

JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO  
GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL  
LUIS ARROYO JIMÉNEZ  
(Coords.)

# **TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

## **VOLUMEN I**

### **Introducción. Fundamentos**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

## CAPÍTULO 12

# EL JUEGO DEL LEGISLADOR, LA ADMINISTRACIÓN Y EL JUEZ

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS ACTORES Y SUS PREFERENCIAS: 1. Simplificaciones. 2. Fines del juego. 3. Preferencias del legislador. 4. Preferencias de las autoridades administrativas. 5. Preferencias de los jueces.—III. EL PAPEL DEL LEGISLADOR: 1. Definir la estructura del juego. 2. Factores determinantes de la definición legislativa de la estructura del juego: 2.1. Capacidad de tomar decisiones acertadas. 2.2. Posibilidades de actuar de oficio. 2.3. Costes de procedimiento. 2.4. Relevancia de los intereses en juego. 2.5. Varianza de los resultados e incertidumbre. 2.6. Costes de rectificación. 2.7. Legitimidad democrática. 2.8. Riesgo de desviaciones. Peligro de captura. 2.9. Imputación de méritos y culpas. 3. Límites jurídicos de la definición legislativa del juego: 3.1. Contenido de los límites. 3.2. Justificación de los límites. 3.3. Límites explícitos y límites implícitos. 4. Límites fácticos. 5. Delegar o no delegar. Concepto de delegación. 6. En quién o quiénes delegar. 7. En qué medida delegar: 7.1. La delimitación de espacios decisorios. 7.2. Condiciones sustantivas y condiciones formales de la delegación. 8. Cómo delegar: 8.1. Delegaciones explícitas y delegaciones implícitas. 8.2. Delegaciones *previas* y delegaciones *posteriores*.—IV. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. Lo que la Administración debería hacer: 1.1. La vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico. Legalidad y eficacia. 1.2. Vinculación positiva o vinculación negativa de la Administración a la ley y al resto del ordenamiento jurídico. 1.3. ¿Cómo deberían actuar las autoridades administrativas en los espacios de discrecionalidad?: 1.3.1. El deber de adoptar la decisión más conveniente para los intereses generales. 1.3.2. La observancia del principio de proporcionalidad. 1.3.3. La observancia del procedimiento y del proceso argumentativo debidos. 1.3.4. El deber de motivar las decisiones adoptadas. 2. Lo que los agentes de la Administración tenderán a hacer.—V. EL PAPEL DEL JUEZ: 1. Funciones del control judicial de la actividad administrativa: 1.1. Corregir (*ex post*) actuaciones administrativas ilegales. 1.2. Prevenir (*ex ante*) actuaciones administrativas ilegales: 1.2.1. Disuasión. 1.2.2. Información. 2. Configuración óptima del sistema de control judicial de la actividad administrativa. 3. Controles judiciales previos y controles judiciales posteriores. 4. Las consecuencias jurídicas de la ilegalidad. 5. Lo que los jueces deberían hacer: 5.1. La teoría tradicional: las técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad: 5.1.1. La distinción entre potestades discre-

cionales y potestades regladas mediante conceptos jurídicos indeterminados. 5.1.2. El control de los elementos reglados. 5.1.3. El control de los hechos determinantes. 5.1.4. El control a través de los principios generales del Derecho. 5.1.5. Crítica de la teoría tradicional. 5.2. La teoría de la densidad de programación normativa. 5.3. Una teoría económica de la discrecionalidad administrativa: 5.3.1. Beneficios de la discrecionalidad administrativa. 5.3.2. Costes de la discrecionalidad administrativa. 5.3.3. Factores determinantes del balance costes-beneficios de la discrecionalidad administrativa. 5.3.4. El factor estratégico. 5.4. La cuestión en la jurisprudencia. 5.5. Poderes del juez frente a las decisiones administrativas ilegales. 6. Lo que los jueces tenderán a hacer: 6.1. Influencia de factores extrajurídicos. 6.2. Comportamientos estratégicos.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

1. En el presente capítulo se ofrece un **marco teórico** que permita comprender, explicar y predecir las interacciones que tienen lugar entre los poderes públicos y, muy especialmente, entre el legislador, las Administraciones y los órganos jurisdiccionales. La finalidad principal con la que se elabora ese marco teórico es **descriptiva**. Se trata de analizar cómo interactúan realmente, en el terreno de los hechos, los referidos poderes. Pero el análisis tiene también importantes **implicaciones normativas**, por cuanto permite hacer algunas afirmaciones acerca de cómo deberían actuar esos sujetos, qué decisiones debería tomar cada uno de ellos —a la vista de cómo actúan realmente los otros— con el objeto de lograr determinados objetivos.

2. Precisar cómo interactúan entre sí el legislador, las Administraciones públicas y los Tribunales es de fundamental importancia para analizar, comprender y resolver mejor capitales problemas jurídicos, tales como el del control judicial de la discrecionalidad administrativa o el de la delimitación de las fronteras existentes entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Dicho marco teórico pone de manifiesto, por ejemplo, cómo entre estos y otros problemas existe una estrecha relación, que no ha recibido por parte de la doctrina iuspublicista española la atención que seguramente merece.

3. Para construir el referido marco se aprovechan algunas ideas proporcionadas por la llamada **teoría de juegos** y, en particular, algunas de sus aplicaciones relativas al estudio de las Administraciones públicas y del Derecho administrativo. Nada de sorprendente hay en ello. El objeto de esta teoría no es otro que analizar las interacciones entre agentes —en principio— racionales, que tratan de maximizar sus preferencias. De ahí que la misma se haya utilizado en prácticamente todas las disciplinas científicas que de una manera u otra se ocupan de tales interacciones, como la biología, la psicología, la economía, la sociología, la informática, la lingüística y, por supuesto, también la ciencia política y el Derecho. Con el concepto juego se designa una situación o problema en el que varios sujetos tienen diferentes alternativas de actuación que llevan a diversos resultados, cuya utilidad depende de las decisiones que los otros tomen, por lo que cada uno de ellos, antes de decidir, considerará las que los restantes hayan adoptado o puedan adoptar.

4. La situación en la que se hallan el legislador, las Administraciones públicas y los órganos jurisdiccionales puede considerarse un juego en este sentido técnico. En él intervienen varios actores, cada uno de los cuales tiene la posibilidad

de optar entre varias alternativas, que producirán resultados diferentes, que satisfarán en mayor o menor medida sus intereses y preferencias dependiendo de qué decisiones tomen los otros agentes. Todos ellos actuarán estratégicamente, teniendo en cuenta cómo han actuado y pueden actuar los restantes<sup>1</sup>.

5. El legislador, por ejemplo, puede atribuir la potestad de ejecutar sus disposiciones bien a las Administraciones públicas o bien directamente a los Tribunales. Cada una de esas opciones puede llevar a diferentes escenarios, que serán más o menos acordes con los objetivos pretendidos por el legislador en función de cómo ejerzan dicho poder las autoridades administrativas o judiciales competentes. Las autoridades administrativas, por su parte, también tienen, *de facto*, varias alternativas a la hora de ejercer las potestades que les han sido otorgadas. Las posibles decisiones llevarán a resultados que serán más o menos acordes con sus intereses dependiendo, entre otras circunstancias, de si aquellas son declaradas ilegales y anuladas por los Tribunales o no lo son y, en su caso, de cómo puede reaccionar el legislador frente a la praxis administrativa y judicial en este ámbito. Finalmente, las diferentes interpretaciones del ordenamiento jurídico efectuadas por los jueces en sus resoluciones también pueden engendrar situaciones más o menos conformes con sus preferencias, según cómo reaccionen las Administraciones públicas y el legislador.

6. Este es un juego que puede considerarse **secuencial**, en el que los participantes van actuando sucesivamente, de modo que algunos de ellos, antes tomar una decisión, pueden observar lo que han hecho previamente otros. Por lo general, el legislador interviene en primer lugar, las Administraciones públicas a continuación y, seguidamente, los Tribunales. Cabe suponer que los sujetos que actúan antes tratarán de anticipar cuál podrá ser la reacción de los siguientes frente a sus decisiones y actuarán en consecuencia, tratando de maximizar la utilidad esperada de estas. Así, por ejemplo, es probable que una autoridad administrativa no resuelva un asunto en el sentido más ajustado a sus preferencias ideológicas si sabe, con toda certeza, que en tal caso su resolución va a ser impugnada y anulada por los Tribunales. Seguramente se decantará, en estas circunstancias, por otra alternativa más alejada de tales preferencias, pero que tiene una probabilidad más elevada de superar el escrutinio judicial.

## II. LOS ACTORES Y SUS PREFERENCIAS

### 1. Simplificaciones

7. Cualquier juego —en general, cualquier teoría— es una simplificación de la realidad, un modelo abstracto que pretende capturar ciertos elementos, especialmente importantes, de un problema, a fin de comprenderlo mejor. El marco teórico que aquí presentamos incurre también en varias simplificaciones. Ahora interesa poner de manifiesto tres de ellas.

---

<sup>1</sup> Véanse, entre otros, W. N. ESKRIDGE (1993); N. GAROUPA y J. MATHEWS (2014).



8. La primera es una suerte de **simplificación externa**. En principio, solo consideramos tres tipos de actores: el legislador, las autoridades administrativas y los jueces. El análisis se centra solo en ellos, a pesar de que los tres interactúan con otros sujetos —el constituyente, los votantes, los litigantes, otros legisladores, otros órganos administrativos, otros jueces, etc.— que pueden tener una influencia determinante sobre sus decisiones.

9. La segunda viene a ser una **simplificación interna**. Es claro que tanto el legislador como las Administraciones públicas y los Tribunales constituyen organizaciones integradas por múltiples personas, cuyas preferencias y características pueden ser, y de hecho son, muy distintas entre sí. Pero, a efectos analíticos, aquí se hace abstracción de esta complejidad interna.

10. Finalmente, y en principio, tampoco vamos a distinguir entre **distintos tipos de legisladores, órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas**, a pesar de que, obviamente, las tres categorías comprenden realidades muy heterogéneas, que en no pocas ocasiones interactúan de manera diferente y requieren soluciones jurídicas diversas.

## 2. Fines del juego

11. **Conviene distinguir entre los fines que deberían perseguir los sujetos que participan en el juego y los fines que de hecho estos persiguen.** Los primeros podrían resumirse en uno: el de maximizar el bienestar del conjunto de los ciudadanos. Este fin tiene un claro respaldo constitucional. En efecto, si «todos los poderes del Estado emanan del pueblo» (art. 1.2 CE), la meta de todos ellos debería ser la de atender de la mejor manera posible los intereses de este. En segundo lugar, el art. 103.1 CE impone explícitamente a las Administraciones públicas un deber de servir a los intereses generales<sup>2</sup>. En tercer lugar, cabe entender que los principios jurídicos consagrados en la Constitución: i) definen cuáles son esos intereses y, además, ii) constituyen mandatos de optimización, que obligan a todos los poderes públicos a satisfacer dichos intereses en la mayor medida de lo posible, habida cuenta de las limitaciones fácticas y jurídicas existentes<sup>3</sup>.

12. Ello no significa, obviamente, que todos los legisladores, autoridades administrativas y jueces actúen siempre movidos exclusivamente por dicho fin. Tanto la intuición como la experiencia indican que, a veces, sus decisiones vienen animadas, en mayor o menor medida, por intereses espurios, no del todo coincidentes con los del conjunto de la ciudadanía.

## 3. Preferencias del legislador

13. Existen diversas causas por las cuales cabe pensar que **las decisiones del legislador no siempre sirven de una manera óptima los intereses de todos los**

<sup>2</sup> Según E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1996), este deber es predicable también del legislador.

<sup>3</sup> Véanse, en sentido similar, R. ALEXI (1994: 75-76); G. P. LOPERA MESA (2004).

**ciudadanos.** La primera es que, con el objeto de lograr sus propios fines, el legislador no necesita tomar decisiones beneficiosas para el conjunto de la ciudadanía. Los artífices de las leyes —los miembros de la mayoría parlamentaria— persiguen al aprobarlas, no exclusiva pero sí principalmente, el objetivo de ganar las siguientes elecciones, en tanto en cuanto ello les reportará poder, capacidad de influencia, prestigio social, dinero, etc. Y, para alcanzar esta meta, no han de contentar a toda la población, sino solo a una parte de ella. Existe, por consiguiente, el riesgo de que **abusen de las minorías**, de que dicten leyes cuyos costes, soportados por unos pocos individuos, excedan de sus beneficios para el resto de la sociedad, concentrados en todos o algunos de sus potenciales votantes.

14. Es probable, en segundo lugar, que muestren un **sesgo cortoplacista**, que adopten políticas que reportan beneficios para sus potenciales votantes en un horizonte temporal cercano —antes de las próximas elecciones—, y cuyos costes para la sociedad se difieren a un momento posterior, aunque estos sean superiores a aquellos. La explicación es sencilla. Los gobernantes internalizan —soportan personalmente— en mayor medida los costes y beneficios sociales de sus decisiones cuando los mismos se manifiestan en el corto plazo —en especial, antes de las próximas elecciones— que cuando se manifiestan después, ya que en este último caso existe una cierta probabilidad de que dejen de ser gobernantes y, en consecuencia, los referidos costes y beneficios sean asumidos por sus sucesores.

15. En tercer lugar, es posible que grupos de presión logren **capturar** a los legisladores, ejercer sobre ellos una influencia excesiva en beneficio de sus intereses privados y en detrimento de los del resto de la sociedad. Los grupos de tamaño reducido tienen varias ventajas a los efectos de ejercer una presión tal. La fundamental es que, *ceteris paribus*, les cuesta menos que a otros organizarse y coordinar sus esfuerzos con dicho fin. Les resulta más fácil resolver el problema de los «gorrones»: quienes presionan para que el legislador decida en un determinado sentido soportan normalmente todos los costes de las maniobras realizadas a estos efectos, pero solo obtienen una parte de los beneficios, pues de tales maniobras se aprovechan también otros individuos que se encuentran en una situación análoga, lo que puede dar lugar a que algunos eludan contribuir a dichas actividades de presión confiando en que otros las llevarán a cabo. Por la misma razón, cada uno de los miembros del grupo reducido tendrá más alicientes para ejercer tal presión que sus antagonistas, pues en el primer caso los beneficios derivados de la presión se reparten entre un número menor de individuos. Es posible, en consecuencia, que solo a estos les salga a cuenta incurrir en los considerables costes que entrañan dichas actividades<sup>4</sup>.

16. Finalmente, en sistemas parlamentarios como el español, es frecuente que el poder legislativo acabe convertido en una suerte de **«correa de transmisión»** de los intereses y la voluntad del poder ejecutivo, especialmente cuando el partido político del gobierno cuenta con mayoría absoluta en el parlamento. Esta situación es problemática al menos por dos razones. La primera es que, como seguidamente veremos, los intereses del gobierno y, a la postre, los de un parlamento «capturado»

<sup>4</sup> Véase G. J. STIGLER (1971).

por este suelen estar más desalineados con los de los ciudadanos que los de un poder legislativo verdaderamente «independiente». La segunda es que el gobierno puede aprovecharse de su dominio del parlamento para desembarazarse de controles —parlamentarios o jurisdiccionales— que limitan o dificultan la persecución de sus propios fines. Piénsese, por ejemplo, en las leyes que otorgan al poder ejecutivo poderes excesivamente amplios en materias constitucionalmente reservadas al legislador, que convalidan actos administrativos anulados por los Tribunales<sup>5</sup> o que contienen regulaciones singulares, típicamente establecidas por la Administración, con el fin de excluir o entorpecer la revisión judicial de las mismas<sup>6</sup>.

#### 4. Preferencias de las autoridades administrativas

17. El universo de autoridades administrativas es mucho más heterogéneo que el de los legisladores, pero, con todo, puede suponerse que lo que todos ellos tratan de maximizar no es en líneas generales muy distinto: poder, influencia, dinero, reputación, etc. Y es razonable pensar que los tres factores mencionados en el epígrafe anterior pueden ejercer también aquí una influencia perniciosa sobre los agentes de las Administraciones públicas, provocando que sus decisiones no satisfagan adecuadamente los intereses generales.

18. El **cortoplacismo** y los **incentivos para abusar de las minorías** en beneficio de las mayorías estarán presentes también aquí, en la medida en que las autoridades administrativas que ejercen el poder dependan para mantenerse en él de que un determinado partido político gane las próximas elecciones. Sería el caso, por ejemplo, de las personas que ocupan los principales órganos municipales.

19. La gran diferencia es, seguramente, que el **peligro de captura** es, en líneas generales, mucho más elevado que en el caso de los legisladores, por varias razones. En primer lugar, el hecho de que, por lo común, las autoridades administrativas no hayan sido directamente elegidas mediante sufragio universal propicia que sus intereses no estén tan alineados con los de la mayoría de los ciudadanos como lo están los del legislador. En segundo lugar, el hecho de que las Administraciones públicas y sus procedimientos de actuación sean menos transparentes y estén sujetos a un menor escrutinio público que los parlamentos y su actividad hace que la captura de aquellas sea más fácil que la de estos. En tercer lugar, el hecho de que los órganos administrativos posean, normalmente, un grado de especialización mucho más elevado que los parlamentos —por cuanto la esfera en la que aquellas ejercen sus competencias es más limitada, la variedad de los casos de que conocen es menor, y las decisiones que toman suelen afectar a sus destinatarios de manera más inmediata y concreta— hace que el peligro de ser capturadas sea también mayor<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Véase, por todos, A. BOIX PALOP (2004).

<sup>6</sup> Véase la STC 129/2013, de 4 de junio; así como J. M. DÍAZ LEMA (2013); R. J. SANTAMARÍA ARINAS (2014); P. RODRÍGUEZ PATRÓN (2017).

<sup>7</sup> Véase, para los órganos jurisdiccionales, G. DOMÉNECH PASCUAL y J. MORA-SANGUINETTI (2015: 17 y ss.).

20. Cabe suponer, en suma, que el riesgo de que los agentes administrativos abusen de su poder y tomen decisiones que favorecen sus intereses privados en detrimento de los públicos es mayor que el riesgo de que el legislador haga lo propio. Esta es, a fin de cuentas, la suposición que está en la base del principio de legalidad (arts. 9.1 y 103.1 CE). Si se demostrara o pudiéramos esperar lo contrario, sería el legislador el que tendría que ajustar su actividad a lo dispuesto por las Administraciones públicas.

## 5. Preferencias de los jueces

21. No es razonable estimar que los jueces son una especie de superhombres impermeables a los elementos de diversa índole que suelen condicionar las decisiones del resto de los seres humanos. La hipótesis contraria resulta mucho más verosímil. Lo razonable es entender que las mismas circunstancias que afectan a la conducta de las personas en general ejercerán también una influencia similar sobre la actividad judicial<sup>8</sup>.

22. Una de las circunstancias más determinantes a estos efectos es la utilidad que para el sujeto agente pueda derivarse de sus distintas alternativas de actuación. Cabe pensar que también los jueces, cuando desempeñan sus funciones jurisdiccionales, tienden a tomar las decisiones que maximizan su **utilidad personal**, como cualquier individuo<sup>9</sup>. Esa utilidad dependerá, potencialmente, de diversas **variables**, cuando menos de: sus retribuciones; el tiempo de ocio que les deja el cumplimiento de sus funciones; la reputación resultante de su actividad judicial, que a su vez dependerá en buena parte de la opinión que diversos grupos de personas —otros jueces, los profesionales del foro, profesores de Derecho, políticos, periodistas, el público en general, etc.— se formen acerca de su desempeño<sup>10</sup>; el destino que ocupen; la medida en que las decisiones que adoptan se ajustan a sus gustos —*v. gr.*, a su ideología política, a sus simpatías o antipatías— o a la que ellos consideren la solución objetivamente prescrita por el ordenamiento jurídico; el hecho de que sus decisiones sean anuladas por los Tribunales superiores o corregidas de alguna manera por el legislador; la gratificación intrínseca que obtengan al ejercer sus funciones, etcétera<sup>11</sup>.

23. Nuestro sistema jurídico articula numerosas y estrictas **garantías** dirigidas a enervar la negativa influencia que varios de esos factores pueden tener sobre la actividad judicial. Se pretende conseguir con ellas que los órganos jurisdiccionales actúen únicamente sometidos al imperio de la ley (art. 117 CE). En palabras del Tribunal Constitucional, se trata de «asegurar que la pretensión sea decidida exclusivamente por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se so-

<sup>8</sup> Véase P. CALAMANDREI (1997).

<sup>9</sup> Véanse R. A. POSNER (1993), y, con datos empíricos, L. EPSTEIN, W. M. LANDES y R. A. POSNER (2013).

<sup>10</sup> Sobre el papel crucial que la reputación de cada uno de los jueces y la de la judicatura en su conjunto juegan respecto no solo del comportamiento de estos, sino también de la organización y el funcionamiento del poder judicial, véase N. GAROUPA y T. GINGSBURG (2015).

<sup>11</sup> Véase G. DOMÉNECH PASCUAL (2009: 76 y ss.).

meta exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio. Esta sujeción estricta a la ley supone que esa libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada *a priori* por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios, o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho»<sup>12</sup>. Piénsese en: la inamovilidad de los jueces; su régimen de incompatibilidades; las restricciones impuestas al ejercicio de algunos de sus derechos fundamentales; la reserva de ley establecida para regular su estatuto jurídico; el sistema de autogobierno del Poder judicial diseñado por la Constitución; el hecho de que los jueces carezcan, normalmente, de discrecionalidad para elegir los casos que van a decidir; su obligación de abstenerse de conocer de aquellos casos en los que, por su concreta relación con las partes o con el objeto del proceso, se hallen en una situación en vista de la cual pueda temerse razonablemente que no actuarán de manera objetiva, etcétera.

24. Estas garantías establecidas para asegurar la objetividad y sujeción al Derecho de la actividad judicial son mucho **más numerosas y estrictas** que las establecidas para hacer lo propio con la actuación administrativa. De ahí que pueda suponerse que la probabilidad de que los jueces abusen de su poder o ejerzan sus potestades sesgada o desviadamente, persiguiendo fines espurios, es menor que la de que las Administraciones públicas incurran en este tipo de conductas.

### III. EL PAPEL DEL LEGISLADOR

#### 1. Definir la estructura del juego

25. El legislador goza de un **amplio margen de discrecionalidad** —el que le deja la Constitución y el Derecho de la Unión Europea— para configurar la estructura de sus interacciones con las Administraciones públicas y los Tribunales. Al legislador le corresponde «mover ficha» en primer lugar y definir el marco en el que se producirán dichas interacciones, condicionando así el sentido de las mismas.

26. El legislador tiene la posibilidad de reservarse para sí mismo la adopción de ciertas decisiones o delegarla. Si opta por esto último, puede delegar en los Tribunales o en una determinada Administración pública. En este segundo escenario, las decisiones administrativas resultantes podrán requerir o no una autorización judicial previa y, en cualquier caso, podrán ser revisadas *a posteriori* por aquellos. El legislador podrá regular con mayor o menor densidad las condiciones bajo las cuales han de decidir los Tribunales o la Administración, así como el margen de apreciación que aquellos han de reconocer a esta cuando revisen sus decisiones. La delegación y sus condiciones podrán establecerse de manera tácita o explícita.

27. La elección de una u otra alternativa dependerá de cómo vayan a actuar probablemente los actores implicados en cada uno de los posibles escenarios, y de la medida en que las reacciones esperables de todos ellos satisfagan los intereses perseguidos por el legislador, lo cual dependerá a su vez de diversos factores.

---

<sup>12</sup> ATC (Pleno) 26/2007, de 5 de febrero, FJ 3.

## 2. Factores determinantes de la definición legislativa de la estructura del juego

### 2.1. *Capacidad de tomar decisiones acertadas*

28. Un factor determinante de las elecciones del legislador en esta materia —acerca de si delegar o no delegar, en quién, en qué medida y cómo delegar, etc.— es el de la capacidad de los poderes públicos implicados para tomar las decisiones que mejor satisfacen los intereses perseguidos por aquel. Dicha capacidad difiere notablemente en función del poder público y del tipo de asunto de que se trata.

29. Los **órganos legislativos** tienen tres características que condicionan decisivamente su aptitud a estos efectos. La primera es que su número es muy reducido: por cada legislador que puede adoptar directamente una decisión hay múltiples órganos administrativos y jurisdiccionales en los que aquel podría delegar para tomar esa y otras decisiones. La segunda es que, dada la variedad de asuntos de los que potencialmente ha de ocuparse cada legislador, su especialización no puede ser muy elevada. La tercera es que sus procedimientos de actuación son extraordinariamente lentos y costosos. Estas características determinan que los legisladores solo sean capaces de dictar: i) un número relativamente reducido de decisiones; ii) de una complejidad no muy elevada, y iii) que no necesitan ser revisadas y, en su caso, modificadas muy frecuentemente.

30. Los **órganos jurisdiccionales** son mucho más numerosos. Su grado de especialización es relativamente reducido, pues todos los jueces cuentan con una formación —casi siempre, exclusivamente jurídica— muy similar. Y sus procedimientos de actuación son también lentos y pesados, si bien, en líneas generales, no tanto como los legislativos.

31. Las **Administraciones públicas** son todavía más numerosas. Su grado de especialización varía considerablemente, pero puede llegar a ser muy elevado. Y, normalmente, sus procedimientos de actuación son más ágiles y menos costosos que los legislativos y los judiciales.

### 2.2. *Posibilidades de actuar de oficio*

32. La intervención pública puede ser impulsada por la propia iniciativa de los agentes que la llevan a cabo o por la de los particulares. Excluir la acción de oficio tiene la **ventaja** de que disminuye el riesgo de que las autoridades actúen movidas por sus propios intereses, en lugar de por los de la ciudadanía. El **inconveniente** es que, a veces, los particulares carecen de la información o de los incentivos necesarios para impulsar los mecanismos de intervención pública —v. gr., presentar una iniciativa legislativa, formular una solicitud ante la Administración o litigar ante los Tribunales—, en casos en los que se precisa esa intervención para satisfacer los intereses generales. Se trata normalmente de casos en los que dicha impulsión engendra considerables **externalidades positivas** —beneficios para terceras personas

por los que el impulsor no puede obtener un precio a cambio—, lo que provoca que los incentivos que los particulares tienen para poner en marcha tales mecanismos resulten insuficientes y, en consecuencia, que el volumen de actividad pública tienda a ser demasiado escaso. Así ocurre, por ejemplo, cuando una conducta ilícita daña o pone en peligro a una gran cantidad de personas, cada una de las cuales soporta un daño o un peligro de una magnitud que no es lo suficientemente grande como para que le resulte rentable activar los procedimientos públicos dirigidos a controlar dicha conducta, si bien la suma de los daños o peligros experimentados por todas ellas alcanza una elevada cuantía. De ahí que, en estos y otros casos semejantes, se requiera que los poderes públicos intervengan de oficio, para compensar los déficits de la iniciativa privada<sup>13</sup>.

**33.** Las facultades de actuar de oficio tienen la máxima amplitud en el caso del **legislador**, si bien este solo es capaz de intervenir directamente en un número muy reducido de asuntos. Son algo más limitadas cuando se trata de la **Administración**. Esta necesita una previa habilitación legislativa para actuar en las materias reservadas a la ley, pero, por lo demás, posee una gran capacidad de actuar de oficio y, además, de hacerlo de manera sistemática, coordinada y masiva.

**34.** Dichas facultades son mucho más reducidas, hasta el punto de llegar frecuentemente a la inexistencia, en el caso de los **Tribunales**. Con el objeto de garantizar su imparcialidad y, en general, su objetividad, los poderes de los jueces para actuar de oficio —especialmente, para iniciar procesos, pero también para configurar su objeto, precisar qué es lo que se va a discutir y decidir en ellos, qué información podrá considerarse a dichos efectos, etc.— tienen, por lo común, un alcance muy limitado, sobre todo en los asuntos de naturaleza civil.

**35.** De ahí que en los ámbitos donde las referidas externalidades positivas son muy abundantes y significativas y, a la postre, existe una gran necesidad de que los poderes públicos actúen de oficio de manera frecuente, la **intervención administrativa** suele ser intensa. Piénsese, por ejemplo, en la protección del medioambiente, el urbanismo, el fomento de las actividades artísticas, científicas, deportivas, científicas, culturales, etcétera.

### **2.3. Costes de procedimiento**

**36.** Otro factor, estrechamente conectado con el anterior, que el legislador considerará seguramente a la hora de optar por una u otra alternativa es el de los costes en que cada uno de los poderes públicos implicados habría de incurrir para asegurar el acierto de sus decisiones. Cabe razonablemente suponer, según hemos visto ya, que esos costes son, en términos generales: muy elevados en el caso del legislador;

---

<sup>13</sup> Ello no significa que la acción de oficio sea siempre imprescindible para corregir el problema descrito en el texto. A veces también cabe, a estos efectos, incrementar los incentivos que los individuos tienen para activar la intervención pública. Piénsese, por ejemplo, en las llamadas acciones de clase, y en la posibilidad de que las víctimas de accidentes obtengan una compensación superior a la magnitud del daño sufrido (*punitive damages*).



más bajos cuando actúan los Tribunales; y todavía más bajos cuando decide una autoridad administrativa.

#### 2.4. *Relevancia de los intereses en juego*

37. La relevancia de los intereses en juego jugará también un papel importante. Cuanto mayor sea aquella, más elevado será, *ceteris paribus*, el coste de los abusos, equivocaciones y desaciertos eventualmente cometidos al decidir y, por tanto, más le merecerá la pena al legislador establecer mecanismos dirigidos a prevenirlos.

#### 2.5. *Varianza de los resultados e incertidumbre*

38. Cualquier delegación legislativa implica siempre una suerte de lotería: el delegante nunca puede saber con certeza qué decisiones acabarán tomando los delegatarios en el ejercicio de la potestad que les ha conferido. El legislador preferirá, seguramente, que el contenido de todas esas decisiones se acerque lo máximo posible al punto que él considera óptimo, pero también debería saber que es probable que esto no ocurra, que algunas de ellas se aparten en mayor o menor medida del referido punto. Y aquí cabe razonablemente suponer que al legislador le importará no solo el promedio, sino también la dispersión de los resultados o, dicho con otras palabras, el **grado de inconsistencia** existente entre las distintas decisiones adoptadas por las autoridades delegatarias. Esta inconsistencia encierra, probablemente, costes para el legislador, por cuanto supone un menoscabo de la seguridad y la estabilidad jurídicas que puede traer consecuencias negativas para sus votantes. Pero también tiene alguna ventaja. Las diferentes interpretaciones de la ley implican una suerte de diversificación del riesgo que el legislador corre al delegar.

39. En cualquier caso, es perfectamente verosímil que el grado de las inconsistencias producidas al interpretar y aplicar la ley difiera en función de la naturaleza de las autoridades a las que el legislador ha encomendado esta tarea. Se ha sostenido al respecto que la **delegación en agencias administrativas** produce una menor varianza sincrónica, en la resolución de los distintos casos o cuestiones que en un momento determinado surgen, mientras que la **delegación en los Tribunales** reduce la varianza diacrónica, los cambios que la interpretación de la ley experimenta a lo largo del tiempo. Las interpretaciones administrativas tienden a ser, en términos generales, sincrónicamente más homogéneas, pero menos estables que las judiciales<sup>14</sup>.

40. Estas diferencias obedecen principalmente a dos factores. El primero es que, en el seno del poder ejecutivo, existen mecanismos que permiten dirigir o al menos coordinar las interpretaciones de la ley hechas por diferentes órganos administrativos en un determinado momento<sup>15</sup>. Cuando se trata de órganos jurisdicciona-

<sup>14</sup> M. C. STEPHENSON (2006c).

<sup>15</sup> Piénsese, por ejemplo, en las instrucciones que los órganos administrativos pueden dirigir a sus órganos jerárquicamente dependientes (art. 6 LRJSP), o en la existencia de órganos encargados de coordinar la actividad de diferentes Administraciones públicas (v. gr., art. 148 LRJSP).



les, en cambio, esos instrumentos de dirección son inexistentes o mucho más suaves —e ineficaces— por mor de las exigencias del principio de independencia judicial. En segundo lugar, los cambios políticos producidos a resultas de procesos electorales provocan normalmente que numerosas personas que venían ocupando los órganos administrativos encargados de actuar por delegación del legislador sean sustituidas por otras de distinta ideología que ahora ejercerán esta delegación en un sentido diferente. En la esfera judicial, los giros doctrinales son menos radicales y más infrecuentes, de un lado, porque la inamovilidad de los jueces impide que estos sufran sustituciones semejantes y, de otro, porque los precedentes judiciales generan, *de iure* o *de facto*, una fuerza vinculante sobre las decisiones jurisdiccionales superior a la que se otorga a los precedentes administrativos respecto de la actividad de las Administraciones públicas<sup>16</sup>.

## 2.6. Costes de rectificación

41. Otro factor importante es el de los **costes en los que el legislador, la Administración o los Tribunales habrían de incurrir para corregir los errores** que alguno de estos agentes pueda cometer al tomar determinadas decisiones. Cabe pensar que cuanto más elevados sean dichos costes, menos atractivo resultará asignar al agente en cuestión el poder de adoptar tales decisiones. Nótese que estos costes de rectificación no coinciden exactamente con los que hemos denominado costes de procedimiento, aunque ambos puedan estar relacionados. Estos últimos se derivan de la realización de ciertos trámites dirigidos a preparar la correspondiente decisión, y su finalidad no es la de corregir los errores cometidos al tomarla, sino la de prevenirlos.

42. Los costes de rectificación **pueden ser asimétricos**, distintos según el sentido de la decisión de que se trate. Se ha señalado, por ejemplo, que, en nuestro ordenamiento jurídico, rectificar la anulación errónea de una ley (un falso positivo) es mucho más difícil que hacer lo propio con el error cometido al declarar válida una norma legal que en verdad es inconstitucional (falso negativo). La corrección de los errores del primer tipo requiere que el Tribunal Constitucional cambie su jurisprudencia sobre el particular, lo que solo puede ocurrir si el legislador vuelve a dictar preceptos iguales a los previamente declarados inconstitucionales, lo cual es dudoso que pueda hacerse<sup>17</sup> y, en cualquier caso, resulta políticamente muy costoso, ya que podría interpretarse como un acto de desobediencia. Para rectificar los falsos negativos, también hace falta que el Tribunal Constitucional tenga la oportunidad de cambiar su opinión, pero esto es mucho más fácil que suceda, pues, desestimado un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad formulados contra un determinado precepto legal, cualquier juez puede volver a plantear una cuestión contra el mismo

<sup>16</sup> En sentido similar, sostiene S. Díez Sastre (2008) que el precedente judicial, en el Derecho español, tiene carácter normativo, «se percibe como Derecho por la comunidad jurídica. Es Derecho en sí mismo» (p. 159), a diferencia del precedente administrativo, que carece de carácter normativo, que no vincula por sí mismo (p. 175).

<sup>17</sup> Sobre el tema, en sentido afirmativo, C. Viver Pi-Sunyer (2013).

precepto fundada en motivos coincidentes<sup>18</sup>. Esta asimetría justificaría el otorgamiento a las leyes de una suerte de «presunción de validez» o, dicho con otras palabras, exigiría que el Tribunal Constitucional se autocontuviera hasta cierto punto a la hora de anular las leyes sometidas a su juicio, de manera que estas fuesen consideradas válidas cuando su conformidad con la Constitución resultase dudosa<sup>19</sup>.

43. Lo mismo vale decir respecto de los reglamentos administrativos. No es sencillo rectificar su anulación errónea, pues para ello se necesita que la Administración reitere los preceptos declarados inválidos, lo que parece estar prohibido por el art. 103.4 LJCA, al margen de los costes políticos y de procedimiento que la elaboración de la «nueva» disposición implicaría. Para corregir una declaración de validez errónea, en cambio, tan solo se requiere que algún Tribunal estime, al conocer de un recurso interpuesto contra un acto dictado en aplicación del reglamento en cuestión, que este es ilegal. De hecho, tal posibilidad viene inequívocamente contemplada por el art. 26.2 LJCA. Ello justificaría igualmente que los Tribunales mostrasen una cierta deferencia hacia las disposiciones reglamentarias sometidas a su juicio. Si anularlas es *ceteris paribus* más costoso que declararlas válidas, convendrá decantarse por esta segunda alternativa en los casos dudosos.

## 2.7. *Legitimidad democrática*

44. Este factor es también relevante, en tanto en cuanto la adopción de decisiones mediante procedimientos democráticos —transparentes, participativos, etc.— y por autoridades legitimadas democráticamente incrementa la probabilidad de que aquellas sean **aceptadas** por sus destinatarios y, además, el legislador valora positivamente esta aceptación, lo cual es bastante verosímil. En consecuencia, cuanto más democráticos sean la **composición** y los **procedimientos** de actuación de un determinado órgano administrativo, más atractivo y fácil le resultará al legislador delegar en él.

## 2.8. *Riesgo de desviaciones. Peligro de captura*

45. Este es, sin duda, un factor clave. Cuanto mayor sea el **riesgo de que el delegatario tome decisiones que se apartan de las preferencias del legislador**, menos atractivo le resultará a este delegarle poderes. La magnitud del riesgo dependerá principalmente de los incentivos que el delegatario tenga para decidir en un sentido distinto del preferido por el delegante, los cuales estarán en función de diversas circunstancias. En primer lugar, de los beneficios que el delegatario pueda obtener al desviarse, que a su vez dependerán, cuando menos, de la distancia existente entre las preferencias de ambos y de la relevancia de los intereses en juego. En segundo lugar, de los costes esperados que para el delegatario suponga desviarse. Cuanto mayores sean las dificultades para actuar desviadamente, mayor la probabi-

<sup>18</sup> Véase, *a contrario sensu*, el art. 38 LOTC, así como la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 2.

<sup>19</sup> V. FERRERES COMELLA (1997: 199 y ss.).

lidad de que la desviación resulte detectada y «sancionada», y mayor la entidad de la correspondiente «sanción», más elevados serán dichos costes, más improbable se volverá la desviación y, en definitiva, más atractiva resultará la delegación para el legislador.

46. Un factor que determina decisivamente dichos costes y beneficios es la facilidad con la que los grupos de presión interesados pueden capturar a los delegatarios. Cuanto mayor sea esa facilidad, más elevadas serán las «recompensas» que aquellos estén dispuestos a ofrecerles a fin de ganarse su favor. Un mayor **riesgo de captura** determina, en consecuencia, un mayor riesgo de adoptar decisiones desviadas. Tal es una de las razones por las que este último es más elevado en el caso de los órganos administrativos que en el de los jurisdiccionales. Los primeros son más fáciles de capturar que los segundos, fundamentalmente por dos razones. De un lado, por el peculiar estatuto jurídico —régimen de incompatibilidades, inamovilidad, retribuciones, etc.— al que están sometidos los jueces, que los aísla considerablemente frente a eventuales presiones externas. De otro lado, el hecho de que el poder judicial constituya una organización sumamente descentralizada, integrada por miles de órganos jurisdiccionales independientes, cuya capacidad de coordinarse y de escoger los casos que han de juzgar es muy limitada, dificulta enormemente su captura. Los costes de presionar a las autoridades competentes se incrementan tanto más cuanto más numerosas son estas.

## 2.9. *Imputación de méritos y culpas*

47. Al legislador le interesa que sus potenciales votantes valoren positivamente su gestión. A fin de lograrlo puede tratar de que esta contribuya a satisfacer efectivamente y en la mayor medida de lo posible los intereses de aquellos. Pero, dado que estos normalmente no disponen de información perfecta acerca de la misma ni son capaces de valorarla de manera perfectamente racional, también puede utilizar otra estrategia: evitar las decisiones por las que sus votantes puedan imputarle algún tipo de culpa o que produzcan mayor «desgaste político» y, en cambio, tomar aquellas otras por las que estos puedan atribuirle méritos<sup>20</sup>.

48. Las elecciones hechas por el legislador respecto de delegar o no la adopción de ciertas decisiones en autoridades administrativas o judiciales pueden tener consecuencias significativas al respecto<sup>21</sup>. La responsabilidad que por ello los ciudadanos le imputen estará positivamente correlacionada con las posibilidades que —a los ojos de la ciudadanía— el legislador tenga de interferir *de facto* en la toma de las correspondientes decisiones. Será máxima, para bien o para mal, si este decide **directamente**. Será mínima, probablemente, si la delegación se hace en favor de los **Tribunales**, pues aquí las posibilidades de intervención legislativa son mucho menores, por exigencias de la independencia judicial. Y se encontrará en un punto

<sup>20</sup> Entre nosotros, C. D. CIRIANO VELA (2000: 96 y 97) ha señalado cómo a veces el parlamento delega en el ejecutivo con el fin de eludir la adopción de decisiones polémicas o impopulares.

<sup>21</sup> Véanse, en este sentido, P. H. ARANSON, E. GELLHORN y G. O. ROBINSON (1982: 56 y ss.); E. SALZBERGER (1993: 361 y ss.).

intermedio si el legislador delega en una **autoridad administrativa** cuya concreta actuación puede controlar *de iure* o *de facto*.

### 3. Límites jurídicos de la definición legislativa del juego

**49.** El legislador no es enteramente libre para configurar la estructura del juego, sino que debe respetar los límites fijados al respecto en **normas de carácter supralegal**, principalmente en la Constitución española y, en menor medida, en el Derecho de la Unión Europea.

#### 3.1. Contenido de los límites

**50.** En algunos casos, dichas normas **prohíben absolutamente otorgar ciertos poderes a determinadas autoridades**. El art. 25.3 CE, por ejemplo, establece que «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». Y el art. 117.4 CE prohíbe que se otorguen a Juzgados y Tribunales funciones no jurisdiccionales o innecesarias para garantizar derechos.

**51.** En otros casos, aquellas normas **prohíben otorgar poderes demasiado amplios**, cuyas condiciones de ejercicio no han sido precisadas normativamente con la suficiente densidad. Aquí destacan los numerosos preceptos constitucionales que **reservan a la ley** la regulación de ciertas materias y, en particular, la del ejercicio de determinados derechos y libertades (art. 53.1 CE). Tales preceptos no prohíben que se otorguen a la Administración poderes normativos en las materias reservadas, sino que estos sean demasiado amplios. Se trata, en palabras del Tribunal Constitucional, de reservas relativas, no absolutas<sup>22</sup>. Cabe remitir a la Administración la ordenación mediante reglamento de las referidas materias, pero el legislador debe establecer una cierta regulación sustancial de las mismas; la remisión no puede ser «en blanco»: es inaceptable «una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir»<sup>23</sup>; es inconstitucional la «simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio»<sup>24</sup>.

**52.** En el art. 53.1 CE encontramos también otra prohibición similar. Según el Tribunal Constitucional, en este precepto se establece no solo una reserva de ley, sino también un mandato de tipicidad o **determinación normativa**<sup>25</sup>. En su virtud, las limitaciones de los derechos reconocidos en los arts. 15-38 CE deben estar pre-

<sup>22</sup> Véase, por ejemplo, la STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4.

<sup>23</sup> STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4. En sentido similar, véanse las SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 4; 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4, y 185/1995, de 14 de diciembre, FJ 6.

<sup>24</sup> SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2, y 29/1989, de 6 de febrero, FJ 2. Véase, también, cap. 11, §§ 122-126.

<sup>25</sup> Véanse, por ejemplo, las SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4, y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3. Véase, también, cap. 8, §§ 78-80.

determinadas normativamente en términos lo suficientemente precisos como para resultar previsibles. La norma «que restrinja [uno de esos derechos] debe expresar con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora»; «así, aun teniendo un fundamento constitucional y resultando proporcionadas las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley [...] estas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación»<sup>26</sup>. Dicho con otras palabras, no cabe otorgar a los órganos administrativos o jurisdiccionales un poder demasiado amplio de restringir aquellos derechos en el caso concreto<sup>27</sup>. Las condiciones de ejercicio de este poder deben estar normativamente predeterminadas con el suficiente detalle para prevenir abusos y que los ciudadanos sepan a qué atenerse<sup>28</sup>.

**53.** En ocasiones, lo que se impone al legislador es la **obligación de otorgar ciertos poderes a determinadas autoridades, o la prohibición de que otras autoridades los restrinjan o interfieran en su ejercicio**. Así ocurre cuando la Constitución garantiza la **autonomía** de ciertas entidades, como los municipios (art. 140 CE) y las universidades públicas (art. 27.10 CE). La Constitución exige aquí que estas organizaciones tengan asignados unos «mínimos competenciales que doten de contenido y efectividad a la garantía de su autonomía»<sup>29</sup>. Dado que sus competencias y poderes reguladores no han sido concretados por la Constitución, el legislador se encargará de fijarlos, para lo cual goza de un amplio margen de configuración. Pero este no puede ser absoluto, pues de otro modo la referida garantía constitucional quedaría al albur de la ley y, a la postre, sin efecto.

**54.** El **Derecho de la Unión Europea** también limita la libertad de configuración del legislador en este punto, al imponer a los Estados miembros el establecimiento de autoridades —v. gr. administrativas— provistas de ciertas potestades y de un determinado grado de discrecionalidad para ejercerlas que los legisladores nacionales no pueden restringir<sup>30</sup>.

**55.** Esa libertad del legislador queda asimismo limitada por las «**reservas de jurisdicción**» consagradas por la Constitución, que son de cuatro tipos. Véase, también, cap. 8, §§ 60-63.

i) Algunos de sus preceptos establecen, en primer lugar, que determinadas decisiones únicamente pueden ser tomadas por los Tribunales. El art. 20.5 CE, por

<sup>26</sup> STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 15. Según M. BACIGALUPO (1997: 222 y ss.), en estos casos se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), postura que no sigue nuestro Tribunal Constitucional.

<sup>27</sup> Véase la STS de 23 de marzo de 2015 (rec. 1882/2013), en relación con la llamada ordenanza de convivencia ciudadana de Barcelona.

<sup>28</sup> Algunas disposiciones del Derecho de la Unión Europea establecen un mandato semejante. Véase, por ejemplo, el art. 10 de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior.

<sup>29</sup> En palabras de la STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 3. Como advierte F. VELASCO CABALLERO (2009: 246 y ss.), los arts. 137, 140 y 141 CE implican una «reserva constitucional de ordenanza local».

<sup>30</sup> Véase, en este sentido, la STJUE de 3 de diciembre de 2009 (*Comisión c. Alemania*, C-424/07), comentada por J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN (2011a); M.<sup>a</sup> J. BOBES SÁNCHEZ (2012); M. M. FERNANDO PABLO (2012) (cap. 8, § 59).

ejemplo, dispone que «solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial»<sup>31</sup>.

ii) En segundo lugar, los arts. 24.1, 106.1 y 117.3 CE reservan a los Tribunales el poder de juzgar y ejecutar lo juzgado, de decir la última palabra y hacerla cumplir cuando están en juego los derechos o intereses legítimos de los ciudadanos<sup>32</sup>. El legislador puede delegar en una autoridad administrativa o ejercer él mismo una determinada potestad, pero, en cualquiera de los dos casos, las personas afectadas en sus derechos o intereses legítimos por las decisiones resultantes podrán recabar la tutela judicial efectiva de los mismos.

iii) En tercer lugar, a este control judicial posterior generalizado, la Constitución añade, ora explícita ora implícitamente, uno previo, que necesariamente hay que superar antes de tomar determinadas decisiones. El art. 18 CE, por ejemplo, establece que las autoridades públicas necesitan una previa autorización judicial para intervenir las comunicaciones o entrar en un domicilio sin el consentimiento de su titular cuando no hay un flagrante delito.

iv) En cuarto lugar, en su Sentencia 181/2000, de 29 de junio (FFJJ 19 y 20), relativa a los baremos de cuantificación de ciertos daños, el Tribunal Constitucional declaró que del art. 117.3 CE no puede inferirse la existencia de una prohibición impuesta al legislador de establecer una regulación con cierto grado de densidad. Sin embargo, a continuación, declaró contraria al art. 24.1 CE cierta disposición legislativa por la razón de que contenía una regulación extremadamente «generalizadora y de parificación» que impedía a los afectados ejercitar en el proceso sus pretensiones individualizadas. En nuestra opinión, una ley puede vulnerar los derechos constitucionales a los que afecta si establece una regulación excesivamente uniforme, que no deja suficiente espacio para que las autoridades encargadas de aplicarla —ora administrativas ora judiciales— tutelen adecuadamente esos derechos en atención a las circunstancias del caso concreto<sup>33</sup>.

**56.** Finalmente, debe notarse que algunas normas supralegales **reservan a determinados legisladores la regulación de ciertas potestades** y, por tanto, excluyen o limitan la posibilidad de que otros legisladores interfieran en ella. La competencia exclusiva del Estado en materia penal (art. 149.1.6 CE), por ejemplo, impide que las comunidades autónomas puedan conferir a los Tribunales la potestad de castigar las infracciones de su ordenamiento jurídico.

<sup>31</sup> Véanse, también, los arts. 17.2 y 22.4 CE, así como la STC 85/2018, de 19 de julio, en relación con la competencia de cierta Comisión administrativa para investigar hechos delictivos.

<sup>32</sup> Véanse las SSTC 195/2012, de 17 de octubre, y 58/2016, de 17 de marzo, así como las SSTS de 31 de mayo de 2013 (recs. 48/2012 y 185/2012). Algunos autores, como M. A. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS (2013: 241 y ss.), dan al concepto de «juzgar» del art. 117.3 CE un contenido sustancial, como «poder de tutela de intereses ajenos», que diferiría del poder que se otorga a la Administración, de tutela de un interés, el general, «que le es propio, aunque no sea su titular». Discrepamos de esta tesis, de un lado, por su carácter apodíctico, pues no se justifica cómo esta se deduce de la Constitución y, de otro, porque, como ya hemos señalado, la finalidad con la que deben ejercer sus potestades todas las autoridades públicas es sustancialmente la misma: tutelar los intereses generales, maximizando su satisfacción.

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, son muy cuestionables las disposiciones que establecen de manera categórica la urgencia de tipos genéricos de expropiaciones (v. gr., el art. 56.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico). Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2001: 257 y ss.).



### 3.2. *Justificación de los límites*

57. La razón de ser última de todas estas normas supralegales es bien sencilla: **los intereses del legislador pueden no estar alineados con los del conjunto de la sociedad**. Ello puede provocar que la regulación que satisfaría óptimamente aquellos intereses y que la ley, por consiguiente, tenderá a establecer en ausencia de límites jurídicos no coincida con la regulación más conveniente para la ciudadanía y que tales límites tratan de garantizar.

58. Cabe razonablemente estimar, en efecto, que todos **esos límites tienden a minimizar los perjuicios que el legislador puede ocasionar a los intereses generales** al configurar sus interacciones con las Administraciones públicas y los Tribunales. El diseño de tales límites se ajusta, en gran medida, a los criterios que hubiera utilizado un «constituyente racional» que tratara de perseguir el referido objetivo. Muchos de los cuales se asemejan a los criterios que utilizaría un legislador racional para configurar el referido juego de la manera más conveniente para sus intereses, a saber: la capacidad de los poderes públicos implicados de actuar acertadamente; su legitimidad democrática; los costes de elaboración y de rectificación de las decisiones adoptadas; la relevancia de los intereses en juego; la varianza de los resultados; etcétera.

59. Analicemos, por ejemplo, la prohibición constitucional de que la Administración civil imponga sanciones privativas de libertad (art. 25.3 CE). Esta regla parece muy razonable, a la luz de los referidos criterios. Aquí hay tres factores decisivos. Nótese, en primer término, que al igual que sucede en otros muchos ámbitos, los incentivos de los Tribunales para ejercer esa potestad sancionadora con objetividad y plena sujeción al ordenamiento jurídico son mucho mejores que los de las autoridades administrativas. El riesgo de que estas utilicen dicha potestad desviada o abusivamente parece mucho mayor que el de que los Tribunales hagan lo propio. En segundo lugar, no da la impresión de que las Administraciones públicas aventajen sistemáticamente a los Tribunales en conocimientos o capacidad para aplicar el Código Penal. Más bien al contrario, este es uno de los pocos casos, seguramente, en los que los órganos jurisdiccionales poseen conocimientos más especializados y profundos que los administrativos para tomar decisiones acertadas. Estas dos circunstancias y el hecho de que los intereses en juego —nada menos que la libertad de las personas— tengan una enorme relevancia justifican que la propia Constitución haya limitado en este punto la libertad de configuración del legislador dejando sentado que, fuera del ámbito militar, solo los Tribunales puedan imponer sanciones privativas de libertad.

### 3.3. *Límites explícitos y límites implícitos*

60. Ya hemos visto que algunos preceptos de la Constitución y del Derecho de la Unión Europea establecen explícitamente ciertos límites que el legislador debe respetar al estructurar sus interacciones con las autoridades administrativas y jurisdiccionales. Adicionalmente, cabría deducir de otros preceptos supralegales —en



particular, de los que establecen principios y, muy especialmente, **derechos fundamentales**— otros límites análogos, aun cuando estos no vengan expresamente contemplados por ellas<sup>34</sup>. Nuestro Tribunal Constitucional, por poner algunos ejemplos, ha interpretado que: el derecho a la tutela judicial efectiva limita la posibilidad de que el legislador establezca regulaciones «singulares y autoaplicativas», típicamente establecidas por las Administraciones públicas mediante actos administrativos<sup>35</sup>; las intervenciones corporales realizadas en el marco de una investigación penal deben ser, en principio, autorizadas mediante resolución judicial<sup>36</sup>; y las remisiones legislativas al reglamento para regular materias reservadas a la ley deben hacerse de manera explícita<sup>37</sup>. Todo ello a pesar de que la letra de la Constitución no hace referencia alguna a estas reglas.

**61.** Esta doctrina merece, en líneas generales, un juicio positivo. Si los derechos fundamentales constituyen principios jurídicos, mandatos de optimización, que ordenan la realización de ciertos valores —*v. gr.*, la libertad— hasta donde sea fáctica y jurídicamente posible<sup>38</sup> y, en particular, que obligan a los poderes públicos a adoptar las medidas útiles, necesarias y proporcionadas para protegerlos<sup>39</sup>, cabe entender que de tales derechos se deriva también la exigencia de respetar ciertas garantías de organización, procedimiento y forma y, en concreto, de aquellas que resultan imprescindibles para asegurar dicha protección<sup>40</sup>. El legislador, en consecuencia, no puede delegar la adopción de ciertas decisiones en unas condiciones —organizativas, procedimentales y formales— tales que supongan riesgos inútiles, innecesarios o desproporcionados para los derechos fundamentales afectados.

#### 4. Límites fácticos

**62.** Conviene tener presente que el margen de maniobra de que el legislador dispone para configurar la estructura del juego se encuentra limitada no solo por normas jurídicas —*v. gr.*, la Constitución y el Derecho de la Unión Europea—, sino también por la **realidad social** en la que aquel ha de desenvolverse y que solo con dificultades y de manera parcial es posible cambiar a golpe de ley. El contexto histó-

<sup>34</sup> En sentido similar, F. VELASCO CABALLERO (2014: 124-125) estima que de los principios constitucionales pueden derivarse límites al poder del legislador de optar entre la Administración y los Tribunales como «organización de cumplimiento del Derecho».

<sup>35</sup> Véase la STC 129/2013, de 4 de junio; así como J. M. DÍAZ LEMA (2013); R. J. SANTAMARÍA ARINAS (2014); P. RODRÍGUEZ PATRÓN (2017).

<sup>36</sup> SSTC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.

<sup>37</sup> STC 26/1994, de 27 de enero, FJ 5.

<sup>38</sup> Véanse, entre otros, R. ALEXI (1994: 75 y 76); G. P. LOPERA MESA (2004).

<sup>39</sup> G. DOMÉNECH PASCUAL (2006: 143 y ss.).

<sup>40</sup> G. DOMÉNECH PASCUAL (2006: 181 y ss.). El Tribunal Constitucional ha declarado al respecto, por ejemplo, que las resoluciones administrativas y jurisdiccionales que restrinjan derechos fundamentales deben motivarse. En relación con las resoluciones administrativas, véanse las SSTC 175/1997, de 27 de octubre, FFJJ 4 y 5, y 188/1999, de 25 de octubre, FFJJ 5 y ss., así como la STC 7/1998, de 13 de enero, FJ 6, que declara la «relevancia constitucional del deber de motivar las resoluciones administrativas sancionadoras». Respecto de las resoluciones judiciales, véanse, entre otras, las SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5, y 54/1996, de 26 de marzo, FJ 7.

rico, social y jurídico —que no es posible transformar sustancialmente de la noche a la mañana—, la inercia y otros factores de índole fáctica condicionan las posibilidades de actuación del legislador.

## 5. Delegar o no delegar. Concepto de delegación

63. El primer dilema que se le presenta al legislador es el de delegar o no delegar. Y la alternativa escogida es casi siempre la primera. Capaz de tomar un número muy reducido de decisiones, el parlamento no tiene más remedio que limitarse a establecer los principios y las reglas generales que han de observarse en determinadas materias, y a delegar en otras autoridades públicas su desarrollo normativo y su aplicación a los casos concretos.

64. Conviene poner de relieve que en este trabajo se utiliza el término **delegación en un sentido muy amplio**, como sinónimo de atribución u otorgamiento de poder público, y no en el sentido más estricto que es usual en el mundo jurídico español, donde se emplea dicha palabra para referirse al acto por el cual una organización pública permite a otra ejercer una de sus competencias y, por ende, adoptar decisiones que, en principio, tienen el mismo valor jurídico que si hubiesen sido tomadas por aquella<sup>41</sup>.

## 6. En quién o quiénes delegar

65. Aquí, el legislador puede optar básicamente entre dos alternativas: delegar en una autoridad **administrativa** o en una **jurisdiccional**. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que, si se decanta por la primera opción, las decisiones adoptadas por la Administración siempre podrán ser revisadas ulteriormente por los Tribunales. También conviene tener presente que en muchas parcelas de la realidad ambas posibilidades aparecen combinadas. Para garantizar la seguridad del tráfico, por ejemplo, se otorgan directamente poderes sancionadores tanto a las Administraciones públicas (cuyas decisiones pueden ser recurridas ante la Jurisdicción contencioso-administrativa) como a los Tribunales penales.

66. A la hora de escoger entre una u otra alternativa, el legislador debería tomar en consideración, en mayor o menor medida, prácticamente todos los **factores** descritos *supra* §§ 28-48. Algunos de esos factores o criterios favorecen normalmente la opción de delegar exclusivamente en los Tribunales (i). Otros, la de hacerlo en favor de la Administración (ii). Y otros tienen efectos ambiguos, que dependen de las circunstancias concurrentes (iii).

i) Un factor muy relevante es el **riesgo de arbitrariedades**. Por las razones antedichas, cabe pensar que este es siempre mayor cuando se delega en autoridades administrativas. La magnitud de la diferencia que en este punto existe entre ambas alternativas —y, por ende, el coste esperado de delegar en la Administración— de-

<sup>41</sup> Véase, por ejemplo, el art. 9 LRJSP.

penderá a su vez de varias circunstancias: la dificultad de predeterminar legislativamente el sentido de las decisiones de que se trate; los incentivos que las autoridades administrativas puedan tener para cometer abusos o arbitrariedades; las dificultades que encuentren los jueces para controlar sus decisiones, etc. También puede jugar un papel significativo la necesidad de asegurar la **estabilidad** de las decisiones públicas que interpretan y aplican el ordenamiento jurídico. En la medida en que —cabe estimar— la jurisprudencia es más estable en el tiempo que la praxis administrativa, cuanto mayor sea aquella necesidad, más atractivo resultará para el legislador delegar en los Tribunales.

ii) Otro factor importante es la diferencia que entre autoridades administrativas y judiciales existe en cuanto a su respectiva **capacidad de tomar decisiones acertadas**. Normalmente, las Administraciones públicas aventajan a los Tribunales en este punto, aunque no siempre. También juega a favor de algunas autoridades administrativas su mayor **legitimidad democrática**, lo que *ceteris paribus* hace que la probabilidad de que los afectados acepten sus decisiones sea más elevada. El legislador debería tener en cuenta, asimismo, la mayor o menor **necesidad de que las autoridades competentes intervengan de oficio**. Ya sabemos que en este punto las Administraciones públicas suelen tener una capacidad mucho mayor que los Tribunales para actuar por su propia iniciativa, sin necesidad de que lo soliciten los interesados. Allí donde se requiere que los poderes públicos intervengan por su propio impulso de manera sistemática, frecuente e intensa, la presencia de la Administración será difícilmente eludible. En el mismo sentido jugará la **necesidad de coordinar y asegurar la coherencia** de las decisiones tomadas en un determinado momento por múltiples órganos públicos, pues los administrativos son capaces de coordinarse y actuar de manera más consistente que los jurisdiccionales. El hecho de que los **procedimientos** administrativos sean por lo general más ágiles y menos costosos que los judiciales favorece también la intervención de la Administración, sobre todo cuando resulta especialmente importante actuar con rapidez, o cuando los costes de procedimiento son relativamente elevados en relación con la magnitud de los intereses en juego, por ejemplo, porque se trata de asuntos de escasa importancia.

iii) La **relevancia de los intereses afectados** juega *a priori* un papel ambiguo. Por un lado, cuanto más relevantes sean estos, menos alicientes tendrá el legislador para delegar y, en particular, para hacerlo en aquellas autoridades —por lo común, administrativas— cuyos fines están peor alineados con los suyos. Pero, por otro lado, cuanto mayor sea dicha relevancia, más necesario será delegar en las autoridades más capaces, mejor situadas y más legitimadas para decidir acertadamente, que por lo común son también administrativas. La solución pasará muchas veces por delegar en estas últimas, al tiempo que se extremen las cautelas para prevenir desviaciones.

## 7. En qué medida delegar

### 7.1. La delimitación de espacios decisorios

67. El **margen de actuación** dejado por el legislador a los Tribunales y, eventualmente, a las Administraciones públicas puede ser más o menos amplio.

Y esta mayor o menor amplitud puede tener una influencia determinante sobre el grado en el que las decisiones administrativas o judiciales resultantes satisfacen los fines del legislador. De ahí que este haga bien en considerar cuál es el espacio de decisión óptimo que en cada caso conviene otorgar a la autoridad o autoridades delegatarias.

**68.** Cuando la delegación se hace directa y exclusivamente en favor de los **Tribunales**, el legislador tendrá que definir un único espacio de decisión. Y habrá de hacerlo regulando, de manera implícita o explícita, las condiciones sustantivas y formales de ejercicio de la potestad conferida. Cuanto más densa sea esa regulación, menor será el margen de que dispongan los jueces para actuar.

**69.** El margen será estrecho si el legislador emplea a estos efectos «reglas»; y amplio si utiliza «estándares»<sup>42</sup>. Las reglas predeterminan con un elevado grado de precisión el supuesto de hecho al que se asocia una determinada consecuencia jurídica. Los estándares consisten en principios o criterios generales, configurados con una elevada abstracción, que necesitan ser ponderados y articulados a la luz de las circunstancias del caso concreto a fin de precisar cuál es la consecuencia jurídica pertinente.

**70. Las reglas tienen varias ventajas:** i) permiten a sus destinatarios calcular con mayor grado de certeza las consecuencias jurídicas de sus conductas, lo que genera seguridad, facilita los acuerdos y reduce la litigiosidad; ii) su mayor claridad propicia su observancia; iii) su aplicación a los casos concretos es poco costosa; iv) al estrechar el margen de decisión del juez, reducen el riesgo de que este se desvíe, consciente o inconscientemente, de la solución preferida por el legislador, y v) propician una mayor uniformidad en la aplicación del Derecho. Las reglas son por ello preferibles en aquellos ámbitos en los que se plantean casos relativamente homogéneos y numerosos, cuyas soluciones óptimas se parecen mucho entre sí.

**71. Los estándares, en cambio:** i) son menos costosos de diseñar y elaborar; ii) permiten que el órgano aplicador del Derecho considere circunstancias relevantes para tomar en cada caso una decisión acertada que no hubieran podido ser previstas por el artífice de una regla, y iii) por ello, ofrecen mayores posibilidades de ajustar su alcance a las circunstancias del caso concreto. Los estándares son, pues, adecuados cuando se trata de resolver problemas infrecuentes, heterogéneos, complejos, cambiantes, para cuya resolución hay que tener en cuenta numerosos factores, difíciles de prever *ex ante*.

**72.** Cuando el poder se otorga directamente a una **Administración pública**, cuyas decisiones pueden ser revisadas luego por los Tribunales, las cosas se complican considerablemente. De un lado, el legislador debe elegir cuánto margen de actuación atribuye a los órganos encargados de aplicar el Derecho. Mediante reglas o estándares, mediante normas más o menos precisas, la ley determinará el perímetro del «**espacio global de decisión**» dentro del cual deberán moverse tanto las autori-

<sup>42</sup> Sobre la distinción entre ambos tipos de normas y sus respectivas ventajas y desventajas, véanse L. KAPLOW (1992); R. B. KOROBKIN (2000).

dades administrativas como las judiciales. Al regular las condiciones sustantivas y formales de ejercicio de una potestad administrativa, por ejemplo, el legislador está definiendo no solo el margen de que la Administración dispone para actuar en virtud de la misma, sino también, indirectamente, aquel dentro del cual los Tribunales van a poder moverse a la hora de revisar la decisión administrativa y decidir sobre su legalidad. Cuanto mayor sea la densidad de esa regulación legislativa, más estrechos serán ambos márgenes. Si la ley predetermina de manera prácticamente exhaustiva el sentido de una decisión administrativa, la Administración no tendrá apenas margen para configurarla, pero tampoco los Tribunales para revisarla.

**73.** A la hora de fijar el perímetro óptimo de este «espacio global de decisión» conferido a las autoridades administrativas y judiciales, el legislador debería sopesar las ventajas y desventajas de fijar un perímetro amplio —mediante estándares— o estrecho —mediante reglas— a las que antes se hizo referencia.

**74.** De otro lado, el legislador tiene que **deslindar el espacio decisorio atribuido a la Administración del otorgado a los Tribunales**. La ley que atribuye explícitamente a la Administración una cierta discrecionalidad para tomar determinadas decisiones limita, al mismo tiempo, las posibilidades que los Tribunales tienen para declarar la legalidad de estas. Y, viceversa, las reglas que, *de iure* o *de facto*, explícita o implícitamente, restringen o dificultan la posibilidad de que los Tribunales declaren ilegales las decisiones adoptadas por las Administraciones públicas amplían el margen de que estas disponen para decidir.

**75.** Para delimitar la extensión de ambos espacios decisorios, el legislador debería tener en cuenta los mismos **criterios**, antes expuestos, que podrían servirle para decidir si delega en los Tribunales o en las Administraciones públicas. Bien mirado, se trata sustancialmente del mismo problema: de cuánto poder conviene dejar a unos y a otras. Nótese que delegar exclusivamente en los Tribunales puede considerarse una solución extrema del problema que ahora estamos considerando, por la que el poder dejado a las autoridades administrativas se estrecha hasta el punto de que es igual a cero. Así las cosas:

i) El espacio dejado a una determinada autoridad administrativa debería ser menor cuanto mayor sea el **riesgo que esta se desvíe** de los fines del legislador, lo que a su vez dependerá de varios factores: del grado de precisión con el que se haya predeterminado normativamente el contenido de las decisiones a tomar; de los incentivos que las autoridades administrativas puedan tener para incurrir en desviaciones; de su legitimidad democrática; del rigor, carácter público y participativo de sus procedimientos de actuación; de las dificultades que encuentren los jueces para controlar sus decisiones, etcétera.

ii) El margen de actuación otorgado a la autoridad administrativa debería ser más amplio cuanto mayor sea la diferencia a su favor entre ella y los Tribunales en cuanto a su **capacidad** —v. gr., por sus conocimientos especializados, su mayor cercanía a los hechos, su legitimidad democrática, sus procedimientos de actuación, etc.— para tomar decisiones acertadas y aceptables por los ciudadanos.

iii) Como ya hemos visto, la **relevancia de los intereses afectados** juega aquí un papel *a priori* ambiguo. Cuanto mayor sea dicha relevancia, menos margen de

actuación convendrá dejar a las autoridades —por lo general, administrativas— que más probablemente pueden cometer arbitrariedades, pero, al mismo tiempo, también será más necesario dar mayor espacio a las autoridades más capaces, mejor situadas y más legitimadas para decidir acertadamente, que por lo común son también administrativas. La solución, cuando se trata de decisiones muy relevantes, consistirá frecuentemente en reconocer a la Administración un margen relativamente amplio para decidir, al tiempo que se extreman las cautelas —v. gr., de procedimiento— para prevenir desviaciones.

## 7.2. *Condiciones sustantivas y condiciones formales de la delegación*

76. Los espacios para decidir eventualmente dejados a las autoridades administrativas y judiciales quedan delimitados por toda una serie de condiciones establecidas de manera explícita o implícita, con mayor o menor grado de precisión, por la ley y el resto del ordenamiento jurídico. Como suele decirse, en toda potestad discrecional hay siempre algunos «elementos reglados».

77. Estas condiciones pueden ser **sustantivas** o **formales**. Las primeras limitan la discrecionalidad de que la autoridad delegataria dispone para concretar el contenido de las decisiones adoptadas en el ejercicio de la potestad delegada. Las segundas limitan su discrecionalidad para determinar el modo en que se adoptan tales decisiones, es decir, para configurar la organización, el procedimiento y la forma a través de los cuales se ejerce la potestad delegada.

78. Los **aspectos formales** —organizativos, procedimentales y de forma en sentido estricto— de ejercicio de una potestad **pueden tener una influencia determinante sobre el contenido de las decisiones adoptadas** en virtud de la misma. Configurar de cierta manera esos aspectos —v. gr., asegurar la imparcialidad de las autoridades competentes, dar audiencia previa a los afectados, motivar las resoluciones adoptadas y publicarlas— puede incrementar la probabilidad de que esas decisiones sirvan efectivamente los intereses del legislador. El problema es que **las autoridades competentes no siempre tienen los incentivos adecuados** para configurar de esa manera tales aspectos, principalmente porque sus intereses difieren, en mayor o menor medida, de los del legislador. Esa configuración digamos «socialmente óptima» es más beneficiosa para el legislador que para la autoridad delegataria; y más costosa para esta que para aquel.

79. Pongamos, por ejemplo, que desde el punto de vista del legislador conviene que cierta autoridad pública observe un determinado procedimiento antes de decidir, porque este permite conocer cuál es la mejor alternativa para el interés general, lo que compensa los costes que su observancia entraña. Es posible, sin embargo, que a dicha autoridad no le salga a cuenta realizarlo. De un lado, porque los beneficios que ello le reportaría son escasos, habida cuenta de que su objetivo no es adoptar esa decisión «socialmente óptima», sino la que más le conviene a ella. De otro lado, la observancia del procedimiento puede tener para esa autoridad un coste superior al que representa para el legislador, al menos por dos razones. En primer lugar, porque aquella habrá de invertir recursos —tiempo, esfuerzo, dinero, etc.— que ya no podrá



dedicar a otros usos alternativos, personalmente más gratificantes o políticamente más rentables. La segunda es que la observancia puede generar información valiosa para el legislador —*v. gr.*, por cuanto que le permite conocer cuál es la decisión que mejor se ajusta a sus fines—, pero perjudicial para la referida autoridad, que preferiría que esa información no saliera a la luz a fin de actuar de manera más acorde con sus preferencias sin ser «descubierta».

**80.** De ahí que, frecuentemente, el legislador establezca diversos **requisitos de organización, procedimiento y forma** que las autoridades delegatarias deben respetar cuando ejercen las potestades que aquel les ha otorgado. Estas condiciones cumplen normalmente una **doble función**. Por un lado, mejoran la capacidad de esas autoridades para decidir acertadamente. Por otro, reducen el riesgo de que estas actúen de manera desviada. La emisión de ciertos informes técnicos en el seno de un procedimiento, por ejemplo, puede proporcionar al órgano competente para resolverlo información valiosa a tales efectos y, además, disminuir el riesgo de que este incurra en determinadas arbitrariedades.

**81.** Estos requisitos deberán ser, por ello, especialmente abundantes y estrictos cuando la necesidad de prevenir arbitrariedades y errores cometidos por las autoridades delegatarias sea particularmente acuciante. Cuanto mayor sea el riesgo de tales arbitrariedades y errores —*p. ej.*, porque el margen de que dichas autoridades disponen para decidir discrecionalmente es muy amplio o los intereses en juego revisten una enorme trascendencia—, más numerosas y rigurosas garantías de organización, procedimiento y forma convendrá articular a fin de neutralizarlo<sup>43</sup>. En términos de racionalidad económica, la cantidad y la calidad de estas garantías deberían incrementarse hasta el punto en el que su beneficio social marginal —derivado de reducir ese riesgo— se iguale al coste social marginal que las mismas inevitablemente entrañan<sup>44</sup>.

**82.** Debe advertirse, finalmente, que estos requisitos prescritos por la ley y el resto del ordenamiento jurídico rara vez eliminan por completo la **discrecionalidad** de que las autoridades delegatarias disponen para configurar los cauces organizativos, procedimentales y formales a través de los cuales ejercen en cada caso sus potestades<sup>45</sup>. Por ejemplo, las Administraciones públicas, en los procedimientos que han de instruir y resolver, suelen gozar de un considerable margen de apreciación para: determinar los agentes que intervendrán como instructores; actuar dentro de los límites temporales fijados por la ley; ampliar o reducir los plazos fijados con carácter ordinario para llevar a cabo determinadas actuaciones; recabar informes o estudios; practicar pruebas; realizar o no trámites como el de información pública; escoger la manera en que motivarán sus decisiones, etcétera.

<sup>43</sup> Varios autores han señalado la necesidad de «compensar» la atribución de discrecionalidad a las Administraciones públicas con el establecimiento de garantías organizativas y de procedimiento. Cuanto más amplia sea aquella, más rigurosas deben ser estas. Véanse, por todos, M. BACIGALUPO (1997: 233 y ss.); S. MUÑOZ MACHADO (2015: 219); J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 69 y ss.).

<sup>44</sup> Véase G. DOMÉNECH PASCUAL (2014).

<sup>45</sup> En sentido similar, con abundantes ejemplos, J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 67 y ss.). Véase, también, A. VERMEULE (2016a).



## 8. Cómo delegar

### 8.1. *Delegaciones explícitas y delegaciones implícitas*

83. Las decisiones legislativas que configuran la estructura del juego —por las cuales el legislador determina si delega o no el ejercicio de una determinada potestad, en quién la delega y en qué medida lo hace— pueden ser explícitas o implícitas<sup>46</sup>. En el primer caso, el legislador se pronuncia al respecto de manera **expresa**. En el segundo, no se manifiesta explícitamente sobre el particular, por lo que la solución establecida ha de ser deducida o «interpretada» por los encargados de aplicar la ley. Nótese que estas delegaciones **tácitas** entrañan una suerte de delegación para decidir sobre la existencia y el alcance de otra delegación. Al no pronunciarse explícitamente, el legislador viene a delegar en las autoridades administrativas y judiciales el poder de precisar si se les han atribuido determinados poderes y, en su caso, cuál es el alcance de estos.

84. Las delegaciones **expresas** proporcionan claridad y certeza acerca de la estructura del juego. Eliminan o al menos reducen de manera muy significativa las dudas eventualmente existentes al respecto y, por ende, las fricciones y disputas que tales dudas pudieran engendrar. También disminuyen el riesgo de que las autoridades encargadas de aplicar la ley interpreten desviadamente el alcance de sus competencias. Las delegaciones **tácitas** ahorran al legislador los costes de tener que especificar su existencia y alcance. Y permiten que las autoridades administrativas y judiciales implicadas consideren diferentes circunstancias que son relevantes para tomar una decisión acertada en cada caso y que difícilmente pueden ser previstas con carácter general por la ley. Cabe sostener, por todo ello, que las delegaciones legislativas explícitas resultan preferibles cuando: se regulan aspectos especialmente importantes; existe una necesidad singularmente elevada de proporcionar certeza a los afectados; o las circunstancias relevantes para decidir acertadamente son poco cambiantes y heterogéneas.

85. En la práctica, **la decisión legislativa de delegar potestades y de precisar en quién se delegan**, especialmente cuando se trata de aquellas que más gravemente pueden afectar a los ciudadanos, se realiza normalmente de manera expresa. Por ejemplo, la legislación estatal básica se ha preocupado de dejar sentado —explícitamente— que la potestad administrativa sancionadora solo puede ser ejercida cuando haya sido otorgada en virtud de una disposición legislativa explícita y solo por quien la tenga atribuida de igual modo<sup>47</sup>. Seguramente, porque cabe entender que así lo exige —tácitamente— la Constitución española<sup>48</sup>.

86. En cambio, es muy frecuente que el legislador no haya fijado con carácter general y de manera explícita y precisa los **márgenes de apreciación** dentro de los

<sup>46</sup> En sentido similar, E. SALZBERGER (1993: 358 y ss.) habla de delegaciones positivas o negativas (pasivas).

<sup>47</sup> Véase el art. 25, apartados 1 y 2, LRJSP.

<sup>48</sup> Nótese que, según la STC 26/1994, de 27 de enero, FJ 5, la Administración solo puede regular infracciones y sanciones en virtud de una remisión legislativa explícita.

cuales pueden moverse las autoridades administrativas y judiciales. Probablemente, porque, en muchos casos, semejante delimitación, además de impracticable, arrojaría resultados inconvenientes, en la medida en que: i) resulta enormemente complicado predeterminar en términos generales y exactos los lindes de sus respectivos espacios decisorios, y ii) es muy probable que la amplitud de estos difiera considerablemente en función de las circunstancias de cada caso, por lo que conviene dejar su concreción a las autoridades administrativas y judiciales implicadas.

87. Sea como fuere, interesa subrayar que, para reconocer a una autoridad administrativa o judicial un cierto margen de apreciación o actuación discrecional, no siempre se precisa que el legislador así lo haya previsto explícitamente. A falta de una previsión tal, dicho margen puede deducirse a veces de una interpretación razonable de la ley y del resto del ordenamiento jurídico<sup>49</sup>. Ahora bien, tampoco puede considerarse irrelevante el hecho de que exista una declaración legislativa expresa al respecto, pues esta circunstancia deja las cosas claras en este punto y conjura el riesgo de que tal margen no sea respetado por otras autoridades.

## 8.2. Delegaciones previas y delegaciones posteriores

88. Pudiera parecer consustancial a cualquier delegación su **carácter previo** respecto del ejercicio de la potestad delegada. Sin embargo, y como muy perspicazmente ha señalado algún autor, cabe afirmar que ciertas delegaciones **tienen lugar a posteriori**, después de que la autoridad delegataria haya ejercido la correspondiente potestad<sup>50</sup>. Imaginemos que, en una situación de vacío legal, los Tribunales o la Administración se estiman competentes para conocer de ciertos casos y darles una determinada solución. Imaginemos que esta praxis administrativa o judicial se **consolida** y se mantiene durante un largo periodo de tiempo, y que el legislador, pudiendo en varias ocasiones regular esta materia, en el mismo o en otro sentido, no lo hace por estimar que los beneficios eventualmente derivados de cambiar o de confirmar expresamente el *statu quo* son inferiores a los riesgos y costes que implica abrir un procedimiento de reforma. En estos y otros casos similares, la persistente inactividad del legislador puede ser interpretada como una **delegación implícita ex post** en favor de la Administración o los Tribunales para que sigan actuando como hasta la fecha han venido haciéndolo.

## IV. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN

89. En este punto conviene distinguir entre lo que la Administración **debería hacer**, que es básicamente adoptar en cada caso la decisión más conveniente para los

<sup>49</sup> Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha entendido que el Consejo General del Poder Judicial goza de un amplio margen de discrecionalidad para realizar determinados nombramientos, a pesar de que la LOPJ no otorga explícitamente dicha discrecionalidad. Véase, entre otras muchas, la STS de 27 de junio de 2017 (rec. 4942/2016).

<sup>50</sup> E. SALZBERGER (1993: 360).

intereses públicos, y lo que la Administración probablemente **tenderá a hacer**, que no tiene por qué ser exactamente lo mismo y que, de hecho, no suele serlo.

## 1. Lo que la Administración debería hacer

**90.** En nuestra opinión, las Administraciones públicas **deberían adoptar las decisiones que maximicen el bienestar social** habida cuenta de las circunstancias concurrentes. Con otras palabras, deberían tomar aquella decisión que, en cada caso, resulte más conveniente para el conjunto de los ciudadanos, que mejor satisfaga los intereses generales. Con el fin de lograr este objetivo, aquellas deberían observar ciertas reglas.

### 1.1. *La vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico.* *Legalidad y eficacia*

**91.** La Constitución española, amén de establecer que todos los poderes públicos están vinculados a la misma y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) y de consagrar el «principio de legalidad» (art. 9.3), dispone específicamente que las Administraciones públicas deben «servir con objetividad a los intereses generales» y actuar «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» (art. 103.1). La Constitución española asume aquí la tradicional concepción amplia del principio de legalidad de la actividad administrativa como principio de «**juridicidad**» o sometimiento de la misma a todo el ordenamiento jurídico, no solo a las normas con rango ley<sup>51</sup>.

**92.** No es infrecuente que los principios de **eficacia** —o servicio a los intereses generales— y **legalidad** —pleno sometimiento al Derecho— se conciban como antagónicos o, al menos, potencialmente contrapuestos. El respeto de la ley dificultaría o, a veces, incluso impediría que la Administración satisficiera como sería deseable los intereses generales<sup>52</sup>. En nuestra opinión, **el principio de legalidad tiene un valor instrumental** respecto del de servicio a los intereses generales<sup>53</sup>. Lo normal es que ambos principios vayan de la mano. De un lado, porque el legislador puede considerarse el mejor «intérprete» de las exigencias del principio del servicio a los intereses generales. El legislador —léase también el constituyente y los artífices de otras normas jurídicas aplicables— está por lo común mejor situado que la Administración para determinar, al menos en sus líneas básicas y en términos abstractos, cuáles son las soluciones que mejor sirven a dichos intereses. De otro lado, el legislador tiene normalmente incentivos más adecuados que las autoridades administrativas para tomar decisiones que satisfagan mejor los intereses de la ciudadanía.

<sup>51</sup> Véase, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017).

<sup>52</sup> Véase, por ejemplo, A. NIETO (2008: 215 y ss.).

<sup>53</sup> En sentido similar, A. NIETO (2008: 218) advierte que «el servicio a los intereses generales es el fin, el objetivo de la actuación administrativa, mientras que el respeto a la legalidad es un medio».

**93.** Ello no quita, claro está, que pueda haber **fricciones** entre ambos. Así puede ocurrir, en primer lugar, si la ley no tuvo suficientemente en cuenta las específicas circunstancias del caso concreto considerado. Imaginemos que el contexto social en el que se dictó una ley ha cambiado significativamente, o que el legislador consideró oportuno establecer una regulación general sin contemplar explícitamente un tratamiento específico para los casos que presentan circunstancias especiales, respecto de los cuales la aplicación estricta de la ley es inadecuada, contraria incluso a su espíritu. Imaginemos, asimismo, que el legislador establece una regla de procedimiento pensada para la mayoría de las autoridades administrativas, a fin de neutralizar los incentivos «perversos» que estas pudieran tener para desviarse de la solución socialmente deseable. Supongamos, no obstante, que nos encontramos con una autoridad administrativa benevolente, que carece de semejantes incentivos, por lo que la aplicación de esa regla procedimental resulta en este caso innecesaria. En segundo lugar, es posible que la autoridad encargada de aplicar la ley estime, por cualquier otro motivo, que la solución consagrada por esta para el caso considerado no satisface adecuadamente el interés público.

**94.** Frecuentemente, **estas tensiones pueden resolverse** por vía interpretativa y, en particular, a través de una interpretación que tenga debidamente en cuenta el fin perseguido por la ley, la realidad social del tiempo en el que la misma ha de ser aplicada y los deberes de tutelar ciertos intereses públicos contemplados en otras normas jurídicas —v. gr., la Constitución—, que pueden servir para matizar en cada caso la solución prescrita con carácter general por el legislador. Con todo, las interpretaciones que se mantienen dentro de los márgenes de la razonabilidad no siempre permiten resolver todas las contradicciones que existen entre el Derecho vigente y la alternativa que, a los ojos de las autoridades administrativas competentes, mejor satisface los intereses generales. En tal caso, y como es obvio, estas *deben* dar efecto a lo establecido por el Derecho, no solo porque así lo establece claramente el art. 103.1 CE, sino también por una razón pragmática: es muy probable que las decisiones administrativas que vulneran frontalmente el ordenamiento jurídico acaben siendo anuladas por los Tribunales.

## **1.2. Vinculación positiva o vinculación negativa de la Administración a la ley y al resto del ordenamiento jurídico**

**95.** Se ha discutido si el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho a que se refiere el art. 103.1 CE ha de entenderse en un sentido positivo o negativo. Si lo primero, la Administración solo podría actuar cuando una ley —o, en su caso, otra norma jurídica— así lo hubiera autorizado específicamente y solo en los términos legalmente previstos. Si lo segundo, la Administración podría llevar a cabo cualquier actuación no prohibida por la ley o el resto del ordenamiento jurídico. El problema tiene relevancia práctica en los casos en que la actuación administrativa en cuestión no está autorizada pero tampoco proscrita por el Derecho. En tales escenarios, la actuación sería lícita con arreglo a la doctrina de la vinculación negativa; e ilícita, según la teoría opuesta.

**96.** García de Enterría y Fernández Rodríguez, entre otros, han sostenido la **tesis de la vinculación positiva**, con tres importantes matices<sup>54</sup>. El primero es que la atribución de potestad debe ser específica: el poder otorgado ha de ser «en cuanto a su contenido [...] concreto y determinado; no caben poderes inespecíficos, indeterminados, totales». El segundo es que, en coherencia con el sentido amplio que tradicionalmente se le ha dado a la expresión «legalidad», la norma de cobertura previa no necesariamente ha de tener rango legal<sup>55</sup>. Es más, los autores admiten que la Administración pueda autoatribuirse potestades mediante reglamento, fuera de las materias reservadas a la ley. En tercer lugar, tampoco se requiere que el otorgamiento de la potestad se haga de manera explícita, sino que puede inferirse «de otros poderes expresamente reconocidos por la ley y de la posición jurídica singular que esta construye, como poderes concomitantes de tales o de tal posición o, incluso, como filiales o derivados de los mismos».

**97.** Estos autores aducen para justificar su tesis el tenor de los arts. 9.3 y 103.1 CE, así como el de varias disposiciones legislativas (arts. 34.2 y 48.1 LPAC, y 70.1 LJCA). Sin embargo, no nos parece que la letra de estos preceptos sea en absoluto incompatible con la tesis de la vinculación negativa. Resulta sumamente forzado entender, por ejemplo, que, al establecer que la Administración actúa con sometimiento pleno al Derecho y que el contenido de los actos administrativos será ajustado a Derecho, tales preceptos están diciendo que aquella nunca puede actuar a menos que cuente con una norma jurídica que lo autorice. Nótese que también «los ciudadanos [...] están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1 CE), lo cual no significa que solo pueden hacer lo que la ley les autoriza<sup>56</sup>. Al contrario, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que «el principio general de libertad que consagra la Constitución en sus arts. 1.1 y 10.1 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»<sup>57</sup>. Cabría replicar que las Administraciones públicas no tienen reconocida una libertad semejante y que su posición institucional es diferente de la de los particulares, lo cual es indiscutible, pero está por ver que esta diferencia implique necesariamente su vinculación positiva al ordenamiento jurídico.

**98.** Más acertada, a nuestro juicio, resulta la posición de **otros autores**, que **distinguen en función del tipo de actividad administrativa considerada**. Santa-maría Pastor, por ejemplo, estima que «el régimen de vinculación positiva afecta a todas las actuaciones de la Administración [...] que inciden en cualquier situación jurídica de los sujetos (privados o públicos) en forma limitativa o extintiva», en virtud del art. 53.1 CE, y a las actuaciones que exijan un desembolso de fondos públicos,

<sup>54</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017). En sentido similar, entre otros, G. FERNÁNDEZ FARRERES (2018); M. REBOLLO PUIG (2017: 134 y ss.). Véase, también, cap. 8, § 77.

<sup>55</sup> En sentido similar, de I. DE OTTO (1995: 157 y ss.). Otros autores, en cambio, han defendido que la norma a la que la Administración está vinculada positivamente sí ha de tener rango de ley. Véase, por ejemplo, F. RUBIO LLORENTE (1993: 21).

<sup>56</sup> En el mismo sentido, M. BELADIEZ ROJO (2000: 320).

<sup>57</sup> SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3; 93/1992, de 11 de junio, FJ 8, y 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 25.

en virtud del principio de legalidad presupuestaria. En los restantes casos, debe regir y rige de hecho «la vinculación negativa». Lo contrario sería «escasamente realista», pues el parlamento no es capaz de producir el volumen de normativa que exigiría la vinculación positiva, «ni tiene sentido ni utilidad alguna limitar de modo tan riguroso la libertad de iniciativa de la Administración»<sup>58</sup>. En sentido similar Beladiez Rojo defiende que, en principio, «la Administración puede actuar aunque no exista una norma que exprese y específicamente la habilite para ello si su actuación persigue una finalidad de interés general y no existe en nuestro ordenamiento ninguna norma que le prohíba realizar esa actividad»<sup>59</sup>. Así, esta regla se exceptuaría en dos casos en los que la Constitución impone que la actividad administrativa cuente con la cobertura específica de una norma de rango legal, a saber: en las materias reservadas a la ley y en el ejercicio de potestades que limitan la libertad de los ciudadanos<sup>60</sup>. También cabría derivar otras excepciones de principios constitucionales tales como los de seguridad jurídica, igualdad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que podrían llegar a exigir una habilitación legal previa para llevar a cabo determinadas actuaciones administrativas, especialmente las que afectan negativamente a ciertas personas<sup>61</sup>.

**99.** De hecho, esta es la tesis que en la práctica siguen normalmente tanto las Administraciones públicas como los Tribunales. Aquellas necesitan, ciertamente, una previa habilitación del legislador para intervenir en las materias reservadas a la ley y, en particular, para limitar la libertad o los derechos de los ciudadanos. Pero, fuera de estos casos, la **jurisprudencia** mayoritaria ha admitido la licitud de actuaciones carentes de cobertura normativa específica. Sirvan los ejemplos de los llamados reglamentos independientes<sup>62</sup>, en especial, de los dictados por las Entidades locales<sup>63</sup>, y de las declaraciones administrativas de juicio, deseo o sentimiento de tipo simbólico que no restringen los derechos de los ciudadanos y que tampoco pretenden producir efecto vinculante alguno<sup>64</sup>. El ordenamiento jurídico no permite inequívocamente a las Administraciones públicas manifestar el deseo de que desaparezcan las guerras, las corridas de toros y la violencia de género o de que vuelvan los presos políticos a *Euskal Herria*, ni tampoco expresar solidaridad con las víctimas de un terremoto. Pero no parece necesario ni realista exigir una previa cobertura normativa para realizar semejantes declaraciones. Basta que no infrinjan el ordenamiento jurídico —que constituye aquí un «límite externo»— y que tengan alguna conexión, siquiera remota, con los fines públicos a los que ha de servir la Administración actuante.

<sup>58</sup> J. A. SANTAMARÍA PASTOR (2016: 58 y ss.). En sentido similar, M. SÁNCHEZ MORÓN (2017: 90-91).

<sup>59</sup> M. BELADIEZ ROJO (2000: 330).

<sup>60</sup> M. BELADIEZ ROJO (2000: 331).

<sup>61</sup> M. BELADIEZ ROJO (2000: 337 y ss.).

<sup>62</sup> Véase J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN (1991: 163 y ss.).

<sup>63</sup> Véanse las SSTs de 30 de enero de 2008 (rec. 1346/2004), de 15 de diciembre de 2009 (rec. 496/2009), de 11 de febrero de 2014 (rec. 744/2001) y de 22 de mayo de 2015 (rec. 2433/2013), así como F. VELASCO CABALLERO (2009: 241 y ss.); A. GALÁN GALÁN (2001); F. TOSCANO GIL (2013); J. ORTEGA BERNARDO (2014: 246 y ss.); J. FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA (2015).

<sup>64</sup> Véase la STS de 18 de mayo de 1998 (rec. 5292/1992), así como otras sentencias citadas en G. DOMÉNECH PASCUAL (2004) y J. M. MARTÍNEZ OTERO (2020).

### 1.3. *¿Cómo deberían actuar las autoridades administrativas en los espacios de discrecionalidad?*

**100.** En España, la teoría dominante de la discrecionalidad administrativa se ha elaborado desde la **perspectiva del control judicial**. Ello ha propiciado una identificación entre las normas jurídicas que la Administración ha de observar en el ejercicio de sus potestades discrecionales y las normas cuyo cumplimiento por parte de esta los Tribunales han de verificar cuando revisan dicho ejercicio<sup>65</sup>. El control judicial llega hasta donde alcanza el Derecho, que termina donde comienza la discrecionalidad administrativa, el espacio decisorio en el que los jueces no pueden inmiscuirse porque no hay criterio jurídico alguno que permita elegir entre las alternativas allí existentes.

**101.** La consecuencia natural es que, siempre que se mantenga dentro de ese espacio delimitado externamente por el Derecho, la Administración puede adoptar cualquier decisión. En palabras de García de Enterría y Fernández Rodríguez, seguramente los más destacados artífices de esa concepción teórica, «el ejercicio de una potestad discrecional permite [...] optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho»; «la discrecionalidad es esencialmente una **libertad de elección [...] entre indiferentes jurídicos**, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración»; «el juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, puesto que, sea esta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa [...] es necesariamente justa»<sup>66</sup>.

**102.** Esta concepción ha sido cuestionada por varios autores, que vienen a sostener que **el espacio de discrecionalidad otorgado a la Administración no constituye un indiferente jurídico**. En primer lugar, porque, como bien ha señalado Rodríguez de Santiago, también en ese espacio la Administración ha de observar algunas normas jurídicas, aunque su cumplimiento no sea perfectamente controlable por los Tribunales<sup>67</sup>. Estima este autor que en los casos de decisiones discrecionales hay una «**asimetría**» entre las **normas de conducta y las normas de control**<sup>68</sup>. Las primeras son las que ha de aplicar la Administración cuando actúa. Las segundas constituyen los criterios con los que hay que revisar o enjuiciar,

<sup>65</sup> En sentido similar, así lo advierte también J. PONCE SOLÉ (2016).

<sup>66</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017). Véase, también, L. PAREJO ALFONSO (1993: 60).

<sup>67</sup> En sentido similar, L. ARROYO JIMÉNEZ (2009: 27-28); J. PONCE SOLÉ (2016), quien señala que «el Derecho administrativo es algo más amplio y diferente que el mero control judicial de las decisiones administrativas».

<sup>68</sup> Sobre esta distinción, de origen alemán, véase J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 24 y ss. y 165 y ss.). M. BACIGALUPO (1997: 61 y ss.) también la utiliza, si bien considera de dudosa compatibilidad con el art. 106.1 CE que el legislador establezca normas de conducta dirigidas a la Administración y, al mismo tiempo, excluya que puedan ser aplicadas, como normas de control, por los Tribunales (pp. 77 y 78). En su opinión, «las normas de conducta, dirigidas a la Administración, son siempre a la vez normas de control, dirigidas al juez» (p. 82).



en vía administrativa o judicial, una determinada actuación administrativa. Pues bien, en los supuestos de discrecionalidad, la Administración completa las normas de conducta establecidas por el legislador con normas o criterios adicionales «encontrados o decididos por ella misma». Estas normas o criterios adicionales de conducta «construidos» por la Administración solo serían susceptibles de un control judicial «negativo»: los Tribunales solo podrían verificar si han sido explicitados en el procedimiento y no son inaceptables<sup>69</sup>. En segundo lugar, y en estrecha relación con lo que acaba de decirse, las autoridades administrativas, en los márgenes de actuación que les deja el ordenamiento jurídico, deben observar siempre una norma fundamental de carácter final: la de intentar **tomar la mejor decisión posible** para los intereses generales<sup>70</sup>. Nuestra posición es básicamente coincidente con la de estos autores. En los espacios de discrecionalidad legalmente establecidos, las autoridades administrativas deben observar esta norma fundamental, lo que no es óbice para que los Tribunales deban dar por válidas las decisiones que se mantienen dentro de tales espacios.

### 1.3.1. *El deber de adoptar la decisión más conveniente para los intereses generales*

**103.** Este deber puede inferirse de varios preceptos de la Constitución. En primer lugar, de los **principios de eficiencia y economía** consagrados en su art. 31.2. No basta que la Administración actúe al servicio de los intereses generales, sino que ha de hacerlo eficientemente, maximizando la utilidad social de sus escasos recursos. Una decisión administrativa no puede considerarse eficiente si hay otra alternativa mejor para tales intereses, bien porque esta mejora la satisfacción de al menos alguno de ellos sin perjudicar ninguno (en la jerga de los economistas, es eficiente en el sentido de Pareto), bien porque dicha alternativa consigue elevar la satisfacción de algunos intereses públicos en la medida suficiente como para compensar el menoscabo que la misma supone para otros (es, por tanto, eficiente en sentido Kaldor-Hicks)<sup>71</sup>.

**104.** El **principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos** (art. 9.3 CE) también podría dar fundamento, al menos en algún caso, al referido deber. Resultaría injustificable racionalmente y, por ende, arbitrario, por ejemplo, el que la Administración escogiera una de las alternativas comprendidas dentro de su margen de actuación discrecional a pesar de estimar que hay otras soluciones, también situadas allí dentro, que sirven mejor los intereses públicos.

**105.** En tercer lugar, si —de acuerdo con la opinión de numerosos autores— los principios jurídicos que la Constitución consagra constituyen **mandatos de optimización**, que ordenan a los poderes públicos la realización de ciertos valores en la mayor medida de lo posible, habida cuenta de las limitaciones fácticas y jurídica

<sup>69</sup> J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 172 y ss.).

<sup>70</sup> En sentido similar, G. FERNÁNDEZ FARRERES (1983: 615 y ss.); M.<sup>a</sup> J. ALONSO MAS (1998: 361 y ss.); J. PONCE SOLÉ (2016); J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 172 y ss.).

<sup>71</sup> Véanse N. KALDOR (1939); J. HICKS (1939).

existentes<sup>72</sup>, entonces la Administración pública está obligada a tomar la decisión que maximiza, que mejor satisface, efectivamente tales principios.

**106.** Finalmente, hay una importante **razón pragmática** para afirmar la existencia de un deber tal. En vista de que, a veces, su observancia no puede ser plenamente verificada por los Tribunales —o, en su caso, por el órgano administrativo encargado de revisar la decisión adoptada— y, por tanto, de que a su incumplimiento no siempre va asociada una sanción jurídica, acaso pudiera pensarse que este es un deber inútil, carente de cualquier efecto práctico<sup>73</sup>. Sin embargo, hay sólidas razones para pensar lo contrario. Varios estudios empíricos han evidenciado que el hecho de que mediante una norma jurídica, dictada a través de los cauces normales de creación del Derecho, se establezca el deber de observar cierta conducta determina que muchas personas la lleven a cabo efectivamente, aun cuando su inobservancia no sea sancionable o ni siquiera fiscalizable por las autoridades<sup>74</sup>. Se han apuntado básicamente dos causas de este fenómeno. La gente, en primer lugar, respeta a veces las normas jurídicas por presiones sociales. Es posible que sus destinatarios perciban que tales normas reflejan el contenido de reglas, usos y preferencias sociales. Y que las cumplan por la natural tendencia de los individuos a imitar lo que hacen otros o porque perciban una cierta probabilidad de que otras personas adviertan las infracciones y desencadenen la imposición de «sanciones sociales» —*v. gr.*, reputacionales—, que pueden tener respecto de los potenciales infractores un efecto disuasorio incluso mayor que el de las jurídicas. En segundo término, es razonable pensar que muchas personas muestran una preferencia intrínseca por respetar el Derecho o por hacer lo que ellos consideran moralmente correcto, preferencia que en no pocos casos es lo suficientemente intensa como para obedecer una norma en ausencia de cualquier sanción externa<sup>75</sup>. En suma, el Derecho vigente influye a menudo sobre la conducta de sus destinatarios en la medida en que estos pueden extraer del mismo información acerca de: i) la posibilidad de sufrir sanciones sociales por la comisión de ciertas acciones, y ii) la corrección moral de ciertos comportamientos.

**107.** Así las cosas, cabe pensar que, si se establece el deber de las Administraciones públicas de adoptar siempre la decisión más conveniente para los intereses generales, se elevará la probabilidad de que aquellas lo intenten efectivamente, lo cual —es de suponer— aumentará a su vez la probabilidad de que acaben consiguiéndolo o, al menos, quedándose más cerca de este objetivo.

<sup>72</sup> Véanse, entre otros, R. ALEXI (1994: 75-76); G. P. LOPERA MESA (2004).

<sup>73</sup> Y ello al margen de si resulta acertado o desacertado calificar como jurídico un deber cuya infracción no puede ser controlada ni, en consecuencia, sancionada por un órgano estatal. Según H. KELSEN (1995: 63), «solo puede considerarse una conducta como jurídicamente obligatoria [...] cuando el comportamiento contrario está normado como condición de un acto coactivo dirigido contra el hombre que así actúa».

<sup>74</sup> Véanse, entre otros, R. FISMAN y E. MIGUEL (2007); R. GALBIATI y P. VERTOVA (2014).

<sup>75</sup> Véanse R. COOTER (2006); T. R. TYLER (2006: 46); S. SHAVELL (2012: 33-34).

### 1.3.2. *La observancia del principio de proporcionalidad*

**108.** Por las mismas cuatro razones expuestas en el epígrafe anterior cabría afirmar la existencia de ciertos deberes básicos de conducta, de índole sustantiva, procedimental y formal, que la Administración debería observar siempre al ejercer potestades discrecionales.

**109.** El primero sería el respecto del principio o máxima de **proporcionalidad**<sup>76</sup> o, en la terminología acuñada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cumplimiento de la obligación de tomar una decisión que alcance un justo equilibrio entre todos los intereses legítimos afectados<sup>77</sup>. La máxima de la proporcionalidad puede derivarse del mandato constitucional de eficiencia, así como de la concepción de los principios jurídicos como mandatos de optimización<sup>78</sup>. Una decisión desproporcionada es, por definición, una decisión ineficiente, no óptima, y viceversa. De acuerdo con la formulación canónica de esta máxima, de origen alemán, solo cabe restringir o limitar el alcance *prima facie* de un principio jurídico —v. gr., de un derecho fundamental— cuando ello resulte: i) útil para satisfacer un fin legítimo; ii) **necesario**, de modo que de entre todas las alternativas útiles para lograr ese objetivo se escoja la menos restrictiva, y iii) **ponderado** —o no excesivo— por superar los beneficios de la restricción a sus costes. Y es claro que una limitación inútil, que menoscaba un principio jurídico sin reportar beneficio legítimo alguno, no resulta óptima, eficiente, pues siempre hay otra solución más beneficiosa para el conjunto de los intereses en juego: omitir la limitación considerada. Una restricción innecesaria tampoco es óptima ni eficiente, pues entonces hay otras alternativas que permiten alcanzar el mismo objetivo con un coste menor. Y va de suyo que una restricción excesiva —cuyas desventajas superan a sus ventajas— tampoco alcanza el óptimo, la eficiencia, pues siempre resulta más beneficioso abstenerse de llevarla a cabo. Nótese que las exigencias de i) utilidad y ii) necesidad equivalen al requisito de que las decisiones sean eficientes en el sentido de Pareto, mientras que la de iii) proporcionalidad en sentido estricto coincide con la de eficiencia en sentido Kaldor-Hicks.

### 1.3.3. *La observancia del procedimiento y del proceso argumentativo debidos*

**110.** Ya hemos visto que de los **derechos fundamentales**, en cuanto que mandatos de optimización, se derivan para los poderes públicos obligaciones positivas de adoptar las medidas útiles, necesarias y proporcionadas para protegerlos y, en particular, el deber de respetar ciertas garantías organizativas y procedimentales<sup>79</sup>. También de otros mandatos de optimización constitucionales y, en concreto, del referido **principio de eficiencia** cabría deducir similares reglas de procedimiento.

<sup>76</sup> La bibliografía sobre el principio de proporcionalidad es muy abundante. Véanse, por todos, C. BERNAL PULIDO (2008); L. ORTEGA y S. DE LA SIERRA (coords.) (2009).

<sup>77</sup> Véase, por ejemplo, la STEDH de 8 de julio de 2003 (*Hatton y otros c. Reino Unido*, 36022/97, §§ 98 y ss.), así como A. MOWBRAY (2010).

<sup>78</sup> En relación con esto último, R. ALEXY (1994:100).

<sup>79</sup> Véase *supra* § 61.

**111.** En efecto, si la Administración tiene el deber de adoptar siempre las mejores decisiones para los intereses públicos, normalmente deberá observar un determinado procedimiento antes de decidir. La razón es sencilla. La realización de una nueva actuación procedimental es otra más de las alternativas de decisión que se le presentan a la Administración. Y, frecuentemente, es la más conveniente para dichos intereses, porque los beneficios que para estos cabe esperar de esta alternativa superan a sus costes. En efecto, las actividades que integran el procedimiento administrativo pueden engendrar diversos efectos positivos, principalmente: i) incrementar la probabilidad de adoptar decisiones acertadas; ii) legitimarlas, aumentar la probabilidad de que sean aceptadas por sus destinatarios, y iii) «señalizar» frente a los Tribunales el valor que para la autoridad administrativa competente y, presumiblemente, también para el interés público tiene la decisión adoptada, reduciendo así el riesgo de que esta sea declarada ilegal por aquellos<sup>80</sup>. Pero también suponen costes: tiempo, esfuerzo, dinero, etc. Si aquellos exceden de estos, el principio de eficiencia exigirá, obviamente, que la actuación procedimental considerada se lleve a cabo. En caso contrario, habrá que omitirla y poner fin al procedimiento.

**112.** Interesa señalar que el concepto de actuación procedimental debe entenderse aquí en un sentido amplio, como cualquier actividad desarrollada por la Administración dirigida a obtener, comunicar, almacenar, procesar o evaluar información relevante para tomar una decisión. El conjunto de esas actuaciones, que podemos denominar procedimiento administrativo, comprende así no solo los trámites procedimentales formalizados, previstos específicamente por el ordenamiento jurídico, sino también lo que los alemanes llaman el «procedimiento de la ponderación». Con esta expresión se hace referencia al **proceso argumentativo** que la Administración ha de seguir cuando dicta determinadas decisiones discrecionales, y que se estructuraría en varias fases. En primer lugar, la Administración debe investigar, identificar y determinar las circunstancias y los intereses relevantes para decidir. En segundo lugar, debe atribuir a cada interés o circunstancia su debida importancia de acuerdo con la valoración que eventualmente haya podido establecerse por el ordenamiento jurídico y con arreglo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Por último, debe adoptar una solución proporcionada en relación con el valor objetivo de los distintos intereses afectados<sup>81</sup>.

#### 1.3.4. *El deber de motivar las decisiones adoptadas*

**113.** El deber de la Administración de motivar —o hacer explícitas las razones justificativas de— sus decisiones puede ser inferido de varios principios constitucionales. En primer lugar, del de **interdicción de la arbitrariedad** de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Como ha declarado el Tribunal Supremo, este principio su-

<sup>80</sup> Sobre esto último, véase M. C. STEPHENSON (2006a); *id.* (2006b). Su tesis, en esencia, es que los Tribunales pueden considerar el procedimiento observado como un indicio —una señal, en la jerga económica— del acierto y la importancia que para el interés general tiene la decisión administrativa adoptada.

<sup>81</sup> Véase J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 138-139) y las referencias allí citadas.

pone «la necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación»<sup>82</sup>. De él se derivan dos importantes exigencias respecto del ejercicio de las potestades administrativas discrecionales. De un lado, la Administración ha de explicitar las razones de hecho y de Derecho en virtud de las cuales ha tomado una determinada decisión. De otra, tales razones deben ser aceptables: consistentes internamente, libres de errores lógicos, coherentes con el material probatorio aportado al procedimiento para acreditar que la decisión viene apoyada en la realidad fáctica, etcétera<sup>83</sup>.

**114.** En segundo lugar, este deber de motivar sirve a la **tutela judicial efectiva**<sup>84</sup>. Los afectados por una decisión administrativa necesitan conocer cuáles son las razones sobre las que la misma se sustenta, a fin de poder: i) evaluar adecuadamente si merece o no la pena impugnarla, tanto en vía administrativa como, sobre todo, en la judicial, y ii) rebatir dichas razones, lo cual es imprescindible para defenderse efectivamente contra ella. Además, la motivación de las decisiones administrativas facilita la tarea de revisar su legalidad<sup>85</sup> y, por tanto, reduce los costes de la Justicia administrativa, lo que beneficia a los litigantes —actuales e incluso potenciales—, así como a los contribuyentes en general.

**115.** En tercer lugar, el deber de motivar constituye una importante garantía de que la Administración tomará una **decisión que logre un justo equilibrio** entre todos los intereses legítimos afectados. La perspectiva de tener que explicar en el futuro los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión adoptada, que podrán ser conocidos y rebatidos por los interesados y, eventualmente, también por otras personas, seguramente propiciará *ex ante* que la Administración ponga mayor cuidado en su preparación y, especialmente, en encontrar razones que la justifiquen adecuadamente<sup>86</sup>, lo que reducirá la probabilidad de cometer abusos y errores, así como de lesionar alguno de los intereses legítimos en juego. Recordemos que el Tribunal Constitucional ha declarado en reiteradas ocasiones que el respeto de los derechos fundamentales exige que las resoluciones administrativas que los limiten sean motivadas<sup>87</sup>.

## 2. Lo que los agentes de la Administración tenderán a hacer

**116.** Resulta obvio que no siempre todas las autoridades administrativas actúan como deberían hacerlo. La causa de la discordancia puede ser que la autoridad en

<sup>82</sup> STS de 17 de abril de 1990 (núm. 675, ponente: F. González Navarro). Véanse, también, E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1991); M. M. FERNANDO PABLO (1993: 129 y ss.); E. DESDENTADO DAROCA (2010); T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2016); R. M. NAVARRO GONZÁLEZ (2017: 132 y ss.).

<sup>83</sup> Véase la importante STS de 20 de noviembre de 2013 (rec. 13/2013), que deduce directamente del art. 9.3 CE el deber de motivar la decisión gubernamental enjuiciada —un indulto—. Véase el comentario de T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2014).

<sup>84</sup> Véase, por ejemplo, R. M. NAVARRO GONZÁLEZ (2017: 179 y ss.).

<sup>85</sup> Véase, por ejemplo, R. M. NAVARRO GONZÁLEZ (2017: 173 y ss.).

<sup>86</sup> En sentido similar, véase la STS de 13 de febrero de 1992 (Ar. 2828); M. M. FERNANDO PABLO (1993: 22 y 36).

<sup>87</sup> Véanse las SSTC 175/1997, de 27 de octubre, FFJJ 4 y 5; 7/1998, de 13 de enero, FJ 6, y 188/1999, de 25 de octubre, FFJJ 5 y ss.

cuestión haya cometido un error no intencionado al apreciar los hechos o interpretar o aplicar el ordenamiento jurídico<sup>88</sup>. Sin embargo, en muchas ocasiones, la causa es, seguramente, que las autoridades, también cuando ejercen sus funciones públicas, tratan de satisfacer sus propios intereses y preferencias, que no están perfectamente alineados con los del legislador ni con los del conjunto de los ciudadanos.

**117.** También cabe pensar que las autoridades administrativas **tienden a actuar estratégicamente**, considerando no solo los resultados a que pueden conducir sus alternativas de decisión y en qué medida estos satisfacen sus preferencias, cualesquiera que sean, sino también cómo reaccionarán probablemente tanto el legislador como los Tribunales en cada uno de los posibles escenarios.

**118.** La autoridad competente ponderará, seguramente, los **beneficios** y los **riesgos** de cada una de las alternativas que se le presentan. Los beneficios dependerán, principalmente, de lo cerca que la alternativa en cuestión esté de la solución más acorde con sus preferencias. Los riesgos dependerán de: i) la probabilidad de que la decisión adoptada sea revisada y anulada por los Tribunales o de que el legislador la corrija o establezca medidas encaminadas a impedir que se dicten en el futuro resoluciones administrativas semejantes, así como de ii) los costes netos que para la autoridad supone la eventual anulación judicial o la rectificación legislativa. La referida probabilidad estará en función, a su vez, del sentido de la decisión adoptada: cuanto más se aleje esta de las soluciones que satisfacen óptimamente las preferencias de los jueces encargados de revisarla o las del legislador, más fácil y probable será, *ceteris paribus*, que alguien la impugne y los Tribunales la anulen, o que el legislador acabe interviniendo, respectivamente.

**119.** La autoridad administrativa afronta aquí un **dilema**. Si sus preferencias no coinciden exactamente con las de los Tribunales y el legislador, acercar el sentido de su decisión a su solución favorita incrementa los beneficios que aquella le puede reportar, pero también los costes esperados, por cuanto la probabilidad de acabar sufriendo un varapalo judicial o legislativo se eleva. Así las cosas, cabe esperar que la Administración, al resolver, trate de aproximarse a esa solución favorita hasta cierto punto, en concreto, hasta donde se maximizan los beneficios netos que para ella se derivan de la resolución.

**120.** Este punto puede estar localizado, básicamente, en tres posiciones. En primer término, puede coincidir con el que mejor satisface las preferencias del Tribunal competente para revisar la actuación considerada. Tal situación se dará si los beneficios de apartarse, poco o mucho, de esa solución —que suponemos, en aras de la simplicidad, es también la querida por el legislador— son siempre y en todo caso inferiores a sus costes esperados. Imaginemos, por ejemplo, que todos los actos dictados en ejercicio de cierta potestad administrativa que no se ajustan de manera estricta a las condiciones de validez exhaustivamente predeterminadas por la ley son siempre recurridos por los afectados y anulados por los Tribunales.

---

<sup>88</sup> E. ZAMIR y R. SULITZEANU-KENAN (2018) ponen de relieve que, en determinadas circunstancias, autoridades bienintencionadas, benevolentes, pueden adoptar sistemáticamente decisiones que favorecen sus propios intereses, en detrimento de los de la sociedad.



**121.** En segundo lugar, la decisión adoptada por la autoridad administrativa puede coincidir con su alternativa preferida, si los beneficios que obtiene al actuar así exceden siempre y en todo caso de los costes derivados de apartarse de la solución que mejor satisfaría las preferencias de los Tribunales. Pongamos, por ejemplo, que la probabilidad de que alguna persona provista de legitimación activa recurra ciertos actos administrativos es prácticamente nula<sup>89</sup>, o que los Tribunales reconocen normalmente a la Administración una amplísima discrecionalidad para tomar determinadas decisiones, declarándolas casi siempre como válidas.

**122.** Finalmente, la decisión administrativa puede situarse en un punto intermedio. Supongamos que aproximarse a su solución favorita proporciona a las autoridades administrativas beneficios marginales decrecientes y costes marginales crecientes. Imaginemos que ambos se igualan en un punto situado entre las soluciones preferidas, respectivamente, por una de esas autoridades y el Tribunal competente para revisar su actuación. En tal caso, a la primera no le convendrá acercarse a su solución preferida más allá de ese punto, pues los costes marginales de tal aproximación excederían de sus beneficios marginales. Ni tampoco le saldría a cuenta quedarse por debajo de ese punto, pues los beneficios de acercarse más superarían a los costes.

**123.** No siempre es fácil predecir cómo reaccionarán las autoridades administrativas frente a las actuaciones de los Tribunales o del legislador. La realidad es a veces muy compleja. Resulta intuitivamente plausible pensar, por ejemplo, que, si se reduce el margen de apreciación que los Tribunales reconocen a la Administración, esta adoptará una posición «más conservadora», más alejada de su solución favorita y más cercana a las preferencias de aquellos. Sin embargo, bajo ciertas condiciones, cabe esperar justamente lo contrario. En efecto, imaginemos que a la Administración se le presentan dos alternativas: una «segura», alejada de su solución preferida pero que difícilmente será declarada ilegal, y otra más «arriesgada», que se corresponde mejor con sus intereses, pero que tiene una elevada probabilidad de ser anulada. Pues bien, es perfectamente posible que la Administración se decante inicialmente por la alternativa «segura» y que, después de que los Tribunales se hayan vuelto más incisivos al revisar todas sus resoluciones, escoja la «arriesgada». Este giro jurisprudencial puede reducir en mayor grado el atractivo de las decisiones seguras que el de las arriesgadas<sup>90</sup>.

## V. EL PAPEL DEL JUEZ

### 1. Funciones del control judicial de la actividad administrativa

**124.** El control judicial al que está sujeta la actividad de las Administraciones públicas cumple principalmente **dos funciones**: corregir y evitar las consecuencias

---

<sup>89</sup> Véase, por ejemplo, el caso enjuiciado por la STS de 5 de marzo de 2014 (rec. 64/2013), relativa al nombramiento de miembros del Consejo de Seguridad Nuclear.

<sup>90</sup> Véanse, *mutatis mutandis*, Y. GIVATI (2009); J. MATHEWS (2013).



socialmente indeseables de las actuaciones administrativas ilegales objeto de revisión, y prevenir que aquellas cometan ilegalidades<sup>91</sup>.

### 1.1. *Corregir (ex post) actuaciones administrativas ilegales*

**125.** De las actuaciones —en sentido amplio, omisiones inclusive— administrativas contrarias al ordenamiento jurídico suelen derivarse consecuencias actual o potencialmente perjudiciales para el bienestar del conjunto de los ciudadanos. De hecho, aquellas están proscritas porque —cabe estimar— su utilidad social esperada es *a priori* negativa. Esas infracciones pueden causar daños o poner a determinadas personas en intolerable peligro de sufrirlos.

**126.** Una de las funciones más importantes del control judicial es neutralizar o mitigar, en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible, las consecuencias negativas antijurídicas directamente derivadas de las actuaciones administrativas enjuiciadas. Los Tribunales pueden adoptar diversas medidas con este objeto: i) anular las disposiciones o los actos administrativos impugnados; ii) condenar a la Administración a realizar una actuación debida, que había omitido ilegalmente; iii) reconocer una situación jurídica menoscabada o puesta en peligro por la actuación ilegal recurrida; iv) disponer medidas de restauración y preservación del orden jurídico conculcado por la Administración, y v) condenarla a compensar los daños causados a los actores.

### 1.2. *Prevenir (ex ante) actuaciones administrativas ilegales*

**127.** No se ha destacado suficientemente el hecho de que el control judicial de la actividad administrativa cumple también una importante función preventiva de las ilegalidades que puedan cometer las Administraciones públicas. Esta función descansa sobre dos pilares: la disuasión y la información.

#### 1.2.1. *Disuasión*

**128.** La perspectiva de que los Tribunales revisen las actuaciones administrativas y, en el caso de que estas sean ilegales, adopten una o varias de las medidas mencionadas en el epígrafe anterior puede disuadir a las Administraciones públicas de vulnerar el ordenamiento jurídico. La potencia y el alcance del efecto disuasorio dependerán de varios factores, cuando menos de los siguientes:

**129.** En primer lugar, del **coste** que para la autoridad administrativa en cuestión tendrían las medidas adoptadas por los Tribunales si estos considerasen que la actividad enjuiciada infringe el ordenamiento jurídico. Cuanto más costosas sean, más intenso será dicho efecto.

---

<sup>91</sup> En sentido similar, C. R. SUNSTEIN (1989).

**130.** El segundo factor relevante es la **probabilidad** de que la actuación administrativa ilegal considerada sea impugnada y declarada contraria a Derecho por los Tribunales. Cuanto más elevada sea aquella, mayor será la disuasión. La probabilidad de revisión judicial depende, a su vez, de varias circunstancias, de entre las cuales destaca la utilidad esperada que para los interesados supone recurrirla ante los Tribunales, que a su vez dependerá, cuando menos, de la probabilidad de que estos estimen el recurso.

**131.** En tercer lugar, cuanto mayor sea el **beneficio** que para las autoridades administrativas se derive de infringir la ley, más difícil será que la amenaza del control judicial las disuada de escoger esta alternativa.

**132.** También tendrán cierto impacto sobre la disuasión, en cuarto lugar, los **errores** cometidos por los Tribunales al verificar la legalidad de la actividad administrativa sometida a su juicio. Tanto las estimaciones erróneas de recursos contencioso-administrativos —falsos positivos— como las inadmisiones o desestimaciones equivocadas —falsos negativos— minan el efecto disuasorio del control judicial<sup>92</sup>. Las primeras, porque reducen el atractivo que para la Administración tiene respetar el ordenamiento jurídico. Las segundas, porque minoran el coste esperado que para ella supone violarlo. Cuanto más grave sea el riesgo de que se cometan estos errores, menor será, por tanto, el referido efecto disuasorio.

### 1.2.2. Información

**133.** Al resolver casos en los que se discute si ciertas actuaciones administrativas son o no conformes a Derecho, **los Tribunales generan información** acerca de cómo deben ser interpretadas y aplicadas las normas jurídicas que regulan esas actuaciones, clarificando su alcance, colmando sus eventuales lagunas, resolviendo sus contradicciones, etcétera.

**134.** Esta información puede y debe ser utilizada en casos similares para prevenir ilegalidades. Las autoridades administrativas podrán tenerla en cuenta con el fin de evitar cometer los errores no intencionados en los que probablemente hubieran incurrido si los Tribunales no hubieran clarificado el alcance de aquellas normas jurídicas. También los órganos jurisdiccionales encargados de juzgar casos semejantes podrán aprovecharla, a fin de interpretar y aplicar correctamente esas mismas normas. Y ya sabemos que la reducción del número de los errores judiciales mejora la eficacia disuasoria de la Justicia y, en consecuencia, tiende a minorar, en términos cuantitativos y cualitativos, las infracciones cometidas.

## 2. Configuración óptima del sistema de control judicial de la actividad administrativa

**135.** A fin de configurar la Justicia administrativa de la manera más conveniente para los intereses del conjunto de los ciudadanos, habría que **minimizar la suma**

---

<sup>92</sup> Véanse, *mutatis mutandis*, I. P. L. PNG (1986); A. M. POLINSKY y S. SHAVELL (2000: 60 y ss.).

**de todos los costes sociales derivados, directa o indirectamente, de la existencia de actuaciones administrativas ilegales,** de entre los cuales merecen ser destacados ahora los siguientes:

**136.** En primer lugar, los perjuicios inmediatamente causados por el hecho de que las Administraciones públicas hayan adoptado medidas ilegales, que se apartan de la solución que presumiblemente satisface de manera óptima los intereses públicos y, en consecuencia, los lesionan.

**137.** En segundo lugar, habría que tener en cuenta los costes ocasionados por los Tribunales al declarar la ilegalidad de las actuaciones administrativas sometidas a su juicio, entre los que se incluyen: i) los provocados por las sentencias que anulan erróneamente las decisiones enjuiciadas, y ii) los costes que inevitablemente entrañan, muchas veces, las medidas que los Tribunales adoptan para restablecer las cosas al estado en el que, en su opinión, deberían estar de acuerdo con el ordenamiento jurídico —*v. gr.*, la demolición de las edificaciones construidas al amparo de una licencia ilegal—.

**138.** En tercer lugar, en ocasiones, con el fin de evitar la insatisfactoria situación resultante de la sentencia que estima un recurso contencioso-administrativo, la Administración correspondiente ha de invertir considerables recursos con el objeto de preparar y establecer una nueva medida en sustitución de la declarada ilegal.

**139.** En cuarto lugar, también hay que tener en cuenta los costes en los que a veces hay que incurrir —*v. gr.*, al aprobar una reforma legislativa— para corregir los errores cometidos por los Tribunales al enjuiciar determinadas actuaciones administrativas.

**140.** Finalmente, debe repararse en los costes fijos y variables que el funcionamiento de la Justicia administrativa entraña tanto para los litigantes como para los contribuyentes, que han de sufragar los medios materiales y personales necesarios a estos efectos.

### **3. Controles judiciales previos y controles judiciales posteriores**

**141.** La legalidad de las decisiones administrativas puede ser revisada por los Tribunales antes o después de que estas hayan sido adoptadas por la Administración. En los arts. 24.1 y 103.1 CE no se dice explícitamente que el control judicial al que necesariamente está sujeta cualquier actuación administrativa haya de tener lugar en un momento u otro. Lo que sí establece la Constitución de manera expresa es que la entrada en un domicilio sin el consentimiento de su titular requiere una autorización judicial previa (art. 18.2 CE), requisito que la jurisprudencia constitucional<sup>93</sup> y el legislador han extendido a otras intervenciones limitativas de derechos<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> Véanse, por ejemplo, las SSTC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4, en relación con las intervenciones corporales.

<sup>94</sup> Véanse los arts. 8.6, 10.8, 11.1.i) y 11.5 LJCA, así como L. SALAMERO TEIXIDÓ (2014).

**142.** Estos preceptos han sido interpretados en el sentido de que **cualquier actuación administrativa está sujeta a un control judicial posterior y algunas lo están, además, a uno previo**. Se trata de una interpretación razonable. De un lado, la mera posibilidad de un control previo no garantiza plenamente la tutela judicial efectiva frente a la actividad administrativa, entre otras razones, porque puede ocurrir que la Administración no cumpla efectivamente las condiciones establecidas previamente por los Tribunales. Siempre debe existir la posibilidad de que estos verifiquen *a posteriori* si la actividad administrativa se ha desarrollado realmente conforme a Derecho. De otro lado, cabe entender que la protección adecuada de los derechos fundamentales frente a determinadas intervenciones administrativas requiere que las mismas sean autorizadas previamente por los Tribunales, sin perjuicio de su ulterior control judicial.

**143.** La gran **ventaja de la intervención judicial posterior** es que genera menos costes de gestión, pues no necesita aplicarse tan frecuentemente como la previa para obtener el mismo nivel de observancia de la ley por parte de las Administraciones públicas<sup>95</sup>. El control judicial previo se lleva a cabo de manera sistemática; se aplica siempre a las actuaciones de un determinado tipo, con independencia de cuál sea el riesgo de inobservancia en el caso concreto. El control posterior, en cambio, se activa selectivamente, solo cuando los Tribunales reciben una «señal» —consistente en la interposición de un recurso contencioso-administrativo— que indica que la probabilidad de que una determinada actuación —la recurrida— contraviene el Derecho es singularmente elevada. Dado que la probabilidad de que los Tribunales reciban dicha señal es, *ceteris paribus*, mayor si la actuación en cuestión es ilegal que si no lo es, el número de ocasiones en las que se activará el control judicial podrá ser reducido por la Administración respetando la ley. Nótese, en efecto, que la eficacia disuasoria del control posterior disminuye la frecuencia con la que es necesario aplicarlo, lo que no ocurre en el caso del control previo. En hipótesis, podría darse incluso un escenario en el que la amenaza de la intervención judicial posterior produjera un efecto disuasorio de una potencia tal que la Administración actuara siempre con arreglo a Derecho y nadie impugnara nunca sus decisiones, ¡sin necesidad de que los Tribunales intervinieran efectivamente en caso alguno! El control previo, en cambio, para ser eficaz, siempre debe ser aplicado en alguna ocasión.

**144.** El control judicial posterior tiene, sin embargo, algunas **desventajas**. La principal es que la amenaza que este representa rara vez disuade todas las ilegalidades. La causa más común de este déficit es que la sanción esperada de contravenir el ordenamiento jurídico es demasiado baja para inducir a todas las Administraciones públicas a actuar siempre conforme al mismo. De un lado, porque las autoridades administrativas suelen soportar solo una pequeña parte de los costes sociales que implican las sentencias que declaran la ilegalidad de sus actuaciones. De otro lado, porque muchas de sus decisiones ilegales no llegan a ser objeto de una declaración tal.

**145.** Este problema afecta en mucha menor medida al **control judicial previo**, que aquí tiene la gran ventaja de que previene actuaciones ilegales y, a la postre,

<sup>95</sup> Véase, *mutatis mutandis*, S. SHAVELL (2013). En general, sobre las ventajas y desventajas de los controles públicos previos y posteriores, véase G. DOMÉNECH PASCUAL (2017a).

daños no solo a través de la disuasión, sino también impidiendo su realización. El inconveniente es que los Tribunales también pueden impedir, erróneamente, la realización de actuaciones cuyos beneficios superan a sus costes para la sociedad y que, por consiguiente, deberían permitirse. Cuanto más tempranamente hayan de evaluar los jueces una actuación, más precaria será la información disponible a estos efectos y, por consiguiente, mayor será la probabilidad de cometer errores al respecto.

**146.** En la práctica, el control judicial previo de la actividad administrativa tiene una índole **excepcional**. Solo se contempla en supuestos muy singulares, donde suelen darse tres circunstancias: i) las actuaciones enjuiciadas pueden ocasionar daños difícilmente reparables a bienes jurídicos de gran importancia, tales como los protegidos por los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad y a la integridad física; ii) el riesgo de que las autoridades administrativas abusen de su poder, en ausencia de intervención judicial previa, es relativamente elevado, y iii) los jueces competentes disponen típicamente de conocimientos e información fáctica suficientes para decidir con carácter previo sobre la legalidad de las actuaciones en cuestión sin que el riesgo de cometer errores al respecto sea muy alto.

#### **4. Las consecuencias jurídicas de la ilegalidad**

**147.** En el juego de las interacciones entre el legislador, la Administración y los Tribunales hay varios elementos clave, de los depende en gran medida el sentido de las mismas. Uno de ellos es el de la regulación de las condiciones con arreglo a las cuales una actuación administrativa ha de considerarse legal o ilegal. Otro es el de las consecuencias jurídicas anudadas a la ilegalidad de la actuación enjuiciada, que pueden ser de muy diversa índole. En virtud de un nutrido conjunto de normas jurídicas se determina: si la actuación ilegal ha de estimarse válida o inválida; si y, en su caso, en qué circunstancias la invalidez ha de tener efectos jurídicos retroactivos (*ex tunc*), prospectivos (*ex nunc*) o incluso diferidos a un momento posterior; si dicha actuación puede ser convalidada o convertida en una actuación válida distinta y, en su caso, bajo qué condiciones y con qué efectos jurídicos; si los Tribunales pueden ordenar a la Administración que actúe en un determinado sentido o incluso establecer ellos mismos una regulación en sustitución de la anulada; cuándo está obligada la Administración autora de la actuación ilegal a resarcir los daños que esta ha ocasionado, etcétera.

**148.** Aquí interesa resaltar cómo **la regulación de las consecuencias jurídicas anudadas a la ilegalidad puede afectar al comportamiento de la Administración y de los Tribunales**. Lo primero resulta obvio. Dado que esas consecuencias constituyen el «precio» que la **Administración** ha de pagar por contravenir el ordenamiento jurídico, la configuración de las mismas puede influir sobre su decisión de vulnerarlo o respetarlo. Cuanto mayores sean los costes que para las autoridades competentes entrañen dichas consecuencias, menos atractivo les resultará llevar a cabo actuaciones que puedan ser declaradas ilegales. La circunstancia de que ciertas irregularidades se consideren «no invalidantes» o puedan subsanarse con gran

facilidad, por ejemplo, reduce los incentivos que la Administración tiene para no cometerlas.

**149.** Lo segundo es menos evidente, pero lo cierto es que la regulación de esas consecuencias también puede influir sobre los **Tribunales** cuando revisan la legalidad de la actividad administrativa. En la medida en que estos son, seguramente, sensibles a las repercusiones que para los distintos intereses en juego cabe esperar de sus decisiones, en los casos dudosos pueden sentirse inclinados a declarar no cometida una ilegalidad, si consideran que la solución contraria produciría resultados demasiado drásticos. En esta línea, se ha dicho, por ejemplo, que la posibilidad que algunos Tribunales tienen de dar efectos meramente prospectivos a la anulación de normas jurídicas, dejando intactos los producidos por estas antes de la sentencia anulatoria, propicia que estimen contrarias a Derecho disposiciones que en otro caso no hubieran sido declaradas como tales. «Si no se admitiese el pronunciamiento prospectivo no se declararía la inconstitucionalidad [léase también ilegalidad] de un gran número de normas»; el mantenimiento de algunas de las situaciones surgidas de su aplicación sirve, paradójicamente, a la mejor depuración del ordenamiento jurídico<sup>96</sup>.

## 5. Lo que los jueces deberían hacer

**150.** La Constitución ha encomendado a los Tribunales el control de la legalidad de la actividad de las Administraciones públicas (art. 103.1 CE). A ellos les corresponde verificar si la concreta actuación administrativa sometida a su juicio es conforme a Derecho o, por el contrario, incurre en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (art. 70 LJCA).

**151.** Esta tarea presenta en no pocas ocasiones una notable **dificultad** de resultados, fundamentalmente, de dos circunstancias. La primera es que la Administración ostenta discrecionalidad para tomar muchas decisiones, que los Tribunales deben considerar válidas mientras estas se mantengan dentro de ciertos márgenes. En segundo lugar, frecuentemente, la existencia misma de esa discrecionalidad, su amplitud o sus lindes han sido establecidos con muy escasa precisión por el ordenamiento jurídico. En tales circunstancias, los jueces han de comprobar si la actuación administrativa enjuiciada ha rebasado o no unos límites que se muestran extraordinariamente borrosos. Veamos qué criterios o pautas podrían utilizarse con el objeto de resolver estos casos difíciles<sup>97</sup>.

### 5.1. *La teoría tradicional: las técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad*

**152.** De acuerdo con la teoría todavía hoy dominante en España, los Tribunales podrían servirse básicamente de cuatro «técnicas» a fin de controlar el ejercicio

<sup>96</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1989).

<sup>97</sup> Véase, también, cap. 8, §§ 92-102.

por parte de la Administración de sus decisiones —real o aparentemente— discrecionales. Como bien se ha dicho, no se trataría en sentido estricto de técnicas de «control» de la discrecionalidad, pues esta, con arreglo a la referida doctrina tradicional, constituye un «margen de libre decisión» que, «por su propia naturaleza, no es susceptible de control judicial». Constituirían, más bien, técnicas de «reducción» o «limitación» de la discrecionalidad administrativa, derivadas de una «lectura en profundidad» del ordenamiento jurídico<sup>98</sup>. Con alguna de esas técnicas —señaladamente, con la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados— se pretendería **distinguir aquellas decisiones que son genuinamente discrecionales de las que no lo son** realmente. De esta manera se perseguiría reducir el conjunto de las decisiones administrativas que presentan espacios de discrecionalidad que los Tribunales no pueden fiscalizar. Con las restantes técnicas se trataría de reducir la amplitud de esos espacios y, correlativamente, de **ensanchar las posibilidades de controlar judicialmente las decisiones administrativas genuinamente discrecionales**.

#### 5.1.1. *La distinción entre potestades discrecionales y potestades regladas mediante conceptos jurídicos indeterminados*

**153.** De acuerdo con esta teoría, importada de Alemania en los años 1960 y 1970, **las potestades discrecionales no han de ser confundidas con las potestades regladas mediante «conceptos jurídicos indeterminados»**<sup>99</sup>. «Los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados». Los primeros «delimitan el ámbito de realidad a que se refieren de una manera precisa e inequívoca». Los segundos aluden a «una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados» en el enunciado de la ley, pero que «admite ser precisada en el momento de la aplicación» de la norma legal. Entonces solo hay una solución: o se da o no se da en la realidad el concepto; «la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto».

**154.** La consecuencia práctica es que **el juez podría fiscalizar la aplicación de estos conceptos** y «verificar si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite», a diferencia de lo que sucede cuando nos encontramos con una decisión realmente discrecional, en cuya «entraña» hay un espacio de libre elección que no es fiscalizable judicialmente.

**155.** La distinción, sin embargo, se hace con algunos matices. El más relevante consiste en estimar que la Administración goza de un cierto «**margen de apreciación**» a la hora de interpretar y aplicar estos conceptos. Se dice, en efecto,

<sup>98</sup> J. ESTEVE PARDO (2016: 14 y ss.).

<sup>99</sup> Las obras clave de esta recepción fueron las de E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1962: 171 y ss.); E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017); F. SAINZ MORENO (1976). Las frases entrecomilladas que siguen están extraídas de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017).



que en la estructura de todo concepto indeterminado son identificables: un núcleo fijo o «zona de certeza positiva», referida a las realidades claramente comprendidas por el concepto; una «zona de certeza negativa», referida a las realidades excluidas con seguridad del concepto; y una zona intermedia o de incertidumbre o «halo del concepto», donde no estaría claro ni lo uno ni lo otro. Pues bien, habida cuenta de «la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa», habría que reconocer que la Administración, en los casos que caen dentro de ese halo, en particular cuando se trata de conceptos que implican «juicios de valor», dispone de un cierto margen de apreciación, de una suerte de «beneficio de la duda», si bien solo «puramente cognoscitivo e interpretativo de la ley en su aplicación a los hechos». Aquí, «el juez deberá normalmente conformarse con un control de los límites o de los excesos en que la Administración haya podido incurrir».

### 5.1.2. *El control de los elementos reglados*

**156.** En toda potestad administrativa, también en las discrecionales, hay siempre algunos elementos reglados, condiciones de ejercicio predeterminadas por el ordenamiento jurídico cuya observancia puede ser fiscalizada por los Tribunales. En concreto —se dice— «son cuatro por lo menos los elementos reglados por la ley en toda potestad discrecional y que no pueden dejar de serlo: la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta...), la competencia para actuarla [...] y [...] el fin, porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica [...] que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública»<sup>100</sup>.

### 5.1.3. *El control de los hechos determinantes*

**157.** Los Tribunales siempre pueden comprobar si la realidad de hecho que funciona como «presupuesto fáctico» de la norma que otorga y regula el ejercicio de la correspondiente potestad discrecional ha existido o no. «La valoración de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional». Los Tribunales pueden llevar a cabo un «control pleno de la exactitud de los hechos determinantes de la decisión», así como de la calificación jurídica de esos hechos<sup>101</sup>.

### 5.1.4. *El control a través de los principios generales del Derecho*

**158.** Finalmente, se advierte que toda actuación administrativa debe respetar los principios generales del Derecho, en tanto en cuanto también estos forman parte del ordenamiento jurídico. Algunos de ellos estarían especialmente llamados a jugar

<sup>100</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017).

<sup>101</sup> *Ibid.*

un importante papel en este punto: los de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, proporcionalidad, igualdad y buena fe<sup>102</sup>.

### 5.1.5. *Crítica de la teoría tradicional*

**159.** A esta teoría se le pueden hacer varias críticas. La primera es que su contenido está considerablemente sesgado por la finalidad con la que se elaboró en un **contexto** social, político y jurídico que difiere considerablemente del actual. La teoría surgió en plena dictadura franquista con un propósito bien claro: reducir la amplísima inmunidad judicial con la que, *de iure* o *de facto*, la Administración pública podía ejercer algunas de sus potestades, inmunidad que resultaba sumamente peligrosa para los derechos y las libertades de los ciudadanos, habida cuenta del enorme poder que aquella acumulaba, de su falta de legitimidad democrática y de la naturaleza autoritaria del sistema jurídico en general y del Derecho administrativo en particular. La teoría, de hecho, cosechó un éxito extraordinario, seguramente por: la estatura científica y la enorme influencia de sus artífices; la brillantez con la que estos la construyeron; la meritoria valentía con la que inicialmente la defendieron; y, sobre todo, por la acuciante necesidad que había de reducir aquellas inmunidades una vez instaurado el régimen democrático de 1978, muy especialmente en sus primeras décadas de vida, en unos momentos en los que las inercias autoritarias provenientes del sistema anterior eran todavía muy fuertes.

**160.** Cuarenta años después de que entrara en vigor la Constitución de 1978, vivimos en un Estado en el que el nivel de respeto de los derechos y las libertades individuales por parte de los poderes públicos es, en términos comparados, notablemente alto, y en el que las más relevantes Administraciones públicas gozan de una indiscutible legitimidad democrática. Ya no hay actuaciones gubernamentales exentas del control judicial. Y el ejercicio de potestades administrativas discrecionales, incluso de aquellas que otorgan un margen de maniobra amplísimo, es objeto con toda normalidad de un examen de legalidad que, cuando los Tribunales lo estiman oportuno, lo cual no es del todo infrecuente, puede alcanzar una intensidad inimaginable hace tan solo unos años<sup>103</sup>. Es más, no faltan los casos en los que resulta razonable estimar que los jueces han cometido excesos en el desempeño de sus funciones de control, al interferir indebidamente en los márgenes de apreciación que legalmente correspondían a las autoridades administrativas<sup>104</sup>. En las presentes circunstancias, **ya no es necesario como antaño poner el énfasis en reducir la discrecionalidad administrativa**, que en sí misma no es un fenómeno negativo, sino en delimitar de manera equilibrada los espacios en los que han de moverse las Administraciones públicas y los Tribunales<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> Piénsese, por ejemplo, en los indultos [T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2014)]; los nombramientos de funcionarios para puestos de libre designación [R. GIL CREMADES (2014)] y los nombramientos efectuados por el Consejo General del Poder Judicial [J. E. SORIANO GARCÍA (2012); J. IGARTUA SALAVERRÍA (2016)].

<sup>104</sup> Véanse, por ejemplo, J. A. SANTAMARÍA PASTOR (2014); J. R. FERNÁNDEZ TORRES (2017).

<sup>105</sup> En sentido similar, véanse L. PAREJO ALFONSO (1993); M. SÁNCHEZ MORÓN (1994).

**161.** La segunda crítica que puede hacerse a la teoría dominante es, precisamente, que **no ofrece criterios manejables** que permitan determinar, siquiera de manera orientativa, cuál es la amplitud del margen de apreciación o discrecionalidad que los jueces han de reconocer a la Administración en cada caso o, dicho con otras palabras, con qué intensidad pueden aquellos utilizar las ya descritas técnicas de control de la discrecionalidad. De acuerdo con esta teoría, por ejemplo, los Tribunales pueden verificar si realmente han existido los «hechos determinantes» de una decisión administrativa o si esta respeta el principio de proporcionalidad. El problema es que ambas apreciaciones entrañan frecuentemente una gran dificultad, por ejemplo, porque existe una gran incertidumbre acerca de si tales hechos ocurrieron o cuáles son los costes y los beneficios que para los intereses legítimos afectados pueden seguirse de la decisión adoptada y de sus alternativas. La teoría que estamos considerando no ofrece criterios que indiquen cómo pueden resolverse esas incertidumbres, cómo hay que precisar hasta dónde llega el margen de que la Administración dispone para apreciar tales hechos, costes y beneficios. Se ha dicho que «el criterio para conocer hasta dónde alcanzan esos límites [de un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, del margen de apreciación para interpretarlo] lo proporciona su esencia o núcleo, porque el concepto llega hasta donde ilumina el resplandor de su núcleo»<sup>106</sup>. Sin embargo, dada su índole metafórica y sumamente evanescente, este criterio no resulta muy útil a estos efectos.

**162.** La teoría considerada, en tercer lugar, muestra algunas **inconsistencias**, quizá como consecuencia de haber sido construida por la acumulación ecléctica de materiales doctrinales y jurisprudenciales procedentes de diferentes culturas jurídicas —la francesa y la alemana, básicamente—. Por ejemplo, no resulta coherente afirmar que los jueces pueden fiscalizar plenamente la aplicación administrativa de los conceptos jurídicos indeterminados y «verificar si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite», al tiempo que se estima que los jueces han de reconocer a la Administración un «margen de apreciación» en la aplicación de los mismos.

**163.** Esta distinción entre potestades discrecionales y potestades regladas mediante conceptos jurídicos indeterminados resulta cuestionable también por otras razones<sup>107</sup>. En primer lugar, porque de ella no se siguen **consecuencias prácticas**

<sup>106</sup> F. SAINZ MORENO (1976: 197).

<sup>107</sup> Se han mostrado críticos con la referida distinción: M. MARTÍN GONZÁLEZ (1967: 252 y ss.); M. PÉREZ OLEA (1972: 53 y ss.); M. SÁNCHEZ MORÓN (1994: pp. 116 y ss.); M. BACIGALUPO (1997: 157 y ss.); C. D. CIRIANO VELA (2000: 126 y ss. y 442 y ss.); S. MUÑOZ MACHADO (2015: 246 y ss.); A. BETANCOR RODRÍGUEZ (2015: 117-118); J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 173 y 174). Otros autores siguen admitiéndola, pero la relativizan, al estimar que: en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados hay discrecionalidad, siquiera instrumental o débil, y, por tanto, no una única solución justa [E. DESDENTADO DAROCA (1999: 101 y ss.)]; que «el margen de apreciación [...] relativiza la frontera entre lo discrecional y lo no discrecional» [M. BELTRÁN DE FELIPE (1995: 42)]; que, «en la práctica, el margen de apreciación o valoración que implican los conceptos jurídicos indeterminados comporta también un margen de decisión (discrecionalidad), al menos en las zonas de incertidumbre» [J. C. LAGUNA DE PAZ (2017)]; o que «el proceso cognoscitivo de integración de ciertos conceptos indeterminados se convierte, *de facto*, en una elección administrativa entre las diversas posibilidades lógicas y materiales de concretarlo sobre la realidad práctica» [A. MOZO SEOANE (2018: 25)].

cualitativamente diferentes. Los jueces deben actuar y de hecho actúan de la misma manera frente a los márgenes de apreciación que implican tales conceptos y los de discrecionalidad: en los dos escenarios han de dar por válidas las decisiones administrativas que no rebasen ciertos límites. En segundo lugar, la tesis de que ambos márgenes difieren en cuanto a su naturaleza —volitiva en el caso de la discrecionalidad, cognitiva en el de los conceptos jurídicos indeterminados— es también discutible. Si, como hemos argumentado anteriormente, la Administración debe adoptar siempre la decisión más conveniente para el interés público, entonces nunca tiene libertad para optar y, por tanto, tanto el margen de discrecionalidad como el de apreciación eventualmente existentes tienen una índole cognitiva: ante la dificultad de verificar con certeza cuál es esa solución óptima, los Tribunales deben considerar válidas las decisiones administrativas que se mantengan dentro de un determinado espacio, principalmente en atención a que las Administraciones públicas, en determinadas circunstancias, están mejor situadas que ellos para decidir acertadamente. En tercer lugar, esta teoría tampoco ofrece criterios que nos permitan discernir cuándo nos encontramos ante una potestad discrecional y cuándo ante semejantes potestades regladas. Por último, la distinción conduce a veces a resultados paradójicos, contrarios al espíritu con el que fue formulada. En efecto, hay disposiciones legales que obligan a la Administración a observar reglas —*v. gr.*, de procedimiento o forma— especialmente estrictas para ejercer potestades discrecionales, a fin de conjurar el peligro que encierra el margen de maniobra que estas implican<sup>108</sup>. Pues bien, estimar que las potestades regladas mediante conceptos jurídicos indeterminados para cuya aplicación la Administración dispone de un margen de apreciación no son discrecionales conduce, en principio, a excluirlas del ámbito de aplicación de aquellas reglas, a pesar de que este margen es prácticamente igual de peligroso que uno de discrecionalidad. Esta interpretación, que en algún caso ha sostenido nuestro Tribunal Supremo<sup>109</sup>, es ciertamente desafortunada<sup>110</sup>, pero del todo coherente con la referida distinción, cuya artificiosidad pone de manifiesto. Ambos márgenes son sustancialmente iguales y deben recibir por ello un trato equiparable, «para lo bueno y para lo malo».

**164.** Finalmente, debe notarse que, si bien los principios generales del Derecho pueden ser utilizados para intensificar el control judicial de la discrecionalidad administrativa, por ello hay que pagar el precio de incrementar la **discrecionalidad judicial**, que tampoco está exenta de peligros. El alcance sumamente abstracto y general de esos principios, así como el rango constitucional de la mayoría de ellos, los hace aplicables prácticamente siempre que se ejerce una potestad administrativa discrecional. Los jueces siempre pueden echar mano de ellos a estos efectos. En cualquier ocasión tienen la posibilidad, por ejemplo, de examinar si la actuación administrativa enjuiciada está «suficientemente justificada» y resulta proporcionada, por ser útil, necesaria y no excesiva para lograr un fin legítimo. El problema es que esa misma generalidad, abstracción e indeterminación de los principios jurídicos

<sup>108</sup> El art. 35 LPAC dispone que serán motivados «los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales».

<sup>109</sup> Véase la STS de 12 de diciembre de 2000 (rec. 233/1999).

<sup>110</sup> Véanse las críticas de M. BACIGALUPO (2001); R. BOCANEGRA SIERRA y A. HUERGO LORA (2001).

hace que los Tribunales tengan, inevitablemente, un enorme margen de apreciación a la hora de precisar sus exigencias en cada caso<sup>111</sup>.

## 5.2. *La teoría de la densidad de programación normativa*

**165.** De acuerdo con una tesis muy aceptada, la extensión de los poderes discrecionales depende exclusivamente de la estructura de las normas que los otorgan y, muy especialmente, de la densidad de estas, pero no de otros factores, tales como la calidad del órgano actuante<sup>112</sup>. La intensidad admisible del control judicial del ejercicio de las potestades administrativas y, correlativamente, la amplitud del margen de discrecionalidad de que la Administración dispone para actuarlas dependerían de manera directamente proporcional del **grado de programación o predeterminación normativa** de las decisiones adoptadas en virtud de aquellas<sup>113</sup>.

**166.** A esta tesis se le pueden hacer algunas **críticas**. Debe notarse, en primer término, que un mayor grado de programación normativa estrecha, *ceteris paribus*, no solo el espacio de actuación lícita de la Administración, sino también el de los Tribunales. En segundo lugar, la densidad de programación es solamente uno de los factores de los que depende la extensión de los márgenes dentro de los cuales pueden maniobrar, respectivamente, las autoridades administrativas y los Tribunales encargados de controlar su actividad<sup>114</sup>. Y, probablemente, no sea ni siquiera el más determinante. De un lado, hay **otras variables normativas relevantes**, que tienen que ver con las reglas aplicables al ejercicio de la correspondiente potestad, pero no con la precisión o densidad de estas. Por ejemplo, el hecho de que, respecto del mismo espacio «apenas programado», la ley diga explícitamente que la Administración goza de discrecionalidad para alcanzar una solución que logre un justo equilibrio entre todos los intereses legítimos en juego o, por el contrario, establezca de manera igualmente explícita que los Tribunales pueden y deben verificar si la resolución administrativa impugnada ha logrado un justo equilibrio entre esos mismos intereses no carece en absoluto de relevancia. Cabe legítimamente interpretar que el margen de maniobra otorgado por el legislador a la autoridad administrativa es mayor en el primer caso. Al dejar claro que la Administración ostenta una potestad discrecional, la ley elimina la posibilidad de que los Tribunales sostengan válidamente la interpretación contraria, lo que no ocurre en el segundo escenario.

**167.** De otro lado, hay **factores relevantes «extranormativos»**, que no tienen que ver con la estructura ni con el contenido de las normas que regulan el ejercicio de las potestades correspondientes. Por ejemplo, los supuestos de hecho en los que procede adoptar medidas cautelares en las materias tributaria y farmacéutica están

<sup>111</sup> Véanse, por ejemplo, J. A. GARCÍA AMADO (1997); R. RUIZ RUIZ (2010).

<sup>112</sup> T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2005: 53 y ss.).

<sup>113</sup> Véanse, entre otros, M. BELTRÁN DE FELIPE (1995: 111 y 203); M. BACIGALUPO (1997: 78 y ss.); S. MUÑOZ MACHADO (2015: 221, 231 y 251); A. BETANCOR RODRÍGUEZ (2015: 121).

<sup>114</sup> En sentido similar, según M. LÓPEZ BENÍTEZ (2017: 152), la «densidad normativa» es solo uno de los factores que hay que tener en cuenta para determinar si nos hallamos ante una potestad reglada o discrecional.

regulados por disposiciones cuya estructura y densidad es prácticamente idéntica<sup>115</sup>. El criterio básico es, en ambos casos, que hay que ponderar todos los costes y beneficios esperados para los todos los intereses legítimos en juego que se siguen de mantener el *statu quo* o adoptar la medida cautelar considerada. Sin embargo, puede afirmarse que la discrecionalidad administrativa es mayor en el caso de los medicamentos, porque aquí la Administración está mucho mejor capacitada que los Tribunales para evaluar dichos riesgos y beneficios, mientras que en el ámbito de los tributos no existe semejante diferencia de capacidad. Veámoslo.

### 5.3. *Una teoría económica de la discrecionalidad administrativa*

**168.** Los jueces, como cualesquiera agentes públicos, deberían adoptar las decisiones que mejor satisfagan los intereses generales, en el marco de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Y en este sentido deberían decidir también al juzgar si la Administración goza o no de un cierto margen de maniobra para llevar a cabo determinadas actuaciones, cuál es en su caso la anchura de ese margen y si la actuación considerada se ha mantenido o no dentro de sus límites.

**169.** El **criterio determinante** para precisar, siquiera de manera aproximada y tentativa, en qué medida hay que reconocer a la Administración un margen de apreciación para actuar es, en nuestra opinión, el de los **costes y beneficios** que del mismo se derivan para los intereses legítimos del conjunto de los ciudadanos. La existencia de un margen tal tiene ventajas y desventajas para la óptima satisfacción de esos intereses. Este margen solo estará justificado si sus beneficios excedan de sus costes sociales. Y solo estará justificado hasta el punto en el que ese balance beneficio-coste sea positivo para la sociedad<sup>116</sup>.

#### 5.3.1. *Beneficios de la discrecionalidad administrativa*

**170.** Del reconocimiento a la Administración de un cierto espacio de maniobra pueden derivarse, en efecto, varios beneficios. El principal, seguramente, es que puede incrementar la probabilidad de que i) se establezcan las soluciones que satisfacen mejor los intereses de los ciudadanos y de que ii) aquellas sean aceptadas por estos. Lo primero (i), en tanto en cuanto la autoridad administrativa competente posea **mayor capacidad** —por su composición, sus procedimientos de actuación, sus medios materiales y personales, etc.— que los Tribunales para decidir acertadamente en el caso considerado. Lo segundo (ii), en tanto en cuanto dicha autoridad goce de **mayor legitimidad** —v. gr., democrática— que estos, por ejemplo, porque los autores de la actuación cuestionada han sido elegidos mediante sufragio universal.

<sup>115</sup> Véanse los apartados 1 y 2 *in fine* del art. 81 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y el art. 109.1 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio).

<sup>116</sup> En sentido similar, véase A. VERMEULE (2016b: 7, 21, 60 y ss., 114 y ss. y 209 y ss.).



**171.** La discrecionalidad administrativa constituye, en suma, un **instrumento de minimización del riesgo de errores**. Con ella puede minorarse la probabilidad de que el aparato estatal —tras la actuación sucesiva de la Administración y los jueces— arroje resultados desacertados, ilegales, perjudiciales para los intereses públicos. La reducción de ese riesgo puede generar a su vez otros beneficios: i) disminuir la litigiosidad, toda vez que —cabe suponer— las situaciones ineficientes, que no satisfacen óptimamente dichos intereses, tienen una mayor probabilidad de ser impugnadas que las decisiones acertadas, eficientes, y ii) mejorar el efecto disuasorio del control judicial, pues, como ya hemos visto, los errores cometidos en su ejercicio lo minan.

**172.** Finalmente, el hecho de que los Tribunales muestren un mayor grado de deferencia hacia las decisiones administrativas **puede reducir el número de casos en los que estas son impugnadas y declaradas ilegales**, lo que haría menguar todavía más los costes de litigación y, también, aquellos costes en los que hay que incurrir, después de la declaración de ilegalidad, para alterar el *statu quo* creado por aquellas. Conviene subrayar, sin embargo, que no es necesario que así ocurra. Por ejemplo, un aumento de la deferencia judicial también podría provocar que la Administración se aprovechara de ella para interpretar la ley de una manera más cuestionable o implausible, lo que a su vez podría dar lugar a que un mayor número de resoluciones administrativas fueran recurridas por los afectados e incluso anuladas por los Tribunales<sup>117</sup>.

### 5.3.2. *Costes de la discrecionalidad administrativa*

**173.** Otorgar a las Administraciones públicas un cierto espacio de apreciación o discrecionalidad tampoco está exento de inconvenientes. El más serio es que estas pueden aprovechar dicho espacio para cometer abusos, para **desviarse** de la solución que mejor satisface los intereses generales, que, vamos a suponer, coincide con la querida por el legislador. El subsiguiente aumento de estas desviaciones podría provocar, en determinadas circunstancias, un incremento de la **litigiosidad** y, paradójicamente, incluso del número de ocasiones en las que los Tribunales declaran la ilegalidad de actuaciones administrativas, con los costes que todo ello implica.

### 5.3.3. *Factores determinantes del balance costes-beneficios de la discrecionalidad administrativa*

**174.** Los Tribunales deberían ponderar esas ventajas y desventajas a la hora de reconocer un cierto margen de apreciación a la Administración y juzgar si sus decisiones se mantienen dentro del mismo. A estos efectos, deberían tener en cuenta que el balance ventajas-desventajas depende crucialmente de los siguientes **factores**:

**175.** En primer lugar, de la **diferencia** existente entre la autoridad administrativa artífice de la decisión enjuiciada y el Tribunal encargado de revisarla

---

<sup>117</sup> Véase, *mutatis mutandis*, Y. GIVATI (2009).



en punto a la capacidad para alcanzar en el caso considerado la mejor solución para los intereses públicos o, dicho de otra manera, para minimizar el número y la gravedad de los errores cometidos a este respecto. Solo si dicha autoridad tiene mayor capacidad que el Tribunal para garantizar el acierto de una decisión como la enjuiciada estará justificado que aquel muestre un cierto grado de deferencia hacia esta. Cuanto mayor sea la brecha en favor de la Administración, mayor deberá ser, *ceteris paribus*, su margen de apreciación y, correlativamente, la deferencia judicial.

**176.** En segundo término, de la **incertidumbre** existente acerca de si decisión cuestionada es la que más conviene a los intereses públicos, en el marco del ordenamiento jurídico vigente. Cuanto mayor sea esta incertidumbre, más amplio deberá ser el margen de apreciación concedido a la Administración, siempre que esta tenga mayor capacidad de tomar una decisión acertada, pues así se reduce el riesgo de cometer errores. Si el Tribunal competente, a la vista de la información disponible, pudiera verificar con certeza absoluta cuál es la solución que logra un justo equilibrio entre todos los intereses afectados, no tendría sentido alguno darle a la Administración la posibilidad de optar por otra alternativa. La magnitud de la incertidumbre dependerá, a su vez, de otras variables, cuando menos de: i) la densidad con la que el legislador haya predeterminado el sentido de las decisiones que la Administración puede tomar, y ii) el grado de complejidad fáctica del caso.

**177.** También ha de influir, en tercer lugar, la **plausibilidad sustancial** de la decisión administrativa enjuiciada. Dicha plausibilidad puede definirse como la distancia existente entre la solución a la que ha llegado la Administración al apreciar los hechos, interpretar el Derecho y aplicarlo al caso considerado y la solución a la que llegaría el Tribunal a la vista de la información disponible si tuviera que decidir *ex novo*. Cuanto menos plausible sea la decisión revisada, menor debería ser la deferencia con la que los Tribunales la juzguen, pues entonces mayor es la probabilidad de que no se haya alcanzado con ella la solución óptima para los intereses públicos, en el marco de la ley.

**178.** Otro factor relevante, en cuarto lugar, son las **garantías organizativas, procedimentales y formales observadas** en el caso concreto por la Administración para decidir. Cuanto más rigurosas hayan sido —*v. gr.*, los estudios realizados y las pruebas practicadas con el fin de averiguar mejor los hechos relevantes, así como los argumentos aducidos para justificar la decisión—, mayor habrá de ser el referido margen de apreciación. La razón es que el cumplimiento de estas garantías incrementa *a priori* la probabilidad de resolver acertadamente. Ello no quita que, a veces, pueda comprobarse *ex post* que la inobservancia de algunas de ellas, incluso de las prescritas por la ley, no disminuyó dicha probabilidad, por ejemplo, porque la Administración tomó la única decisión conforme a Derecho que cabía tomar, en cuyo caso la irregularidad debería considerarse como «no invalidante»<sup>118</sup>. Nótese que la plausibilidad sustancial y las referidas garantías tienen, por consiguiente, un cierto carácter sustitutivo o intercambiable: cuanto menor sea aquella, más ri-

<sup>118</sup> Véanse, por todos, J. GARCÍA LUENGO (2016); G. DOMÉNECH PASCUAL (2017c); R. DE VICENTE DOMINGO (2018).

guerosas habrán de ser estas para que la decisión pueda ser considerada válida, y viceversa <sup>119</sup>.

**179.** La **legitimidad democrática** del órgano administrativo autor de la decisión enjuiciada, en quinto lugar, también debería tomarse en consideración <sup>120</sup>. Cuanto mayor sea esta legitimidad, más aceptables por los ciudadanos serán, *a priori*, sus decisiones y, adicionalmente, mejor alineadas estarán sus preferencias con las de la mayoría de ellos, por lo que el riesgo de que incurran en desviaciones será menor y, en consecuencia, el margen de maniobra que se les otorgue habrá de ser más amplio.

**180.** Otro factor importante es, precisamente, el **riesgo de que**, por las razones que sean, **la Administración**, al llevar a cabo la actuación cuestionada, **se desvíe** de la solución más conveniente para el interés público y presumiblemente querida por el legislador. Cuanto mayor sea ese riesgo, menor habrá de ser la deferencia judicial.

**181.** La **relevancia de los intereses en juego**, como ya hemos apuntado anteriormente, juega un papel ambivalente. Cuanto más relevantes sean estos, más graves serán los daños que los errores cometidos puedan ocasionar y, por tanto, más necesidad habrá de que la decisión sea adoptada por la autoridad que cuenta con mayor capacidad para acertar, que muchas veces es la administrativa. Pero, por otro lado, más graves serán también los daños ocasionados por las arbitrariedades eventualmente cometidas por la Administración. Así las cosas, una solución óptima para los casos en los que los intereses afectados revisten una gran trascendencia puede consistir en que los jueces reconozcan a la Administración un ancho margen para actuar, con la condición de que extremen las garantías organizativas, procedimentales y formales observadas a fin de asegurar el acierto.

**182.** También debe tenerse en cuenta si los **costes de los errores** en los que los Tribunales pueden incurrir al revisar una actuación administrativa difieren en función de si la decisión judicial declara su ilegalidad (incurren en un falso positivo) o su legalidad (falso negativo). Cuanto más costosos sean los falsos positivos en relación con los falsos negativos, mayor habrá de ser la deferencia otorgada a la Administración. Esa asimetría puede obedecer a diversos factores. Por ejemplo, a que los costes de rectificación son mayores en un caso que en el otro; recuérdese lo que se dijo respecto de las sentencias que han de pronunciarse sobre la validez de una norma legal o reglamentaria <sup>121</sup>. También puede traer causa de que los costes de los errores en los que eventualmente incurra la decisión administrativa impugnada son igualmente asimétricos. El Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, que el «rigor del control» judicial de las decisiones adoptadas en procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia ha de ser, en principio, «más estricto» cuando se revisan sanciones que cuando se examinan resoluciones exculpatorias o de archivo <sup>122</sup>. El Tribunal Supremo no se detiene a justificar esta doctrina, cuyo fundamento puede verse en la idea, inspiradora del moderno Derecho procesal penal,

<sup>119</sup> Véase M. C. STEPHENSON (2006b: 1035-1070).

<sup>120</sup> En contra, E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2009); M. BELTRÁN DE FELIPE (1995: 221 y ss.); E. DEDENTADO DAROCA (1999: 205 y ss.).

<sup>121</sup> Véase *supra* §§ 41-43.

<sup>122</sup> Véase la STS de 12 de junio de 2012 (rec. 2069/2009).

de que las condenas erróneas son socialmente más costosas que las absoluciones erróneas. De acuerdo con la célebre afirmación de Blackstone: «Es preferible que diez personas culpables escapen a que una inocente sufra»<sup>123</sup>.

**183.** Finalmente, debe señalarse que el hecho de que **el legislador, de manera explícita o al menos inequívoca**, haya establecido que la Administración dispone de discrecionalidad para adoptar ciertas decisiones constituye un factor determinante, por cuanto clarifica el problema. La ley reduce de esa manera el arbitrio que los Tribunales tienen para determinar la existencia y la amplitud del espacio decisorio otorgado a la Administración.

#### 5.3.4. *El factor estratégico*

**184.** Un análisis especial merece este factor. A la hora de ponderar las consecuencias que sus alternativas de decisión pueden tener para los intereses legítimos en juego, los Tribunales deberían considerar **cómo reaccionarán** probablemente tanto la Administración como el legislador frente a cada una de las referidas alternativas<sup>124</sup>. La razón es obvia: la manera, positiva o negativa, en que sus decisiones afectan a los referidos intereses depende, en gran medida, de cuáles sean estas reacciones.

**185.** Estas consideraciones estratégicas no son frecuentes, pero tampoco del todo extrañas, en la **jurisprudencia** de nuestros Tribunales. Una razón de este tipo subyace, por ejemplo, en el argumento o «principio», ocasionalmente invocado, según el cual nadie puede aprovecharse de su propia torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)<sup>125</sup>. Si se interpretara la ley de manera que quien incumple sus obligaciones obtuviera un provecho de ello, se estaría «premiando» y propiciando el incumplimiento, lo que en principio hay que evitar<sup>126</sup>.

**186.** Con mayor razón si cabe, los Tribunales deberían revisar y ajustar, al alza o a la baja, su nivel de deferencia a la vista de cuál haya sido efectivamente la **respuesta de las autoridades administrativas** a sus decisiones. De hecho, es probable que así lo hagan en muchos casos. Sirva el ejemplo de los decretos-leyes. La extrema laxitud que el Tribunal Constitucional mostró durante décadas a la hora de enjuiciarlos —y, en particular, de verificar si concurría la «extraordinaria y urgente necesidad» prevista en el art. 86.1 CE— propició que el gobierno abusara cada vez más del poder de dictar estas normas, hasta que los excesos llegaron a extremos manifiestamente inaceptables<sup>127</sup>, lo que ha acabado provocando que el referido Tribunal se haya vuelto, en líneas generales, algo más estricto al juzgarlas<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> W. BLACKSTONE (1769: 352). Esta idea ha sido expresada por otros muchos autores y de diversas maneras a lo largo de la historia. Véase A. VOLOKH (1997).

<sup>124</sup> Por descontado, también deberían tener en cuenta las reacciones de otros actores implicados, como los particulares afectados por las correspondientes leyes y decisiones administrativas.

<sup>125</sup> Véanse M. REBOLLO PUIG (2002); E. ARANA GARCÍA (2003).

<sup>126</sup> Véase la STS de 23 de octubre de 2017 (1592/2017).

<sup>127</sup> Véanse, por ejemplo, las críticas de E. ARANA GARCÍA (2013); A. DE LA IGLESIA CHAMARRO (2013); L. MARTÍN REBOLLO (2015); P. GARCÍA MAJADO (2016); M. ARAGÓN REYES (2016); G. DOMÉNECH PASCUAL (2019).

(Véase nota 127 en página siguiente)

**187.** Cabe pensar, no obstante, que a veces los Tribunales no tienen suficiente-mente en cuenta a estos efectos cuál es la reacción esperable de la Administración y, sobre todo, del **legislador**. Piénsese, por ejemplo, en la jurisprudencia relativa al régimen disciplinario de funcionarios y estudiantes universitarios. Es muy dudoso que, una vez aprobada la Constitución española, las infracciones graves y leves de los primeros puedan estar tipificadas en una norma reglamentaria, como el todavía vigente Real Decreto 33/1986, y que el vetusto Reglamento de Disciplina Académica de 1954 satisfaga las exigencias del principio de tipicidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo, presionado seguramente por el «vacío legal» que se originaría si declarara la invalidez de tales normas, se ha resistido en numerosas ocasiones a considerarlas contrarias a la Constitución o derogadas<sup>129</sup>. Es posible que aquí el Tribunal haya evaluado de una manera algo miope las consecuencias de sus posibles decisiones. Anular los reglamentos en cuestión implicaba generar una situación de impunidad durante un tiempo, hasta que el legislador interviniera para colmar el vacío existente. Declararlos válidos suponía que, mientras el legislador no regulara esta materia, se mantenía vigente y había que aplicar una norma seguramente inconstitucional. El coste esperado de cada una de estas alternativas dependía críticamente de lo que previsiblemente tardara el legislador en acabar con la insatisfactoria situación que ambas dejaban. Pues bien, es muy razonable pensar que la anulación judicial hubiera desencadenado una reacción más o menos inmediata del legislador, que difícilmente hubiera tolerado que la referida impunidad se prolongara más allá de lo indispensable para colmar la laguna. En cambio, podía esperarse, como de hecho así ha ocurrido, que si los reglamentos cuestionados se consideraban válidos el legislador iba a tardar mucho tiempo en sustituirlos por un nuevo régimen disciplinario, toda vez que esta sustitución le reportaba escasa, por no decir nula, rentabilidad política.

#### 5.4. *La cuestión en la jurisprudencia*

**188.** Con independencia de cuál sea el discurso con el que muchas veces los Tribunales visten sus decisiones, lo cierto es que, *de facto*, el sentido de estas suele ajustarse, en líneas generales, a los criterios expuestos en el epígrafe anterior.

**189.** En efecto, nuestros Tribunales reconocen a las Administraciones públicas un cierto «margen de apreciación» para interpretar y aplicar muchas disposiciones legales, aunque en estas nada se diga explícitamente al respecto. En sentido similar, en ocasiones afirman que determinadas decisiones administrativas gozan de una suerte de «presunción de acierto»<sup>130</sup>. De resultas de ello, deben ser dadas por válidas

<sup>128</sup> Véanse las SSTC 68/2007, de 28 de marzo; 31/2011, de 17 de marzo; 137/2011, de 14 de septiembre; 1/2012, de 13 de enero; 27 y 29/2015, de 19 de febrero; 196 y 199/2015, de 24 de septiembre; 211/2015, de 8 de octubre; 230/2015, de 5 de noviembre; 26/2016, de 18 de febrero; 38/2016, de 3 de marzo; 70/2016, de 14 de abril; 125 y 126/2016, de 7 de julio; 169/2016, de 6 de octubre; 73/2017, de 8 de junio, y 150 y 152/2017, de 21 de diciembre.

<sup>129</sup> Véase, por ejemplo, la STS de 30 de marzo de 2017 (rec. 3300/2015), comentada por B. MARINA JALVO (2017). Sobre el tema, véase J. A. TARDÍO PATO (2018: 575 y ss.).

<sup>130</sup> Véanse, entre otras, las SSTS de 13 de febrero de 1996 (rec. 443/1995), de 11 de noviembre de 1996 (rec. 1844/1989), de 10 de febrero de 1998 (rec. 2960/1992), de 18 de febrero de 2003 (rec. 646/2000) y de 30 de enero de 2008 (rec. 9976/2004).

a menos que se evidencie que las soluciones alcanzadas en la apreciación de los hechos o en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico rebasan un cierto nivel de implausibilidad. Para dar lugar a la invalidez, el error detectado debe ser «manifiesto», «notorio», «ostensible», «patente», «claro e inequívoco»<sup>131</sup>. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentido similar, suele hablar de «error manifiesto de apreciación»<sup>132</sup>.

**190.** Para justificar la existencia de ese margen de apreciación o «presunción de acierto» se aducen varias razones. La más recurrente es la que podríamos denominar de la **complejidad técnica**. En ocasiones, los órganos administrativos que han participado en la elaboración de la decisión impugnada cuentan con mejores conocimientos especializados y están mejor situados que los Tribunales para resolver acertadamente las cuestiones de gran complejidad técnica abordadas por la decisión<sup>133</sup>. Esta es la razón que subyace en la jurisprudencia sobre la llamada «**discrecionalidad técnica**», elaborada sobre todo en relación con la valoración de los méritos y la capacidad de los candidatos en los procedimientos de acceso al empleo público y de provisión de puestos de trabajo. Esta doctrina ha evolucionado notablemente<sup>134</sup>. Hace unos años, las apreciaciones técnicas de los órganos administrativos evaluadores eran prácticamente irrevisables por los Tribunales, hasta el punto de que se excluía *a priori* la posibilidad de practicar pruebas periciales dirigidas a evidenciar su carácter erróneo<sup>135</sup>. Esta jurisprudencia era muy desafortunada: en primer lugar, porque propiciaba que dichos órganos, conscientes de que sus apreciaciones técnicas eran *de facto* absolutamente inmunes al control judicial, cometieran arbitrariedades al efectuarlas<sup>136</sup>; y, en segundo término, porque en ocasiones es relativamente poco costoso para los Tribunales detectar ciertos errores en los que dichas apreciaciones han incurrido.

**191.** Hoy ya no se excluye de entrada la posibilidad de revisar judicialmente el contenido de tales apreciaciones, y el rigor exigido a la motivación de las correspondientes resoluciones administrativas se ha intensificado muy considerablemente<sup>137</sup>. Con todo, los Tribunales siguen reconociendo aquí a las Administraciones públicas

<sup>131</sup> Véanse, además, de las citadas en la nota anterior, las SSTS de 16 de diciembre de 2014 (rec. 3157/2013), de 23 de diciembre de 2014 (rec. 3462/2013) y de 16 de marzo de 2016 (rec. 526/2015).

<sup>132</sup> Véanse, entre otras muchas, las SSTJUE de 15 de octubre de 2009 (*Enviro Tech*, C-425/08, § 47) y de 8 de julio de 2010 (*Afton Chemical Limited*, C-343/09, § 28). Sobre la jurisprudencia del TJUE en este punto, F. J. RODRÍGUEZ PONTÓN (2019: 97 y ss., y 183 y ss.).

<sup>133</sup> Véanse, entre otras, la STS de 16 de diciembre de 2014 (rec. 3157/2013); las SSTJUE de 21 de enero de 1999 (*Upjohn*, C-120/97, § 34), de 15 de octubre de 2009 (*Enviro Tech*, C-425/08, § 47) y de 8 de julio de 2010 (*Afton Chemical Limited*, C-343/09, § 28); y la STEDH de 8 de julio de 2003 (*Hatton y otros c. Reino Unido*, 36022/97, §§ 97 y ss.).

<sup>134</sup> Véanse E. LÁZARO ALBA y F. GONZÁLEZ BOTIJA (2005); G. GARCÍA ÁLVAREZ (2012); E. RIVERO YSERN y R. RIVERO ORTEGA (2012); T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015); J. MAURI MAJÓS (2019).

<sup>135</sup> Véase la STC 34/1995, de 6 de febrero.

<sup>136</sup> Como advierte J. F. MESTRE DELGADO (2016: 120), «ante la ausencia de control judicial, se ensanchaban los fenómenos de incorrecto ejercicio de las potestades».

<sup>137</sup> Quizá como consecuencia de las abundantes críticas doctrinales. Véanse, entre otros, E. COCA VITA (1983); E. DESDENTADO DAROCA (1997); J. IGARTUA SALAVERRÍA (1998); E. LÁZARO ALBA y F. GONZÁLEZ BOTIJA (2005).

un cierto margen de apreciación<sup>138</sup>. Y, desde luego, así sucede también en otros ámbitos —*v. gr.*, en los de la regulación de la **economía** y el control de **riesgos tecnológicos**—, donde la complejidad técnica y la incertidumbre en las que ha de moverse la Administración son mucho más acusadas<sup>139</sup>.

**192.** Cuanto mayor es esta complejidad o, más exactamente, la **diferencia de capacidad** o brecha cognoscitiva entre la Administración y los Tribunales, tendencialmente más amplio es el margen de apreciación que estos reconocen a la misma. De ahí que, por poner algunos ejemplos: i) caigan «fuera del ámbito de dicha discrecionalidad técnica las apreciaciones que, al estar referidas a errores constatables con simples comprobaciones sensoriales o con criterios de lógica elemental o común, no requieren esos saberes especializados»<sup>140</sup>; ii) el control judicial de las decisiones administrativas sobre acceso al empleo público suele ser más incisivo cuando se revisa la evaluación de conocimientos jurídicos, respecto de los cuales los jueces son expertos, que cuando se hace lo propio con saberes de distinta índole<sup>141</sup>, y iii) la deferencia de los jueces hacia la Administración tiende a ser mayor cuanto mayor es la carga de trabajo de estos, pues entonces tienen menos tiempo para estudiar cada uno de los casos sometidos a su juicio y, por tanto, la referida brecha cognoscitiva es más profunda<sup>142</sup>.

**193.** Otro factor de primer orden es el **riesgo de que la autoridad administrativa aproveche su margen de apreciación para desviarse** de la solución que más conviene a los intereses públicos, riesgo que a su vez dependerá de otras variables, tales como los intereses o incentivos que aquella tenga para actuar de esta manera. Cabe estimar, por ejemplo, que la independencia y las garantías de imparcialidad con las que están configurados ciertos órganos administrativos reducen aquel peligro y, por tanto, justifican una mayor discrecionalidad. El Tribunal Supremo ha declarado a este respecto que, en efecto, dicho margen resulta especialmente ancho cuando el órgano administrativo decisor goza de una singular imparcialidad<sup>143</sup>, sus miembros vienen «adornados» por las cualidades de la objetividad y la independencia<sup>144</sup> o son «ajenos a los intereses» afectados por la decisión<sup>145</sup>.

<sup>138</sup> Véanse las SSTs de 16 de diciembre de 2014 (rec. 3157/2013), de 23 de diciembre de 2014 (rec. 3462/2013) y de 16 de marzo de 2016 (rec. 526/2015), así como el comentario de M. SÁNCHEZ MORÓN (2015), a la primera de ellas.

<sup>139</sup> Véanse, entre otros, C. D. CIRIANO VELA (2000: 359 y ss.); J. ESTEVE PARDO (2009: 899 y ss.); J. C. HERNÁNDEZ (2011: 284 y ss.); N. RUIZ PALAZUELOS (2018: 212 y ss.); F. J. RODRÍGUEZ PONTÓN (2019).

<sup>140</sup> Véanse, entre otras, las SSTs de 18 de mayo de 2007 (rec. 4793/2000), de 2 de junio de 2010 (rec. 1491/2007), de 17 de febrero de 2016 (rec. 4128/2014) y de 11 de mayo de 2016 (rec. 1493/2015).

<sup>141</sup> En sentido similar, G. GARCÍA ÁLVAREZ (2012: 1208 y 1215).

<sup>142</sup> Véase A. B. COAN (2012); G. DOMÉNECH-PASCUAL, M. MARTÍNEZ-MATUTE y J. S. MORASANGUINETTI (2021), *mutatis mutandis*, en relación con la revisión de resoluciones judiciales por Tribunales superiores, B. I. HUANG (2011); S. LAVIE (2016).

<sup>143</sup> Véase, por ejemplo, la STC 353/1993, de 29 de noviembre, en relación con los órganos administrativos encargados de calificar las pruebas de acceso a la función pública.

<sup>144</sup> STS de 16 de julio de 2002 (rec. 2988/1998).

<sup>145</sup> Véanse la STS de 9 de marzo de 1993 (rec. 7217/1990), relativa a un órgano encargado de juzgar pruebas de acceso a la función pública, y la STS de 9 de diciembre de 2004 (rec. 1073/2001), relativa al «Tribunal» Marítimo Central.



**194.** La **legitimidad democrática** también juega, en ocasiones, un papel relevante. Puede mencionarse aquí la jurisprudencia según la cual el carácter directamente representativo del Pleno del Ayuntamiento —junto con el principio de autonomía municipal— justificaría que a este órgano se le pueda reconocer un margen de maniobra en la regulación de las materias reservadas a la ley más amplio que el que cabe otorgar a los gobiernos estatal y autonómico, cuya legitimidad democrática no es directa, sino mediata<sup>146</sup>.

**195.** Puede observarse, asimismo, que en la jurisprudencia la **plausibilidad sustancial** de una decisión y las **garantías organizativas, procedimentales o formales** observadas para dictarla tienden a ser **sustitutivas** o intercambiables hasta cierto punto. Cuanto más sospechoso o endeble sea el contenido de una decisión, más rigurosas deberán ser esas garantías a los efectos de salvar su validez. Así lo ha visto muy bien algún autor: «La posición del Tribunal Supremo sobre el rigor exigible a la motivación puede depender de las dudas sobre la justicia material de la resolución administrativa recurrida [...] las sombras de duda [...] llevan a alzar la exigencia de motivación»<sup>147</sup>. Y así se aprecia claramente en la STS de 10 de mayo de 2016 (rec. 189/2015), relativa al nombramiento del presidente del TSJ de Murcia por el Consejo General del Poder Judicial. Este había escogido a un candidato que había obtenido peor puntuación que otro respecto de los méritos susceptibles de mayor objetivación, y solo había superado a este en el mérito cuya valoración entrañaba mayor subjetividad. Así las cosas, el Tribunal Supremo considera que «en un supuesto como el actual en que la valoración de los elementos objetivos de la recurrente se impone tan claramente sobre los del candidato designado, se revela como exigencia insoslayable un plus de motivación [...] que justifique debidamente la significativa relevancia concedida al resto de los requisitos anunciados [...] en la convocatoria». Y ello «a fin de despejar cualquier sospecha de posible arbitrariedad o desviación de poder». De hecho, después de que el acuerdo fuera anulado por no contener ese «razonamiento especialmente cuidado», el Consejo volvió a escoger al mismo candidato, pero esta vez con una motivación que la STS de 27 de junio de 2017 (rec. 4942/2016) consideró suficiente.

**196.** De ahí también que el legislador español exija una **motivación reforzada** a las decisiones administrativas que «se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos» [art. 35.1.c) LPAC]. La razón es que esa separación constituye un «indicio de arbitrariedad en la actuación administrativa», que debe ser contrarrestado mediante una explicación particularmente rigurosa de las razones que la justifican<sup>148</sup>.

<sup>146</sup> Véanse las fundamentales SSTC 233/1999, de 16 de diciembre, y 132/2001, de 8 de junio, así como J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN (1991: 147 y ss.); G. DOMÉNECH PASCUAL (2000); J. L. BLASCO DÍAZ (2001: 130 y ss.); A. GALÁN GALÁN (2001: 230 y ss.); F. VELASCO CABALLERO y S. DÍEZ SASTRE (2004); F. VELASCO CABALLERO (2009: 255 y ss.); J. ORTEGA BERNARDO (2014: 303 y ss.). Véase, también, cap. 11, §§ 131-135.

<sup>147</sup> G. GARCÍA ÁLVAREZ (2012: 1202).

<sup>148</sup> En relación con el precedente administrativo, véase S. DÍEZ SASTRE (2008: 65 y 268 y ss.). Esta regla, por lo demás, tiene sus inconvenientes. Por ejemplo, puede propiciar que el autor del precedente, consciente de que será difícil cambiarlo, le dé a este un contenido políticamente más extremo del que hubiera tenido en ausencia de semejante regla. Véase Y. GIVATI y M. C. STEPHENSON (2011).



**197.** Sirva también como ejemplo la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho de la redacción original del art. 24.1.b) de la Ley del Gobierno, donde podía leerse que «a lo largo del proceso de elaboración [de los reglamentos] deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto». El Tribunal Supremo ha declarado en varias ocasiones que, en principio, estos últimos «estudios y consultas» son facultativos y, por tanto, su omisión no constituye una ilegalidad<sup>149</sup>. Sin embargo, en su Sentencia de 9 de febrero de 2010 (rec. 591/2008) llega a la solución contraria. Para justificarla, el Tribunal, por un lado, deja sentado que la facultad prevista en dicho artículo, si bien discrecional, «no era enteramente libre», sino sujeta al principio de interdicción de la arbitrariedad y al designio de servir con objetividad los intereses generales. Por otro, llama la atención sobre las especiales circunstancias del caso: «Esos informes y estudios habían sido sugeridos por el Consejo de Estado [...] al cuestionarse el acierto, oportunidad y hasta la legalidad de un proyecto que incidía en una materia en la que era objetivo que había diversidad de opiniones [...]. Se trataba, pues, de una desatención procedimental relevante que se añadía a un expediente “escueto”, a lo que se añade una serie de dudas sobre su acierto más otras no menos relevantes sobre la ilegalidad de la iniciativa»<sup>150</sup>.

**198.** Finalmente, los Tribunales también parecen ponderar la magnitud de los **costes sociales que entraña la rectificación** de sus eventuales errores. Cuanto más difícil y costoso resulte corregir el error consistente en dar por válida una decisión administrativa en verdad contraria al interés público, menos deferencia suelen mostrar hacia ella. Cuanto mayores son los costes que puede ocasionar declararla inválida equivocadamente, mayor habrá de ser el margen de discrecionalidad. Este es, por ejemplo, uno de los factores —junto con el del riesgo de desviaciones— que explica por qué dicho margen resulta, *ceteris paribus*, menor en las decisiones administrativas que implican un menoscabo de los recursos naturales existentes que en aquellas otras que mantienen el *statu quo* ambiental<sup>151</sup>.

### 5.5. *Poderes del juez frente a las decisiones administrativas ilegales*

**199.** Constatada la ilegalidad de la decisión administrativa impugnada, los Tribunales pueden: i) estimar que incurre en una irregularidad no invalidante y, en consecuencia, dejar intactos los efectos jurídicos que la misma hubiese pretendido producir; ii) anularla y dejar que la Administración considere la posibilidad de adoptar una nueva decisión; iii) anularla y obligar a la Administración a decidir otra vez, en su caso bajo ciertas condiciones, o iv) anularla y sustituirla por una nueva regulación.

<sup>149</sup> Véanse, entre otras, las SSTs de 4 de mayo de 2010 (rec. 33/2006), de 15 de julio de 2010 (rec. 25/2008), de 14 de mayo de 2013 (rec. 173/2012) y de 24 de septiembre de 2015 (rec. 206/2007).

<sup>150</sup> STS de 24 de septiembre de 2015 (rec. 206/2007).

<sup>151</sup> Véanse las SSTs de 13 de junio de 2011 (rec. 4045/2009) y de 30 de septiembre de 2011 (rec. 1294/2008), comentadas por B. LOZANO CUTANDA (2012: 1545-1573).

**200.** Si se acredita que el vicio —v. gr., de procedimiento— no influyó sobre el contenido de la decisión adoptada o, incluso, que esta era la única que la Administración podía y debía tomar, anularla resultaría antieconómico. De hecho, los Tribunales suelen interpretar el art. 48.2 LPAC y otros preceptos similares en el sentido de que en estos casos la ilegalidad cometida ha de calificarse como una **irregularidad no invalidante**<sup>152</sup>.

**201.** Análogamente, los Tribunales, si tienen suficientes elementos de juicio para precisar cuál es la única solución que, habida cuenta de las circunstancias del caso, debía haber sido establecida por la Administración y no lo fue —es decir, si la discrecionalidad se «reduce a cero»—, tendrán que establecerla ellos mismos en **sustitución** de la decisión administrativa anulada, siempre, claro está, que alguna de las partes así lo hubiera pretendido. Devolver el caso a la Administración demandada para que esta resuelva también sería antieconómico y constituiría una denegación de justicia contraria al derecho a la tutela judicial efectiva<sup>153</sup>.

**202.** Si la información disponible en el proceso no basta para concluir cuál era la decisión más conveniente para los intereses públicos y que debía haber sido adoptada por la Administración —v. gr. porque esta ostenta una discrecionalidad que no ha sido posible «reducir a cero»—, los Tribunales deberán declarar ilegal la actuación impugnada, **sin posibilidad de sustituirla** por otra. La razón es obvia: si los jueces no han sido capaces de identificar cuál es la mejor solución para el interés general, la tarea de precisarla debe corresponder a la Administración a la que el legislador otorgó la competencia para decidir, pues esta es, presumiblemente, la autoridad mejor situada a tales efectos. En ocasiones, los Tribunales podrán, además, condenar a la Administración a actuar, si la misma tiene una obligación en tal sentido y alguna de las partes así lo ha pretendido. E incluso podrán especificar, en una suerte de sentencia-marco, los requisitos a los que habrá de ajustarse la actuación administrativa debida<sup>154</sup>. Otras veces, por el contrario, a la Administración no le estará permitido adoptar una nueva decisión sobre el fondo<sup>155</sup>, por ejemplo, porque la posibilidad de hacerlo ha prescrito<sup>156</sup> o, en los procedimientos sancionadores, porque ello supondría una vulneración del principio *non bis in idem* en su vertiente formal<sup>157</sup>.

<sup>152</sup> Véanse J. GARCÍA LUENGO (2016); G. DOMÉNECH PASCUAL (2017c).

<sup>153</sup> Véase, por todos, J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN (2011b).

<sup>154</sup> Véanse A. HUERGO LORA (2000: 283 y ss.); R. DE VICENTE DOMINGO (2014: 88 y ss.).

<sup>155</sup> La posibilidad de que la Administración reitere liquidaciones tributarias ha generado una gran polémica. El Tribunal Supremo la admite con matices. Véanse, entre otras, las SSTs de 19 de noviembre de 2012 (rec. 1215/2011) y de 15 de junio de 2015 (rec. 1551/2014). En la doctrina, véase, por todos, B. SESMA SÁNCHEZ (2017).

<sup>156</sup> Una cuestión interesante es la de si los procedimientos que se resuelven con un acto luego anulado interrumpen la prescripción. En la STS de 19 de noviembre de 2012 (rec. 1215/2011) se afirma que solo se produce la interrupción si el acto en cuestión padecía un vicio de anulabilidad, no de nulidad. Sobre el tema, en relación con las liquidaciones tributarias, véase B. SESMA SÁNCHEZ (2017).

<sup>157</sup> Así lo declaran (a veces, incidentalmente) las SSTs de 26 de marzo de 2012 (rec. 5827/2009), de 7 de abril de 2014 (rec. 3714/2011), de 11 de abril de 2014 (rec. 164/2013), de 29 de septiembre de 2014 (rec. 1014/2013), de 27 de enero de 2016 (rec. 3735/2014) y de 27 de marzo de 2017 (rec. 3570/2015). Véase, *mutatis mutandis*, G. DOMÉNECH PASCUAL (2007).

**203.** En los casos en los que la Administración vuelve a decidir sobre el fondo del asunto, **es frecuente que la nueva resolución tenga el mismo contenido que la anterior**, en su día anulada por padecer algún vicio formal o de procedimiento que ahora supuestamente se ha subsanado. Aquí es inevitable que se susciten dudas acerca de si la nueva decisión es o no conforme con el ordenamiento jurídico<sup>158</sup>. Muchas veces cabe sospechar que las autoridades administrativas no aprovechan efectivamente las oportunidades que les ofrece el nuevo procedimiento para mejorar el acierto de su decisión, modificándola si es necesario. Ello, de un lado, por factores de índole psicológica. Los sesgos de la confirmación<sup>159</sup> y del *statu quo*<sup>160</sup>, así como la disonancia cognitiva provocada por rectificar una decisión sostenida y defendida públicamente, pueden propiciar que tales autoridades no reconsideren como sería deseable su posición inicial y se mantengan en ella a pesar de que la nueva información disponible aconseja cambiarla<sup>161</sup>. De otro lado, los costes privados que para dichas autoridades suele conllevar la alteración del *statu quo* creado por la decisión ilegal desincentivan su modificación.

**204.** Este problema podría ser combatido de dos maneras. Los Tribunales, en primer lugar, podrían rebajar hasta cierto punto el umbral de certeza a partir del cual consideran que en el caso enjuiciado únicamente hay una solución válida, que deben establecer ellos mismos en sustitución de la anulada, eliminando así la posibilidad de que esta sea reiterada. La pega es que semejante solución solo vale para los casos marginales, donde es dudoso que la discrecionalidad administrativa se haya reducido a cero, y además supone un sacrificio para los valores que justifican la existencia de esta discrecionalidad. Los Tribunales, en segundo lugar, podrían condicionar la validez de la reiteración a la observancia de garantías formales y procedimentales especialmente estrictas y, en particular, a una motivación singularmente cuidada que permitiese despejar las sospechas de arbitrariedad. Esta solución tiene la ventaja de que vale para cualquier caso de reiteración, pero la desventaja de que exigir un «plus de motivación» no constituye una barrera infranqueable frente a las reiteraciones lesivas para los intereses generales. Los Tribunales suelen optar por esta segunda alternativa. Sirva como ejemplo la jurisprudencia que se muestra extraordinariamente reacia a admitir la posibilidad de convalidar licencias urbanísticas —y, por ende, las edificaciones ilegalmente construidas a su amparo— mediante una modificación del planeamiento<sup>162</sup>.

<sup>158</sup> Véase el caso resuelto por la STS (Pleno de la Sala 3.ª) de 27 de junio de 2017 (rec. 4942/2016). Sobre algunos de los problemas que plantea esta reiteración, véanse A. HUERGO LORA (2001); M.ª J. ALONSO MAS (2003); C. LOZANO SERRANO (2013); B. SESMA SÁNCHEZ (2017).

<sup>159</sup> Véase, por ejemplo, R. S. NICKERSON (1999).

<sup>160</sup> Véase, por ejemplo, W. SAMUELSON y R. ZECKHAUSER (1988).

<sup>161</sup> Véase, *mutatis mutandis*, S. STERN (2002), donde se analiza en qué medida estos factores pueden minar el valor del trámite de información pública en los procedimientos de elaboración de reglamentos, al provocar una excesiva cerrazón en los artífices del proyecto normativo frente a los comentarios formulados por el público, y se proponen varias soluciones.

<sup>162</sup> Criticada por J. A. SANTAMARÍA PASTOR (2014).

## 6. Lo que los jueces tenderán a hacer

### 6.1. *Influencia de factores extrajurídicos*

**205.** Es probable que, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, en general, y al revisar la legalidad de la actividad administrativa, en particular, lo que los jueces realmente hacen no coincida plenamente con lo que deberían hacer, como consecuencia de la influencia, evidenciada en abundantes estudios empíricos, que sobre sus decisiones ejercen múltiples factores extrajurídicos: sus preferencias, incluidas las de orden político<sup>163</sup>; su religión<sup>164</sup>; el grupo cultural al que pertenecen<sup>165</sup>; su sexo<sup>166</sup>; su edad<sup>167</sup>; las derrotas inesperadas de su equipo de fútbol favorito<sup>168</sup>, etc. En España, contamos con algún estudio en el que se analiza el impacto que algunos de esos factores —en particular, la ideología política y la estructura de su sistema retributivo— tiene sobre el sentido de las decisiones adoptadas por los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa<sup>169</sup>.

**206.** Comprender cómo actúan realmente los jueces cuando revisan la legalidad de la actividad administrativa y, en particular, cómo influyen en dicha tarea los referidos factores extrajurídicos tiene una gran importancia, entre otras razones, por sus **implicaciones de carácter normativo**. El legislador puede aprovechar los estudios existentes —o sus intuiciones— sobre el particular para dar al sistema judicial la forma que permita obtener los resultados más acordes con sus preferencias. Si, por ejemplo, la **ideología** de los jueces influye sobre el contenido de sus decisiones, la configuración de los mecanismos jurídicos que a su vez pueden determinar esa ideología —v. gr., los sistemas de acceso a la judicatura, de nombramientos y de gobierno del Poder Judicial— cobra una enorme relevancia práctica, cuando menos a los efectos de política legislativa. Por ejemplo, un sistema de acceso a la carrera judicial, como el que existe con carácter ordinario actualmente en España, que *de facto* impone a los candidatos la carga de costearse la preparación de una oposición durante varios años, probablemente ahuyenta a los aspirantes menos pudientes y, a la postre, induce un sesgo conservador en la judicatura, por lo que a los partidos políticos conservadores no les debería interesar cambiarlo.

**207.** Otro ejemplo de factor extrajurídico al que no se ha prestado la atención que merece es el de la **querencia a minimizar su esfuerzo** que prácticamente todas las personas muestran y que, obviamente, también influye sobre las decisiones que los jueces adoptan al revisar la legalidad de la actividad administrativa. Esa querencia, junto con factores tales como los sesgos del *statu quo* y de la omisión, puede

<sup>163</sup> P. BRACE, L. LANGER y M. G. HALL (2000); W. M. LANDES y R. A. POSNER (2009).

<sup>164</sup> G. C. SISK, M. HEISE y A. P. MORRIS (2004).

<sup>165</sup> G. SCHUBERT (1980).

<sup>166</sup> E. MARTIN y B. PYLE (2000); F. O. SMITH (2005).

<sup>167</sup> K. L. MANNING, B. A. CARROLL y R. A. CARP (2004).

<sup>168</sup> O. EREN y N. MOCAN (2018).

<sup>169</sup> Véanse G. DOMÉNECH PASCUAL (2009); N. GAROUPA, M. GILI y F. GÓMEZ POMAR (2012).

hacer que las reglas residuales o por defecto se apliquen en demasiados casos<sup>170</sup>. Imaginemos dos posibles reglas. De acuerdo con la primera, los Tribunales deben condenar en costas al perdedor de un pleito salvo que aprecien circunstancias, debidamente motivadas, por las cuales no procede la condena. De acuerdo con la segunda, cada litigante asume sus propias costas, salvo que los Tribunales, motivadamente, estimen que concurre alguna circunstancia que justifica la condena. El esfuerzo que supone motivar puede provocar que, bajo la primera regla, casi siempre se condene en costas —en más casos de los que sería socialmente deseable— y, bajo la segunda, casi nunca —menos de lo que resultaría procedente—.

**208.** Esta tendencia de los jueces a minimizar esfuerzos puede propiciar, asimismo, otros comportamientos cuestionables, tales como el consistente en mostrar una excesiva deferencia frente a las actuaciones administrativas sometidas a su juicio, especialmente en los casos dudosos, en tanto en cuanto justificar que estas infringen el ordenamiento jurídico suele requerir un esfuerzo argumentativo superior al que se necesita para darlas por válidas. De hecho, las estadísticas disponibles sugieren que cuanto mayor es la carga de trabajo de los órganos de lo contencioso-administrativo —y, por tanto, más escaso y valioso es su tiempo—, menor es el porcentaje de las sentencias de primera instancia estimatorias, presumiblemente porque menos incisiva es la revisión de las actuaciones impugnadas<sup>171</sup>.

## 6.2. *Comportamientos estratégicos*

**209.** Cabe esperar que también los jueces se comporten estratégicamente, tratando de maximizar, con mayor o menor torpeza, la satisfacción de sus preferencias —su influencia, prestigio, visión del Derecho, sus valores morales, gustos políticos, etc.— **a la vista de cómo pueden reaccionar** frente a sus decisiones, cuando menos, tanto el legislador como las autoridades administrativas<sup>172</sup>.

**210.** No sería de extrañar, por ejemplo, que la medida en que los Tribunales tratan de reflejar sus preferencias en sus resoluciones, a costa de forzar la interpretación de la ley e incidir en espacios reservados a otros poderes públicos, sea menor cuanto más fácil les resulta al legislador y a las autoridades administrativas contrarrestar —v. gr. mediante una reforma legislativa— dichas resoluciones.

**211.** Se ha sostenido que los Tribunales deberían actuar en sentido contrario. Si cuesta más corregir la anulación judicial errónea de una norma que declarar la equivocadamente válida, aquellos deberían presumir, en caso de duda, que la norma es válida, porque así se minimiza el coste de los errores que puedan cometer<sup>173</sup>. Ha de repararse, sin embargo, en que lo que deberían hacer no tiene por qué coincidir con lo que realmente hacen. Si partimos de la premisa de que los jueces,

<sup>170</sup> Véase R. H. THALER y C. R. SUNSTEIN (2008).

<sup>171</sup> Véanse G. DOMÉNECH PASCUAL (2017b: 40 y ss.); G. DOMÉNECH-PASCUAL, M. MARTÍNEZ-MATUTE y J. S. MORA SANGUINETTI (2021).

<sup>172</sup> Véase P. T. SPILLER y R. GELY (2007).

<sup>173</sup> V. FERRERES COMELLA (1997: 199 y ss.).

en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, tienden a tomar las decisiones que maximizan la satisfacción de sus preferencias, el grado de dificultad que encierra la rectificación de esas decisiones ejercerá probablemente un efecto opuesto al que sería deseable: si es muy elevado, los jueces se sentirán «fuertes» para efectuar interpretaciones acordes con sus preferencias y poco deferentes con el legislador y la Administración, conscientes de que sus resoluciones difícilmente van a ser neutralizadas después por estos; si, por el contrario, la dificultad es escasa, los jueces no se empeñarán demasiado en contrariar a los órganos legislativos o administrativos<sup>174</sup>.

**212.** Algunos estudios empíricos corroboran esta última tesis. Se ha puesto de relieve, por ejemplo, que la probabilidad de que el Tribunal Supremo español anule las disposiciones reglamentarias sometidas a su juicio es mayor cuando el partido político que las aprobó sigue estando en el gobierno que cuando ya no está en él<sup>175</sup>, probablemente porque en este último caso es más difícil que su decisión reciba algún tipo de respuesta negativa por parte de los poderes ejecutivo o incluso legislativo. En sentido similar, en un estudio empírico de Derecho comparado se evidencia cómo los Tribunales efectúan interpretaciones de la ley más aventuradas en aquellos ordenamientos jurídicos donde, como consecuencia de la fragmentación del poder legislativo, más difícil resulta aprobar una ley que las corrija<sup>176</sup>.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, R. (1994), *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994.
- ALONSO MAS, M.<sup>a</sup> J. (1998), *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2003), «La ejecución de las sentencias anulatorias de actos administrativos por falta de motivación (Comentario a la STC 83/2001, de 26 de marzo)», *RAP*, 160, pp. 203-234.
- ARAGÓN REYES, M. (2016), *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Madrid: Iustel.
- ARANA GARCÍA, E. (2003), *La alegación de la propia torpeza y su aplicación al Derecho administrativo*, Granada: Comares.
- (2013), «Uso y abuso del decreto-ley», *RAP*, 191, pp. 337-365.
- ARANSON, P. H.; GELLHORN, E. y ROBINSON, G. O. (1982), «Theory of Legislative Delegation», *Cornell Law Review*, 68, pp. 1-67.
- ARROYO JIMÉNEZ, L. (2009), «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», *InDret*, 2/2009.
- BACIGALUPO, M. (1997), *La discrecionalidad administrativa*, Madrid: Marcial Pons.
- (2001), «De nuevo sobre la motivación de los nombramientos discrecionales en las carreras judicial y fiscal», *La Ley*, 5.262.
- BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (1991), *Los límites de la potestad reglamentaria*, Madrid: Civitas.
- (2011a), «Reserva de Administración y Derecho Comunitario», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, 7.

<sup>174</sup> Véanse, entre otros, E. SALZBERGER (1993: 368); R. D. COOTER (2000: 227 y ss.).

<sup>175</sup> N. GAROUPA, M. GILI SALDAÑA y F. GÓMEZ POMAR (2012).

<sup>176</sup> R. COOTER y T. GINSBURG (1996: 295-313).

- (2011b), «Retroacción de actuaciones: ¿denegación de justicia o garantía del justiciable?», *REDA*, 152, pp. 839-857.
- BELADIEZ ROJO, M. (2000), «La vinculación de la Administración al Derecho», *RAP*, 153, pp. 315-350.
- BELTRÁN DE FELIPE, M. (1995), *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid: Tecnos.
- BERNAL PULIDO, C. (2008), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: CEPC.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2015), «La discrecionalidad, un tema clásico sobre el poder y sobre el control del poder», en L. ARROYO, M. BELADIEZ, C. ORTEGA y J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ (coords.), *El juez del Derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons, pp. 109-148.
- BLACKSTONE, W. (1769), *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, Book the Fourth, Oxford: Clarendon Press.
- BLASCO DÍAZ, J. L. (2001), *Ordenanza municipal y ley*, Madrid: Marcial Pons.
- BOBES SÁNCHEZ, M.<sup>a</sup> J. (2012), «Discrecionalidad y regulación», *Revista General de Derecho Administrativo*, 29.
- BOCANEGRA SIERRA, R. y HUERGO LORA, A. (2001), «Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar», *REDA*, 111, pp. 405-428.
- BOIX PALOP, A. (2004), *Las convalidaciones legislativas*, Madrid: Iustel.
- BRACE, P.; LANGER, L., y HALL, M. G. (2000), «Measuring the Preferences of State Supreme Court Judges», *Journal of Politics*, 62-2, pp. 387-413.
- CALAMANDREI, P. (1997), *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, traducción de Ayerra Redín, Santiago Sentís Melendo y Conrado Finzi, Buenos Aires: Librería el Foro.
- CIRIANO VELA, C. D. (2000), *Administración económica y discrecionalidad*, Valladolid: Lex Nova.
- COAN, A. B. (2012), «Judicial Capacity and the Substance of Constitutional Law», *Yale Law Journal*, 122, pp. 422-458.
- COCA VITA, E. (1983), «Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica», *RAP*, 100-102, pp. 1039-1081.
- COOTER, R. (2006), «The Intrinsic Value of Obeying a Law: Economic Analysis of the Internal Viewpoint», *Fordham Law Review*, 75, pp. 1275-1286.
- COOTER, R., y GINSBURG, T. (1996), «Comparative Judicial Discretion: An Empirical Test of Economic Models», *International Review of Law and Economics*, 16, pp. 295-313.
- COOTER, R. D. (2000), *The Strategic Constitution*, Princeton: Princeton University Press.
- DE LA IGLESIA CHAMARRO, A. (2013), «Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. En particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos», *Estudios de Deusto*, 61-2, pp. 69-80.
- DE OTTO, I. (1995), *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel.
- DE VICENTE DOMINGO, R. (2014), *La inactividad administrativa prestacional y su control judicial*, Madrid: Civitas.
- (2018), *La anulación de los actos administrativos por motivos formales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DESDENTADO DAROCA, E. (1997), *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Madrid: Civitas.
- (1999), *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Elcano: Aranzadi.
- (2010), «El principio de interdicción de la arbitrariedad», en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, Madrid: La Ley, pp. 177-201.
- DÍAZ LEMA, J. M. (2013), «El fin del privilegio de la ley singular», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 39, pp. 62-73.



- DÍEZ SASTRE, S. (2008), *El precedente administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2000), «Límites sustanciales de las remisiones al reglamento en materia tributaria», *Revista General de Derecho*, 670-671, pp. 9183-9198.
- (2004), «Las declaraciones administrativas de *persona non grata*. Reflexiones sobre la actividad no jurídica, *verbi gratia* informativa, de la Administración», *Revista General de Derecho Administrativo*, 7.
- (2006), *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid: CEPC.
- (2007), «¿Es compatible con el principio *ne bis in idem* reabrir un procedimiento sancionador caducado?», *REDA*, 136, pp. 727-755.
- (2009), *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Madrid: Civitas.
- (2014), «Hacia la simplificación de los procedimientos administrativos», en L. MÍGUEZ MACHO, M. ALMEIDA CERREDA y D. SANTIAGO IGLESIAS (eds.), *La simplificación de los procedimientos administrativos. Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santiago de Compostela: EGAP, pp. 15-73.
- (2017a), «¿Mejor antes o después? Controles públicos previos vs. controles públicos posteriores», *Papeles de Economía Española*, 151, pp. 47-62.
- (2017b), «Las tasas judiciales a juicio. Comentario crítico de la STC 140/2016, de 21 de julio», *InDret*, 1/2017.
- (2017c), «Las irregularidades no invalidantes desde una perspectiva económica», en F. LÓPEZ RAMÓN y F. VILLAR ROJAS (eds.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: INAP, pp. 151-169.
- (2018), «Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 100, pp. 131-164.
- (2019), «Tutela judicial efectiva frente a medidas gubernamentales blindadas por Decreto Ley», *REDA*, 198, pp. 139-164.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., y MORA-SANGUINETTI, J. (2015), «El mito de la especialización judicial», *InDret*, 1/2015.
- DOMÉNECH-PASCUAL, G.; MARTÍNEZ-MATUTE, M., y MORA SANGUINETTI, J. S. (2021), «Do fee-shifting rules affect plaintiffs' win rates? A theoretical and empirical analysis», *International Review of Law and Economics*, 65.
- EPSTEIN, L.; LANDES, W. M., y POSNER, R. A. (2013), *The Behavior of Federal Judges. A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*, Cambridge: Harvard University Press.
- EREN, O., y MOCAN, N. (2018), «Emotional Judges and Unlucky Juveniles», *American Economic Journal: Applied Economics*, 10:3, pp. 171-205.
- ESKRIDGE, W. N. (1993), «The Judicial Review Game», *Northwestern University Law Review*, 88:1, pp. 382-295.
- ESTEVE PARDO, J. (2009), «La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Regulación Económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid: Iustel, pp. 881-921.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1983), *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid: IEF.
- (2018), *Sistema de Derecho administrativo*, t. I, Cizur Menor: Civitas.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J. (2015), «El principio de legalidad, la vinculación negativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria local», *RAP*, 196, pp. 229-269.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2005), *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid: Iustel.
- (2014), «Sobre el control jurisdiccional de los Decretos de indulto», *RAP*, 194, pp. 209-225.

- (2015), «La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece», *RAP*, 196, pp. 211-227.
- (2016), *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, Madrid: Iustel.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R. (2017), «La paradoja de la insuficiencia de recursos hídricos hunde el Plan General de Santander», *RAP*, 203, pp. 165-183.
- FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *La motivación del acto administrativo*, Madrid: Tecnos.
- (2012), «El Legislador nacional no puede eliminar o limitar el ámbito discrecional concedido a una Autoridad Nacional de Regulación por el Derecho comunitario», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (eds.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 2, pp. 3209-3222.
- FERRERES COMELLA, V. (1997), *Justicia constitucional y democracia*, Madrid: CEPC.
- FISMAN, R., y MIGUEL, E. (2007), «Corruption, Norms, and Legal Enforcement: Diplomatic Parking Tickets», *Journal of Political Economy*, 115:6, pp. 1020-1048.
- FRIEDMAN, L. (2016), *Impact: How Law Affects Behavior*, Cambridge: Harvard University Press.
- GALÁN GALÁN, A. (2001), *La potestad normativa autónoma municipal*, Barcelona: Atelier.
- (2010), «La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local», *Revista CEMCI*, 8.
- GALBIATI, R., y VERTOVA, P. (2014), «How laws affect behavior: Obligations, incentives and cooperative behavior», *International Review of Law and Economics*, 38, pp. 48-57.
- GARCÍA AMADO, J. A. (1997), «¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 13-14, pp. 65-86.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G. (2012), «El declive de la inmunidad judicial de las decisiones de los tribunales de oposiciones (análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre “discrecionalidad técnica”)», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (eds.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 1, pp. 1193-1221.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1962), «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *RAP*, 38, pp. 159-208.
- (1989), «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales», *REDA*, 61, pp. 5-18.
- (1991), «¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota», *RAP*, 124, pp. 211-228.
- (1996), «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *REDA*, 89, pp. 69-89.
- (2001), «La Ley de expropiación forzosa de 1954, medio siglo después», *RAP*, 156, pp. 251-268.
- (2009), *Democracia, jueces y control de la Administración*, Cizur Menor: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2017), *Curso de Derecho administrativo*, t. I, Madrid: Civitas.
- GARCÍA LUENGO, J. (2016), *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo*, Madrid: Iustel.
- GARCÍA MAJADO, P. (2016), «El presupuesto habilitante del decreto-ley ante la crisis económica», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 25.
- GAROUPA, N.; GILI, M., y GÓMEZ POMAR, F. (2012), «Political Influence and Career Judiciary: An Empirical Analysis of Administrative Review Decisions of the Spanish Supreme Court», *Journal of Empirical Legal Studies*, 4, pp. 795-826.

- GAROUPA, N., y GINGSBURG, T. (2015), *Judicial Reputation. A Comparative Theory*, Chicago: Chicago University Press.
- GAROUPA, N., y MATHEWS J. (2014), «Strategic Delegation, Discretion, and Deference: Explaining the Comparative Law of Administrative Review», *American Journal of Comparative Law*, 62, pp. 1-33.
- GIL CREMADES, R. (2014), «Un giro jurisprudencial histórico: el Tribunal Supremo abandona su doctrina de que en la función pública administrativa no hay que justificar los nombramientos para puestos de libre designación», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, pp. 1547-1576.
- GIVATI, Y. (2009), «Strategic Statutory Interpretation by Administrative Agencies», *American Law and Economics Review*, 12:1, pp. 95-115.
- GIVATI, Y., y STEPHENSON, M. C. (2011), «Judicial Deference to Inconsistent Agency Statutory Interpretations», *Journal of Legal Studies*, 40, pp. 85-113.
- HERNÁNDEZ, J. C. (2011), *El régimen jurídico-administrativo de las concentraciones de empresas en el derecho comunitario. Test sustantivo y control judicial*, Cizur Menor: Aranzadi.
- HICKS, J. (1939), «The Foundations of Welfare Economics», *Economic Journal*, 49:196, pp. 696-712.
- HUANG, B. I. (2011), «Lightened Scrutiny», *Harvard Law Review*, 124, pp. 1109-1151.
- HUERGO LORA, A. (2000), *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Cizur Menor: Aranzadi.
- (2001), «La permanencia de un viejo problema: la reiteración de los actos administrativos anulados como forma de incumplimiento indirecto de las sentencias, con especial referencia a los efectos de los recursos de casación en interés de Ley», *RAP*, 156, pp. 283-306.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. (1998), *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid: Civitas.
- (2016), «¿Avasalla la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo al Consejo General del Poder Judicial? (De nuevo sobre el control judicial de la discrecionalidad)», *Revista Vasca de Administración Pública*, pp. 217-245.
- KALDOR, N. (1939), «Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility», *Economic Journal*, 49:195, pp. 549-552.
- KAPLOW, L. (1992), «Rules vs. Standards: An Economic Analysis», *Duke Law Journal*, 42, pp. 557-629.
- KELSEN, H. (1995), *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, México: Porrúa.
- KOROBKIN, R. B. (2000), «Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited», *Oregon Law Review*, 79, pp. 25-59.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2017), «El control judicial de la discrecionalidad administrativa», *REDA*, 186, pp. 83-108.
- LANDES, W. M., y POSNER, R. A. (2009), «Rational Judicial Behavior: A Statistical Study», *Journal of Legal Analysis*, 1, pp. 775-831.
- LAVIE, S. (2016), «Appellate Courts and Caseload Pressure», *Stanford Law and Policy Review*, 27, pp. 57-99.
- LÁZARO ALBA, E., y GONZÁLEZ BOTIJA, F. (2005), «A vueltas con la discrecionalidad técnica en oposiciones y concursos: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas», *REDA*, 127, pp. 519-554.
- LOPERA MESA, G. P. (2004), «Los derechos humanos como mandatos de optimización», *Doxa*, 27, pp. 211-246.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2017), «El principio de legalidad administrativa», en M. REBOLLO PUIG y D. J. VERA JURADO (dirs.), *Derecho administrativo*, t. I, Madrid: Tecnos.
- LOZANO CUTANDA, B. (2012), «Principio de *standstill* vs. discrecionalidad administrativa. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2011», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y

- R. ALONSO GARCÍA (eds.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 1, pp. 1545-1573.
- LOZANO SERRANO, C. (2013), «La reiteración de actos tributarios anulados desde el principio de congruencia procesal», *Tribuna Fiscal*, 268, pp. 19-31.
- MANNING, K. L.; CARROLL, B. A., y CARP, R. A. (2004), «Does Age Matter? Judicial Decision Making in Age Discrimination Cases», *Social Science Quarterly*, 85-1, pp. 1-18.
- MARINA JALVO, B. (2017), «La cobertura legal del reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado», *REDA*, 188, pp. 223-238.
- MARTIN, E., y PYLE, B. (2000), «Gender, Race, and Partisanship on the Michigan Supreme Court», *Albany Law Review*, 63, pp. 1205-1236.
- MARTÍN GONZÁLEZ, M. (1967), «El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos», *RAP*, 54, pp. 197-292.
- MARTÍN REBOLLO, L. (2015), «Uso y abuso del decreto ley (un análisis empírico)», *REDA*, 174, pp. 23-92.
- MARTÍNEZ OTERO, J. M. (2020), «Las declaraciones simbólicas de los municipios: entre la autonomía local, el “postureo” inocuo y el abuso», *RAP*, 211.
- MATHEWS, J. (2013), «Deference Lotteries», *Texas Law Review*, 91, pp. 1349-1396.
- MAURI MAJÓS, J. (2019), «Deferencia judicial y control de la discrecionalidad técnica en la selección del personal para el ejercicio de funciones públicas», en E. MALARET (ed.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 325-357.
- MESTRE DELGADO, J. F. (2016), «Consideraciones sobre la denominada discrecionalidad técnica», en A. ARIAS, A. CARO, J. R. CHAVES y J. J. FERNÁNDEZ (eds.), *Usos y abusos del Derecho universitario. Homenaje a Juan Manuel del Valle*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 119-122.
- MOWBRAY, A. (2010), «A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, 10:2, pp. 289-317.
- MOZO SEOANE, A. (2018), *La atribución legal de discrecionalidad. En torno a la discrecionalidad valorativa*, Madrid: Reus.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2015), *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, t. III, Madrid: BOE.
- NAVARRO GONZÁLEZ, R. M. (2017), *La motivación de los actos administrativos*, Cizur Menor: Aranzadi.
- NICKERSON, R. S. (1999), «Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises», *Review of General Psychology*, 2:2, pp. 175-220.
- NIETO, A. (2008), *El desgobierno de lo público*, Barcelona: Ariel.
- ORTEGA BERNARDO, J. (2014), *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Madrid: Marcial Pons.
- ORTEGA, L., y DE LA SIERRA, S. (coords.) (2009), *Ponderación y Derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- PAREJO ALFONSO, L. (1993), *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid: Tecnos.
- PÉREZ OLEA, M. (1972), «La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial», *Revista de Estudios de la Vida Local*, 173, pp. 41-70.
- PNG, I. P. L. (1986), «Optimal subsidies and damages in the presence of judicial error», *International Review of Law and Economics*, 6:1, pp. 101-105.
- POLINSKY, A. M., y SHAVELL, S. (2000), «The Economic Theory of Public Enforcement of Law», *Journal of Economic Literature*, 38:1, pp. 45-76.
- PONCE SOLÉ, J. (2016), «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *REDA*, 175, pp. 57-84.

- POSNER, R. (1993), «What do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)», *Supreme Court Economic Review*, 3, pp. 1-41.
- RACHLINSKI, J. J., y FARINA, C. R. (2002), «Cognitive Psychology and Optimal Government Design», *Cornell Law Review*, 87, pp. 550-615.
- REBOLLO PUIG, M. (2002), «*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *Documentación Administrativa*, 263-264, pp. 185-221.
- (2017), «El principio de legalidad administrativa», en M. REBOLLO PUIG y D. J. VERA JURADO (dirs.), *Derecho administrativo*, t. I, Madrid: Tecnos.
- RIVERO YSERN, E., y RIVERO ORTEGA, R. (2012), «¿Acaso existe la discrecionalidad técnica? A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (eds.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 1, pp. 2063-2078.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.<sup>a</sup> (2016), *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ PATRÓN, P. (2017), «La “ley singular” como categoría de acuñación jurisprudencial. Una nueva aproximación a su particular significado y problemática», *Revista de Derecho Político*, 99, pp. 167-197.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J. (2019), «El control judicial en el ámbito de la regulación económica», en E. MALARET (ed.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 47-212.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. A. (2013), «Reserva de jurisdicción, potestad reglamentaria y propiedad intelectual: en torno a las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2013, sobre la denominada “Ley Sinde”», *RAP*, 192, pp. 231-256.
- (2019), «Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas», *RAP*, 208, pp. 151-178.
- RUBIO LLORENTE, F. (1993), «El principio de legalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39, pp. 9-42.
- RUIZ PALAZUELOS, N. (2018), *El control jurisdiccional de la discrecionalidad de los organismos reguladores. Un análisis de casos en los ámbitos de la energía y las telecomunicaciones*, Cizur Menor: Aranzadi.
- RUIZ RUIZ, R. (2010), «Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado constitucional», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 20.
- SAINZ MORENO, F. (1976), *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid: Civitas.
- SALAMERO TEIXIDÓ, L. (2014), *La autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa*, Madrid: Marcial Pons.
- SALZBERGER, E. (1993), «A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why Do We Have an Independent Judiciary», *International Review of Law and Economics*, 13, pp. 349-379.
- SAMUELSON, W., y ZECKHAUSER, R. (1988), «Status Quo Bias in Decision Making», *Journal of Risk and Uncertainty*, 1:7, pp. 7-59.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994), *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid: Tecnos.
- (2015), «Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica», *RAP*, 197, pp. 209-222.
- (2017), *Derecho administrativo. Parte general*, Madrid: Tecnos.
- SANTAMARÍA ARINAS, R. J. (2014), «Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina *Boxus* por el Tribunal Constitucional español», *RAP*, 193, pp. 165-195.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2014), «Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos», *RAP*, 195, pp. 197-201.
- (2016), *Principios de Derecho administrativo general*, t. I, Madrid: Iustel.

- SCHUBERT, G. (1980), «Subcultural Effects on Judicial Behavior: A Comparative Analysis», *Journal of Politics*, 42, pp. 951-992.
- SESMA SÁNCHEZ, B. (2017), *La nulidad de las liquidaciones tributarias*, Cizur Menor: Aranzadi.
- SHAVELL, S. (2007), «Optimal Discretion in the Application of Rules», *American Law and Economics Review*, 9:1, pp. 175-194.
- (2012), «When Is Compliance with the Law Socially Desirable?», *Journal of Legal Studies*, 41, pp. 1-36.
- (2013), «A Fundamental Enforcement Cost Advantage of the Negligence Rule over Regulation», *Journal of Legal Studies*, 42, pp. 275-302.
- SISK, G. C.; HEISE, M., y MORRIS, A. P. (2004), «Searching for the Soul of Judicial Decision-making: An Empirical Study of Religious Freedom Decisions», *Ohio State Law Journal*, 65-3, pp. 491-614.
- SMITH, F. O. (2005), «Gendered Justice: Do Male and Female Justices Rule Differently on Questions of Gay Rights?», *Stanford Law Review*, 57, pp. 2087-2134.
- SORIANO GARCÍA, J. E. (2012), *El poder, la Administración y los jueces (a propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial)*, Madrid: Iustel.
- SPILLER, P. T., y GELY, R. (2007), «Strategic Judicial Decision Making», *National Bureau of Economic Research Working Paper*, 13321.
- STEPHENSON, M. C. (2006a), «A Costly Signaling Theory of “Hard Look” Judicial Review», *Administrative Law Review*, 58:4, pp. 753-813.
- (2006b), «The Strategic Substitution Effect: Textual Plausibility, Procedural Formality and Judicial Review of Agency Statutory Interpretations», *Harvard Law Review*, 119, pp. 1035-1070.
- (2006c), «Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, and the Choice between Agencies and Courts», *Harvard Law Review*, 119, pp. 1035-1070.
- STERN, S. (2002), «Cognitive Consistency: Theory Maintenance and Administrative Rule-making», *University of Pittsburgh Law Review*, 63, pp. 589-644.
- STIGLER, G. J. (1971), «The Theory of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2:1, pp. 3-21.
- SUNSTEIN, C. R. (1989), «On the Costs and Benefits of Aggressive Judicial Review of Agency Action», *Duke Law Journal*, pp. 522-537.
- TARDÍO PATO, J. A. (2018), «La problemática actual de la potestad disciplinaria sobre el alumnado de las universidades públicas», *Organización de la Universidad y la Ciencia*, Madrid: INAP, pp. 561-611.
- THALER, R. H., y SUNSTEIN, C. R. (2008), *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven: Yale University Press.
- TOSCANO GIL, F. (2013), «Actualidad y vigencia de la clasificación de los reglamentos en ejecutivos e independientes», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 30.
- TYLER, T. R. (2006), *Why People Obey the Law*, Princeton: Princeton University Press.
- VELASCO CABALLERO, F. (2009), *Derecho local. Sistema de fuentes*, Madrid: Marcial Pons.
- (2014), *Derecho público más Derecho privado*, Madrid: Marcial Pons.
- VELASCO CABALLERO, F., y DÍEZ SASTRE, S. (2004), «Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora», *Cuadernos de Derecho Local*, 5, pp. 50-62.
- VERMEULE, A. (2016a), «Deference and Due Process», *Harvard Law Review*, 129, pp. 1890-1931.
- (2016b), *Law's Abnegation*, Cambridge: Harvard University Press.
- VIVER PI-SUNYER, C. (2013), «Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador: ¿puede este reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales», *REDC*, 97, pp. 13-44.
- VOLOKH, A. (1997), «n Guilty Men», *University of Pennsylvania Law Review*, 146, pp. 173-216.
- ZAMIR, E., y SULITZEANU-KENAN, R. (2018), «Explaining Self-Interested Behavior of Public-Spirited Policy Makers», *Public Administration Review*, 78:4, pp. 579-592.