

DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA AL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

POR

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

1. Quiero participar en la conmemoración simbólica del número 100 de la REVISTA —el merecido homenaje al esfuerzo y a la convivencia, al afán de perfeccionamiento de nuestras instituciones, que representa la continuidad de esa centena de números desde que en 1950 apareciera el primero— con una breve colaboración de matiz simbólico también.

De entre los abundantes temas que se han asomado a las páginas de la REVISTA quiero fijarme ahora en los que han aportado su esfuerzo —dogmático, de estudio y de reflexión— para auspiciar una racionalización de los poderes públicos, para postular, más en concreto, un control de la Administración pública construido, en una buena parte —aunque no sólo, por supuesto—, en torno al concepto de discrecionalidad, con el conjunto de ricas elaboraciones dogmáticas que se han proporcionado —aportando materiales de donde pudieran encontrarse: con frecuencia eran los sistemas extranjeros los que abastecían sus experiencias adelantadas—, que han conducido a las variadas modalidades de control de la discrecionalidad administrativa (1). La discre-

(1) Creo que no tiene ningún sentido intentar documentar mi afirmación acerca de la importancia de los esfuerzos dedicados en la REVISTA al estudio de la discrecionalidad administrativa y a la búsqueda y exposición de las técnicas para su control. Se trata de algo obvio que se corrobora con sólo seguir las páginas de los diversos números o incluso con sólo asomarse a los índices. Pero no me resisto a dejar en el tintero, aunque sólo sea una pequeña muestra indicaria de trabajos aparecidos en la RAP, cuyos títulos ya son indicativos de sobras, como breve testimonio de la idea apuntada. Ni que decir tiene que muchos

cionalidad dejaría así, a lo largo del período, de ser ese concepto contundente y como de una pieza, que fuera antaño, para admitir matizaciones y diferencias, para abrir las puertas al control de ámbitos administrativos rigurosamente velados y protegidos en otros tiempos. Control de la discrecionalidad administrativa que, desde las teorizaciones que albergaban las páginas de la REVISTA, iba a conocer como paradigma el postulado de que dicha operación se residenciara en órganos diferenciados e independientes de la propia Administración. Es así cómo se va a teorizar la idea del control judicial, de que la vigilancia y tutela se realice por los Tribunales de Justicia, en el bien entendido de que éstos habían de disfrutar de un *status* de independencia respecto de los poderes administrativos.

No me detendré ahora en pormenorizar ese intensísimo a la par que entrañable —nunca del todo realizado— proceso a cuyo través hoy es ya realidad viva el paradigma tantas veces auspiciado (sin que mis palabras deban interpretarse en tono triunfalista, pues cualquiera sabe que, aunque el tren esté en marcha, queda aún un largo trayecto por recorrer). Tampoco puedo explicar ahora los importantes pasos dados —quemando etapas, en ocasiones, con un ritmo sorprendentemente acelerado— para que pudiera comenzar a tomar cuerpo la realidad apuntada. Ni entraré tampoco en el detalle de las técnicas jurídicas precisas que han sido puestas en disposición de facilitar la realidad apuntada.

otros autores, aparte de los citados, han dedicado su atención a la discrecionalidad, así como que la mayoría de los citados han insistido sobre el tema en reiteradas ocasiones. He aquí la muestra: GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, núm. 38 (1962); GARRIDO FALLA: *El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa*, núm. 13 (1954); CLAVERO ARÉVALO: *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, núm. 30 (1959); S. MARTÍN-RETORTILLO: *La desviación de poder en el Derecho español*, núm. 22 (1957); A. NIETO: *Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*, núm. 44 (1964); J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER: *Materia contenciosa y fiscalización de la discrecionalidad*, núm. 37 (1962).

Aludía también en el texto a las aportaciones proporcionadas por el Derecho Comparado. En efecto, la experiencia francesa, italiana y alemana, entre otras, fueron tenidas muy en cuenta por nuestros especialistas al acercarse al tema. La ciencia jurídica traspasó claramente las fronteras nacionales y nuestra realidad resultó muy enriquecida por las experiencias ajenas. Pero no sólo fueron los autores nacionales los que buscaron allende. Las páginas de la RAP estuvieron también abiertas a colaboradores extranjeros, que nos facilitaron así directamente sus experiencias y conocimientos. Sin intentar tampoco ahora hacer sistema, no me resisto a no citar dos trabajos que si fueron muy reveladores desde mi experiencia personal, tuvieron, creo, un amplísimo influjo y lograron enorme eco: J. RIVERO: *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo francés contemporáneo*, núm. 6 (1951); M. LETOURNEUR: *El control de los hechos por el Consejo de Estado francés*, núm. 7 (1952).

Permitásemme tan sólo recoger un escueto testimonio expresivo de la cota alcanzada —y de todos los pasos preparatorios que han sido precisos para alcanzarla—. Retengamos, en efecto, como pequeña muestra, una concisa afirmación de la vigente Constitución española de 1978 —dejando ahora de lado otros testimonios igualmente válidos que también podríamos extraer de este texto (2)—, cual es la afirmación del artículo noveno, párrafo tres, de que la Constitución garantiza «la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Creo que es una fórmula suficientemente expresiva, como garantía de futuro, pero testimonio también de un largo proceso, al que en buena parte prestaron acogida las páginas de la REVISTA (3).

Paradigma, decía, del control de la discrecionalidad llevado a cabo por jueces independientes. Pero la libre circulación, el intercambio y la propagación de los conceptos y técnicas jurídicas es un hecho. Lo que sirve en unas latitudes del sistema jurídico puede, del mismo modo, resultar válido en zonas distintas y alejadas o, cuando menos, diferentes. La tendencia a la comunicación, la fuerza de ideas como la de la unidad del ordenamiento, la efectiva dificultad, tantas veces atestiguada, de definir barreras firmes y consistentes entre diversas «ramas», «disciplinas», o «asignaturas» jurídicas, no son sino testimonio de la vitalidad del Derecho, con su incesante e intenso flujo continuo. Los conceptos, las técnicas jurídicas que se depuran y aquilatan en determinados ámbitos pueden jugar un papel destacadísimo en medios del todo insospechados.

Se habla, sí, del silencio «administrativo», habiendo logrado la noción un desarrollo consistente y estando arraigada en la conciencia jurídica como una modalidad peculiar del Derecho administrativo. Cuando lo cierto es que la ocurrencia de presuponer por ley determinados efectos a una inactividad es algo que encontramos en muy variadas disciplinas jurídicas. Me gusta a mí, así, recordar lo que sin

(2) Sin insistir, como digo, no me resigno a no aludir a uno de entre los varios datos significativos. Cualquier especialista calibra sin dificultad la estrecha conexión entre las elaboraciones dogmáticas para el control de la discrecionalidad administrativa y la afirmación del artículo 106.1 de la Constitución de que los Tribunales, entre otras cosas, controlan el sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican.

(3) Recuérdese cómo en el número 30, del año 1959, aparecía el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA titulado precisamente *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*.

duda puede calificarse de silencio «legislativo», que juega papel relevante en algunos sistemas constitucionales (4).

En la década de los sesenta, sobre todo, ha conocido un gran desarrollo entre nosotros, como una técnica de virtualidad especial para el Derecho administrativo —y a ello no han sido ajenas las páginas de la REVISTA, en el largo proceso a que antes aludía— la noción de «concepto jurídico indeterminado», hoy arraigadísima en la conciencia jurídica gracias a aquel impulso. Pues bien, la noción había sido teorizada ya entre nosotros, muchos años ha, desde otras disciplinas jurídicas con funcionalidad inequívoca (5). Etcétera. El préstamo de técnicas jurídicas de unas «disciplinas» a otras constituye uno de los temas más apasionantes de la crónica de la historia jurídica.

Pues bien, todo lo anterior nos va a conducir a un punto muy concreto. Hablaba de la idea fuerza de los jueces como controladores de la discrecionalidad administrativa. En esta línea la posibilidad tan aquí latada de controlar la discrecionalidad inaugura una brillante nueva etapa, cuando se abre la oportunidad de controlar la discrecionalidad... de los propios jueces. Las técnicas de verificación de poderes van a lograr aquí ensamblaje perfecto. Y lo que se depuró en el sector administrativo ofrece ahora todas sus virtualidades cuando quiere trasplantarse al sector judicial.

Ya se habrá advertido —y se trata de una constatación obvia para los especialistas— que el fragmento que reproduce de la vigente Constitución española garantizaba la interdicción de la arbitrariedad, no sólo a propósito de la Administración, sino, en general, con fórmula omnicompreensiva, «de los poderes públicos». También, por tanto, de los

(4) Recuérdese, así, el supuesto del artículo primero, sección siete, párrafo dos, de la Constitución de los Estados Unidos de América, de 17 de mayo de 1787, referente a la firma de los proyectos de ley. Está previsto el trámite de sanción por el Presidente de los Estados Unidos, quien deberá firmar cada proyecto, caso de aprobarlo, o devolverlo, lo que exige nueva discusión y quórum cualificado. Pero se contempla una tercera opción, que se formula así:

«Si el Presidente no devolviera un proyecto dentro de los diez días después de haberle sido presentado (no contando los domingos), el proyecto se convertirá en ley lo mismo que si lo hubiera firmado, a menos que el Congreso impida la devolución suspendiendo sus sesiones; en tal caso, el proyecto no se convertirá en ley.»

(5) «Reglas jurídicas indeterminadas, flexibles» es la rúbrica de uno de los apartados del importante libro de don Felipe CLEMENTE DE DIEGO: *Fuentes del Derecho Civil español*, Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, Madrid, 1922, pp. 115 y ss., en el que se encontrarán interesantes razonamientos en la línea apuntada.

jueces, integrantes del expresamente denominado por la Constitución Poder Judicial. De otra parte, la virtualidad concedida en el derecho español a los derechos y libertades fundamentales, a los que la Constitución dedica las mayores atenciones, ha conducido a que se formalizara el recurso de amparo, una de cuyas modalidades atribuye al Tribunal Constitucional la posibilidad, compleja y delicada (6), pero muy interesante (7), de conocer de pretensiones, cuando se entienda que

(6) En opinión del magistrado Antonio CANO MATA: *El recurso de amparo (Doctrina del Tribunal Constitucional)*, Edersa, Madrid, 1983, p. 42, el control por el Tribunal Constitucional de los actos y omisiones de los jueces y tribunales que violen los derechos y libertades «es un tema grave y delicado».

En las Jornadas que la Dirección General de lo Contencioso del Estado organizó, en mayo de 1980, sobre el Tribunal Constitucional —cuyos trabajos fueron recogidos bajo el mismo título en tres volúmenes, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981—, el entonces magistrado del Tribunal Supremo —y ahora del Tribunal Constitucional— Antonio PERA VERDAGUER: *Violación de derechos y libertades por órganos judiciales*, se expresaba en términos muy patéticos —y recuerdo que en su exposición sus palabras tenían un acento especial que mal refleja ahora la letra impresa— del siguiente modo: «... pero no nos resistimos a dejar constancia de que si no por otras razones, por la pura y simple de la dedicación del autor durante cuarenta años, día por día, a la labor de administrar justicia, nuestro criterio, por supuesto particular, individual, insignificante y carente de todo alcance o interés, no puede ser otro que insatisfacción ante esta institucionalización de lo que, en definitiva, puede equivaler a una superinstancia a la que no escaparía ninguna decisión de los órganos del llamado "poder judicial" (...). Hubiera sido pretensión exorbitante la consagrada en otras legislaciones que encomiendan precisamente al más alto órgano judicial estos temas, mas puede también ser excesiva la de signo contrario, reductora de esos mismos órganos judiciales y de cualesquiera de rango inferior, a la condición de potenciales violadores de derechos fundamentales y libertades públicas», etcétera (p. 2116, dentro del vol. III, cit.).

(7) No comparto la postura del magistrado A. HERNÁNDEZ PARDO, presidente de la Audiencia Provincial de Barcelona: *Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 24 de la Constitución, Poder Judicial y Tribunal Constitucional*, en «Poder Judicial», núm. 4 (1982) —por otro lado, interesantísimo número monográfico dedicado al centenario de la LECrim—, quien va a exteriorizar afirmaciones como las siguientes:

«Limitándonos solamente a la materia penal, este artículo [se refiere al 41 de la LOTC, que regula el recurso de amparo contra actos y omisiones judiciales] viola abiertamente los artículos 117 y 123.1 de la Constitución, y el artículo 904 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aparte de muchos otros preceptos de la misma sobre recursos y, por consiguiente, carece de fuerza obligatoria (...).

Por otra parte, siendo el Tribunal Constitucional un órgano político, por la forma en que son designados sus magistrados, y en especial por no formar parte de la Administración de Justicia, el artículo 24.2 de la Constitución le impide conocer de cualquier clase de recursos contra las resoluciones de los Tribunales por no ser juez o Tribunal ordinario predeterminado por la Ley, que sólo lo son los comprendidos en el título VI. De la lectura de las sentencias de amparo dictadas por el referido Tribunal Constitucional, se aprecia que el mismo pretende cons-

dichos derechos y libertades fundamentales han sido lesionados por órganos judiciales.

Pues bien, quiero dejar ahora constancia, en estos breves apuntes tópicos —sin ninguna pretensión de exhaustividad, por supuesto— de cómo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pronto ha comenzado a enfrentarse con supuestos en los que de lo que se trataba era, precisamente, de examinar si eran controlables ámbitos judiciales de decisión, aflorando, en concreto, la pretensión de que fuera analizada y contrastada la discrecionalidad judicial. Así de claro. Hay que advertir, de entrada, que pretensiones tales tienen un ámbito limitado, en cuanto el sistema jurídico quiere que, con frecuencia, los órganos judiciales tengan la última palabra en una amplia serie de decisiones o juicios. Pero ello no impide que surjan, también, casos en los que sea importante controlar, desde fuera, la discrecionalidad judicial. Y así, es posible encontrar ya supuestos en los que el Tribunal Constitucional estima que el poder de apreciación judicial debe ser rectificado. En los que, en una palabra, desde fuera (8), se está contrastando y ponderando la discrecionalidad judicial. Veamos algunos testimonios.

tituirse en un Tribunal Superior de Justicia que quede sometido a la Administración de Justicia.

Dos siglos, 2000 años (?), lleva ésta luchando por su independencia y por la inamovilidad judicial como base de una justicia igual para todas las personas, que un Tribunal nuevo quiere limitar.

En resumen:

3.º El Tribunal Constitucional carece de competencia para conocer de recursos contra las resoluciones dictadas por los jueces y Tribunales de la Jurisdicción ordinaria en los procesos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues los principios constitucionales quedan subsumidos en la misma y no pueden ser aplicados con independencia.

Y 4.º El Consejo General del Poder Judicial, como representante de la Administración de Justicia, y velando por su independencia, fin principal del mismo, debe ordenar que no se remitan al citado Tribunal Constitucional las actuaciones judiciales que reclama para tramitar los recursos de amparo (...), etcétera (p. 118).

(8) Me interesa destacar esta nota de que el control se realiza desde fuera para guardar el paralelismo, que vengo remarcando, con el punto de partida del control de la discrecionalidad administrativa realizada por instancias ajenas a la misma, como son los jueces.

Ello no debe hacernos olvidar la importancia de pasos —para el control de lo judicial también— como el que representa la generalización de la regla de la doble instancia para los juicios penales, que se está produciendo ahora en España, a consecuencia de las exigencias jurídicas del nuevo sistema constitucional. Recuérdese así que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966, no sólo ratificó por España, sino

2. Un caso muy claro lo ofrece la Sentencia, de amparo, 30/1981, de 24 de julio, en relación con la causa penal sobre el incendio del hotel «Corona de Aragón», de Zaragoza. Tras comparecer en la causa y mostrarse parte diversos perjudicados —tégase presente que el incendio causó numerosas víctimas—, al concluirse el sumario, y llegar los autos a la Audiencia Provincial, la Sala va a hacer uso de la posibilidad prevista en el artículo 113 LECrim., a cuyo tenor,

«Podrán ejercitarse expresamente las dos acciones (la penal y la civil), por una misma persona o por varias; pero siempre que sean dos o más las personas por quienes se utilicen las acciones derivadas de un delito

incluso constitucionalizado en virtud del artículo 10.2 de la Constitución, dispone lo siguiente en su artículo 14.5:

«Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley.»

Pues bien, estas exigencias están siendo potenciadas y favorablemente resueltas por el Tribunal Constitucional. Me fijaré así en dos casos bien claros, relativamente recientes:

A) La Sentencia, de amparo, 42/1982, de 5 de julio, va a estimar el recurso y anular un auto del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social de Zaragoza, por el que se denegaba el recurso intentado, decidiendo «reconocer el derecho del recurrente en amparo a que la sentencia condenatoria sea sometida a la consideración de un Tribunal Superior...». Y para alcanzar esta conclusión iban a tener peso decisivo argumentos como el siguiente, que está directamente referido al artículo 14.5 del citado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

«Este mandato, incorporado a nuestro derecho interno (cfr. «Boletín Oficial del Estado», núm. 103, de 30 de abril de 1977), no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal Superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro Ordenamiento» (FJ 3.º).

B) La Sentencia 76/1982, de 14 de diciembre, sobre cuestión de inconstitucionalidad, va a declarar inconstitucional el artículo 14 de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar, en cuanto a algunos de los condenados por el Consejo Supremo de Justicia Militar por la causa 2/1981 (referida a la toma del Congreso de los Diputados por las armas y sucesos concatenados) no se les iba a permitir recurso de casación, al no haber sido condenados a penas de privación de libertad superiores a tres años.

Aunque respecto al citado artículo 14.5 del Pacto se harán algunas precisiones —«De su lectura se desprende claramente que no establece propiamente una "doble instancia", sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un "Tribunal Superior"...»—, es lo cierto que el precepto es tenido muy en cuenta para pronunciar la inconstitucionalidad del precepto que impedía el recurso de casación.

o falta la verificarán en un solo proceso. Y, si fuere posible, bajo una misma dirección y representación, a juicio del Tribunal.»

En consecuencia, acuerda la Sala que salvo la empresa propietaria del hotel, las demás personas que ejercitan acusación particular comparezcan bajo una misma y única representación y dirección letrada (art. 4.º). Quienes luego recurrirán en amparo ante el Tribunal Constitucional, además de otros personados en autos, interponen recurso de súplica que, para ellos, será desestimado, desestimación en la que se va a contener un razonamiento tan interesante para el hilo de nuestro argumento como el siguiente: «... y al ser una resolución discrecional del Tribunal no puede ser objeto de recurso alguno». He aquí, dicho sea incidentalmente, un razonamiento, en su propia terminología, tan característico de determinadas fases históricas del actuar administrativo. Pues bien, contra el auto desestimatorio del recurso de súplica es contra lo que se acude en amparo ante el Tribunal Constitucional alegando vulneración de los artículos 14 y 24 de la Constitución. Advertiré que el Ministerio Fiscal, en su comparecencia en el recurso de amparo, se mostraba partidario del otorgamiento del amparo (ant. 5.º).

El Tribunal Constitucional va a elaborar su fundamentación concediendo muy destacado relieve al derecho a la defensa y asistencia de letrado —al que reconducirá el derecho a la igualdad que también alegaban los recurrentes—, y ello tanto en aplicación inmediata de la Constitución —art. 24.2— como de normas internacionales sobre derechos humanos vigentes en España, y a su vez constitucionalizadas en virtud del artículo 10.2 de la Constitución (9). Pues bien, el razona-

(9) No quiero dejar de transcribir, aunque sea un poco largo, dado su interés, el fundamento jurídico 3 de la sentencia, potenciador, sin duda, de una interpretación amplia de esas dos facetas que, aunque se reconduzcan a una misma funcionalidad, tienen configuración separada. Dice, en efecto, el Tribunal Constitucional:

«El derecho a la defensa y asistencia de letrado, que el párrafo 2.º del artículo 24 de la Constitución reconoce de forma incondicionada a todos es, por tanto, predicable en el ámbito procesal penal no sólo de los acusados, sino también de quienes comparecen como acusadores particulares ejerciendo la acción como perjudicados por el hecho punible. A ello hay que añadir que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales, en su artículo 6.º, 3, c), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, 3, d), al referirse a los derechos mínimos que han de garantizarse a todo acusado, incluye entre ellos el de ser asistido por un defensor

miento de la Sala de la Audiencia de que, «al ser una resolución discrecional del Tribunal no puede ser objeto de recurso alguno», va a encontrar respuesta adecuada en el recurso de amparo. ¿Qué poder de determinación atribuye al Tribunal el mencionado artículo 113 LECrim.? La apariencia de los términos nos sitúa ante una amplitud de facultades: una misma dirección y representación, «si fuere posible», «a juicio del Tribunal». ¿Qué amplitud se concede a este juicio del Tribunal? El propio Tribunal entiende que una discrecionalidad que hace incuestionable la decisión. No va a pensar lo mismo, en cambio, el Tribunal Constitucional. Sus palabras son tajantes: «Por ello, la facultad de apreciación contenida en el artículo 113 de la LECrim. no puede entenderse como meramente discrecional...» (FJ 4). Introduce el Tribunal Constitucional, en su larga argumentación, elementos que van a servir de contraste para la aparente libertad del Tribunal cuya decisión se trata de controlar. Uno de esos elementos de contraste va a ser precisamente el derecho a la defensa y asistencia letrada con todas sus exigencias, con la particularidad de que en el caso debatido, «las partes mantienen distintas posiciones sobre la iden-

de su elección. Por lo que el derecho a la defensa y asistencia de letrado, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución interpretado de acuerdo con los textos internacionales mencionados, por imperativo del artículo 10.2 de la misma, comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación.»

Recuérdese, en efecto, que según el artículo 6.º, 3, c), del Convenio de Roma:

«Todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos:

.....

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección, y si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de justicia lo exijan.»

Por su parte, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, encontramos la siguiente garantía:

«3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

.....

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.»

tividad de los responsables y la naturaleza jurídica de los hechos». Las exigencias del derecho a la defensa y asistencia de letrado, a la vista de las particularidades del caso, fuerzan a entender que no hay tal libertad del Tribunal, y que en el supuesto específico la aplicación del 113 LECrim. debió conducir a otra solución. En este sentido, he aquí otro de los razonamientos del Tribunal Constitucional:

«... parece suficiente, dada la gravedad y trascendencia de los hechos enjuiciados, para que en atención al prevalente respeto al derecho a la defensa y asistencia de letrado, y de acuerdo con el principio de proporcionalidad que siempre debe observarse entre el fin de interés público perseguido y los medios utilizados al efecto, debe excluirse en la presente causa el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 113 de la LECrim. en relación con los promovientes del amparo» (FJ 5).

En efecto, de acuerdo con estos criterios, y con apoyo en una larga argumentación que no me ha quedado más remedio que extractar, el Tribunal Constitucional decidirá «otorgar el amparo solicitado, declarando procede la personación ante la excelentísima Audiencia Provincial de Zaragoza de los recurrentes...».

En definitiva, y por trascender a las circunstancias del caso, que lo que aparecía como una resolución (judicial) en la que sólo al órgano judicial correspondía interpretar la ley, con lo que de hecho iba a disfrutar de una amplia esfera de libertad, resulta susceptible de control de modo que se fijan elementos firmes capaces de ofrecer contraste a la discrecionalidad judicial. Hay un control que se produce desde fuera, y en el que alguno de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución juega un relevante papel como criterio de comparación.

3. La referencia a la discrecionalidad y la utilización de mecanismos de control similares a los teorizados respecto a la discrecionalidad administrativa es también patente en la Sentencia del Tribunal Constitucional 30/1982, de 1 de junio, también de amparo, si bien el caso ofrecerá alguna particularidad digna de ser notada. Va a ser claro el control de la decisión, siendo patente ya la terminología utilizada. La

particularidad estriba en que no se trata de un caso que afecte a la jurisdicción ordinaria, sino que lo que se cuestionaba en el recurso de amparo era una decisión de la jurisdicción militar, un órgano militar actuando claramente como jurisdicción. Explicada la particularidad entiendo que no ofrece mayor relieve para la línea argumental que se desarrolla, pues es una modalidad jurisdiccional expresamente prevista por la Constitución, que le otorga, por supuesto, un claro carácter residual, pero que no discute su carácter jurisdiccional (10). Estamos, además, ante un caso conocido que tuvo, en su momento, destacado relieve en la opinión pública. Me refiero, en concreto, al recurso de amparo interpuesto por el director de *Diario 16*, así como por la empresa editora de esta publicación, contra la decisión del presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar de suspender las acreditaciones otorgadas a dicho periódico para asistir a la vista de la famosa causa 2/1981 (ocupación por las armas del Congreso de los Diputados y todos los acontecimientos concatenados). Recuérdese el plante que protagonizaron algunos de los reos de dicha causa, el 23 de febrero de 1982, en la Sala de Campamento, a consecuencia de determinado artículo periodístico que apareció en el citado diario madrileño. Es entonces cuando se expulsa de la Sala a los periodistas y se retiran las dos acreditaciones que correspondían a la empresa en cuestión, aunque luego se devolverían, pero con la advertencia de que no podrán ser utilizadas por el director del citado periódico, RAMÍREZ CODINA. En fin, no puedo entrar ahora en detalles acerca de los pormenores del caso. Pero también aquí aparece la discrecionalidad, que es lo que ahora importa. Aparece por de pronto en alguna de las resoluciones del Consejo Supre-

(10) En una interesante sentencia de amparo, el Tribunal Constitucional —que actuó en pleno—, en relación con la competencia para enjuiciar a miembros de la Guardia Civil por el presunto delito de tortura por hechos cometidos en cuartel de dicha fuerza, a propósito de discutir si el derecho constitucional que se suponía violado era el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales o el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, sentará la siguiente importante afirmación:

«En realidad, el derecho en juego en el presente caso es más bien el segundo, es decir, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, pues en cuanto al primero no puede afirmarse, en términos generales, que el enjuiciamiento de un asunto por una jurisdicción reconocida constitucionalmente, como es la militar, suponga una negación de la tutela judicial efectiva, ya que ésta puede ser prestada tanto por aquélla como por la ordinaria.»

La afirmación está contenida en el fundamento jurídico primero de la Sentencia 75/82, de 13 de diciembre.

mo de Justicia Militar, si bien tenga yo que documentarla a través de la referencia que da la sentencia (ant. 5.º, b) de la versión que de ellas formuló la parte demandante del amparo. Se dice, en efecto:

«Refiriéndose a una consideración hecha en ambas resoluciones acerca de la "preferencia privilegiada" que para la prensa supone el acceso a la Sala con respecto al público en general, y de su carácter de concesión graciosa, discrecional y condicionada a un comportamiento ético y correcto, arguyen los recurrentes que, prescindiendo del hecho de que el sistema y organización de la selección del acceso a la Sala de la vista es ajena a la cuestión que se ventila, y de que las personas seleccionadas no por ello quedan desposeídas de sus derechos fundamentales, la naturaleza del juicio y las limitaciones de espacio hacían necesaria una selección sobre la base de criterios objetivos y un trato específico a los medios de comunicación, por garantizar éstos mejor el cumplimiento del principio de la publicidad del juicio. Este trato no constituye un privilegio graciable y discrecional, sino una medida al servicio de este principio, por lo que las acreditaciones no son discrecionalmente revocables. La vinculación entre el principio de publicidad y el acceso de los medios de comunicación a las sesiones públicas de los procesos en relación con las libertades de expresión y de información es hoy de todo punto evidente...»

Se habrá advertido cómo en el párrafo transcrito resulta reiterativa la mención a lo discrecional. No voy a entrar ahora en detalles acerca de esta sentencia, muy relevante tanto desde la perspectiva de la libertad de expresión (art. 20 de la Constitución) como de la del principio de publicidad de los juicios (art. 120.1), pues además ya he aludido a la misma en alguna otra ocasión. Centrándonos en el punto estudiado, interesa ahora ver cómo se buscan criterios objetivos, para así poder limitar lo que se concebía como una facultad libre. Enlazando con la cuidada argumentación a que he hecho referencia, se razona así a lo largo del fundamento jurídico 4.º:

«Consecuencia de ello es que, dadas las limitaciones de cabida del recinto, hubo de establecerse una selección

en orden a la asistencia a la vista, concediéndose acreditaciones sobre la base de criterios objetivos. En este sentido, no resulta adecuado entender que los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente, atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado.»

De modo que no es discrecional del Consejo Supremo —del juez o tribunal, se puede entender, generalizando lo que es impecable doctrina institucional— el otorgar o retirar las acreditaciones. Puede que no haya tantas plazas como (informadores) aspirantes y entonces será preciso seleccionar, pero, como se dice, «sobre la base de criterios objetivos». Un poco más adelante, la sentencia va a afirmar que «las restricciones que se impongan no pueden ser distintas a las que se establezcan con carácter general». Aparte de que el Tribunal Constitucional se cuida también de establecer que la reacción del Consejo Supremo, cuyo presidente pretende justificarla como una de las medidas de «policía de estrados», prevista por la ley, resulta desproporcionada y fuera de contexto. Por lo que, también, desde esta perspectiva, se están contrastando poderes del Tribunal, omnímodos en apariencia. Y, en coherencia con todo este tipo de razonamientos, el fallo concluye otorgando el amparo solicitado. La lección general que nos depara es, por tanto, la de que no es correcta la creencia subjetiva del órgano judicial que estimaba disponer la libertad para otorgar o retirar las acreditaciones que franquean el acceso a la vista. El haz de discrecionalidad puede ser controlado por una instancia ajena. Y la libertad que parece deducirse de tal objetividad puede ser contrastada con criterios objetivos. También aquí los derechos y libertades garantizados por la Constitución juegan un papel relevante. De modo que, en definitiva, la pretendida esfera de libertad no es tal. Cabe, sin duda, controlar la discrecionalidad del Tribunal.

4. Creo que los dos ejemplos que acabo de describir son suficientemente expresivos para dejar constancia de la línea de actuación que he querido exponer. Obsérvese, además, que en ambos casos no se está poniendo en causa la decisión jurisdiccional propiamente dicha, la con-

creta resolución del litigio jurídico en sentido estricto. Se controla la decisión jurisdiccional, actuación indudable de Tribunal, pero en aspectos colaterales. Se evidencia así la amplitud de poderes de decisión que incumben a los jueces, colaterales, preparatorios o conexos con el momento decisivo de dictar sentencia. A este respecto conviene resaltar que el Tribunal Constitucional se muestra cuidadoso y delicado, afirmando, reiteradamente, que debe respetar el ámbito de apreciación del juez a la hora del fallo concreto de los litigios. Por decirlo con sus propias palabras, hablará el Tribunal Constitucional de «... un margen de apreciación del juzgador, indisociable de su función, y en la que este Tribunal no podría entrar» (11). De modo que este aspecto debe quedar muy claro (12). Pues así resalta y cobra mayor valor la nota de control de la discrecionalidad judicial a que vengo refiriéndome. Insisto que sólo pretendía desvelarla para llamar la atención, y que no ha sido mi intención hacer un análisis completo y sistemático. Quede constancia, incluso, de que, en ocasiones, el Tribunal Constitucional no ha querido entrar, aunque se le había planteado expresamente, en esta línea de control de la discrecionalidad judicial que se quiere resal-

(11) La frase está tomada del fundamento jurídico 6.º de la Sentencia, de amparo, de 30 de marzo de 1981, amparo que sería denegado y en el que se solicitaba la revisión de determinada condena penal. Tal vez valga la pena reproducir el párrafo íntegro en el que se inserta la frase recogida:

«Por otra parte, la simple desigualdad en los fallos de diversos casos aparentemente iguales en sus supuestos de hecho no da derecho tampoco, sin más, a entender vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la ley, pues tales diferencias entre los fallos pueden tener su justa razón de ser o bien en la no identidad de los hechos probados o bien en un margen de apreciación del juzgador, indisociable de su función y en la que este Tribunal no podría entrar.»

(12) Con estas palabras extractaba Diego LÓPEZ GARRIDO la experiencia del primer año de funcionamiento del Tribunal Constitucional, en relación al punto que nos afecta: «El Tribunal Constitucional ha seguido una reiterada jurisprudencia sobre recursos de amparo en el sentido de que el Tribunal Constitucional no es juez del caso (Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 1981, «R.A.», núm. 124/80, II, 2). En efecto, el recurso de amparo no es, dice el Tribunal Constitucional, un recurso de revisión del derecho aplicado por jueces y tribunales (autos de 22 de diciembre de 1980, Sala Primera, y de 26 de noviembre de 1980); no es una nueva instancia (Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981, núm. 90/80, II, 7, a); es un «proceso constitucional» (auto de 26 de noviembre de 1980, Sala Primera); El Tribunal Constitucional no puede «valorar la forma en que los órganos del poder judicial en general y en particular el Tribunal Supremo, interpretan y aplican las leyes, en tanto no se violen las garantías constitucionales» (Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de mayo de 1981, cit.). (Un año del Tribunal Constitucional, etcétera, «Revista de Derecho Político», núm. 13 [1982], p. 202). Mucho más reticente, en cambio, Alfonso PÉREZ GORDO: *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 130 y ss. y *passim*.

tar (13). Sabido es el zigzagueante paso que ha conocido, en el ámbito que nos sirve de modelo, la evolución de las líneas de control de la discrecionalidad administrativa (14). Pero, con todo, los casos estudia-

(13) Por citar un ejemplo sobresaliente, me referiré a la bien conocida Sentencia, de amparo, del Tribunal Constitucional 3/1982, de 8 de febrero. Se cuestionaba ahí —se pedía que se controlara— la sanción disciplinaria impuesta a un juez de distrito por la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca (con el amparo se pedía que se anulara la decisión de inadmisibilidad —forzando, por tanto, a entrar en el fondo del asunto—, pronunciada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial y confirmada luego por la Sala Quinta del Tribunal Supremo). El Tribunal Constitucional va a denegar el amparo en este supuesto de incidencia transitoria echando mano de la distinción entre acto de carácter jurisdiccional y acto de carácter gubernativo. La facultad disciplinaria de la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial, un tanto artificiosamente, suscita al Tribunal Constitucional, tras considerar diversos argumentos, la siguiente toma de postura: «Nos llevan a la conclusión de que en este caso la Sala de Gobierno, que actúa como Sala de Justicia, lo hace como un órgano judicial, que ejerce una función jurisdiccional» (FJ 2, A). Es así como se va a rechazar la vía del recurso contencioso-administrativo, cuya posibilidad hipotética se admite para el supuesto de que el acto cuestionado se hubiera considerado como «acto imputable a un órgano gubernativo y, por ello, de carácter administrativo (desde una perspectiva material), por lo que sólo en este segundo caso la inadmisión de un recurso contencioso habrá dejado al solicitante del amparo sin la tutela efectiva de los jueces y tribunales...» (FJ 1).

Digo que «un tanto artificialmente». En efecto, la línea argumental que he desarrollado en el texto nos sitúa ante el control de actividades jurisdiccionales, de decisiones judiciales, al margen de distingos, como el de separar lo materialmente administrativo o gubernamental de lo materialmente —y, por supuesto, orgánico, en ambos casos— judicial o jurisdiccional.

Aludía también a «un supuesto de incidencia transitoria». En efecto, buena parte de la argumentación del Tribunal Constitucional va a tener que consumirse en la cuestión de la retroactividad de las normas. En efecto, con posterioridad a las decisiones judiciales iniciales —pero antes de la decisión del Tribunal Supremo y, lógicamente, con antelación al recurso de amparo—, la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial, de 10 de enero de 1980, modificaría el viejo criterio, admitiendo expresamente la posibilidad de recurso contencioso-administrativo frente a la actividad disciplinaria que incidiera sobre los jueces. Véase, al respecto, lo que he señalado en mi trabajo *Evolución reciente del contencioso-administrativo*, núm. 95 de esta REVISTA (1981), pp. 28 y ss.

(14) Una interesante sentencia, en la que confluye el tema del control de la discrecionalidad administrativa con el tema del control del margen judicial de apreciación, se produce por el Tribunal Constitucional cuando ya está prácticamente acabado este trabajo. Pero aún me cabe la oportunidad de hacerme eco en esta nota del fallo. Me refiero a la Sentencia, de amparo, 39/1983, de 16 de mayo, sobre el caso de un coronel de Infantería de Marina que, según la clasificación formulada por el Consejo Superior de la Armada, quedó sin posibilidad de acceder al grado de general de brigada del mismo Cuerpo.

Yo mismo había tenido oportunidad de ocuparme incidentalmente del caso cuando en mi trabajo *Evolución reciente del contencioso-administrativo*, cit., analicé la Sentencia del Tribunal Supremo —de 24 de septiembre de 1980, Sala Quinta, Arz. 3278—, que desestimó el recurso contencioso-administrativo correspondiente al supuesto. En aquella ocasión criticaba la postura del Tribunal Supremo, que entendía subsistentes, aun después de promulgada la Constitución, los preceptos legales que sustraían determinados campos de actuación administrativa al recurso jurisdiccional, en concreto, al recurso contencioso-administrativo, y que afirmaba al respecto, a propósito del artículo 24 de la Constitución,

dos me parecen ejemplares como testimonio de una vía que ha quedado abierta, con todos los honores, y que puede alcanzar amplias cotas de realización en el futuro. Es grato constatar, así, la inesperada

que «tal disposición constitucional es una declaración de derechos y no expresa la forma y medios en que tales derechos han de ser protegidos por los tribunales». Entonces tuve oportunidad de pronunciarme en los términos siguientes: «Aunque hay algo que debe quedar claro: una cosa es afirmar la competencia del tribunal, la posibilidad de control, y otra, muy distinta, afirmar que el tribunal tenga elementos de juicio para sustituirse al órgano administrativo en una determinada decisión. Estamos ante algo así como el ABC del contencioso-administrativo. Reconocer el control no implica proclamar sin más que de forma automática los tribunales vayan a ocupar la plaza de los órganos administrativos, aun en los asuntos más delicados y espinosos, en los que el tomar decisiones suele exigir un grado de preparación especializada que no tienen, por definición, los miembros del tribunal» (pp. 11-12).

Pues bien, hoy me satisface constatar que los criterios que entonces expresaba son seguidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional que nos ocupa.

A) Va a afirmarse con rotundidad que el artículo 40, f), LJ, así como la disposición adicional tercera de la Ley 78/1968, de 5 de diciembre, sobre escalas y ascensos de oficiales de la Armada, en cuanto restringiendo la posibilidad de recurso, han de considerarse derogados tras la entrada en vigor de la Constitución.

B) En esta línea se va a reiterar la conocida doctrina del Tribunal Constitucional, pero tan oportuna para el caso, dada la afirmación del Tribunal Supremo que antes transcribía, de que «los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo».

C) Pero aun rectificando en esos puntos decisivos la postura del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional va a entender que el Tribunal no tenía elementos para sustituirse a la decisión del órgano administrativo.

El abogado del Estado, al razonar en su escrito en contra del recurso de amparo, iba a entender, tras analizar el contenido de la sentencia, que «la Sala que la dictó ha obrado como debe hacerse ante cualquier caso de potestades administrativas discrecionales de contenido técnico, valorando todos aquellos aspectos a los que la discrecionalidad no debe extenderse». Es decir, se estaba abogando a favor de la barrera donde debe detenerse la inquisición y el poder de decisión del juzgador en cuanto la discrecionalidad no ofrece flancos por donde ser atacada. Pues bien, el Tribunal Constitucional va a aceptar esta línea de argumentación. No encuentra el clavo a que agarrarse: así, lamenta que no se aleguen causas específicas de anulación como podría haber sido la desviación de poder —nueva mención al universo de la discrecionalidad y su control (FJ 3)—. Al ponderarse los esfuerzos de la jurisprudencia y la doctrina para que el control judicial fuera lo más amplio y efectivo posible, se razonará: «Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa, por su propia naturaleza, al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad...» (FJ 4).

Está claro, por tanto, cómo el Tribunal Constitucional se está moviendo entre las técnicas consagradas de control de la discrecionalidad administrativa, con sus posibilidades, pero también con sus limitaciones y acotados. La sentencia ofrece así esta faceta interesante de reflejar el estado de la cuestión acerca del control de la discrecionalidad administrativa, de incorporar, por tanto, a su

vida que pueden alcanzar unos conceptos y unas técnicas jurídicas, generosamente lanzadas al ruedo de la vida del Derecho. Y que pueden lograr efectos positivos en los más inesperados ámbitos (15).

prosa sistemas de conceptos habituales ya en la doctrina y en la jurisprudencia de los Tribunales de la Contencioso-administrativo. Y en lo que respecta a la decisión del Tribunal Supremo que se cuestionaba se va a producir una notable rectificación en cuanto a conceptos y argumentos, corrigiendo con énfasis afirmaciones del Supremo. Pero tal cambio de enfoque en cuanto a las argumentaciones no acarreará, en cambio, la modificación del fallo, confirmándose, por tanto, la apreciación del Tribunal.

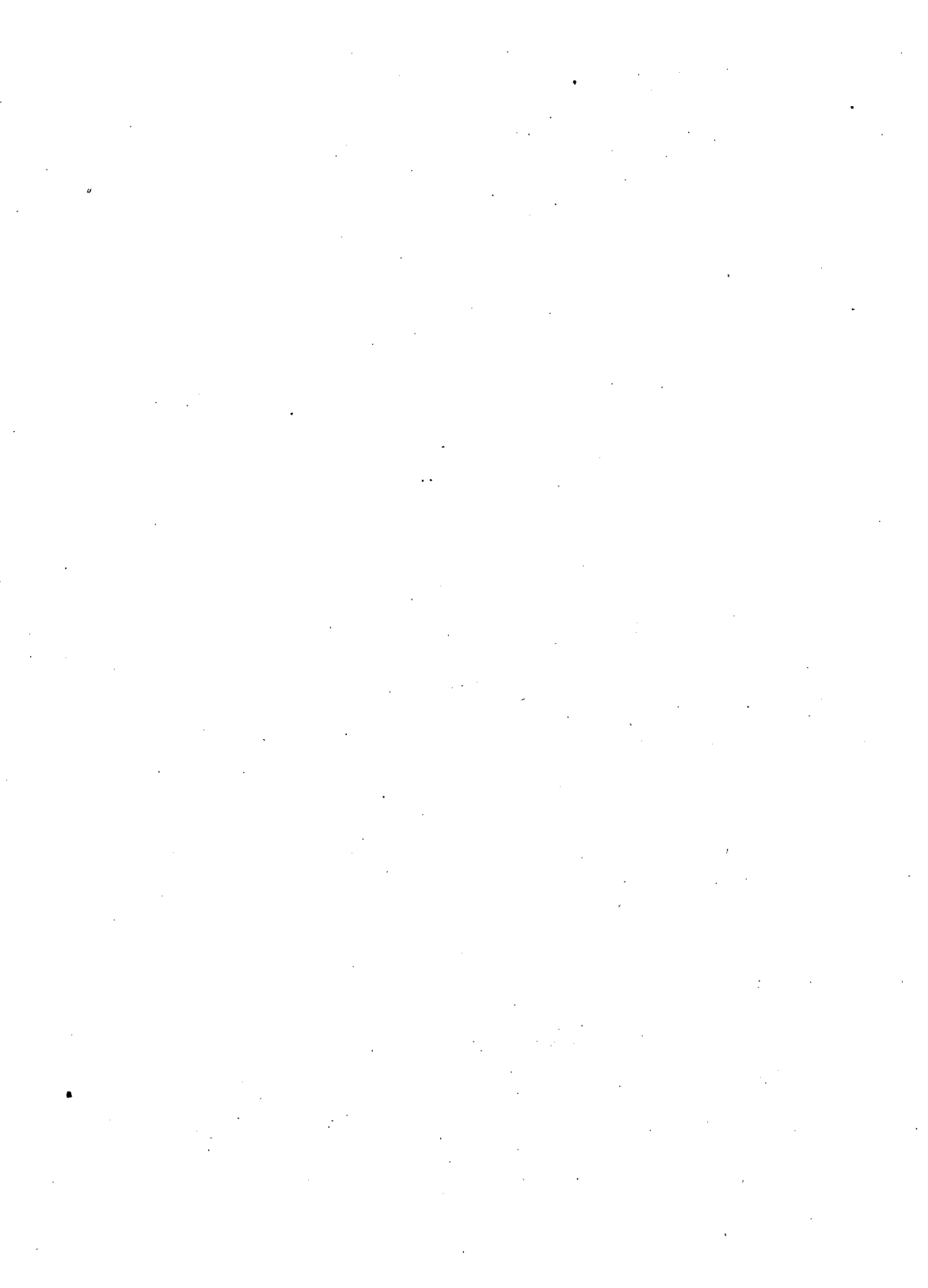
(15) Quiero llamar la atención también acerca del incentivo que puede recibir la idea que he desarrollado en las presentes páginas, a consecuencia del fuerte influjo que ha de tener —que está teniendo ya— sobre el sistema jurídico español la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo. Sin que sea éste el momento de insistir, a modo de muestra, obsérvense lo oportunas que resultan para la tesis apuntada alguna de las afirmaciones de la Sentencia sobre el caso *The Sunday Times*, de 26 de abril de 1979. He aquí un fragmento indicativo que tomo del apéndice del volumen colectivo coordinado por GARCÍA DE ENTERRÍA: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2.^a ed., Ed. Civitas, Madrid, 1983, pp. 484-485, advirtiendo que se trata de texto no oficial y extractado:

«De acuerdo con ello, el artículo 10.2 deja a los Estados contratantes un margen de apreciación. Sin embargo, el artículo 10.2 no otorga a los Estados contratantes un ilimitado poder de apreciación. El Tribunal ostenta la decisión última sobre si una "restricción" es compatible con la libertad de expresión, tal y como se encuentra protegida en el artículo 10.

El Tribunal ha deducido de una combinación de estos principios que no es su misión el ocupar el lugar de los tribunales nacionales competentes, sino el revisar, a la luz del artículo 10, las decisiones que han tomado en el ejercicio de su poder de apreciación.

Esto no significa que la supervisión del Tribunal esté limitada a determinar si un Estado demandado ha ejercido su discrecionalidad razonable, cuidadosamente y de buena fe. Incluso un Estado contratante que así actuase permanece sujeto al control del Tribunal en relación a la compatibilidad entre su conducta y los compromisos que ha asumido bajo el convenio.

Asimismo, la amplitud del poder de apreciación doméstico no es idéntico en relación a cada uno de los fines incluidos en el artículo 10.2. El caso *Handyside* se refería a la "protección de la moral". El Tribunal observó que el punto de vista adoptado por los Estados contratantes en lo relativo a los "requisitos morales" varía según las épocas y los lugares, especialmente en nuestra era, y las autoridades estatales están, en principio, en una mejor posición que el juez internacional para dar una opinión del contenido exacto de estos requisitos. Precisamente, para el Tribunal, no puede decirse lo mismo de una noción mucho más objetiva como es la de "autoridad del poder judicial". La práctica y la legislación interior de los Estados contratantes revela en esta materia una medida sustancialmente de base común. Ello se refleja en un conjunto de disposiciones del convenio, incluyendo el artículo 6.º, que no tiene equivalente en lo que se refiere a la "moralidad". De acuerdo con todo ello, a una mayor supervisión europea corresponde un menor poder discrecional de apreciación.»



3. Expropiación

