

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	9
NOTA PRELIMINAR.....	13
INTRODUCCIÓN	15
I. ALCANCE Y LÍMITES DE LA RECIENTE POLÉMICA DOCTRINAL SOBRE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU CONTROL JUDICIAL	16
II. EN PARTICULAR, LA AUSENCIA DE UNA DISCUSIÓN PREVIA SOBRE LOS FUNDAMENTOS TEÓRICO-NORMATIVOS Y JURÍDICO-METODOLÓGICOS DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	25
III. COINCIDENCIAS EN LOS PUNTOS DE PARTIDA DEL DEBATE DOCTRINAL.....	37
 CAPÍTULO PRIMERO. BASES DOGMÁTICAS PARA UN ESTUDIO SOBRE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	 45
I. LA RACIONALIZACIÓN DEL DEBATE SOBRE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU CONTROL JUDICIAL. SUS NIVELES Y OBJETIVOS.....	46
1. Los tres niveles del debate (teórico-normativo, jurídico-metodológico y dogmático-constitucional).....	46
2. Objetivos para un estudio sobre la discrecionalidad administrativa y su control judicial.....	51
A) <i>Excursus</i> sobre el control jurídico de los llamados <i>actos políticos del Gobierno</i>	51
B) ¿Reconducción del debate sobre los límites del control judicial de la discrecionalidad administrativa a un debate sobre los límites constitucionales de su atribución?	61

	<u>Pág.</u>
II. PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS DEL PRESENTE ESTUDIO	61
1. ¿Qué aproximación al fenómeno de la discrecionalidad administrativa y al de su control judicial? Nuestro sistema constitucional impone una aproximación <i>teórico-normativa</i> y <i>jurídico-metodológica</i>	61
2. El punto de partida: la <i>accesoriedad</i> de la intensidad del control jurisdiccional de la actuación administrativa respecto de la densidad de su programación jurídica	78
3. Carácter <i>positivo</i> o <i>negativo</i> de la programación y del control jurídicos de la actividad administrativa	84
4. <i>Control del ejercicio</i> y <i>control de la atribución</i> de las potestades administrativas, en particular de las discrecionales:	92
A) La procedencia y utilidad dogmáticas de la distinción	92
B) Jurisdicciones competentes:	95
a) Alcance y límites de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa	95
b) La colaboración de la jurisdicción contencioso-administrativa con la jurisdicción constitucional en el <i>control de la atribución</i> de las potestades discrecionales otorgadas por el legislador... ..	100
5. Recapitulación.....	105
 CAPÍTULO II. LA LOCALIZACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD DENTRO DE LA ESTRUCTURA LÓGICO-FORMAL DE LA NORMA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA.....	 107
I. LA NECESIDAD DE UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS FUNDAMENTOS TEÓRICO-NORMATIVOS DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA COMO PASO PREVIO IMPRESCINDIBLE A TODA DISCUSIÓN SOBRE LOS LÍMITES DE SU CONTROL JUDICIAL Y LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE SU ATRIBUCIÓN.	109
II. LA TESIS SEGÚN LA CUAL LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA SÓLO OPERA EN EL ÁMBITO DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS NORMAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS.....	114
1. La erradicación de la discrecionalidad administrativa del ámbito del supuesto de hecho de las normas jurídico-administrativas. La discrecionalidad administrativa como <i>margen de volición</i> para elegir entre la adopción o no de una consecuencia jurídica u otra en la aplicación de normas de estructura condicional que no obligan a adoptar la consecuencia jurídica por ella prevista o no predeterminan la consecuencia jurídica que deba o pueda adoptarse:	114
A) La formulación de la teoría del <i>Rechtsfolgeermessen</i> (discrecionalidad en la adopción o determinación de la consecuencia jurídica) en la doctrina alemana	114

	<u>Pág.</u>
B) Los límites justiciables de la discrecionalidad administrativa. En particular, la teoría de los vicios jurídicos en que puede incurrir la Administración con ocasión del ejercicio de una potestad discrecional (<i>Ermessensfehlerlehre</i>). Contracción de la discrecionalidad (<i>Ermessensschrumpfung</i>) y sustitución judicial de la decisión administrativa discrecional	117
C) La recepción de la teoría alemana del <i>Rechtsfolgeermessen</i> por la doctrina y jurisprudencia españolas.....	120
D) Dudas que suscita la teoría del <i>Rechtsfolgeermessen</i> desde el punto de vista teórico-normativo.....	125
2. La distinción categorial entre discrecionalidad administrativa y <i>margen de apreciación</i> como consecuencia de la erradicación de aquélla del ámbito del supuesto de hecho de las normas jurídico-administrativas. El llamado <i>margen de apreciación</i> como mero <i>margen de cognición</i> en la aplicación de conceptos normativos indeterminados:	127
A) La doctrina alemana del <i>margen de apreciación</i> (<i>Beurteilungsspielraum</i>):	127
a) Supuestos en los que la jurisprudencia y la doctrina hoy en día mayoritaria en Alemania reconocen a la Administración un <i>margen de apreciación</i> :	129
a') Evaluación y calificación de exámenes y pruebas de aptitud profesional.....	130
b') Evaluación del rendimiento y de los servicios prestados por funcionarios públicos	131
c') Decisiones de carácter valorativo adoptadas por órganos colegiados independientes dotados de una composición plural y/o de una especial legitimación (funcional, técnica o social)	132
d') Emisión de juicios prospectivos de carácter valorativo, técnico o político-administrativo	133
b) Los límites justiciables del <i>margen de apreciación</i> . En particular, la teoría de los vicios jurídicos en que puede incurrir la Administración con ocasión de la aplicación de un concepto normativo indeterminado habilitante de un <i>margen de apreciación</i> (<i>Beurteilungsfehlerlehre</i>). Contracción del margen y sustitución judicial de la apreciación administrativa	134
c) Fundamentación dogmática del <i>margen de apreciación</i> en la doctrina alemana:.....	136
a') Fundamentación teórico-normativa	137
b') Vinculación del <i>margen de apreciación</i> a determinados tipos de decisión administrativa	140
c') Fundamentación jurídico-funcional	141
d') La conceptualización del <i>margen de apreciación</i> como <i>margen habilitado por la Ley</i> . La teoría de la habilitación normativa (<i>normative Ermächtigungslehre</i>).....	144

	<u>Pág.</u>
e') Fundamentación <i>tópica</i> o <i>integradora</i> del <i>margen de apreciación</i>	147
d) <i>Margen de apreciación</i> y derechos fundamentales: la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la inconstitucionalidad en que incurren los tribunales contencioso-administrativos cuando reconocen a la Administración un <i>margen de apreciación</i> excesivo en ámbitos sensibles para los derechos fundamentales:	150
a') En particular, reducción del <i>margen de apreciación</i> en la calificación de publicaciones como «nocivas para la juventud»	153
b') En particular, reducción del <i>margen de evaluación o valoración</i> de los órganos juzgadores de pruebas de aptitud o idoneidad profesional	156
B) La recepción de la teoría alemana del <i>margen de apreciación</i> por la doctrina y jurisprudencia españolas	157
a) Conceptuación del <i>margen de apreciación</i> como <i>margen de cognición</i>	158
b) Conceptuación del <i>margen de apreciación</i> como <i>margen de decisión</i> estructuralmente equiparable a la discrecionalidad administrativa	160
III. LA TESIS SEGÚN LA CUAL LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA OPERA TANTO EN EL ÁMBITO DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS COMO EN EL DEL SUPUESTO DE HECHO (INDETERMINADO) DE LAS NORMAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS	161
1. La teoría <i>unitaria</i> de la discrecionalidad administrativa en la doctrina alemana (<i>Ermessen als Rechtsfolge- und Tatbestandsermessen</i>)	161
2. Fundamentación dogmática y variantes de la teoría <i>unitaria</i> de la discrecionalidad administrativa:	162
A) La concepción de ciertos conceptos normativos indeterminados como habilitaciones discrecionales	163
B) La tesis sobre la imposibilidad e inoportunidad de una distinción categorial entre discrecionalidad administrativa y conceptos normativos indeterminados	169
C) La concepción de la discrecionalidad administrativa y del <i>margen de apreciación</i> en la aplicación de conceptos normativos indeterminados como manifestaciones de un mismo fenómeno estructural: la «concreción de normas abiertas» en sede aplicativa por la Administración	172

	Pág.
D) La conceptualización del ejercicio de la discrecionalidad y de la aplicación de conceptos normativos indeterminados como formas equivalentes de aplicación reglada del Derecho.....	176
E) La jurisprudencia que admite la posibilidad de que la discrecionalidad <i>absorba</i> los conceptos indeterminados contenidos en normas que, al mismo tiempo, habilitan discrecionalidad en la adopción o determinación de la consecuencia jurídica (<i>Kopplungsvorschriften</i>)	178
3. La teoría <i>unitaria</i> de la discrecionalidad administrativa en la doctrina española reciente. Remisión	180
IV. LA TESIS SEGÚN LA CUAL LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA SÓLO OPERA EN EL ÁMBITO DEL SUPUESTO DE HECHO (<i>IMPERFECTO</i>) DE LAS NORMAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS.....	181
1. La conceptualización de la discrecionalidad administrativa como habilitación a la Administración para completar o integrar un supuesto de hecho normativo imperfecto o crear un supuesto de hecho normativo inexistente (<i>Ermessen als Ermächtigung zur Tatbestandsergänzung bzw. -bildung</i>)	181
2. La aplicación de los conceptos normativos indeterminados en su zona de incertidumbre supone también, en cuanto exige completar un requisito o elemento <i>imperfecto</i> del supuesto de hecho normativo, el ejercicio de discrecionalidad	188
3. Toma de posición.....	191
CAPÍTULO III. ALCANCE Y LÍMITES INTRÍNSECOS DEL CONTROL JURÍDICO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. EN PARTICULAR, EL CONTROL DE LA APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS NORMATIVOS INDETERMINADOS Y DEL EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD	193
I. FUNDAMENTOS JURÍDICO-METODOLÓGICOS	194
1. La aplicación de conceptos normativos indeterminados	194
A) Recordatorio de su estructura lógico-semántica.....	194
B) Límites del razonamiento lógico-deductivo en la <i>zona de incertidumbre</i> de los conceptos indeterminados. La necesidad de integrar una laguna <i>intra legem</i> en sede aplicativa.....	199
2. El ejercicio de la discrecionalidad como <i>perfección</i> o integración en sede aplicativa del supuesto de hecho inacabado de la norma que la habilita. Remisión.....	201
3. Los conceptos normativos indeterminados y la discrecionalidad como manifestaciones de un mismo fenómeno: la <i>perfección</i> o integración en sede aplicativa del supuesto de hecho <i>imperfecto</i> (indeterminado o inacabado) de una norma jurídico-administrativa.....	203

	<u>Pág.</u>
II. ALCANCE Y LÍMITES INTRÍNSECOS DEL CONTROL JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE CONCEPTOS NORMATIVOS INDETERMINADOS Y DEL EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD. ¿CONTROL <i>POSITIVO</i> O <i>NEGATIVO</i> ?	206
III. UN EJEMPLO DE CONTROL JURÍDICO (<i>NEGATIVO</i>) DE LA APLICACIÓN DE UNA NORMA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA QUE, A LA VEZ QUE HABILITA DISCRECIONALIDAD EN LA ADOPCIÓN DE SU CONSECUENCIA JURÍDICA, CONTIENE CONCEPTOS INDETERMINADOS EN EL SUPUESTO DE HECHO.....	212
 CAPÍTULO IV. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, LÍMITE CONSTITUCIONAL A LA ATRIBUCIÓN DE POTESTADES DISCRECIONALES	219
I. LA DOBLE VIRTUALIDAD DEL ART. 24.1 CE COMO PARÁMETRO CONSTITUCIONAL DEL <i>CONTROL DEL EJERCICIO</i> Y DEL <i>CONTROL DE LA ATRIBUCIÓN</i> DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES.....	220
1. El derecho a la tutela judicial efectiva como parámetro constitucional del <i>control del ejercicio</i> de las potestades discrecionales	221
2. El derecho a la tutela judicial efectiva como parámetro constitucional del <i>control de la atribución</i> de las potestades discrecionales:.....	222
A) Tutela judicial efectiva y atribución de potestades discrecionales o regladas. Efectos recíprocos derivados de la <i>accesoriedad</i> de la intensidad del control jurídico de la actuación administrativa respecto de la densidad de su programación normativa	222
B) El derecho a la tutela judicial efectiva como parámetro <i>flexible</i> del <i>control de la atribución</i> de las potestades discrecionales. Su necesaria ponderación con otros principios o valores constitucionales, en particular el principio de división de funciones y el de eficacia de la actuación administrativa.....	228
C) La exigencia constitucional de justificación (funcional) y compensación (procedimental y organizativa) del «déficit de programación/control» que puede conllevar la atribución de potestades discrecionales, especialmente en ámbitos sensibles para los derechos fundamentales	233
D) La necesaria interpretación de la exigencia constitucional de programación normativa de la actuación administrativa a la luz del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La <i>fuerza expansiva</i> del art. 24.1 CE en punto a la determinación del alcance y la intensidad del principio de legalidad y de la reserva de ley.....	237
E) El derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental «de contenido complejo», procesal y material	241

	<u>Pág.</u>
F) Tutela judicial efectiva y autoprogramación normativa de la Administración en ámbitos cuya regulación no está reservada a la ley y en los que ésta tampoco ha penetrado	244
G) Conclusión: el derecho a la tutela judicial efectiva como <i>regla de distribución de la carga de argumentación jurídica</i>	248
 II. SUPUESTOS EN LOS QUE LOS LÍMITES INTRÍNSECOS DEL CONTROL DEL EJERCICIO DE UNA POTESTAD DISCRECIONAL PUEDEN PROVOCAR EL CONTROL DE SU ATRIBUCIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. ALGUNOS CASOS A MODO DE EJEMPLO	250
1. Derecho administrativo sancionador: límites intrínsecos del control del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa cuando el legislador infringe el principio de legalidad punitiva en su vertiente material	250
2. Derecho de la Función Pública: límites intrínsecos del control del ejercicio de la potestad de provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública por el procedimiento de libre designación	253
3. Derecho urbanístico: límites intrínsecos del control del ejercicio de la potestad de planeamiento urbanístico	264
4. Secretos de Estado: límites intrínsecos del control del ejercicio de la potestad de clasificación y desclasificación de secretos oficiales:	268
A) Introducción a la problemática del control jurisdiccional de los secretos oficiales	269
B) Un primer intento fallido de respuesta legislativa: el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de Secretos Oficiales de agosto de 1996	285
C) La doctrina del Tribunal Supremo relativa al alcance y límites del control jurisdiccional de los acuerdos de clasificación y no desclasificación de secretos oficiales. En particular, las Sentencias del Pleno de su Sala 3. ^a de 4 de abril de 1997, recaídas en los recursos de amparo ordinario interpuestos, por presunta vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, por el que no se accedió a la desclasificación de determinados documentos secretos del CESID solicitada por tres Jueces de Instrucción:	291
a) Antecedentes	291
b) Una cuestión previa: la constitucionalidad de la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, modificada por la de 7 de octubre de 1978	293
c) Alcance y límites del control jurisdiccional de los acuerdos de clasificación o no desclasificación de secretos oficiales:	295
a') ¿Actos administrativos plenamente justiciables o actos políticos en principio inmunes al control judicial ordinario?	295

	<u>Pág.</u>
b') La viabilidad, en todo caso, de un control jurídico(-constitucional) del acto de clasificación o no desclasificación como consecuencia del deber de ponderar los bienes y derechos constitucionales en conflicto (la seguridad del Estado, por un lado, y el derecho a la tutela judicial efectiva, por otro) a la hora de adoptarlo.....	297
c') Un apunte crítico: ¿control o sustitución de la ponderación?	298
BIBLIOGRAFÍA CITADA	303