

Derecho y discrecionalidad

Caterina Vivern Mayrata

Exordio

El Derecho no alcanzará nunca la Justicia, pero solo la constante, la azarosa, la obsesiva persecución de sus valores le permitirá no perderse y destrozarse en los bajíos del arbitrio y de la arbitrariedad.

Curso de Derecho Administrativo
Eduardo García de Enterría
Tomás—Ramón Fernández
Prólogo a la Quinta Edición

Las Potestades discrecionales de las que gozan, sin duda y necesariamente, los poderes públicos, tiene, en todo caso, su límite en la arbitrariedad. La Constitución, como es sabido, la proscribía garantizando, en su artículo 9.3, “la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Mantengo en la enunciación la copulatividad de la redacción constitucional que enlaza, (en mera enunciación cardinal), el principio de responsabilidad de los poderes públicos con el de interdicción de la arbitrariedad, recordando la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Marzo de 1975 que, pronunciándose sobre la indemnización debida por la Administración por lesiones a los particulares en sus bienes y derechos, establecía ya la relación causal responsabilidad—indemnización por el “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa”. Es decir, se establecía indemnización por daños provenientes de actos discrecionales. Recordemos que en aquel momento histórico todavía la hermenéutica

perfilaba jurídicamente la figura de la discrecionalidad como acto, en principio, no controlable amalgamándola, en su justificación, con la doctrina de los actos políticos y de la libertad para hacer jugar “la oportunidad”.

El contenido jurídico de la discrecionalidad se ha movido, en su historia de definición conceptual, dentro de una exegético jurídica amplia. La dificultad que entraña *per se* la figura, de gran incidencia orgánica, aún en la hermenéutica jurisprudencial del caso concreto, ha propiciado su movición en vaivén articulando su naturaleza sobre muy distintas vértebras. El hacer libre y prudencial sin control; la posibilidad de que la Administración utilice en sus actos la “oportunidad”; el tímido control judicial, a través de la posibilidad del recurso por “excés de pouvoir”, (nacido en el Conseil d’Etat), o por la justificación de aumento de control, todavía contenido por la confianza en la “política jurisprudencial de tacto de los jueces”.

En los albores de los años 60 nuestra Jurisprudencia ya admite, y entra, en el control material de los elementos que, necesariamente reglados, deben regirla aunque, en ocasiones, sigue dejando en sombras parcelas que considera “actos políticos” en configuración un tanto amplia.

Las potestades discrecionales, nutridas indefectiblemente por el principio de oportunidad consustancial a todo gobierno de los hombres que aspire a una línea de progreso, ya no se formulan hoy como actividades liberadas y absolutas de los poderes públicos¹. El marco del Derecho y de la Ley configura la discrecionalidad imponiendo, además del ya sabido control sobre los hechos determinantes y los elementos reglados de la potestad, su funcionalidad técnica en virtud del Derecho, orden jurídico que se manifiesta, especialmente aquí, a través de sus Principios Generales.

Las manifestaciones jurisprudenciales que se acogen a esas técnicas para recriminar el mal uso de la discrecionalidad ya son, afortunadamente, frecuentes aunque tal vez no tanto como la realidad social demanda. El principio de *igualdad* como medida de las potestades administrativas²; el principio de *buena fe* para con los administrados³; el de razonable *proporcionalidad*⁴; el de *favor libertatis*⁵; el de *motivación* de las Sentencias⁶; o el de *razonabilidad* como presunción *iuris tantum*⁷, son conceptos jurídicos que emplea la Jurisprudencia.

Hoy, en somero intento de reflexión, esbozo estudio sobre esta figura jurídica institucionalizada, la discrecionalidad, consustancial con el necesario “*genio expansivo del Estado de Derecho o con el talante expansivo del ordenamiento jurídico*”⁸. El estímulo

¹ Ello ha cristalizado paradigmáticamente en la Doctrina, siendo su exponente último, el ilustrativo libro de Tomás—Ramón Fernández, “*Arbitrariedad y discrecionalidad*”, Civitas 1991.

² Sentencias de 24 de Diciembre de 1956, 28 de Mayo de 1963, 22 de Mayo de 1967, 21 de Noviembre de 1974.

³ Sentencias de 23 de Diciembre de 1959, 12 de Marzo de 1975, 5 de Julio de 1979, 5 de Febrero de 1981.

⁴ Sentencias de 25 de Marzo de 1972, 14 de Febrero de 1975, 12 de Noviembre de 1980.

⁵ Sentencias de 22 de Mayo de 1967, 21 de Noviembre de 1974.

⁶ Sentencia de 13 de Julio de 1984.

⁷ Sentencia de 24 de Octubre de 1959 y la de 27 de Febrero de 1975.

⁸ talante expansivo consustancial también al quehacer político junto con el orden jurídico, como expresan las Sentencias tan, y nunca suficiente, invocada de 27 de Enero de 1965, “*el genio expansivo del Estado de Derecho*”, y la de 27 de Febrero de 1975 “*el talante expansivo del ordenamiento jurídico*”.

motor, el libro “Arbitrariedad y Discrecionalidad” de Tomás—Ramón Fernández, del cual extraigo la frase, significativa y enunciativa del “suelo” actual en donde se debe seguir construyendo el edificio jurídico, que nos revela el afilado y perfeccionado trazador de la “razón” del que la enuncia: “*La refundación y depuración conceptual, la liberación del lastre de los viejos tópicos, la sustitución de la antigua mística por el nuevo aliento del constitucionalismo*”⁹.

1. Surcos doctrinales hermenéuticos que dan luz a la composición de la discrecionalidad en función de la realidad del momento

1.1 Líneas en las que se mueve el derecho comparado

La consolidación del Estado de Derecho en Europa, (lo que se realizó, como es sabido, después de la Segunda Guerra Mundial), llevó a la restricción del margen de que hasta ahora había gozado los Poderes Públicos para su decisión libre de control.

El Tribunal Constitucional Federal alemán perfila la discrecionalidad desde su prístino sentido clásico: discrecionalidad existe cuando se debe completar la norma al no predeterminar la ley sus criterios fijos. Los instrumentos que se van afianzando en los Tribunales para depurar la Doctrina de la discrecionalidad, serán: la aplicación de la hermenéutica de los conceptos jurídicos indeterminados, (inevitable enjuiciamiento jurídico valorativo del caso concreto), que ya purifica en gran medida el “*espacio subjetivo de oscilación*” del poder actuante, virtualidad de entender al órgano judicial como no capaz de reconstruir el proceso real de valoración de los hechos y consecuencias jurídicas aplicables; y el depuramiento del “*escalonamiento de la densidad de control*”, proveniente de la Doctrina del *Conseil d'Etat* francés, dispuesto a conceder, a posteriori, a la Administración una parte de competencia en la decisión final, delimitándose él mismo con “prudencia judicial”. Por el contrario, en Alemania la potestad delimitadora la tenía, *a priori*, la Administración.

La evolución en la doctrina alemana pasa de la nueva etapa de “*libertad de elección*” entre varias soluciones igualmente válidas, hacia la “*flexibilidad limitada*” donde ya no existía discrecionalidad sino, tan sólo, ejecución del *fin* de la ley, y por lo tanto su pura aplicación. Hoy, en esa Doctrina, se revaloriza la extensión de la discrecionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional en base a la “*teoría de la esencialidad*” que permite, por un lado, mayor libertad para el legislador, que así solo debe legislar, (liberándose de excesiva y rigurosa productividad, a la postre inútil por su ineficacia en el cumplimiento y en la aplicación), las directrices por las que se debe regir la potestad discrecional; y, por otro, el Organismo obtiene flexibilidad suficiente para cubrir la dinámica necesaria para su función. El Tribunal Federal Constitucional compensa esa disminución del control judicial, conformando las reglas del procedimiento administrativo como elemento esencial para la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Martin Bullinguer¹⁰ establece conclusiones ejemplificativas doctrinales a la discrecionalidad, configurándola como elemento necesario de una Administración

⁹ Tomás—Ramon Fernández, op. cit. p.130.

¹⁰ *La discrecionalidad de la Administración Pública*, La Ley, 1987 de 20 de Diciembre.

eficiente, (la Administración como paradigma de los poderes públicos), solo predicable de atribución gradual de responsabilidad para que aquella configure directrices legales de manera similar a la potestad reglamentaria. En ellas, limita el control judicial al marco de la Ley, impeliendo la observancia de reglas estrictas de organización y procedimiento, al mismo tiempo que preconiza necesaria existencia de alto grado de flexibilidad y adaptación, (sobre todo para la discrecionalidad de dispensa o la de *management*), partiendo de sus funciones típicas. Ello es, otorgando atribuciones a la Administración dentro del marco del Derecho y de la Ley, con mas o menos determinación, (tanto en el supuesto de hecho como en la consecuencia jurídica), según las finalidades que con ella se pretendan. Afirma la imposibilidad de limitar la discrecionalidad al campo de las consecuencias jurídicas. No hace referencia, en este artículo, sobre la incidencia de la determinación procedimental, administrativa o judicial, a la que está sujeto el supuesto de hecho del caso concreto, lo que comporta, a su vez, nuevas consecuencias jurídicas. Personalmente, echo a faltar energía para llegar mas claramente al fondo, configurando, al menos un mínimo perfil que yo no he alcanzado a vislumbrar, que nos dé alguna pista sobre el núcleo esencial. Pues, aún en el supuesto de que lo que se esté diciendo, tácitamente, sea que ese núcleo esencial es un concepto jurídico indeterminado, ya ayuda a perfilar la doctrina que propugna. En todo caso, la aplicación de la teoría de la *esencialidad*, estará sujeta, en los actuales niveles jurídicos doctrinales, al control de los jueces, hasta donde sus atribuciones lleguen, y con los medios de que dispongan.

1.2 La exégesis de nuestra doctrina

1.2.1 De los autores

Nuestra literatura jurídica de los años 60 ya se interesaba y esforzaba, con estudio y rigurosidad, sobre los modos de penetrar en la naturaleza antigua de la discrecionalidad, (que lo era necesariamente mas en aquella época histórica debido al orden jurídico imperante, puesto que en el Estado democrático de Derecho las reglas del juego jurídico están mas definidas y claras), llegando, ya en aquel entonces, juntamente con la Jurisprudencia, a establecer fundamentos límites que en nada desmerecen a los necesarios en un Estado de Derecho.

Encomiaba Garcia de Enterría¹¹ el nervio doctrinal de la Sentencia de 20 de Febrero de 1959, por la construcción de un límite material de justificaciones objetivas a la potestad reglamentaria, (la potestad discrecional se veía en esos momentos históricos como un paradigma). La Sentencia entraba a valorar el supuesto de hecho, llegando, incluso, a apuntar “la existencia de otros medios mas adecuados” para conseguir el fin que se pretendía, invocando, para un adecuado ejercicio de la discrecionalidad, el principio de proporcionalidad y el de legalidad. Preconiza, en su doctrina, Garcia de Enterría, citando a Forsthoff, el principio de igualdad como principio de Derecho informador de un orden social justo con prevalencia del interés general, diciendo, en recordatorio de la jurisprudencia aplicable, que hay “mala aplicación de la

¹¹ “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria, RAD nº 30 1959, p. 132.

discrecionalidad” cuando se produce discriminación ante similitud de circunstancias. Ya se entra así, en la época, a esbozar el principio de interdicción de la arbitrariedad, posibilitando a través del control judicial pleno de los actos susceptibles de discrecionalidad.

La técnica interpretativa de la aplicación de la potestad discrecional en los actos administrativos, debe llevar a la revisión de la correcta determinación de los hechos del caso, (que nunca pueden ser indeterminados ni valorados a priori); a la salvaguarda de los principios del Derecho, (mencionando, entre otros, el de legalidad; el de necesaria razonabilidad; el de buena fe; el de congruencia; el de justicia y el de proporcionalidad). Todos ellos de presencia imprescindible en los soportes del acto administrativo discrecional. Técnicas de control en las que el profesor García de Enterría expone sus consideraciones doctrinales, en conocida, y mítica, publicación, *“La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo”*, Civitas 1974.

Los surcos doctrinales que hoy nos muestran la impronta del Derecho y de la Justicia¹² en la discrecionalidad, siguen siendo los presupuestos jurídicos enunciados y perfeccionados desde el año 1959 por García de Enterría, junto con las publicaciones de Sainz Moreno¹³ y la de Tomás—Ramón Fernández¹⁴ que, poco a poco, nos encamina éste último autor en su obra, (en recopilación jurisprudencial abundosa y plasmando su indudable virtud de convicción al introducirnos paso a paso en el proceso lógico en el que tenemos que hacer nuestras las inevitables conclusiones), en el sendero y acervo jurisprudencial que diseña la figura de la discrecionalidad

Notas jurídicas ineludibles de la discrecionalidad son: 1º) la inevitable sujeción en nuestro Estado de Derecho a la Ley y al Derecho, siendo objeto pleno susceptible de control judicial¹⁵; 2º) la necesidad de que la discrecionalidad “venga respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera”, *adex.*, expediente administrativo explícito y “suficiente” para que la motivación de la resolución administrativa, aún sucinta, pueda entenderse como coherente y razonable, al mismo tiempo de que, en su caso, el control judicial pueda tener suficientes elementos para poder pronunciarse sobre el fondo; 3º) la revisión jurisdiccional debe verificar la realidad de los hechos, (y reglas procesales de carga de la prueba afines); el control sobre la correcta interpretación de los elementos reglados, (necesarios en toda potestad discrecional), y la valoración exegética de los principios generales o valores constitucionales que sean de aplicación; 4º) dicha revisión debe contener un juicio sobre la coherencia, razonabilidad y proporcionalidad entre la decisión administrativa y su presupuesto inexorable de la realidad, pues, “si tal coherencia falta, la decisión, en doctrina jurisprudencial, <resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y mas concretamente, el principio de

¹² No puedo resistir el traer aquí la cita de García de Enterría de que “*conviene recordar que el servicio de la justicia no se cumple con declamatorias y retóricas invocaciones, sino precisamente con técnicas jurídicas concretas*”.

¹³ “*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*”, Civitas 1976.

¹⁴ “*Arbitrariedad y Discrecionalidad*”, Civitas 1991.

¹⁵ Aquí conviene recordar que “*El control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se pretende que ésta se realice*” Manuel Aragon, “*El control como elemento inseparable del concepto de constitución*”, REDA, nº 19, p. 16.

interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.3 de la Constitución— que aspira a evitar que se transpasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna>; 5º) que el derecho a la tutela judicial efectiva, plasmado en nuestro orden constitucional, exige “restablecer en su integridad el *statu quo ante* que indebidamente alteró el acto recurrido”. Lo que quiere decir que la anulación puede ser suficiente en muchos casos, requiriendo otros que la Sentencia concrete adopción de medidas para su ejecución.

1.2.2 De los órganos jurisdiccionales

El Tribunal Constitucional, sentando doctrina sistemática, ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la exégesis de la discrecionalidad. El diseño de sus características constitucionales, muchas veces vienen definidas al configurarse el perfil de su límite: la arbitrariedad.

Así, la arbitrariedad puede predicarse de *todos los poderes públicos, incluido el legislativo, el cual se revela arbitrario cuando engendra desigualdad real*¹⁶. Se diferencia la noción de arbitrariedad que hasta el momento había sido utilizada por la Doctrina Administrativa, puesto que no es la misma la disposición jurídica de la Administración que la del Legislativo o la del Gobierno en relación con la Ley o el Derecho. La existencia de arbitrariedad es constitutiva de inconstitucionalidad¹⁷, lo que obliga, en virtud del principio de interdicción de la arbitrariedad, *a tomar en consideración la finalidad de la norma y las circunstancias específicas que concurren*¹⁸. La no discriminación, la racionalidad, la justicia¹⁹, son adjetivables a la interdicción de la arbitrariedad.

Tanto si encontramos satisfactoria la Doctrina de los órganos jurisdiccionales, desde el punto de vista jurídico pero también (desde el punto de mira de la materialización en la realidad social actual de la justicia sustantiva), como si la cuestionamos, conviene recordar al juez Benjamín N. Cardozo²⁰ cuando argumentaba, “Ustedes podrán decir que no hay ninguna seguridad de que los jueces interpretarán las “mores” de su época mas sabia y verdaderamente que otros hombres. Pero el problema no es éste. La cuestión consiste en que esta facultad debe ser puesta en algún sitio y la Constitución la ha puesto en los jueces”.

2. Los poderes públicos

La noción de poderes públicos que utiliza nuestra Constitución, (artículos 9, 27, 39, a 41, 44 a 51, 53 y otros), sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes, (y sus órganos), que ejercen un poder de imperio derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación mas o menos larga, del propio pueblo²¹.

16 STC 99/1987 de 11 de Junio, f. j. 4º y STC 27/1981 de 20 de Julio.

17 STC 99/1987 de 11 de Junio, f. j. 4º.

18 STC 126/1987, f. j. 11.

19 STC 108/1986, f. j. 18.

20 Como recuerda Sainz Moreno, F., orb.cit.

21 STC 35/1983 de Mayo.

Los mandatos genéricos que el constituyente impone a la actuación de los poderes públicos, en los artículos mencionados, no son sino garantías para el ciudadano que así ve preservada su esfera jurídica y ejercitada su potestad política soberana.

Aquellos tienen un deber general positivo que los obliga a realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución²². Lo que no obsta, (recuerda expresamente el órgano constitucional), que también se le respete en el supuesto de que lo que se pretenda sea su modificación por el cauce que establece la Norma Fundamental. Doctrina que también ha mantenido el Tribunal Supremo en, entre otras, la de 16 de Noviembre de 1982.

3. Discrecionalidad y poder legislativo

3.1 La potestad Legislativa

La existencia de producción legislativa en un Estado de Derecho, condiciona el actuar de los otros Poderes Públicos. Sin ella, toda actividad, excepto aquella que previamente estuviera definida en la Norma constitucional, está radical y jurídicamente viciada. Esta actividad de producción de normas, primigenia de todo hacer público, debe emanar del Poder que tiene bajo su responsabilidad la potestad legislativa: las Cortes Generales (artículo 69 de la Constitución). Órgano constitucional representante, en su totalidad única y directa, de la soberanía de la totalidad del pueblo español. Soberanía contemplada como valor supremo en nuestro orden jurídico en significación de pluralidad política.

El Poder Legislativo, como todo Poder en un Estado de Derecho, tiene límites. La potestad discrecional de la que goza en su hacer, debe ser concebida, como toda discrecionalidad dentro de la realidad actual de nuestro Orden constitucional, en el proceso de aplicación de la norma²³, con el lógico margen de libertad de decisión para el que ejerce la potestad.

Nuestra actual configuración de Estado, —similar a la de todos los países del área accidental—, viene dada por los principios y valores indeclinables, que no por conocidos deben dejar de repetirse: democracia, pluralismo político, justicia, libertad e igualdad, todos bajo el manto de la concepción social del Derecho. En él, no tiene cabida fundamentar la discrecionalidad bajo el argumento de la *naturaleza de las cosas* cifrándola en la dificultad técnica o valorativa de la decisión o en el criterio de la importancia del hecho. No es de recibo el antiguo dicho “la discrecionalidad aparece donde el Derecho no llega o la discrecionalidad surge en las lagunas vacías del Derecho”. En un Estado de Derecho la legalidad carente de ilicitud de toda actividad de los poderes públicos debe estar, está, asegurada por el Derecho positivo o por los mecanismos generados por el ordenamiento jurídico, —entre ellos, los principios constitucionales, la Jurisprudencia o el control judicial—, que integran, unificando su juridicidad, todo el acervo relacional fáctico de la actividad pública.

²² STC 101/1983 de 18 de Noviembre.

²³ STC de 11 de Diciembre de 1971.

Aún en el caso de que el acto emanado en virtud de la potestad discrecional tenga naturaleza netamente política, como lo tienen, sin duda, los actos legislativos de las Cámaras, hoy no cabe hablar de decisión libre de control. El poder legislativo, resultado de una potestad, no es abstracto, utilizable para cualquier finalidad. Es un poder funcional otorgado por la Constitución con un fin específico que condiciona su legitimidad. La misma Constitución ya establece, directa y explícitamente, el mecanismo por el que se debe controlar la actividad del legislativo: el recurso de inconstitucionalidad, que se depura con el de conflicto de competencias al existir diversidad de legisladores en el orden territorial.

Si “la discrecionalidad surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público”²⁴. Y si todos los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, en primacía del principio de legalidad, hemos de concluir que el Órgano constitucional que tiene atribuida la potestad de legislar, está sujeto, también, al principio de legalidad. Si en anteriores puntos hemos constatado cual es el principio de legalidad que gobierna la potestad discrecional, sólo nos cabe aquí aplicar tal Doctrina a la potestad discrecional que posee el órgano del Estado encargado por nuestro ordenamiento jurídico de legislar. Siguiendo los presupuestos, principios constitucionales, de jerarquía normativa y competencia, cabe constatar que el principio de legalidad al que debe sujetarse el poder legislativo viene definido por la Constitución que contiene los elementos reglados de la potestad discrecional del poder legislativo.

La existencia del Derecho a Legislar viene determinada jurídicamente por la Constitución, (*norma normarum*), en diversos artículos que imponen la necesidad de existencia de Ley. La competencia originaria viene atribuida a las Cortes Generales (artículo 66.2 de la Constitución), atemperada por la diversificación de competencias materiales y territoriales (artículos 149 y 150 de la Constitución). Los límites vienen dados en la propia Norma, única que ineludiblemente constriñe al Órgano. Límites prefijados, por un lado: a) por la extensión material, es decir, materias a las que el derecho alcanza, constreñidas en su contenido sustancial por lo que disponga el propio articulado de la Constitución: todo lo fáctico es susceptible de regulación legislativa en tanto se respete el límite formal del artículo 168 de la Constitución. b) El otro límite de la Ley, intrínseco y sustancial, (constreñido en su forma por el anterior dicho, ello es, en el caso de que se quieran variar los términos definidos en el artículo 168, se procederá a la aprobación por mayoría de dos tercios de cada Cámara y a la disolución inmediata de las Cortes), es el respeto a los valores, a los principios, a los derechos fundamentales, a las libertades públicas y a la regulación constitucional de la figura órgano Jefe del Estado. Los otros límites cualitativos determinantes gradacionales de la materia que se regule entran dentro de la potestad discrecional del Legislativo.

En ocasiones, la actuación legislativa podrá ejercitarse, y vendrá literalmente definida tanto para los supuestos de hecho como para sus respectivas consecuencias

²⁴ Según definición de la Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del año 1956.

jurídicas. Será una normación en *numerus clausus*. En otras, ambos elementos de la norma serán conceptos jurídicos abiertos cuya aplicación requerirá del operador jurídico un relleno interpretativo en el caso concreto. O bien el legislador puede optar por emplear la técnica rígida de enunciación normativa en un elemento, *ad ex*, el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica, dejando indeterminado el otro. Sin olvidar que el *fin* del legislador siempre debe estar, por definición, al ser órgano que la ejerce representante de la soberanía popular, al servicio de la voluntad del pueblo, (artículo 1.2 de la Constitución).

Otros elementos reglados por el constituyente que determinan la *legalidad* constitucional de la potestad discrecional del legislativo son: la *forma* necesaria de la actuación legislativa, el procedimiento que debe haber seguido el acto para devenir Ley. Forma que puede variar según la materia, (ejemplificando: leyes orgánicas para regular los derechos fundamentales, delegación legislativa para normación bancaria); el *control*. Sólo el órgano designado por el constituyente podrá ejercerlo, el Tribunal Constitucional, cuya misión es única y fundamental para la salvaguarda de nuestro orden jurídico ya que debe velar por la traducción social efectiva de las normas constitucionales.

Es en el proceso de aplicación de la potestad legislativa cuando, a través del control de esos elementos reglados *ex constitutione*, se podrá determinar, en el orden jurisdiccional, si la discrecionalidad es constitutiva de violación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. A través de la interpretación y definición jurídica, en el caso concreto, de cada uno de esos elementos constitucionales antes definidos, se depurará si ha existido resultado exento de arbitrariedad.

El legislativo, junto con el Gobierno, es tal vez el poder público cuya actuación opera más frecuentemente con elementos netamente políticos nutridos de oportunidad. Ello favorece la dificultad de elaborar una teoría sobre su sujeción, como poder público, a la interdicción de la arbitrariedad. Las peculiaridades que se pueden predicar de su potestad discrecional en cuanto al control del que es deudor, son, primeramente, con independencia de que no se pueda dictaminar fácilmente la violación del principio jurídico que nos ocupa aplicado al órgano legislativo, el que puede recibir un adicional control de sanción política. La otra peculiaridad es que, a su vez, debe estructurar y decidir la potestad discrecional de los otros poderes públicos.

En referencia a la actuación discrecional del poder legislativo a la hora de configurar la discrecionalidad de los otros poderes públicos dice el Tribunal Constitucional:

“Solo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad que requieran en su solución por su mismo contenido una decisión distinta pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general, la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los artículos 53.1 y 9.3 de la Constitución,

ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la Doctrina establecida en las sentencias del 10-VII-82, 14-VII-82, 10-XI-83 y sentencias del Tribunal Europeo.

Las herramientas que usa el órgano que controla la discrecionalidad del legislador, además de las que se desprenden del texto, para determinar si su actividad es constitutiva de inconstitucionalidad, son los principios y contenidos del artículo 9 de la Constitución y los principios hermenéuticos usuales en la interpretación jurídica, (entre ellos, el artículo 3 del Código Civil), que, como criterios hermenéuticos, son factores determinantes para extraer, en su aplicabilidad, los criterios doctrinales que usa en dinámica jurídica, para plasmar la voluntad del legislador.

3.2. Notas sobre la discrecionalidad del poder legislativo

En epílogo a lo hasta ahora dicho, diremos que: para tachar la actividad del poder legislativo de arbitraria habría que ofrecer una demostración convincente de que la configuración legal es inconsecuente, incoherente o caprichosa. La potestad del legislador no puede, sin infringir la Constitución, ejercerse desproporcionadamente con sacrificio excesivo o innecesario²⁵, puesto que su misión es dar respuesta a la cambiante realidad social²⁶, no debiendo permanecer la potestad legislativa, inerte ni inactiva ante las transformaciones sociales, so pena de consagrar la congelación del ordenamiento jurídico o la prohibición de modificarlo²⁷.

Solo se incide en inconstitucionalidad cuando las modificaciones del ordenamiento jurídico incurren en manifiesta arbitrariedad caprichosa o en cualquier otra vulneración de la norma suprema²⁸.

La obligación de todos los poderes públicos, incluidos los autonómicos, de acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, implica un deber de lealtad en el ejercicio de sus propias competencias de tal modo que no se obstaculice el ejercicio de las ajenas. La misma sentencia proclama que la creación de incertidumbre jurídica vía legislativa es generadora de inseguridad jurídica que vicia de raíz la Ley, y recuerda²⁹ que, por otro lado, el legislador dispone de amplio margen para decidir.

El órgano legislativo debe necesariamente contemplar categorías y no situaciones concretas³⁰. Por su misma función directriz jurídica y por la característica de que su actividad orienta, o debe orientar, la política de la comunidad. Las funciones concretas del órgano que la materializa, contienen también, dice el Tribunal Constitucional, en parte, directrices políticas. Componente político ineludible en la actividad de todos los poderes públicos que tienen en su haber algún punto elemento de dirección política³¹, de lo que no está exento ni siquiera el órgano representante de la Justicia constitucional.

²⁵ Es en estos términos en los que se basa la STC 99/1987 de 11 de Junio para analizar si ha existido arbitrariedad en la actividad del legislador, matizando que la discrepancia política o el "arbitrio legítimo" no son asimilables a arbitrariedad.

²⁶ STC 227/88 de 29 de Noviembre, f. j. 10.

²⁷ STC 99/87 de 11 de Junio, f. j. 4º.

²⁸ STC 46/90 de 15 de Marzo.

²⁹ STC 76/1990.

³⁰ STC 3/1983.

³¹ García Pelayo, "El estatus del Tribunal Constitucional", REDC nº 1, 1981.

4. Para finalizar

En conclusión añadir, o reiterar, que en la actual concepción jurídica, nuestra y de nuestro entorno, cabe el control jurisdiccional, en su mas amplio sentido, y su pronunciamiento sobre la existencia de violación, en un caso concreto, del principio de interdicción de la arbitrariedad.

El principio de oportunidad no exime al órgano de otorgar una solución técnica respaldada y justificada por datos objetivos, encarrilada en Derecho y congruente y concordante con la realidad en la cual se aplica. El fin de toda potestad es la adecuación a los hechos determinantes, como tuvo ocasión de decir la Audiencia Territorial de Barcelona el 10 de Julio de 1984, añadiendo que la jurisdicción contenciosa puede, y debe, sustituir la solución que contravenga los límites racionales de la discrecionalidad atendiendo a la realidad social y al fin de la potestad.

Todos los actos de la Administración son reglados, nos dice el Tribunal Supremo el día 26 de Enero de 1987, bien conformes a tipos preestablecidos, bien a fines o razones justificantes, pero en todo caso, siempre acorde con el principio de objetividad de la actuación administrativa. Mal puede sostenerse, dice, que la potestad discrecional consista en libertad incondicionada de elección entre indiferentes jurídicos.

La teoría sobre el poder discrecional debe, pues, construirse sobre los principios constitucionales, sobre la protección dinámica de los derechos fundamentales, y sobre el interés social y público que debe presidir toda actuación de los poderes públicos, siempre condicionada por el Derecho, sin olvidar la dignidad de la persona y los derechos que le son afines.

5. Bibliografía utilizada

La bibliografía que se ha utilizado, en mayor medida, es la de los autores:

Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. I. Civitas 1990.

Eduardo García de Enterría, *La lucha por las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*. Civitas 1974, y *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad*.

Tomás-Ramón Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Civitas 1976, y *Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos*. Derecho Político 1982.

Fernando Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Civitas 1976, y *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*.

Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel 1987.

Martin Bullinger, *La discrecionalidad de la Administración Pública*. La Ley 1987, 30 de Diciembre.

Luis López Guerra, *Funciones del Gobierno y dirección política*. DA nº 215.

Manuel Aragón, *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución*. REDC nº 19.