

SOBRE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL PODER DISCRECIONAL*

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I. PRELIMINARES: 1. *Acabar donde empecé*. 2. *El porqué de la elección*.—II. EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL PODER DISCRECIONAL. BREVE RECORDATORIO DE UNA HISTORIA INCOMPLETA: 1. *De la exención a la excepción*. 2. *La necesidad de una teoría*. 3. *¿El final de la historia?*—III. LAS PREGUNTAS PENDIENTES: CUÁNDO, CÓMO Y CUÁNTO PODER DISCRECIONAL PUEDE OTORGAR EL LEGISLADOR A LA ADMINISTRACIÓN.—IV. EL PODER DISCRECIONAL COMO PODER DELEGADO.—V. DISCRECIONALIDAD Y RESERVA DE LEY: 1. *El sentido general de la reserva*. 2. *Poder discrecional y derechos fundamentales*. 3. *Libertad de empresa y poder discrecional*.—VI. *QUID* EN EL CASO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES.—VII. LA PERSPECTIVA ADICIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—VIII. UNA REFLEXIÓN FINAL.

RESUMEN

La historia del poder discrecional está incompleta. Podemos pensar, quizá, que conocemos su final, porque el control jurisdiccional de su ejercicio está ya plenamente consolidado. Nos faltan, sin embargo, los capítulos iniciales, la respuesta a las primeras preguntas: ¿cuándo y por qué puede la ley otorgar poderes discrecionales a las autoridades administrativas? ¿En qué condiciones puede hacerlo? ¿Con qué límites? A estas preguntas pretende darse aquí una primera respuesta.

Palabras clave: poder discrecional; control jurisdiccional; límites constitucionales.

ABSTRACT

The history of the discretionary power is not complete. We have not the answer to the first and fundamentals questions: when and why can the law concede discretionary powers to the administrative authorities? What conditions? What limits? One tries to give here an answer to these problems.

Key words: discretionary power; judicial review; constitutional limits.

I. PRELIMINARES

1. *Acabar donde empecé*

Un día de enero de 1973, hace ya treinta y ocho años por lo tanto, inicié aquí, en esta Facultad, que daba entonces también sus primeros

* Texto de la lección jubilar pronunciada en la Facultad de Derecho de San Sebastián el 12 de mayo de 2010.

pasos, mi carrera académica como catedrático de Derecho administrativo. La vida, que obliga muchas veces a tomar decisiones difíciles, me llevó pronto por otros derroteros, pero no pudo romper los lazos afectivos que me unían a esta Facultad, que, por el contrario, se fueron reforzando con el paso del tiempo, gracias a los compañeros y amigos que aquí encontré y a los muchos que se han ido sumando a ellos a lo largo de estos años, que me han brindado múltiples ocasiones de participar de un modo u otro en la vida académica y de seguir sintiéndome parte de ella.

Por eso, justamente, es por lo que quise que fuera aquí donde explicara mi última lección como catedrático en activo. Doy las gracias muy sinceramente a mis compañeros y, por supuesto, a las autoridades académicas por haber hecho realidad mi deseo de acabar donde empecé.

2. *El porqué de la elección*

Elegir el tema de esta última lección me ha planteado alguna duda. En un primer momento me pareció obligado dedicarla a exponer una reflexión general sobre lo que era el Derecho administrativo cuando llegué aquí y lo que ha ido cambiando a lo largo de este periodo en el que se han producido acontecimientos de tanta trascendencia como el tránsito de una larga dictadura a una democracia constitucional y el ingreso en la Comunidad Europea, pero terminé desechando esta idea porque acentuaba demasiado la calificación como última de esta lección, que lo es, ciertamente, pero solo en mi condición de miembro activo de una Universidad pública, no como jurista, que espero seguir siéndolo y ejerciendo como tal mientras tenga fuerzas para ello.

Opté entonces por elegir un tema que supusiera una prolongación de lo que desde hace más de veinte años constituye el objeto preferente de mi trabajo: el poder discrecional. Como Jacques MONOD, Premio Nobel de Medicina de 1965, dijo de sí mismo en la presentación de la edición española de su magnífico ensayo *El azar y la necesidad*, que se sigue reeditando todavía¹, yo también he sido un poco Don Juan durante buena parte de mi carrera académica porque he ido pasando de un tema a otro, de los vicios de orden público al medio ambiente y las vecindades industriales, del urbanismo (al que dediqué, por cierto, la lección inaugural del curso 1974-75 en esta Facultad) a los derechos históricos de los territorios forales e, incluso, a la reglamentación de las co-

¹ La última edición es la 7.^a, Tusquets Editores, junio 2007.

rridas de toros, asunto este emblemático como pocos que ningún jurista español se había atrevido a tratar hasta entonces por considerarlo, quizá, poco académico. Mi guía fue siempre la curiosidad y el deseo de aprender cosas nuevas, de explicarme a mí mismo y explicar a los demás lo que hasta entonces no había sido explicado o no lo había sido, en mi opinión, satisfactoriamente.

Esa trayectoria cambió un día cuando tuve que escoger un tema para el libro homenaje a mi maestro, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA. Me gusta en estas ocasiones elegir algo que tenga especial significación en la vida y en la obra del homenajeado y, en este caso, a mi juicio al menos, nada como *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, la célebre conferencia de Barcelona que en 1962 comprometió definitivamente a nuestra disciplina en la lucha por la libertad². Tomé, pues, como referencia el tratamiento que allí se hacía del control jurisdiccional del poder discrecional de la Administración con el modesto propósito inicial de revisarlo para situarlo en el marco de la Constitución, y en concreto del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que el artículo 9.3 de esta había consagrado. Mi trabajo, que titulé *Arbitrariedad y discrecionalidad* para subrayar así desde el principio la trascendencia que en el plano teórico y en la práctica cotidiana tiene una distinción en la que la jurisprudencia de las Salas 2.^a y 3.^a del Tribunal Supremo había comenzado ya a insistir³, desató inopinadamente una viva polémica que rebasó los límites del Derecho administrativo y trascendió al campo de la Teoría del Derecho, como prueban especialmente los trabajos de Juan IGARTUA y Manuel ATIENZA⁴.

En esas circunstancias yo no podía abandonar el tema, como había hecho hasta ese momento con otros muchos. Me quedé con él y en

² Publicada inicialmente en el núm. 38 de esta REVISTA y posteriormente, de forma independiente, en la colección de Cuadernos Civitas, Madrid, 1974.

³ Fueron, en efecto, estas dos Salas las únicas que se hicieron eco de inmediato de la prohibición constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos. Sobre la jurisprudencia de la Sala 2.^a, vid. las referencias precisas en el que fue mi discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, publicado por Iustel, Madrid, 2004.

Los escritos míos implicados en la polémica a la que se alude en el texto están recogidos en mi libro *De la arbitrariedad de la Administración*, 5.^a ed., Thomson-Civitas, 2008. En la pág. 217, en nota, recojo los libros más notables publicados entre nosotros sobre este mismo asunto a raíz de la polémica en cuestión.

⁴ Vid M. ATIENZA, «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», en el núm. 85 de la *Revista Española de Derecho Administrativo*. De J. IGARTUA, vid. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998, y —antes— «Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa», en el núm. 92 de la *Revista Española de Derecho Administrativo*. IGARTUA ha seguido insistiendo con ejemplar perseverancia en este tema desde la perspectiva crucial de la motivación. Vid. *La motivación de las Sentencias, imperativo constitucional*, CEPC, Madrid, 2003.

él sigo desde entonces, firmemente convencido como estoy de que este es el gran tema del Derecho público en general y del Derecho administrativo en particular, porque es aquí, indiscutiblemente, donde se juega día a día esa batalla eterna entre el Poder y la Libertad. Marcel WALINE así lo advirtió ya hace más de medio siglo, aunque, sorprendentemente, sus palabras no alcanzaran nunca el primer plano que, sin duda, merecían: «Si fuese necesario dar en algunas palabras una definición del Derecho Administrativo, yo diría, dejando de lado la parte puramente descriptiva de las instituciones... que es esencialmente el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de su limitación en vista de la salvaguarda de los derechos de los terceros»⁵. Esa misma percepción late al otro lado del Atlántico, a pesar de nuestras diferentes experiencias y tradiciones, como pone de relieve la expresiva frase de Bernard SCHWARTZ: ¿de qué trata si no es de esto el Derecho administrativo?⁶

II. EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL PODER DISCRECIONAL. BREVE RECORDATORIO DE UNA HISTORIA INCOMPLETA

1. *De la exención a la excepción*

La exactitud de esta apreciación cuenta con la abrumadora e incontestable prueba de la Historia, de dos siglos de Historia concretamente si nos referimos, como procede, al Derecho administrativo francés, que es el patrón sobre el que empezó a construirse el nuestro.

Esa historia se ha labrado, como es bien conocido, con la ayuda de un instrumento radicalmente heterodoxo, el recurso por *excés de pouvoir*. No es momento de reproducir aquí esa historia, naturalmente⁷, pero no es inútil recordar una vez más que comienza con una exención, la que resulta de la categórica prohibición que la Ley de 16-24 de agosto de 1790 dirigió a los jueces y tribunales de interferir de cualquier modo que fuese la acción de los agentes de la Administración. La prohibición, en lo que al poder discrecional concierne, caía sobre terreno bien abonado por los siglos, ya que el poder discrecional, como opuesto a la *puissance réglée en justice*, era el heredero de la *potestas extraordinaria* o *ab (lege) soluta* que teorizó BALDO, la expresión de la esencia misma del *gubernaculum* de BRACON, de lo que no puede ser objeto de la

⁵ Citado por J. MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit Administratif*, 7.ª ed., Montchrestien, 2001.

⁶ Vid. *Administrative Law*, Boston, 1991, pág. 650.

⁷ Me remito a los trabajos recogidos en el libro, ya citado, *De la arbitrariedad de la Administración*.

iurisdictio porque pertenece a la prerrogativa regia, que no es apta para la lengua de ningún abogado, como advirtió en tono amenazador el primero de los Estuardo.

A esa negación inicial, a ese ámbito exento de todo control por los tribunales, le fue restando espacio progresivamente el *Conseil d'État*, aprovechando su condición de órgano consultivo del jefe del Poder Ejecutivo. La denominación de *ouvertures* dada a la incompetencia primero, al vicio de procedimiento después, a la desviación de poder más tarde y, finalmente, a la violación de ley y de derechos adquiridos expresa de forma muy gráfica el origen y el sentido de la evolución del recurso por exceso de poder, que abre, ciertamente, cuatro vías, muy concretas las primeras y más amplia la última, de penetración en el espacio prohibido del poder discrecional, que —nótese bien— en el terreno de los principios sigue siendo un espacio exento, libre de todo control, más allá de estas cuatro excepciones.

El progreso ulterior del control jurisdiccional confirma explícitamente esta idea. El *arrêt Gomel*, de 1914, permitió por vez primera el control de la calificación jurídica de los hechos; el *arrêt Camino*, de 1916, aceptó controlar la propia existencia de los hechos; el *arrêt Barrel*, de 1954, dio un paso más al contrastar la decisión discrecional con los principios generales del Derecho, y en concreto con el principio de igualdad, y el *arrêt Ville Nouvelle Est*, de 1971, sometió a escrutinio las ventajas y los inconvenientes de esa decisión, el célebre y polémico *bilan couts-avantages*, una variante atrevida del test de proporcionalidad.

El avance ha sido, pues, espectacular, pero es forzoso reconocer que el control del poder discrecional sigue marcado por una cierta nota de excepcionalidad en la medida en que queda a expensas en último término de lo que la doctrina francesa denomina la política jurisprudencial del *Conseil d'État*, que sigue siendo quien marca la línea divisoria entre la legalidad y la oportunidad, entre lo que es susceptible de juicio y lo que debe ser respetado en todo caso, una línea que no permanece fija porque el juez administrativo se reserva la facultad de moverla para ajustarla a las circunstancias⁸.

⁸ La expresión «política jurisprudencial» la tomo de M. FROMONT, «Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif français», en *Festschrift für Hermann Jahrreis*, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1974, págs. 67 y ss. Sobre la movilidad de la línea divisoria de legalidad y oportunidad, vid. J. F. LACHAUME, *Les grands décisions de la jurisprudence. Droit Administratif*, 3.ª ed., PUF, Themis, 1985.

2. *La necesidad de una teoría*

Este desenlace, que la doctrina francesa acepta sin reparo por la inmensa *auctoritas* que el *Conseil d'État* ha ganado con su brillante historia, no puede ser aceptado por nosotros, que no contamos con una justicia administrativa que goce de idéntico respaldo. Nosotros necesitábamos (y seguimos necesitando inexcusablemente) construir una teoría del control del poder discrecional capaz de sentar las bases, conceptuales y, por supuesto, constitucionales, de ese control y de normalizar este, es decir, de ponerlo a cubierto del decisionismo de los jueces, que es en lo que pararía esa política jurisprudencial a la que los autores franceses se refieren al carecer del aval de dos siglos de historia.

Esto es, exactamente, lo que yo vengo intentando hacer desde aquel primer trabajo de hace veinte años sobre la discrecionalidad legítima y la arbitrariedad constitucionalmente prohibida. No voy a repetir aquí, como es lógico, lo que ya tengo dicho y repetido al respecto. Me limitaré a recordar que el eje de esa teoría no puede ser otro que el de la motivación de las decisiones discrecionales, una motivación que hay que entender como justificación de esas decisiones, como demostración de que no son el simple fruto de la mera voluntad o el simple capricho de quien las adopta aprovechando el espacio, mayor o menor, que la ley le deja libre, sino el resultado consciente de una elección racional, de una voluntad sostenida por razones objetivas, consistentes con la realidad y, por lo tanto, externamente verificables.

En esta línea está ya firmemente instalada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como lo prueban las sentencias dictadas estos últimos años en el delicado asunto de los nombramientos de magistrados del Alto Tribunal y de cargos de gobierno de la judicatura. La Sentencia de 18 de mayo de 2010 recuerda, muy oportunamente, las decisiones primeras de 3 de febrero de 1997 y 30 de noviembre de 1999 que consideraron innecesaria e inexigible la motivación de estos nombramientos supuesta la potestad de libre designación de los cargos judiciales reconocida por la ley al Consejo General del Poder Judicial. A partir de ahí, «la jurisprudencia se halla en tránsito», como expresivamente advirtió la Sentencia del Pleno de la Sala 3.^a de 3 de marzo de 2005, un tránsito que parece haber llegado felizmente a su término con la ejemplar Sentencia de 27 de noviembre de 2007, que, apoyándose en otra anterior de 29 de mayo de 2006 y afirmando como esta la libertad de la que el Consejo goza, como órgano de gobierno que es del Poder Judicial, para decidir la clase de méritos que deberán ser ponderados en cada momento y, por supuesto, el margen de apreciación que igual-

mente le corresponde para la selección y estimación de las circunstancias individuales que concurren en cada candidato, no duda en rechazar la motivación de la resolución objeto del recurso porque lo que contiene «es, de una parte, la simple enumeración de unos datos que son sustancialmente comunes a todos los aspirantes por encarnar los jalones normales de cualquier trayectoria jurisdiccional o los requisitos que resultaban imprescindibles para el acceso a la carrera judicial» y «de otra parte, lo que se incluye son unos juicios de valor, exteriorizados a través de expresiones como las de “elevado carácter técnico de las resoluciones”, “amplia cultura jurídica”, “acreditada trayectoria”, “dilatada trayectoria profesional” o “calidad científica”, a las que no puede atribuirse relevancia por haber sido realizada su formulación sin una referencia a un preciso soporte objetivo y en términos puramente genéricos».

Para no incurrir en el mismo vicio que denuncia, la Sentencia añade que «lo primero es de apreciar porque no se describe la concreta muestra de actividad jurisdiccional, académica o científica que específicamente es tomada en cuenta para, mediante su contraste con experiencias de parecida índole de los otros candidatos, atribuir una preferencia a los nombrados; y lo segundo resulta porque, en relación a la muestra que pudiera haber sido ponderada, tampoco se precisa el singular rasgo o característica que se toma en consideración para hacerla acreedora de esa superior estimación cualitativa que le es otorgada».

Por lo demás, la Sentencia destaca que las trayectorias profesionales, publicaciones, actividades docentes o actuaciones formativas de todos los participantes en la convocatoria litigiosa son muy similares, «por lo que no acaba de averiguarse cuál es la razón que lleva, primero a la Comisión de Calificación y después al Pleno del Consejo, a atribuir esos positivos juicios de valor solamente a las dos personas que resultaron elegidas o, en todo caso, a hacerlo en un grado superior».

De todo lo cual concluye que «esa pretendida explicación de los aquí discutidos nombramientos, realizada en los términos que acaban de señalarse, no merece la consideración de verdadera motivación y no la merece por muy flexible que se sea en cuanto a la configuración que pueda presentar este requisito y por muy amplia que sea la potestad que legalmente tiene reconocida el Consejo para realizar esos nombramientos (que efectivamente lo es)».

Después de tanta polémica hemos llegado, pues, con esta impecable Sentencia al punto exacto que el artículo 9.3 de la Constitución marcaba y marca al prohibir, como lo hace, el comportamiento arbitrario de las autoridades públicas, el ejercicio abusivo del poder discrecional que las leyes les otorgan.

3. ¿El final de la historia?

¿Es este entonces el final de la historia? Sería una indisculpable ingenuidad afirmar tal cosa. El control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional seguirá siendo una cuestión polémica y seguirá generando vivos debates en el escenario académico y también en el político, como los ha generado en el pasado. Periodos oscuros sucederán, sin duda, a otros más brillantes, porque esta es una historia que ni tiene ni puede tener punto final, siendo como es la historia de una tensión permanente, inevitable e irreductible, la que une y separa al propio tiempo a gobernantes y gobernados. Lo que sí podemos decir es que el problema lo tenemos «encajado», que ese control ya no es algo excepcional; que, por el contrario, está plenamente normalizado y que no es graduable a voluntad, según la mayor o menor sensibilidad de los asuntos sobre los que el poder discrecional recae, porque en todos ellos sin excepción, incluso en los más delicados, las decisiones de las autoridades administrativas deben contar con una justificación suficiente, con «un preciso soporte objetivo», con razones contrastables y contrastadas para no incurrir en la arbitrariedad que la Constitución prohíbe y que los tribunales vienen obligados a corregir.

III. LAS PREGUNTAS PENDIENTES: CUÁNDO, CÓMO Y CUÁNTO PODER DISCRECIONAL PUEDE OTORGAR EL LEGISLADOR A LA ADMINISTRACIÓN

La historia del poder discrecional está, por lo demás, incompleta, porque aunque diéramos por resuelto el final de la misma nos seguiría faltando el principio, sus capítulos iniciales de los que nunca nos hemos ocupado. ¿Cuándo y por qué puede la ley otorgar poderes discrecionales a las autoridades administrativas? ¿Siempre que lo considere necesario o conveniente? ¿Solo en los casos en que ella misma no pueda anticipar todas las respuestas que las circunstancias reclamen? Y, si esto fuere así, ¿en qué condiciones podría —o debería— hacerlo? ¿Con qué límites, si es que hay alguno?

Estas y otras preguntas semejantes no se han planteado nunca frontalmente entre nosotros⁹. Lo ha impedido *a radice* el dogma abusivo de la soberanía del legislador que ha dominado el panorama constitucional europeo hasta que, hace apenas medio siglo, a la salida de la últi-

⁹ Con la excepción de M. BACIGALUPO SAGESSE, en *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, al que me referiré más adelante.

ma gran guerra, se fue abriendo paso la justicia constitucional. La inercia de la Historia es tan grande, sin embargo, que todavía hoy, cuando ha quedado claro ya que el legislador es un poder constituido y, como tal, obligado a respetar la voluntad del poder constituyente que la Constitución expresa, se sigue afirmando que el legislador es sustancialmente libre, que su relación con la Constitución es muy distinta de la que el Gobierno y la Administración tienen con la ley y que, por lo tanto, no pueden aplicarse a sus productos los mismos esquemas conceptuales que se emplean para controlar al poder discrecional del que gozan las autoridades administrativas, porque la libertad de la que el legislador disfruta es no solo mayor, sino de otra calidad distinta y superior a la mera discrecionalidad administrativa; es una *Gestaltungsfreiheit*, una libertad de configuración irrestricta¹⁰.

Estas afirmaciones son solamente verdades a medias y, como tales, profundamente equívocas. Se utilizan habitualmente como parapeto, como freno, como excusa para evitar el compromiso que supone confrontar la ley con la Constitución, a sabiendas de que son fruto de una generalización inadmisibles, porque en todo texto constitucional hay una gran variedad de normas, de estructura y densidad de regulación muy diferentes. Hay reglas, de acción y de fin; hay principios y hay directrices¹¹. No es posible, por lo tanto, hablar de la posición del legislador ante la Constitución como si solo hubiese una, cuando es obvio que esa posición varía según el tipo de norma constitucional de que se trate.

Es, pues, forzoso distinguir si se quiere progresar en esta dirección, si se quiere realmente buscar respuestas razonables a esas preguntas. Es imprescindible hacerlo, en mi opinión, aunque solo sea para aliviar la excesiva presión que los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa se ven obligados a soportar al recaer exclusivamente sobre ellos la carga de controlar todo el poder discrecional, un poder que en muchos casos no tenía por qué haber sido concedido por el legislador, o debería haberlo sido en menor medida y sujeto a criterios capaces de pautar adecuadamente su ejercicio.

El juez administrativo no puede llegar, como es natural, donde el Derecho no llega. Y allí donde puede llegar la extensión e intensidad de su control depende esencialmente de la ley, de los términos en que esta apodera a la Administración para actuar. Si estos son muy amplios o muy vagos, será muy poco o nada lo que el juez pueda hacer cuando se le so-

¹⁰ Sobre este asunto me remito a mi libro *De la arbitrariedad del Legislador*, Civitas, Madrid, 1998.

¹¹ Vid., por todos, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

metan las decisiones que la Administración así apoderada haya podido adoptar.

La lucha contra la arbitrariedad de los gobernantes hay que empezar a plantearla, por lo tanto, en una fase anterior, en el estadio de la ley. No pudieron hacerlo en su momento los administrativistas clásicos a los que se debe la Edad de Oro del Derecho administrativo¹², porque en su época no existía el control de inconstitucionalidad de las leyes, pero ahora nosotros sí podemos —y debemos— intentarlo.

IV. EL PODER DISCRECIONAL COMO PODER DELEGADO

Para ello lo mejor es empezar por el principio, esto es, precisando en qué consiste el poder discrecional y a qué se debe. La cita de KELSEN es en este punto obligada. Fue él quien subrayó por vez primera que el Derecho está siempre indeterminado en una u otra medida, indeterminación de la que resulta una discrecionalidad, mayor o menor, de las autoridades, administrativas o judiciales, llamadas a aplicar las normas. La indeterminación y, por lo tanto, el margen de libre apreciación al que da lugar pueden deberse pura y simplemente a las imperfecciones del sistema jurídico, esto es, a la ambigüedad o vaguedad del lenguaje, a las lagunas que a veces dejan las normas o a las contradicciones o discordancias que puedan existir entre estas¹³.

Hay, sin embargo, una indeterminación deliberada, consciente, intencional, buscada de propósito por el autor de la norma superior, que como «no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada... deja un margen más o menos amplio de libre apreciación y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar». Esta es la discrecionalidad en sentido propio con la que los administrativistas estamos acostumbrados a tratar. El ejemplo que KELSEN pone para ilustrar su explicación no puede ser más expresivo: «un Parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. *Delega* entonces —dice— en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas a tomar».

¹² Vid. J. CHEVALLIER, «Le Droit Administratif entre Science administrative et Droit Constitutionnel», en el volumen colectivo *Le Droit Administratif en mutation*, PUF, París, 1993. Pueden verse también los trabajos de Y. POIRMEUR, D. ROUSSEAU y el propio CHEVALLIER incluidos en el volumen *Droit et Politique*, PUF, París, 1993.

¹³ Vid. su *Teoría pura del Derecho*, traducción de M. NILVE de la edición francesa de 1953, que recoge las correcciones introducidas por el propio KELSEN en la edición alemana de 1934, Buenos Aires, 1960, págs. 164 y ss.

De ese mismo modo explica HART esa indeterminación que él llama «más radical» por referencia a la puramente semántica que deriva de la textura abierta del lenguaje. Para producirla la ley se sirve de dos técnicas: en unos casos —dice— apela a «estándares variables», lo que, en su opinión, resulta apropiado cuando el ámbito a regular es tan amplio que resulta imposible identificar a priori una clase de acciones o conductas específicas que deban ser uniformemente realizadas u omitidas; en otros utiliza «guías muy generales» que dejan abiertas posibilidades de elección a los órganos inferiores, porque sabe desde el principio que los casos individuales que se plantean lo serán en circunstancias muy variadas que son imprevisibles a priori. En este segundo supuesto, que es el típico de la discrecionalidad administrativa, se produce el efecto, dice HART, de una técnica de delegación¹⁴.

El poder discrecional es, pues, el resultado de un fenómeno de delegación, que se impone por la propia fuerza de las cosas en todos aquellos casos en los que el autor de la norma delegante no puede prever *ab initio* las variadísimas circunstancias de todo tipo en que esta tendrá que ser aplicada y, en consecuencia, no tiene más remedio que facultar a las autoridades inferiores para que, a la vista de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, elijan la solución que estimen más adecuada.

Esa elección no es, sin embargo, enteramente libre. No lo es, aunque pudiera parecerlo, en KELSEN, para el que la norma superior opera como un marco que determina, aunque solo sea parcialmente, el acto jurídico de aplicación, y lo es todavía menos para HART, que acierta a subrayar que la norma superior debe contener, al menos, unas «guías muy generales». La referencia a estas «guías» es especialmente valiosa en el terreno conceptual porque contribuye de forma decisiva a reconstruir el fenómeno en el que la delegación y, por lo tanto, la discrecionalidad que de ella resulta consisten, como el resultado de un proceso de concreción del Derecho, en dos fases o momentos sucesivos y, yo diría, estrechamente solidarios, en tanto vinculados entre sí por esas «guías» que el autor de la norma superior tiene que incluir en esta para que la delegación no se convierta en una renuncia pura y simple.

¹⁴ Vid. *El concepto de Derecho*, traducción de G. CARRIO, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, págs. 155 y ss. Sobre las tesis de HART, vid. I. LIFANTE VIDAL, *La interpretación jurídica en la Teoría del Derecho contemporáneo*, CEPC, Madrid, 1999, págs. 191 y ss.

V. DISCRECIONALIDAD Y RESERVA DE LEY

1. *El sentido general de la reserva*

Aclarado el marco teórico en el que se inscribe nuestro tema, la cuestión a plantear es cuándo puede considerarse constitucionalmente lícita la delegación del legislador en la Administración.

La respuesta no parece, inicialmente al menos, muy difícil. La delegación será posible siempre que la Constitución no establezca que la decisión en el asunto concreto deba tomarla el propio legislador. Esto nos remite al tema clásico de las materias reservadas a la ley, porque el significado primario de esa reserva es, precisamente, el que hemos avanzado. Cuando la Constitución reserva una materia a la ley, lo que quiere es que sea el legislador y solo él quien tome las decisiones correspondientes. *Solo por ley*, dice el artículo 53.1 de nuestra Constitución, podrá regularse el ejercicio de las libertades públicas y de los derechos fundamentales.

En principio, pues, la delegación en favor de la Administración no sería constitucionalmente posible en este ámbito material. ¿En ningún caso? Afirmar tal cosa con carácter general y sin matices de ningún tipo carecería de todo sentido, como es evidente. El legislador, operando como lo hace desde una perspectiva general, no puede resolver de un solo golpe todos los conflictos imaginables porque no puede prever las concretas —y cambiantes— circunstancias en que tales conflictos podrán producirse. No tiene más remedio, por lo tanto, en muchas ocasiones, lo quiera o no, que remitirse al juez o a la Administración para que sean ellos los que, a la vista de las circunstancias concurrentes, adopten la solución más adecuada en cada caso.

¿En qué quedamos entonces? ¿Debe ser el legislador quien decida o puede delegar en la autoridad, administrativa o judicial, el poder de decidir en cada caso concreto? Las dos cosas son ciertas y perfectamente compatibles, además.

La propia Constitución marca claramente la pauta en este sentido al regular en el artículo 82 el supuesto de delegación y, por lo tanto, de apoderamiento del Gobierno, más delicado y más extremo, el de la delegación legislativa. El apartado 1 del precepto citado delimita el campo propio de esta figura, excluyendo expresamente del mismo el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y las demás materias para las que el artículo 81 reclama una ley orgánica y permitiendo, en cambio, su despliegue en el resto del amplísimo espacio reservado a la ley ordinaria, aunque sometiéndolo a unas condi-

ciones muy estrictas, que se preocupa de precisar con extremado cuidado a fin de asegurar que sea el Parlamento quien realmente tome las decisiones esenciales en la materia a la que la delegación se refiera¹⁵.

El apartado 4 del artículo 82 es, en efecto, definitivamente expresivo al respecto, al precisar en relación a este tipo de delegación legislativa, esto es, a la que se traduce en la producción de normas que, aun siendo de elaboración gubernativa, tienen el valor y la fuerza de obligar propia de las leyes, que el Parlamento habrá de aprobar unas «leyes de bases» que «delimitarán *con precisión* el objeto y el alcance de la delegación legislativa y los *principios y criterios* que han de seguirse en su ejercicio». Las decisiones básicas ha de tomarlas, pues, el propio Parlamento, al que se le permite solo delegar en el Gobierno el desarrollo y la instrumentación técnica de esas decisiones.

Más claro es, si cabe, el caso de la remisión normativa, porque aquí la norma remitente es una ley directamente aplicable que reclama solo de la Administración la elaboración de un reglamento que desarrolle en paralelo la regulación que la propia ley contiene o que añade, de otro modo, el complemento indispensable que esta necesita para desplegar toda su potencial eficacia. Como dice muy bien la Sentencia constitucional de 24 de julio de 1984, el principio de reserva de ley, que «es la esencia misma del sistema democrático... no excluye la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley».

En el terreno de los principios y por lo que respecta a las distintas formas de delegación legislativa, la cuestión es muy clara, por lo tanto. La reserva constitucional de una materia a la ley no impide la delegación en favor de la Administración de una parte de la regulación de la misma, siempre que quede claro que el legislador retiene la *maîtrise* de esa regulación. Lo que no le es posible al legislador, como dice expresivamente la Sentencia de 2 de noviembre de 1989, es «disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva».

Si esto es así para las delegaciones cuyo objeto es la elaboración de normas jurídicas de carácter general, con mayor motivo habrá de ser-

¹⁵ El artículo 82 de la Constitución es un resumen muy preciso del ya clásico discurso académico de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada y control judicial*, luego recogido en su libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y poder judicial*, 1.ª ed., Ed. Tecnos, 1970. Una versión actualizada del problema de la delegación legislativa, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 15.ª ed., 2011, cap. IV del vol. I.

lo, como es natural, en el caso de los apoderamientos directos, esto es, cuando el objeto de la delegación sea no la elaboración de normas reglamentarias, sino la resolución de casos singulares, ya que aquí el riesgo de arbitrariedad es notoriamente mayor.

La reserva de una materia a la ley exige siempre inexcusablemente que sea la propia ley la que tome las decisiones básicas, esto es, la que establezca con la debida precisión los límites del poder que se delega en las autoridades administrativas y los criterios a los que habrán de atenerse estas en su ejercicio.

Corrigiendo a HART, habría que decir, por lo tanto, que en el ámbito de las materias reservadas a la ley en general el legislador debe establecer algo más que unas «guías muy generales», ya que no le es dado disponer de la reserva ni abdicar de la responsabilidad que la Constitución le ha confiado al establecer esta. Si la delegación y la consiguiente atribución a la Administración de un poder discrecional se hiciesen prescindiendo de establecer principios y criterios de actuación suficientemente precisos, los asuntos cuya regulación reservó la Constitución a la ley quedarían a expensas de las decisiones de las autoridades gubernativas y de los funcionarios, que el juez no podría controlar al faltar aquellas referencias.

Lo que acabo de decir cuenta, como no podía ser menos, con el respaldo de la jurisprudencia constitucional y la contencioso-administrativa, que tienen bien establecido, como es notorio, que incluso en los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por ley no es imposible una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre que estas remisiones restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad reglamentaria a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley, de tal modo que esa remisión no se traduzca en una renuncia del legislador a su deber de decidir y en una transferencia del poder de hacerlo al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar siquiera cuáles son los objetivos que la reglamentación ha de perseguir y los criterios a los que ha de ajustarse la actividad que haya de desarrollarse para su consecución, pues en tal caso el legislador no haría sino «deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado» (Sentencia constitucional 227/1993, de 9 de julio).

La reserva de ley no supone, por lo tanto, una exclusión radical de todo apoderamiento en favor de las normas reglamentarias, pero, como dice la Sentencia constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, implica unas ciertas exigencias respecto al contenido de la ley. Estas exigencias pueden ser, dentro de la línea expuesta, mayores o menores, según la na-

turalidad y la densidad normativa del precepto constitucional que establece la reserva, y alcanzan, como es lógico, su máxima intensidad en el caso de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

2. *Poder discrecional y derechos fundamentales*

Lo que acabo de decir, con ser elemental, no ha quedado bien establecido en la cultura jurídica dominante y, por supuesto, en la jurisprudencia hasta fechas recientes. En el núcleo originario de la reserva de ley, esto es, en el ámbito tributario y en el penal y sancionador en general, los pronunciamientos jurisprudenciales han sido siempre muy enérgicos¹⁶, pero a medida que nos alejábamos de ese núcleo inicial el rigor disminuía y terminaba incluso por desaparecer del todo cuando lo que estaba en juego eran las libertades económicas.

Incluso en el ámbito de las libertades-autonomía ha sido preciso el impulso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para que haya arraigado la convicción de que las leyes han de ser claras, precisas y detalladas siempre que contemplen una limitación o una injerencia en la libertad¹⁷. En materia de comunicaciones tele-

¹⁶ El Tribunal Constitucional dejó muy claro ya en sus primeras sentencias que debe ser el Parlamento el que determine los elementos esenciales del tributo, «siquiera sea con la flexibilidad que una tasa de este género requiere» (Sentencia de 16 de noviembre de 1981). En materia de sanciones administrativas tardó más en tomar una posición clara, condicionado sin duda por la normativa preconstitucional, que era muy arriesgado descalificar de un golpe y con la que los propios constituyentes contemporizaron a última hora al sustituir la Comisión Mixta Congreso-Senado la palabra «Ley» que figuraba en el texto del artículo 25 de la Constitución aprobado por ambas Cámaras por la más ambigua de «legislación». La Sentencia de 7 de abril de 1987 es la que pone fin a ese periodo inicial de ambigüedad.

¹⁷ La jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional es, en efecto, vacilante. Hay pronunciamientos concluyentes, como la Sentencia de 25 de junio de 1986, relativa a la inscripción en el Registro del Partido Comunista de Aragón, que rotundamente declara que «al afirmarse que el derecho de asociación se reconoce y no se concede se cierra el paso a la discrecionalidad administrativa», por lo que considera que la inscripción registral de un nuevo partido es solamente una verificación reglada, ya que «no sería compatible con la Constitución un tipo de verificación que dejara un amplio margen de decisión a la Administración». Sin embargo, la Sentencia de 27 de octubre de 1987 sobre la Ley reguladora de la objeción de conciencia aceptó sin dificultad que esta se limitara a fijar un mínimo de dieciocho meses y un máximo de veinticuatro para la prestación sustitutoria, porque «se trata de una potestad organizatoria que exige una discrecionalidad en atención a los medios y necesidades contingentes que puedan surgir según las circunstancias». Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en particular, sobre la exigencia de claridad y precisión de las leyes limitativas de la libertad, vid. el trabajo del expresidente de nuestro Tribunal Constitucional, «Control de la calidad de la Ley y calidad del control de la Ley», en A. MENÉNDEZ y A. PAU (Dirs.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Colegio Libre de Eméritos, Thomson-Civitas, 2004, págs. 113 y ss., y L. MARTÍN-RETORTILLO, «La calidad de la Ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia (Especial referencia a los casos “Valenzuela Contreras y Prado Bugallo”, ambos contra España)», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003.

fónicas, por ejemplo, han sido necesarias dos sentencias sucesivas del Tribunal Europeo, la Sentencia *Valenzuela*, de 30 de julio de 1998, y la Sentencia *Prado Bugallo*, de 18 de febrero de 2003, para ajustar a las exigencias del Convenio —que no son distintas ni mayores que las que nuestra propia Constitución impone— el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo texto, pese a haber sido reformado, ha vuelto a ser objeto de reproche por la Sentencia constitucional 148/2003, de 23 de octubre.

El círculo inicial se ha ido ensanchando por esta vía para incluir progresivamente el derecho a la intimidad¹⁸, el derecho a la integridad física¹⁹, la libertad de expresión²⁰, la libertad de circulación²¹, la libertad personal²²; pero no ha cuajado en una doctrina general digna de tal nombre hasta la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, más atrás citada, a la que por eso es preciso hacer aquí y ahora una referencia detallada.

La Sentencia resuelve de una manera ejemplar el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra dos preceptos de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 de diciembre de 1999, que declara inconstitucionales y nulos.

El primero de dichos preceptos, artículo 21.1, permitía a las Administraciones públicas comunicar los datos de carácter personal recogidos o elaborados por ellas para el desempeño de sus propias funciones a otras Administraciones públicas distintas para el ejercicio de competencias diferentes «cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso», lo que la Sentencia considera contrario a la Constitución porque esta «*ha querido que la Ley y solo la Ley pueda fijar los límites de un derecho fundamental*», en este caso la *libertad informática*²³, y eso significa que la ley no puede limitarse a apoderar a otro Poder Público para fijar en cada caso las restricciones que puedan imponerse a ese derecho.

Cuando esto ocurre, dice la Sentencia, «esa Ley habrá infringido el derecho fundamental porque no ha cumplido con el mandato contenido

¹⁸ Vid. Sentencias constitucionales 37/1989, de 15 de febrero; 207/1996, de 16 de febrero, y 70/2002, de 3 de abril.

¹⁹ Vid. Sentencias constitucionales 120/1990, de 27 de junio; 7/1994, de 17 de enero, y 35/1996, de 11 de marzo.

²⁰ Vid. Sentencia constitucional 52/1995, de 23 de febrero.

²¹ Vid. Sentencia constitucional 85/1989, de 10 de mayo.

²² Vid. la Sentencia 103/1992, de 25 de junio, y sus referencias.

²³ Construida como derecho fundamental y bautizada con ese nombre por la Sentencia constitucional 254/1993, de 20 de julio, a la que siguieron las Sentencias 143/1994, 11/1998, 94/1998 y 202/1999.

en la reserva de Ley (artículos 53.1 y 81.1 CE) al haber renunciado a regular la materia que se le ha reservado, remitiendo ese cometido a otro Poder Público, frustrando así una de las garantías capitales de los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de Derecho».

El segundo de los preceptos legales impugnados, artículo 24.1 y 2, habilitaba a la Administración pública para denegar información al interesado sobre la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, la finalidad de la recogida de estos, la obligación o no de facilitarlos, las consecuencias de la eventual negativa y la identidad y dirección del responsable del tratamiento cuando tal información «impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o cuando afecte... a la persecución de infracciones... administrativas» (apartado 1 del art. 24), pasaje que la Sentencia declara inconstitucional y nulo. Idéntica declaración contiene el fallo sobre el apartado 2, en bloque, del artículo 24, que habilitaba al órgano administrativo responsable del fichero para denegar al afectado los derechos de acceso, rectificación o cancelación de sus datos personales «si, ponderados los intereses en presencia», resultare que esos derechos «hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección».

En ambos casos, el artículo 24 de la Ley impugnada dejaba en manos de la Administración la decisión acerca de cuestiones que afectaban de lleno al contenido del derecho fundamental, ya que los términos del apoderamiento que se le otorgaba eran extraordinariamente generales e imprecisos, ampliamente discrecionales por lo tanto.

La respuesta de la Sentencia al problema así planteado por la ley fue absolutamente concluyente. El legislador, dice, puede, ciertamente, imponer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio, pero esas limitaciones han de estar justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales (Sentencia 104/2000, de 13 de abril) y, además, han de ser proporcionadas al fin perseguido por ellas (Sentencias 11/1981 y 196/1987), pues en otro caso incurriría en la arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución. Aun así, las limitaciones establecidas por una ley «pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación»²⁴. En tal caso —añade— «no solo lesionaría el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa

²⁴ La Sentencia se apoya aquí en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha citado con anterioridad en su fundamento jurídico 9 (no el 8, como dice por error); en concreto, a las Sentencias de los casos *Leander*, de 26 de marzo de 1987; *Gaskin*, de 7 de julio de 1989; *Funke*, de 25 de febrero de 1993, y *Z*, de 25 de febrero de 1997.

razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho, sino que al mismo tiempo dicha Ley estaría lesionando el contenido esencial del Derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan en la práctica su ejercicio».

Fijada de este modo la doctrina general, la Sentencia afirma, en relación ya al derecho fundamental a la intimidad, que «*la Ley que restrinja este derecho debe expresar con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora*», porque «de no ser así, mal cabe entender que la resolución judicial o el acto administrativo que la aplique están fundados en la Ley, ya que lo que esta ha hecho, haciendo dejación de sus funciones, es apoderar a otros Poderes Públicos para que sean ellos quienes fijen los límites al derecho fundamental».

El empleo de expresiones tales como «funciones de control y verificación», «interés público» o «intereses de terceros más dignos de protección» como motivos de limitación de los derechos fundamentales en juego —concluye la Sentencia— «*adolecen de tal grado de indeterminación que deja excesivo campo de maniobra a la discrecionalidad administrativa, incompatible con las exigencias de la reserva legal en cuanto constituye una cesión en blanco del poder normativo que defrauda la reserva de Ley*».

3. *Libertad de empresa y poder discrecional*

La doctrina constitucional que la Sentencia constitucional de 30 de noviembre de 2000 expresa de forma tan concluyente se formula por el Tribunal Constitucional con carácter general, como acabamos de ver; pero el hecho de que se haya producido a propósito de un derecho fundamental cuyo objeto es la protección del último reducto de la libertad de la persona puede hacer dudar a más de uno de su aplicabilidad a otros derechos y libertades más... periféricos, si es que puede decirse tal cosa, cuyo reconocimiento por la Norma Fundamental vaya acompañado de la referencia a otros valores constitucionales dignos también de protección.

El artículo 38 de nuestra Constitución es un ejemplo muy claro de lo que acabo de decir. Conviene, pues, detenerse aquí para analizar el problema desde esta concreta perspectiva y comprobar en qué medida es válido el planteamiento hasta aquí desarrollado.

El precepto reconoce, ciertamente, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y asigna a los poderes públicos la tarea de garantizar y proteger su ejercicio, pero ese reconocimiento y

esa atribución se matizan con una remisión a las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, lo que contribuye indiscutiblemente a nublar su potencial eficacia. Eso explica, sin duda, la timidez, más que la prudencia, con la que el Tribunal Constitucional se ha aproximado al mismo.

Es muy expresiva al respecto la ya antigua Sentencia constitucional de 16 de noviembre de 1981, que, enfrentada a una norma de la Ley del Parlamento vasco de 12 de febrero de 1981 sobre centros de contratación de cargas en el transporte terrestre de mercancías que otorgaba al director gerente de esos centros una facultad incondicionada de rechazar cualesquiera objeciones que pudieren formular los transportistas a quienes se impusiese la obligación de aceptar una carga determinada, afirma sin vacilar que

«esta amplísima discrecionalidad de un órgano administrativo (tanto mayor cuando que la Ley impugnada no contiene norma alguna en orden a determinar cuál será el criterio a seguir para asignar las cargas a los transportistas que acudan al Centro) para desechar las objeciones legítimas, basadas en razones técnicas o económicas, anula la libertad de opción del cargador y, en consecuencia, afecta a las condiciones básicas del ejercicio de su actividad, colocándolo en una situación sustancialmente distinta de aquella en que se encontraría si la llevara a cabo en cualquier otra parte de España».

El razonamiento es impecable, pero no puede dejar de observarse que la condena que contiene evita cuidadosamente apoyarse en exclusiva en la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución, que fue el motivo de impugnación esgrimido en primer término por el abogado del Estado recurrente y el bien jurídico lesionado por el precepto recurrido, y pone el acento en la infracción, importante sin duda pero secundaria o, si se quiere, simplemente consecencial, en la que dicho precepto también incurre del artículo 139 de la Norma Fundamental, según el cual «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado».

La libertad de empresa es, según esta Sentencia, un derecho fundamental, pero no hasta el extremo de poder operar sin compañía.

Hoy ya no podría decirse nada semejante. El artículo 38 de la Constitución no ha variado, pero sus palabras ya no dicen lo mismo que decían en 1978 porque ahora hay que leerlas a otra luz distinta, a la luz del proceso de consolidación de un mercado único europeo en el que

las personas, las mercancías, los servicios y los capitales puedan circular con libertad, proceso que se inició con el Acta Única Europea, de 1986, y al que dio un renovado y decisivo impulso el Tratado de Maastricht, de 1992, con el que, de un modo formal y solemne, la nueva Europa, que desde su fundación se había abstenido cuidadosamente de formular cualquier compromiso ideológico, optó solemnemente por un sistema de economía de mercado basado en la libre concurrencia (sic. el art. 3G), opción que, aunque no se reconozca expresamente, tiene para todos los Estados miembros una indiscutible trascendencia constitucional²⁵.

En este nuevo contexto, ya no puede negarse a la libertad de empresa lo que a la libertad personal y a los derechos fundamentales próximos a ella se reconoce. También aquí es al legislador y solo a él a quien corresponde decidir. Es él y solo él quien puede restringirla en la medida en que sea estrictamente necesario para preservar o proteger otros bienes o intereses constitucionalmente relevantes, pero debe hacerlo mediante reglas precisas que no dejan a la discrecionalidad de las autoridades administrativas un campo de maniobra excesivo, que cierren el paso, en definitiva, a su eventual arbitrariedad.

Así viene afirmándolo el Tribunal Europeo de Justicia en una jurisprudencia sostenida con firmeza desde la última década del siglo pasado, de la que son buen ejemplo dos Sentencias que me gusta recordar porque nos conciernen directamente: la Sentencia de 22 de enero de 2002, asunto *Canal Satélite Digital, S.L.*, y la Sentencia de 13 de mayo de 2003, que resolvió el recurso por incumplimiento promovido por la Comisión Europea contra el Reino de España con motivo de la aplicación del régimen vulgarmente conocido como la *golden share* a determinadas empresas que acababan de ser privatizadas.

La primera de dichas Sentencias resolvió la cuestión prejudicial promovida por nuestro Tribunal Supremo en el marco del recurso contencioso-administrativo interpuesto por Canal Satélite Digital contra el Real Decreto 136/1997, de 31 de enero, por el que se aprobó el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite. Este Reglamento, dictado en desarrollo del Real Decreto-Ley 1/1997, de 31 de enero, que incorporó al Derecho español la Directiva 95/47, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión, sujetó a un régimen de inscripción obligatoria en un registro pú-

²⁵ L. MARTÍN-RETORTILLO ha llamado con acierto la atención sobre la profunda mutación constitucional que supuso el ingreso en la Comunidad Económica Europea, y sobre la «mutación continuada» que se produce en cada cambio de los Tratados, en «Reflexiones sobre la Constitución (De su elaboración y de su reforma)», incluido en su libro *Los derechos fundamentales y la Constitución y otros estudios de derechos humanos*, Zaragoza, 2009.

blico no solo a los operadores de servicios de acceso condicional, sino también a los aparatos, equipos, dispositivos o sistemas de telecomunicación comercializados u ofrecidos por ellos.

La inscripción en dicho registro no era automática, sino que exigía una previa decisión administrativa, que podía ser otorgada o denegada a la vista del informe o dictamen técnico que habrían de emitir los funcionarios del Ministerio de Fomento sobre el cumplimiento de los requisitos técnicos y de otro tipo establecidos por las normas citadas. No bastaba, pues, para obtener la inscripción con la sola «declaración responsable de ajustarse a las especificaciones técnicas» formulada por el operador. La inscripción no respondía, pues, al tipo de las autorizaciones regladas, puesto que la norma otorgaba a la Administración un margen de apreciación que le permitía denegar cómodamente la inscripción y, por lo tanto, la comercialización de los equipos o sistemas necesarios para la transmisión digital de señales de televisión siempre que lo considerara conveniente.

Canal Satélite Digital, S.L. se veía así obligada a someter a la autorización del Ministerio de Fomento la distribución a los clientes de sus programas de televisión digital vía satélite de los aparatos descodificadores que venía ofreciéndoles, aparatos que en aquellas fechas se fabricaban y comercializaban ya legalmente en Bélgica y en el Reino Unido.

A la vista de todo ello, el Tribunal Supremo estimó que las normas que imponían la inscripción obligatoria en España de tales aparatos podían no ser compatibles con la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios garantizadas, respectivamente, por los artículos 30 y 59 del Tratado, por lo que suspendió la tramitación del recurso y planteó al Tribunal de Justicia de la Comunidad la cuestión prejudicial, a la que la Sentencia de 22 de enero de 2002 vino a dar respuesta.

Una respuesta concluyente, como vamos a ver, y extraordinariamente importante además, en la medida en que marca límites muy precisos al ejercicio por las autoridades de los Estados miembros, incluido el propio órgano legislativo, de sus poderes con el fin de garantizar la integridad de las libertades que el Tratado reconoce.

En efecto, la Sentencia comienza recordando su jurisprudencia anterior, según la cual son, en principio, posibles las medidas nacionales restrictivas de las libertades comunitarias, pero solo si tales medidas persiguen una finalidad de interés general y respetan al propio tiempo el principio de proporcionalidad, es decir, si son adecuadas para garantizar la realización del objetivo que pretenden lograr y no van más allá de lo necesario para alcanzarlo.

Como indicar una finalidad de interés general es fácil y no cuesta nada, por otra parte (la información y protección de los consumidores y usuarios es una finalidad legítima de interés general, como reconoce sin reservas la Sentencia), el *quid* de la cuestión está en el principio de proporcionalidad, que es el *test* esencial en materia de libertades y derechos fundamentales.

La Sentencia aplica ese *test* con todo rigor y comienza por subrayar que a la hora de establecer un régimen de autorización previa el legislador no es enteramente libre, pues debe comprobar primero si el objetivo que pretende conseguir no puede ser alcanzado por otro procedimiento menos restrictivo de la libertad, que es el punto de partida.

«El procedimiento de autorización previa —dice la Sentencia en su apartado 39— solo es necesario si se considera que el control a posteriori es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido», extremo este que es preciso verificar, para lo cual —añade en el apartado 40— «es preciso tener en cuenta, por un lado, la posibilidad de que los defectos de los productos y de los servicios de que se trata se detecten ya en el momento en que se controlan las declaraciones efectuadas por los operadores de servicios de acceso condicional y, por otro lado, los riesgos y contingencias que puedan derivarse del hecho de que tales defectos se descubran después de que se comercialicen los productos o se presten los servicios a los destinatarios».

En el supuesto de que efectivamente se compruebe que el control a posteriori es insuficiente o inapropiado y que las circunstancias exigen el establecimiento de un régimen de autorización previa, este «no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que prive de eficacia a las disposiciones comunitarias y, en particular, a las relativas a las libertades fundamentales» que el Tratado garantiza. Para que un tal régimen pueda considerarse justificado, continúa diciendo la Sentencia en su apartado 35, «debe en cualquier caso basarse en criterios objetivos no discriminatorios conocidos de antemano de forma que queden establecidos los límites de ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales con el fin de que esta no pueda utilizarse de manera arbitraria».

No vale, por lo tanto, cuando de una libertad fundamental se trata, ni, desde luego, puede la ley otorgar a las autoridades poderes ilimitados para interferir o restringir dichas libertades. El *quantum* de esos poderes debe ser proporcionado al fin del interés general que, en principio, justifica la restricción de la libertad, y proporcionado debe ser igualmente el modo de ejercicio de los mismos. Ambas cosas deben

quedar claramente determinadas por la ley, que debe cerrar el paso al eventual ejercicio arbitrario de los poderes que otorga.

La referencia a la segunda de las Sentencias más atrás citadas, la de 13 de mayo de 2003, puede ser ya más breve porque la doctrina que contiene es, obviamente, la misma, aunque no falten matices y precisiones que contribuyen a enriquecerla y reforzarla.

La incompatibilidad con el Tratado de los preceptos de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, que sometían a un régimen de autorización administrativa previa la enajenación de participaciones en el capital de las empresas privadas y de los actos de aplicación de los mismos objeto del recurso, fue efectivamente declarada por el Tribunal al constatar que dicha normativa «no supedita a requisito alguno» el ejercicio del derecho que reconoce al Estado. «No se proporciona —dice la Sentencia en su apartado 74— a los inversores afectados precisión alguna acerca de las circunstancias específicas y objetivas en las que se concede o deniega la autorización previa», indeterminación esta —añade en el apartado siguiente— que «no permite que los particulares conozcan el alcance de sus derechos y obligaciones que se derivan del artículo 56 CE, por lo que debe considerarse que *dicho régimen es contrario al principio de seguridad jurídica*».

La Sentencia vuelve a insistir en esta idea más adelante, subrayando que, a diferencia de otros supuestos similares invocados por el Gobierno español en su defensa, «la intervención de la autoridad administrativa no queda sujeta en el presente caso a ningún requisito que restrinja la facultad discrecional de dicha autoridad», por lo que de nada sirve el hecho de que sea factible interponer un recurso contra tales decisiones «en la medida en que ni la Ley ni los Reales Decretos de que se trata proporcionan al juez nacional criterios suficientemente precisos para permitirle controlar el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad administrativa» (apartado 79). «Dada la inexistencia de criterios objetivos y precisos en el régimen de que se trata, procede concluir que dicho régimen va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo invocado por el Gobierno español» (apartado 80).

La Directiva 123/2006, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, que tanta polvareda ha levantado, también entre nosotros²⁶, no ha inventado nada que justifique tanto alboroto; se ha li-

²⁶ A la Directiva de Servicios me referí tempranamente en «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en la *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007. La literatura producida con posterioridad es muy abundante. Valga por todos la referencia a la obra colectiva, dirigida por R. RIVERO ORTEGA, *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2009. Una posición crítica que pretende limitar la eficacia de la Directiva a la eliminación de la discriminación de los nacionales de otros Estados miembros, en T. DE LA QUA-

mitado a poner en prosa legal lo que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia tenía ya firmemente establecido, esto es, que las libertades de establecimiento y de prestación de servicios solo pueden su-peditarse a un régimen de autorización cuando la necesidad de este venga justificada por una razón imperiosa de interés general y no puede conseguirse el objetivo perseguido con una medida menos restrictiva (art. 9), y que ese régimen, cuando sea preciso implantarlo, «deberá basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria» (art. 10).

En pocas palabras: la libertad en todas y cada una de sus manifestaciones no puede quedar nunca a expensas del poder discrecional de la Administración; la ley debe fijar por ello en todo caso los criterios precisos a los que la Administración habrá de atenerse para evitar el riesgo de un comportamiento arbitrario.

La dirección de la marcha está así claramente marcada, aunque quede todavía un largo camino por recorrer²⁷.

VI. QUID EN EL CASO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

El Capítulo III del Título I de la Constitución contiene una larga lista de preceptos que se refieren en unos términos u otros a lo que, a partir de la Constitución mexicana de 1917 y de la alemana de Weimar, de 1919, se viene incluyendo bajo la rúbrica genérica de derechos económicos y sociales, denominación que nuestra Norma Fundamental ha preferido eludir con carácter general, sustituyéndola por la menos comprometida de principios rectores de la política social y económica, aun-

DRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (Dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, Madrid, 2009, y también los trabajos del mismo autor, de T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI y de L. PAREJO en los núms. 6 y 7 de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*.

²⁷ Vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Hacia un mejor funcionamiento del mercado único de servicios partiendo de los resultados del proceso de evaluación recíproca de la Directiva de Servicios*, Bruselas, 27.1.2011.

En realidad, la tarea que ha iniciado la Directiva de Servicios es permanente, como se desprende de su propio texto, y en concreto de su artículo 41, que dice así: «A más tardar el 28 de Diciembre de 2011 y cada tres años en lo sucesivo la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe completo sobre la aplicación de la presente Directiva. El informe, de acuerdo con el artículo 16, apartado 4, versará en particular sobre la aplicación del artículo 16. Se referirá también a la necesidad de adoptar medidas adicionales sobre asuntos excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Adjuntará, si procede, propuestas para la modificación de la presente Directiva con vistas a completar el mercado interior de servicios».

que no ha renunciado a utilizar la palabra derecho al referirse singularmente a un buen número de ellos.

Técnicamente se trata, sin duda, de principios o, mejor, de directrices, como precisan acertadamente ATIENZA y RUIZ MANERO, esto es, de normas que configuran de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito²⁸.

Esta caracterización es esencial para nuestro tema, porque esa apertura, esa indeterminación del supuesto de hecho y de la consecuencia jurídica se traduce, lógicamente, en un reconocimiento a los poderes públicos, y en primer término, como es natural, al legislador, de un amplio poder discrecional, doblemente discrecional además, porque el margen de apreciación característico de dicho poder opera simultáneamente en los dos niveles, fáctico y jurídico.

Tiene que ser así por lo demás porque el campo que las directrices cubren es el de las políticas, social y económica, que no pueden ni deben estar predeterminadas por la Constitución, que ha de limitarse en este punto a establecer las reglas del juego, el marco en el que los «jugadores» habrán de desarrollar, de acuerdo con sus propios puntos de vista y, por supuesto, con las posibilidades que las circunstancias de cada momento ofrezcan, sus diferentes tácticas y estrategias.

¿Es ilusorio hablar entonces de un derecho a la salud, a la cultura, a un medio ambiente adecuado o a una vivienda digna, como lo hacen los artículos 43, 44, 45 y 47 de la Constitución? Si tanta es la libertad de la que los poderes públicos gozan para desarrollar las políticas que consideren más apropiadas, hablar de derechos en estos casos, ¿tiene algún fundamento o es un mero exceso retórico?

Hace ya muchos años que me formulé estas preguntas y al volver a leer ahora mis respuestas de entonces no puedo sino reafirmarme en ellas²⁹. No es, ni mucho menos, incorrecto ni abusivo hablar de derechos económicos y sociales. Los así llamados son, sin duda, derechos, aunque, a diferencia de las libertades públicas, no están construidos *ex constitutione* como derechos subjetivos perfectos y necesiten para llegar a serlo un tratamiento complementario por parte del legislador.

Dicho esto, hay que añadir inmediatamente a continuación que el legislador está obligado a dar ese tratamiento, es decir, a completar y desarrollar el diseño inicial que la Constitución se ha limitado a realizar. No lo digo yo. Lo dice con toda claridad el artículo 53.3 de la Nor-

²⁸ Vid. *Las piezas del Derecho*, cit.

²⁹ Vid. «Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos», en la *Revista de Derecho Político*, núm. 15, otoño 1982, págs. 21 y ss. Vid. también E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, al que pasaron las ideas allí expuestas acompañándolas en cada edición a las novedades legislativas y jurisprudenciales que se iban produciendo. Así se hace en la 15.ª ed., de enero de 2011, que es la última.

ma Fundamental, que es un precepto extraordinariamente preciso al que no se ha prestado, sin embargo, toda la atención que merece.

«El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informará —dice expresivamente el precepto— la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», y añade a continuación que «solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen».

La Constitución es muy consciente, por lo tanto, de que tal y como están formulados en ella son derechos imperfectos, incompletos, carentes de operatividad. Por eso dice que en ese estado inicial no podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria, pero eso no significa que se desentienda de ellos, ya que ordena al legislador que haga lo preciso para reconocerlos y protegerlos de forma que puedan serlo.

Los términos imperativos del precepto («informará») no admiten dudas acerca de la voluntad del constituyente, pero, si alguna quedara, se disiparía de inmediato con solo reparar en que la prohibición de invocarlos se refiere exclusivamente a la «Jurisdicción *ordinaria*», ¡no a la jurisdicción constitucional!, ante la que sí podrá ser alegada la infracción de los principios de la política social y económica contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución cuando las leyes no cumplan el mandato que su artículo 53.3 contiene y no lleven a cabo la tarea que impone al legislador de completarlos, o lo hacen de tal forma que los derechos en cuestión no terminan de alcanzar la operatividad individual que les es propia.

El *quantum* de estos derechos depende, como es natural, de las circunstancias de cada momento, del grado de sensibilidad social y, por supuesto, de las disponibilidades financieras. No me refiero a esto, que va de suyo, como es natural. Lo que sí quiero volver a subrayar es que la Constitución ha desterrado el modo tradicional de legislar, que se limitaba a habilitar a la Administración para actuar, sin obligarla a hacerlo casi nunca y sin establecer unos estándares concretos de prestación, en cantidad y calidad, capaces de garantizar al ciudadano un *nivel mínimo* de derechos judicialmente exigibles.

El texto constitucional reclama ahora imperativamente, como acabamos de ver, que el legislador lleve a cabo un desarrollo adecuado de los derechos económicos y sociales que proclama. La libertad que la Constitución le otorga le permite, sin duda, decidir el *quando* y el *quantum*, y el tipo o la modalidad de las prestaciones también, pero no le autoriza a dejar en manos de la Administración la determinación de ninguna de estas cuestiones, que a él le corresponde decidir. Con mayor o menor extensión e intensidad, según lo permitan las circunstancias,

pero los derechos deben salir completos de las manos del legislador, de forma que puedan ser exigidos con éxito por sus titulares en el caso de que les sean negados.

Este nuevo modo de entender el papel de la ley va abriéndose paso poco a poco entre nosotros. La legislación de Seguridad Social acertó a demostrar desde la implantación del sistema que es perfectamente posible convertir los deberes genéricos que los artículos 39 y siguientes de la Constitución imponen a los poderes públicos en obligaciones concretas correlativas al derecho de los ciudadanos a percibir las correspondientes prestaciones. Su ejemplo no es ya solitario. Las leyes urbanísticas establecen con toda normalidad, a partir de la reforma de 1975³⁰, los parámetros que el planificador debe respetar en todo caso con el fin de garantizar un cierto nivel de calidad de la urbanización, sin el cual la vivienda no merecería los calificativos de digna y adecuada que el artículo 47 de la Constitución utiliza, reduciendo apreciablemente de este modo la omnímoda libertad de la que antes disfrutaba a la hora de ordenar el espacio urbano. La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 y la Ley de 14 de noviembre de 2002, reguladora de los derechos y obligaciones del paciente en materia de información y documentación clínica, han hecho también un esfuerzo importante en esta dirección. Y lo mismo puede decirse en general de las leyes que regulan los sectores privatizados, que definen ahora con toda precisión el ámbito del servicio público universal y de las obligaciones del servicio público que deben asumir los operadores, lo que ha contribuido a mejorar notablemente la posición de los usuarios de los distintos servicios, que antes se encontraban inermes las más de las veces a causa de la ambigüedad e imprecisión de los reglamentos de los antiguos monopolios³¹.

El ejemplo más reciente de esta evolución lo ofrece la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que ha venido a dar adecuado desarrollo al artículo 49 de la Constitución.

³⁰ Todas las leyes urbanísticas de las Comunidades Autónomas regulan hoy con particular detalle estas cuestiones. Es particularmente rigurosa en este punto la Ley del Suelo de Madrid, de 17 de julio de 2001, que en su artículo 36 fija con toda precisión el número de metros cuadrados de suelo por cada 100 metros cuadrados construidos que es necesario reservar para las redes generales de zonas verdes (20/100), de equipamientos sociales y servicios (30/100), de infraestructuras (20/100) y para las redes locales de equipamientos y servicios públicos (30/100), para aparcamientos (una plaza y media por cada 100 metros cuadrados edificables), etc.

³¹ El único que se preocupaba de fijar con precisión los niveles de prestación que habría de mantener el servicio era, hasta donde yo sé, el viejo Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía, de 12 de mayo de 1954, que fijaba con precisión la tensión que venían obligadas a mantener las empresas suministradoras (art. 65) y las sanciones que podrían serles impuestas en caso de incumplimiento (art. 71).

En la defensa parlamentaria del Proyecto de Ley, el entonces ministro de Trabajo y Asuntos Sociales afirmó con gran énfasis que «su artículo 3 declara el carácter público de las prestaciones del sistema y la universalidad en el acceso a las mismas» y que «esto, si lo combinamos con lo establecido en el artículo 4, que el ciudadano tiene derecho a iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa de este derecho, lo convierte en *un derecho subjetivo perfecto* invocable ante los Tribunales»³².

Así es, en efecto, porque la Ley define con precisión los diferentes grados de situación de dependencia (art. 26) y sujeta la valoración necesaria de los casos concretos que puedan presentarse a un baremo objetivo que tiene como referente la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud adoptada por la Organización Mundial de la Salud (art. 27), lo que convierte en reglada prácticamente la resolución administrativa de reconocimiento de la situación de dependencia, que habrá de determinar también qué concretos servicios de los incluidos en el Catálogo que establece el artículo 15 corresponden a cada solicitante según el grado o nivel de dependencia reconocido (art. 28).

Todo lo que es esencial queda así resuelto de antemano por la Ley, que no deja a las autoridades administrativas sino la aplicación de sus normas, la organización de los servicios y la vigilancia del correcto funcionamiento del sistema. Eso es exactamente lo que el artículo 53.3 de la Constitución reclama para convertir en auténticos derechos subjetivos los derechos económicos y sociales.

VII. LA PERSPECTIVA ADICIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

A lo hasta aquí dicho habría que añadir todavía lo que resulta del derecho fundamental que el artículo 24 de la Constitución reconoce a todos a la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos, una tutela que no podrá ser efectiva como la Norma Fundamental quiere si la ley que atribuye poderes discrecionales a la Administración se abstiene de precisar los contornos de la libertad de actuación que concede a esta y los criterios a los que el órgano concretamente apoderado para actuar debe ajustar su ejercicio.

³² Citado por V. AGUADO I CODOLA, «El régimen jurídico de los servicios sociales y de atención a las personas en situación de dependencia», en el volumen, coordinado por él mismo, *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía*, Atelier, Barcelona, 2009.

A este argumento de cierre apela sistemáticamente, como es notorio, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo para justificar la exigencia legal de motivar los actos discrecionales y su propio rigor a la hora de valorar el efectivo cumplimiento de la misma. En esta perspectiva ha insistido, por lo demás, especialmente en sede doctrinal, M. BACIGALUPO SAGESSE, poniendo el acento en el aspecto *material* del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a partir de un análisis detallado de la doctrina alemana, que tan bien conoce, lo que hace innecesaria en este momento cualquier insistencia por mi parte³³.

VIII. UNA REFLEXIÓN FINAL

Esto es básicamente lo que quería decir en esta mi última lección. El tema no acaba aquí, sin embargo. Más bien es aquí donde comienza un nuevo capítulo en la lucha por la reducción del poder discrecional, un poder indiscutiblemente necesario, cuyo despliegue no puede, sin embargo, hacerse a costa de los derechos de los ciudadanos, a cuyo servicio debe, sin embargo, estar, ya que es ese servicio y no otra cosa lo único que puede justificar y legitimar el poder, en general.

Necesitamos a los jueces, ciertamente; a unos jueces independientes, desde luego, frente a los gobernantes, puesto que deben poner freno a sus eventuales excesos. Necesitamos también que sean competentes y que estén comprometidos con el Derecho y con su función de racionalizar el ejercicio del Poder. Pero no podemos dejarles solos en ese empeño porque, por muy comprometidos y muy sacrificados que puedan ser, está más allá de sus posibilidades ejercer un control socialmente eficaz del poder discrecional si este no se reduce en origen, esto es, en la propia ley que lo otorga, a lo que resulte imprescindible para asegurar la consecución de los objetivos en cada caso perseguidos, si el legislador se desentiende totalmente de su aplicación so pretexto de que esto no es cosa suya, si no establece con la claridad debida las pautas y criterios a los que las autoridades administrativas habrán de atenerse en su ejercicio para que su actuación no pueda tacharse de arbitraria.

Es el legislador, no los jueces, quien puede —y debe— reducir el poder discrecional³⁴, porque a los jueces no les es dado otra cosa que

³³ Vid. M. BACIGALUPO SAGESSE, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, cit., concretamente en el cap. IV y último, págs. 219 y ss.

³⁴ En este sentido, con apoyo en la doctrina alemana que cita, M. BACIGALUPO SAGESSE, *La discrecionalidad administrativa...*, cit., pág. 239.

controlar si el poder concedido por la ley ha sido correctamente ejercido, esto es, si lo ha sido dentro de los límites establecidos por aquella y si la decisión adoptada ha sido debidamente justificada. Y es al Tribunal Constitucional, en fin, al que corresponde asegurar si el legislador respeta los límites que la Constitución establece con el fin de asegurar que los derechos que esta reconoce a los ciudadanos no quedan a expensas de los poderes discrecionales con los que la ley dota a los gobernantes.

Decirlo así, con toda claridad, exigirlo incluso a unos y otros sin desmayo, es el papel que en la lucha por el Derecho nos corresponde a los juristas que no tenemos poder. En eso he creído siempre y en eso sigo creyendo. Esa profunda convicción es, sin duda, lo único realmente valioso que puedo transmitirles al final de mi carrera académica.