entre otros, los requisitos formales y materiales establecidos en las cláusulas y condiciones, fijadas en los pliegos, que regulan el correspondiente concurso.

Ejemplo 23

La STS (Sala 3.^a, Secc. 1.^a) de 27 de noviembre de 2006 (ponente: Ricardo Enriquez Sancho) anula un Real Decreto por el cual se trasladaba a Barcelona la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Explicación

El Tribunal Supremo considera insuficiente la memoria justificativa (el «informe sobre la necesidad y oportunidad» del reglamento previsto en el art. 24.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno) de la disposición, pues:

No se expresa en cambio ningún razonamiento que determine la necesidad y oportunidad de la decisión. Adviértase que ello sucede respecto a la ciudad que ha de ser la nueva sede del organismo, pues ninguna justificación se dedica a que sea precisamente Barcelona. Sin duda el traslado de la sede a otra ciudad también hubiera sido conforme a la lógica y los principios del Estado de las Autonomías, partiendo del punto de vista de que deben descentralizarse los organismos que forman parte de la Administración General del Estado. Igualmente es claro que no se justifica tampoco que la medida hubiera de adoptarse precisamente en ese momento, y no en otro distinto anterior o posterior. Por último también resulta patente que de acuerdo con la lógica y los principios inherentes a la naturaleza del Estado de las Autonomías se hubiera podido trasladar a Barcelona o a cualquier otra gran ciudad española un organismo público diferente y no la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Entendiendo por tanto la Sala que asiste la razón a la Comunidad Autónoma de Madrid recurrente cuando mantiene la manifestada insuficiencia de la memoria justificativa». También se considera insuficiente la memoria económica, en la que simplemente se señalaba que «en este momento no es posible cuantificar el incremento de gasto público que puede generar».

Ejemplo 24

El art. 18.2.II de la LOFAGE establece que:

Los nombramientos [de los Directores Generales] habrán de efectuarse de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado 10 del art. 6 entre funcio-

narios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente, salvo que el Real Decreto de estructura del Departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario.

La STS (Sala 3.^a, Sección 3.^a) de 7 de diciembre de 2005 (rec.900/2004, ponente: Óscar González González) anula parcialmente un Real Decreto que aprobaba la estructura de los departamentos ministeriales y que permitía que determinadas Direcciones Generales fueran ocupadas por un titular carente de la condición de funcionario.

Explicación

El Tribunal Supremo considera que el Gobierno no justificó suficientemente esta posibilidad excepcional:

La motivación contenida en el Real Decreto impugnado, así como en su memoria, no satisface adecuadamente los mínimos exigidos, pues es indudable que las expresiones que se usan para justificar la excepción, tales como «en atención de las características específicas», «en atención a la complejidad y a las condiciones específicas del puesto», «debido al especial conocimiento de la materia que se requiere para el desempeño del mismo», «teniendo en cuenta la especial complejidad de la materia en la que se requieren conocimientos y experiencia específicos», «teniendo en cuenta la experiencia y conocimientos requeridos para satisfacer este relevante sector competencial», «teniendo en cuenta las especiales condiciones de dichos órganos directivos», «gran conocimiento del ámbito competencial no vinculados con la función pública», son tan genéricas que nada indica que los especiales conocimientos y experiencias a que se refieren, o las características, condiciones y complejidades que se predicen de alguna de ellas, no se posean por los funcionarios de nivel superior, ni si estos carecen de capacidad adecuada, ni expresan en qué consisten las especificidades que permiten relevar del régimen general de provisión.

Ejemplo 25

La STS (Sala 3.^a, sección 4.^a) de 15 de julio de 2010 (rec. 3257/2005, ponente: Eduardo Espín Templado) confirma una sentencia que había anulado una orden que fijaba las tarifas máximas aplicables a los servicios discrecionales de transporte de viajeros realizados con vehículos de hasta nueve plazas.

Explicación

La anulación se basó en la incompetencia de la Generalitat para dictar esta norma y en la circunstancia de que la misma se había elaborado prescindiendo de un trámite esencial del procedimiento legalmente establecido: la audiencia a los interesados.

2. LA DISTINCIÓN ENTRE POTESTADES DISCRECIONALES Y POTESTADES REGLADAS MEDIANTE NORMAS QUE CONTIENEN CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Ejemplo 26

La Administración debe adjudicar los contratos públicos al licitador que haya presentado la «oferta económicamente más ventajosa». El art. 150.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) establece que «para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes».

¿Goza la Administración de discrecionalidad para escoger la «oferta económicamente más ventajosa» o se trata de una potestad reglada, mediante un concepto jurídico indeterminado?

La STS (Sala 3.^a, Sección 7.^a) de 9 de julio de 1999 (rec. 2510/1993, ponente: Ramón Trillo Torres) afirma que «no nos hallamos aquí ante una discrecionalidad, que es esencialmente una libertad de elección ante alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración, sino ante un concepto jurídico indeterminado, cuya aplicación es un caso de aplicación de la ley que trata de subsumir en una categoría legal unas circunstancias reales determinadas, y respecto del que cabe en todo caso el control jurisdiccional en cuanto al fondo del asunto».

La STS (Sala 3.^a, Sección 7.^a) de 29 de junio de 1999 (rec. 9405/1995, ponente: Nicolás Maurendi Guillén), por el contrario, estima que «esa operación de valorar cuáles de las ofertas eran las más ventajosas comporta necesariamente un margen de apreciación, en el que, sin rebasar las usuales pautas de racionalidad, son posibles diferentes opciones y todas ellas igualmente legítimas».

Explicación

Una buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia españolas ha venido distinguiendo entre dos tipos de potestades administrativas: las discrecionales y las regladas que emplean conceptos jurídicos indeterminados. En el primer caso, la Administración puede optar entre dos o más soluciones igualmente ajustadas a Derecho, y los Tribunales deben dar por buena la elección discrecional efectuada por la Administración, siempre que se mantenga dentro de ciertos límites. En el segundo, no hay tal margen de elección: la Administración debe tomar aquella

decisión prescrita por el ordenamiento jurídico, aunque esta pueda en ocasiones no conocerse con exactitud *a priori* —habida cuenta de la indeterminación de los conceptos empleados por la norma jurídica que impone esa decisión—, sino tan solo a la vista de las concretas circunstancias de cada caso; los Tribunales, por su parte, pueden verificar si la Administración ha aplicado correctamente los correspondientes conceptos jurídicos indeterminados y ha escogido efectivamente esa única solución justa o no lo ha hecho, aunque eventualmente pueda gozar de un cierto «margen de apreciación» a estos efectos.

En la práctica, sin embargo, y como ya hemos visto, la diferencia entre las potestades regladas mediante normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados y las potestades discrecionales queda muy difuminada. En nada cualitativo se distinguen el margen de apreciación que en algunos casos debe reconocerse a la Administración, y de hecho se le reconoce, para interpretar esos conceptos en su «zona de incertidumbre» —en aquellos casos en los que no se aparece evidentemente cuál es la única solución justa— y el margen de discrecionalidad de que aquélla dispone en otros supuestos.

3. LA DESVIACIÓN DE PODER

Ejemplo 27

La STS (Sala 3.^a, Sección 7.^a) de 15 de marzo de 1993 (rec. 9461/19990, ponente: Enrique Cáncer Lalanne) anula un acuerdo que amortizaba la plaza de Jefe de Sección de Urgencias de un Hospital. Los hechos eran los siguientes:

1.º) La Diputación Provincial de Toledo aprobó en 27-6-1986 el Reglamento de Régimen Interior del Hospital Provincial de la Misericordia, que contemplaba, en la División Médica, tanto las Especialidades como a los Médicos de Guardia, que asumían la responsabilidad delegada del Cuerpo Facultativo terminada la jornada asistencial ordinaria y las urgencias internas y externas, clasificando al personal sanitario médico en Director Médico, Jefe de Especialidad, Médico Especialista y Médico de Guardia, sin perjuicio de asignar a todos los Médicos, administrativamente, la misma categoría; 2.º) En 21-2-1989, la Diputación Provincial acuerda jerarquizar al personal médico del Hospital Provincial creando diversas plazas de Jefaturas de Servicio y de Sección, figurando entre ellas la Jefatura de Sección de Urgencias, como había propuesto la Junta Facultativa del Hospital, deponiéndose al mismo tiempo la convocatoria de un concurso de méritos para cubrir las mismas; 3.º) El hoy actor por entender que el equipo de Médicos de Urgencia merecía la conceptualización de Servicio interpuso recurso de reposición, impugnando, además, individualmente y junto con otros compañeros, la convocatoria del concurso, en donde el señor M. obtuvo la plaza de Jefatura de la Sección de Urgencias; 4.º) Ante el recurso colectivo, el Presidente de la Diputación en 29 mayo acordó anular la convocatoria y bases del concurso, en lo que se refería al Área Sanitaria, dar publicidad a la relación de puestos de trabajo y en su momento y tras el cumplimiento del citado trámite proceder a convocar nuevo concurso con el mismo baremo, por entender que no vulneraba los principios de igualdad y generalidad, sin perjui-

cio de las acomodaciones que procedieran; 5.º) Tal Decreto fue ratificado por el Pleno en la Sesión de 12-6-1989, que además estudió, con aprobación, un dictamen sobre reestructuración de Servicios del Hospital y sobre derogación de su Reglamento de Régimen Interno, que proponía, de un lado, la amortización de la plaza de Jefe de Servicio de Ginecología y la creación, en su lugar, de la Plaza de Médico Especialista de Ginecología, y de otro, la amortización de la plaza de Jefe de la Sección de Urgencias, por considerarse innecesaria. 6.º) Se justificaba la amortización de la plaza de Jefe de Sección de Urgencias de la siguiente manera: «Igualmente, como consecuencia de esta reestructuración, se considera innecesario el Servicio de Urgencias, máxime si se tiene presente que la Beneficencia Provincial va a ser objeto de extinción y, además, existen en el Hospital Provincial Médicos de Medicina General, que hacen guardias y que atienden las emergencias que pueden producirse. Además, se ha consultado a la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sobre este particular y en razón a la intervención que la Ley General de Sanidad le otorga en esta materia, en cuyo escrito se indica que es correcta la idea de suprimir el servicio de urgencias del Hospital Nuestra Señora de la Misericordia. En el mismo sentido se ha solicitado parecer al señor, Director Gerente del Hospital Virgen de la Salud en relación con esta materia». La razón de dejar sin vigor el Reglamento de Régimen Interno del Hospital eran que sus preceptos chocaban frontalmente con toda la reestructuración que del establecimiento provincial se estaba llevando a cabo.

Explicación

La desviación de poder consiste en el ejercicio de una potestad administrativa para un fin distinto del fijado para la misma por el ordenamiento jurídico (art. 70.2.II de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). El Tribunal Supremo considera que el acuerdo impugnado había incurrido en una desviación tal:

La facultad de la Administración para organizar el Servicio de Urgencias en el Hospital Provincial, si bien presenta un matiz en principio característico de ser una potestad discrecional, no puede ser nunca sin embargo absoluta, pues la primera limitación de la discrecionalidad se opera partiendo de que en todo acto discrecional hay elementos reglados que permiten un primer control externo del correcto ejercicio de la potestad administrativa, y entre esos elementos reglados se encuentra el fin del acto, ya que toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin determinado, y explícita o implícitamente todas las potestades administrativas se otorgan para alcanzar un interés público, en bien del servicio, concepto indeterminado o cuya aplicación puede ser revisada en vía jurisdiccional, si bien el problema mayor que comporta es la prueba de la divergencia de los fines, que nunca podrá ser plena, habiéndose admitido suficiente para llegar a declarar la convicción que se forma el Tribunal, y todo ello a la vista de los hechos que en cada caso concreto resulten probados, ya que lógicamente el acto viciado no expresará nunca que el fin que le anima es distinto al legítimo.

En el presente caso no se discute la supresión del Servicio de Urgencias, sino la amortización solo de la plaza de Jefe de Sección de Urgencias. Ante todo se observa que las razones que sirvieron de fundamento a la decisión re-

sultan inadecuadas, porque la prestación de la asistencia, finalizada la jornada ordinaria, continuaba, no obstante la amortización de la plaza de Jefatura de Sección, no teniendo relación las consultas evacuadas a distintos organismos sobre la supresión de las urgencias con la amortización de la referida plaza. Podría haberse justificado la decisión por las características del trabajo que realizan los Médicos de Guardia; pero lo cierto es que esta fundamentación no es la que contiene el acto impugnado, ni fue tomada en consideración cuando meses antes se aprueban las categorías en el Hospital y se jerarquizan todas sus plazas, siendo muy significativo que la modificación afecte exclusivamente a la Jefatura de Sección de Urgencias (pues la conversión de la plaza de Jefe de Servicio de Ginecología en otra de Médico Especialista obedece a la supresión de la Maternidad Provincial y jubilación del Jefe de Servicio) cuando en el Hospital existen otros servicios, como podría ser el de Farmacia, por ejemplo, que tampoco en principio, parecen demandar una jerarquización.

De cuanto se relata se desprende la existencia de elementos de juicio suficientes para que la Sala pueda llegar a la convicción de que la Diputación Provincial cuando decidió modificar la reestructuración anteriormente aprobada, en el extremo discutido (lo que suponía privar al actor de la posibilidad de confirmar el cargo, que ya había obtenido en la convocatoria anulada), no se guiaba ni buscaba el fin del interés público o el bien del servicio, pues este no exigía necesariamente la modificación, toda vez que el Servicio de Urgencia no se suprimía, al continuar los Médicos de Guardia prestando sus funciones; es difícil determinar el fin que animaba al acto, pero no puede descartarse la tesis del actor, ya que era el máximo aspirante a la plaza y había conseguido junto con otros compañeros anular la convocatoria anunciada; en cualquier caso es obvio que el acto carece de una justificación razonable, suficiente para estimar que no concurre el bien del servicio, por lo que es forzoso declarar que al dictarse el acto se incurrió en una contravención del sentido teleológico de la actividad administrativa.

4. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Los Tribunales pueden verificar si las actuaciones administrativas impugnadas, por muy discrecionales que sean, respetan las exigencias derivadas de los principios generales del Derecho, que forman parte del ordenamiento jurídico (art. 1.1 del Código Civil), amén de que muchos de ellos han sido consagrados expresamente en la Constitución española.

4.1. *El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*

Ejemplo 28

La STS (Pleno de la Sala 3.^a) de 20 de noviembre de 2013 (rec. 13/2013, ponente: Rafael Fernández Valverde) enjuicia un Real Decreto del Consejo de Ministros por el que se concedía el indulto a un individuo que había sido condenado como autor de un delito de conducción con grave desprecio para la vida de los demás en concurso ideal con un delito de homicidio, un delito de lesiones, una falta de lesiones y

una falta de daños, a la pena de trece años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, conmutándole la pena privativa de libertad por una multa. En la sentencia condenatoria se consideró probado que:

El condenado condujo el día 1 de diciembre de 2003 a gran velocidad por la Autovía A-7 colisionando varias veces por la parte trasera con el vehículo que le precedía, continuando su marcha como si nada hubiese sucedido. Posteriormente, accedió a la Autopista de peaje AP-7 donde tras circular en el sentido de la circulación, efectuó una maniobra de cambio de sentido desde el arcén derecho y comenzó a circular a gran velocidad, entre los dos carriles de circulación y en sentido contrario a la misma, aproximadamente durante unos cinco kilómetros, en los que se cruzó con varios vehículos que lograron esquivarlo, hasta que colisionó frontalmente con el vehículo conducido por don José Alfredo Dolz España (hijo de los aquí recurrentes), que falleció como consecuencia del impacto. La conducta del condenado también causó lesiones a la persona que acompañaba al conductor fallecido, a algunos de los conductores que encontró a su paso, y, en fin, daños materiales a sus vehículos de diversa consideración. La sentencia rechaza que el condenado actuara al tiempo de cometer los hechos bajo una crisis epiléptica, y aprecia la atenuante de dilaciones indebidas.

Los recurrentes (los padres de la víctima) aducían la arbitrariedad del indulto, en la medida en que carecía de motivación alguna. El Tribunal Supremo lo anula.

Explicación

El art. 9.3 de la CE consagra el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Una actuación puede considerarse arbitraria cuando carece de justificación. La Constitución exige, pues, que toda actuación de los poderes públicos se presente respaldada por razones justificativas que le sirvan de fundamento. De ello se derivan cuando menos dos importantes consecuencias. De un lado, la Administración debe expresar las razones que le han llevado a decidir en un determinado sentido; de ahí que el art. 54.1.f) de la LRJ-PAC establezca que deben ser motivados los actos administrativos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales. De otro lado, esas razones deben ser consistentes, libres de errores lógicos, coherentes con la realidad de los hechos, suficientemente sólidas.

El Tribunal Supremo considera que, pese al carácter discrecional del acto de concesión o denegación de indulto, pese a que a este no le resulta aplicable el art. 54 de la LRJ-PAC por no tratarse en sentido estricto de un acto administrativo sino político, y a pesar de la tradición histórica seguida en nuestro país para su concesión, sí puede controlarse el ejercicio del derecho de gracia desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Pues bien, toda vez que el Gobierno no había expresado las razones que en este caso concreto justificaban el indulto, el Tribunal Supremo lo anula:

El control jurisdiccional no puede extenderse al núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar) [...], pero sí a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión, pues tal decisión exige, por disposición legal, la

especificación y el conocimiento de las «razones de justicia, equidad o utilidad pública» [véase el artículo Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto, aunque debe notarse que este precepto se refiere al indulto total, mientras que en el caso considerado se trataba de un indulto parcial]; especificación a la que ha de llegarse «con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir».

[...] Si el legislador ha establecido la obligación de seguir un procedimiento para la concesión o denegación de los indultos, que ha de materializarse y documentarse en un expediente administrativo, y si el mismo legislador exige «que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional», obvio es que el legislador ha pretendido que de esa «tramitación documentada» se desprendan las tan citadas «razones de justicia, equidad o utilidad pública», legalmente exigibles, pues, de otra forma, la absoluta inutilidad del expediente de indulto resultaría clamorosa. En consecuencia, hemos de tener acceso para comprobar si la operación jurídica llevada a cabo por el Consejo de Ministros, dirigida a especificar y revelar las expresadas razones —a la vista del expediente tramitado—, que constituyen el interés general de tal actuación, ha conseguido realmente tal finalidad en el terreno —asequible para nosotros— de la lógica y la racionalidad jurídica, pues, si bien se observa, la arbitrariedad es la ausencia de racionalidad, y en consecuencia todos los actos del Poder Ejecutivo y de la Administración han de ser racionales.

[...]

Se trata, pues, de un control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente —cuyo contenido no podemos revisar— para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica. Lo que podemos comprobar es si la concreta decisión discrecional de indultar ha guardado coherencia lógica con los hechos que constan en el expediente, pues, ha sido el propio legislador el que ha limitado la citada discrecionalidad a la hora de ejercer la prerrogativa de gracia, materializada en el indulto, estableciendo las razones a las que ha de responder el mismo, las cuales deben constar en el Acuerdo de concesión.

Tales razones han de ser explicadas y han de ser deducidas de lo actuado en el expediente (informes preceptivos, estos sí, motivados, alegaciones, certificaciones, aportaciones sobre la vida y conducta del indultado, etc.), pero, una vez verificada la realidad de tales hechos —que habremos de aceptar y que no podemos revisar— la revisión jurisdiccional, en ese espacio asequible al que tenemos acceso, debe valorar si la decisión adoptada guarda «coherencia lógica» con aquellos, de suerte que cuando sea clara la incongruencia o discordancia de la decisión elegida (basada en las expresadas razones legales de «justicia, equidad o utilidad pública»), con la realidad plasmada en el expediente y que constituye su presupuesto inexorable, «tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.º.3 de la Constitución—, que, en lo que ahora importa, aspira a «evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta esta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna» (STS de 27 de abril de 1983). Recordando estos clásicos conceptos hemos de reiterar que para no incurrir en arbitrariedad la decisión discrecional «debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera» (STS de 29 de noviembre de 1985),

ya que en los actos discrecionales «al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión» (STS de 7 de febrero de 1987). Ello obliga a la Administración a «aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia con los motivos y fines que la justifican» (SSTS de 22 de junio de 1982 y 15 de octubre de 1985); motivos y fines que, en el ejercicio del derecho de gracia, son las conocidas «razones de justicia, equidad o utilidad pública».

[...]

En fin, que la lógica jurídica en dicho proceso de decisión administrativa se nos presenta como el parámetro exterior de contención de la arbitrariedad, proscrita para todos los Poderes Públicos en el art. 9.3 de la CE, ya que, al fin y al cabo, la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, y que obedece a la exclusiva voluntad del agente público. Lo que en dicho precepto constitucional se prohíbe es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa, y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. Y tal exigencia también ha de reclamarse cuando del derecho de gracia se trata, aunque en el marco de la mayor discrecionalidad de que la misma está investida...

Pues bien, el Real Decreto impugnado lo único que señala es lo siguiente: «Visto el expediente de indulto... en el que se han considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros..., Vengo en conmutar...».

En consecuencia, el citado Real Decreto no señala las «razones de justicia, equidad o utilidad pública», exigidas por el legislador, y que han de ser determinantes del indulto; desde otra perspectiva, la única fundamentación que el mismo contiene —esto es, la referencia a los dos citados informes— no podemos situarla en el terreno de la lógica jurídica, excluyente de la arbitrariedad, ya que, por una parte, el Ministerio Fiscal señala que «se opone a la concesión del indulto por la naturaleza y gravedad de los hechos, por la oposición de casi todos los perjudicados y por estimar que no concurren razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública», y, por otra parte, el Tribunal sentenciador informa en el sentido de que «... no procede la concesión del indulto».

4.2. *El principio de proporcionalidad*

Este principio exige que entre los fines y los medios de la actuación administrativa exista una determinada relación. De acuerdo con la formulación canónica del mismo, procedente del Derecho alemán, cualquier restricción de la libertad —o de otros principios jurídicos— debe ser: *útil* para la consecución de un fin legítimo; *necesaria*, de modo que se escoja de entre las medidas útiles para lograr ese fin la menos restrictiva de la libertad; y *no excesiva* o ponderada, de manera que los costes que la medida encierra para la libertad no excedan de los beneficios que de ella se derivan para la sociedad.

A pesar de que el principio de proporcionalidad no está consagrado explícitamente en la Constitución española, el Tribunal Constitucional ha considerado que tiene rango constitucional. Varios preceptos legales recogen diversas manifestaciones de este principio.

Ejemplo 29

El art. 39bis.1 de la LRJ-PAC establece que «las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen...».

Explicación

Este precepto menciona las exigencias de utilidad y necesidad que se derivan del principio de proporcionalidad

Ejemplo 30

El art. 96 de la LRJ-PAC establece que «la ejecución forzosa por las Administraciones Públicas se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad» (apartado 1), y que «si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual» (apdo. 2).

Explicación

Este precepto, amén de consagrar con carácter general el principio de proporcionalidad en materia de ejecución forzosa, se refiere específicamente solo a una de las exigencias del mismo: la de necesidad.

Ejemplo 31

La STS (Sala 3.^a, Sección 1.^a) de 3 de junio de 1994 (rec. 8954/1992, ponente: Melitino García Carrero) declara desproporcionada la medida cautelar de cierre de un bar adoptada en el acuerdo de iniciación de un procedimiento sancionador. La Administración había adoptado esta medida porque sospechaba que en este establecimiento se venía desarrollando con el consentimiento su titular actividades relacionadas con el tráfico y consumo de drogas. Las sospechas «se basaban en que, en ocasiones, entraba gente que se acercaba a la barra, hablaban con el propietario [...] y se alejaban del lugar, por lo que dicha actitud al ser reiterativa, ante la imposibilidad de vigilar desde dentro el establecimiento, los actuantes han pensado que efectivamente dichas personas podrían entrar en el pub [...] a comprar las papelinas de cocaína». El ulterior registro realizado dio resultado negativo en el bar y positivo en el domicilio del titular del establecimiento, donde se hallaron 22 papelinas de cocaína y 3 pastillas de L.S.D. reconocidas como de su pertenencia y destinadas a su consumo personal por el consorte de la citada titular. Posteriormente, el Juzgado de Instrucción al que se remitieron las diligencias policiales con motivo de la ocupación de los estupefacientes anteriormente relacionados dictó

resolución definitiva de sobreseimiento del proceso basada en el art. 789.5 de la Ley Enjuiciamiento Criminal.

Explicación

El Tribunal Supremo señala que:

Las circunstancias de lugar, cantidad y poseedor concurrentes en la droga intervenida y las sospechas suscitadas a los funcionarios de Policía observando el talante de determinados visitantes del establecimiento no permiten formular un juicio indiciario, ni siquiera *prima facie*, como el que tajantemente contiene la resolución administrativa cuestionada, proclamando que en el citado establecimiento-bar «se viene desarrollando con su consentimiento actividades relacionadas con el tráfico y consumo de drogas». Pero si los hechos determinantes imputados carecen de una mínima base objetiva no es menos irreal su pretendida conexión con el comportamiento tipificado al que se quiere vincularlos (n.º 8 del art. 81 del RD 2816/82 que se refieren, respectivamente, al «mal estado de los locales, instalaciones o servicios que produzcan incomodidad o disminuya el grado de seguridad e higiene exigible» y a «la falta de limpieza o higiene en aseos y servicios»).

La adopción de la medida precautoria de cierre quiere ampararse en el texto del viejo art. 72 LPA, (coincidente con el del art. 72 de la ley 30/1992), en cuanto señala que, iniciado el procedimiento, la autoridad competente para resolverlo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer. Sin embargo, atribuyendo abstracción de que la adopción de la medida se supedita a que «existieren elementos de juicio suficientes para ello» (y cuya carencia ya hemos declarado al referirnos a la falta de prueba *prima facie*), es claro que en el presente caso el aseguramiento de la eficacia de la resolución que pudiera recaer en el procedimiento (multa, suspensión, revocación de licencia o cierre) no guarda relación con el cierre como medida cautelar previa, lo que constituye una reacción desproporcionada atendidas las circunstancias concurrentes y su gravedad, que representa la privación a su titular del ejercicio de una actividad empresarial.

Ejemplo 32

La STS (Sala 3.ª, Secc. 6.ª) de 2 de marzo de 1995 (rec. 7072/1991, ponente: Francisco José Hernando Santiago) resuelve un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración estatal por las lesiones derivadas de la intervención de las Fuerzas de Orden Público, con ocasión de que «el 27 de diciembre de 1983, en el contexto de las reiteradas medidas de presión adoptadas por los trabajadores afectados por la decisión del cierre de la Empresa “Altos Hornos del Mediterráneo”, ubicada en Sagunto, se llevó a cabo por un colectivo de personas, entre las que se hallaba el actor, una concentración en la Autopista A-7, con diversos cortes de tráfico, daños en sus vallas laterales y enfrentamientos con las citadas Fuerzas de Orden Público y en el curso de tales enfrentamientos, el demandante resultó herido de bala que penetró por la zona o región inguinal izquierda alojándose en el glúteo, lesión de la que tardó en curar 380 días». El Tribunal Supremo confirma

la sentencia apelada, que había condenado a la Administración a indemnizar al actor, por considerar que «el uso de las armas de fuego por parte de las Fuerzas de Seguridad del Estado fue imprudente, inadecuado y absolutamente desproporcionado, respecto a la finalidad que perseguían».

Explicación

El Tribunal Supremo llama la atención sobre:

El carácter marcadamente restrictivo que debe presidir su uso para dispersar o reprimir actuaciones colectivas alborotadoras del orden público, pues existen otros medios menos contundentes para lograr restablecer el orden público perturbado y con resultado positivo y no posiblemente generadores de consecuencias imprevisibles incluso de carácter letal, reservándose su uso para cuando exista peligro inminente respecto de la integridad, o de la vida, de los agentes del orden público, sin que haya resultado acreditado en las actuaciones que la concentración de trabajadores de «Altos Hornos del Mediterráneo» y otras personas en la Autopista A-7, el día en que se produjo el hecho lesivo y con motivo del enfrentamiento habido entre estos y la Fuerza actuante, que la conducta de estos, y más concretamente por el lesionado, se desplegara una de tal carácter que pusiera en peligro la vida o integridad de las fuerzas del orden que a la sazón intervinieron, como causa justificativa para el uso de unos medios tan contundentes y de resultados insospechados como es el de hacer uso de las armas de fuego como medio represivo, entendiéndose por tales razones que la medida de uso de armas de fuego fue desproporcionada, incorrecta e inadecuada a los fines de dispersión que al parecer determinaron su utilización y aun cuando los disparos como se dice se realizasen al aire.

Ejemplo 33

La STSJ de Cataluña (Cont.-Adm., Secc. 2.^a) de 13 de septiembre de 1999 (rec. 46/1999, ponente: Emilio Berlanga Ribelles) estima el recurso interpuesto por la Universitat Autònoma de Barcelona contra las medidas adoptadas por el Cuerpo Nacional de Policía, el 14 de enero de 1999, con motivo de la visita del Presidente del Gobierno al Instituto Nacional de Microelectrónica, sito dentro del Campus. El art. 8 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, establece que «la celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones deberán ser comunicadas por escrito a la autoridad gubernativa correspondiente por los organizadores o promotores de aquéllas, con una antelación de diez días naturales como mínimo y treinta como máximo» y que tan solo cuando «existan causas extraordinarias y graves que justifiquen la urgencia de la convocatoria... la comunicación [...] podrá hacerse con una antelación mínima de veinticuatro horas». El día 14 de enero se produjo en tal lugar una manifestación estudiantil organizada sin la comunicación previa contemplada en el citado precepto. El TSJ de Cataluña considera acreditado, de una parte, que la manifestación se llevó a cabo en «un espacio que, sin ser estrictamente universitario, tampoco podría ser entendido como lugar de tránsito público, al no ser lugar de paso sino para los

propios centros docentes de la Universitat Autònoma de Barcelona, y, en concreto para el Instituto Nacional de Microelectrónica. Y, de otra parte, [...] que las Autoridades académicas conocieron la posible asistencia del Presidente de Gobierno a aquel acto público en el dicho Instituto de Microelectrónica, en la mañana del día 12, sin obtener confirmación oficial de su realización hasta la propia mañana del día 14 de enero; con lo cual mal podían conocerla los estudiantes para cumplir con la antelación requerida aquella exigencia legal de los artículos octavo y noveno de la citada Ley Orgánica 9/1983». El TSJ de Cataluña entiende por ello que la manifestación, «sin ajustarse en su convocatoria, por las razones expuestas, al texto de la norma legal, era, sin embargo, susceptible de ser entendida como ejercicio legítimo de aquel derecho que la CE a todos reconoce en su art. 21». Y declara vulnerado este derecho fundamental.

Explicación

En palabras de la mentada STS:

Aunque tal reunión estudiantil, celebrada para manifestar con ocasión de la presencia en el Centro universitario del Presidente del Gobierno la repulsa a la política educativa gubernamental, no se ajustara a las exigencias legales de comunicación previa a la autoridad gubernativa, ello no era razón bastante para arbitrar medios desproporcionados para obstaculizar su normal desarrollo. Ello equivalía ya en sí a un desconocimiento de lo que la libertad de expresión, en su ejercicio a través del derecho de reunión, comporta en un sistema democrático.

Si bien es cierto, y sobradamente ha quedado acreditado en el proceso, que parte de los reunidos... hicieron un uso desmedido, agresivo y, por tanto, antidemocrático de su derecho; a ello vino a sumarse un ejercicio asimismo desmedido de las potestades públicas con ocasión del ejercicio del derecho de reunión y manifestación; olvidando que aquéllas tan solo podían ir orientadas a asegurar el correcto ejercicio de aquellos derechos, y garantizar todos los restantes derechos y libertades públicas que se hallaran en juego.

Como el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar en muy reciente sentencia es exigible de los poderes públicos una especial moderación en la represión de actividades relacionadas con la libertad de expresión para no producir un efecto disuasorio en su ejercicio legítimo. Lo contrario nunca puede ser deseable en un sistema democrático, máxime cuando lo que se halla en juego es la clave de su sistema de libertades cual es la manifestación pública de la libertad de expresión.

De ahí que sea exigible siempre en el ejercicio por el Estado de sus potestades represivas, una adecuada proporcionalidad, en evitación de los costes fácticos que para los valores constitucionales puede suponer su ejercicio desmedido.

