



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

El principio de buena administración: discrecionalidad y procedimiento administrativo

Julio Ponce Solé

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

EXCIÒS DE PRÉSTEC

**EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN: DISCRECIONALIDAD Y
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.**

Tesis doctoral presentada por Julio Ponce Solé

PER OPTAR AL TÍTOL DE DOCTOR EN DRET

DIRECTOR DE LA TESI: Dr. TOMÀS FONT i LLOVET

DEPARTAMENT DE DRET ADMINISTRATIU I DRET PROCESSAL DE LA
UNIVERSITAT DE BARCELONA.

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET ADMINISTRATIU

BIENNI EN EL QUE FOU APROVAT: 1992-1994

2. El límite constitucional a la *intensidad* del control judicial del núcleo metajurídico de la discrecionalidad. Distinción constitucional entre función judicial (arts. 24.1, 106, 117 CE) y función administrativa (art. 103.1 CE) y correlativa diferenciación entre proceso y procedimiento.

Uno de los puntos de acuerdo en torno a la difícil cuestión del control judicial de la discrecionalidad es que la función de la jurisdicción contenciosa consiste en el control de *legalidad* de la actividad administrativa, tal y como señala el art. 106.1 CE⁷²⁰. Así, PAREJO ALFONSO ha sostenido que "la competencia judicial de control se agota en los supuestos en que la decisión administrativa no está en sintonía con el Derecho. Si la competencia judicial de control (tal como está atribuida por el art. 106.1 CE) determina, como es lógico, la competencia judicial de decisión, es claro que el juez no es sino custodio de los límites jurídicos de la competencia administrativa de decisión. En otras palabras, *el Derecho es, al propio tiempo, el presupuesto y el límite de la competencia judicial de decisión*"⁷²¹. En idéntico sentido, Tomás-Ramón FERNANDEZ señala que "la solución concretamente elegida por la Administración así apoderada por la Ley en un caso dado podrá resultar *a posteriori* indiferente jurídicamente cuando el juez *no encuentre en el Derecho*, que es su único instrumento posible, una fuente de reproche (...). El juez puede llegar en su crítica y en su decisión sobre los actos discrecionales de la Administración tan lejos como

⁷²⁰ En este sentido, el apartado IV del apéndice de la recomendación del Comité de Ministros núm. 80, de 11 de marzo de 1980, señala como uno de los principios aplicables al ejercicio de poderes discrecionales por la Administración la existencia de "un control de *legalidad* ante una jurisdicción u otro órgano independiente".

⁷²¹ PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y...*, op.cit., pág. 60.

el Derecho le permita. La última palabra la tiene el Derecho", pues "a los Jueces y Tribunales compete, por su parte, verificar en caso de conflicto , sin otras limitaciones que las que el Derecho que es su único norte les impone, si esa elección es conforme a los requerimientos de éste"⁷²².

La función de la jurisdicción contenciosa consiste pues, en controlar la adecuación de las decisiones administrativas al ordenamiento jurídico (art. 106.1 CE), tutelando efectivamente los derechos e intereses perjudicados por una actuación antijurídica de la Administración (art. 24.1 CE). El razonamiento jurídico debe ser la única herramienta empleada para realizar esa labor, a través del análisis de los elementos reglados y del uso de los principios generales del Derecho.

Ahora bien, cuando el ordenamiento abre espacios decisionales a la Administración lo hace con la pretensión de que ésta adopte la decisión más adecuada en el servicio al interés general, ponderando las circunstancias e intereses envueltos en el asunto, de conformidad con un criterio metajurídico. Esa es la esencia misma de la discrecionalidad, como ya nos consta. Por lo tanto, el debilitamiento de la racionalidad formal, la flexibilización de las normas que dirigen la actividad de la Administración, conlleva la apertura de *espacios extrajurídicos*, que conforman la entraña de la decisión a tomar, a fin de que caso por caso, mediante actos o normas, ésta sirva de la mejor manera posible al interés general, como tuvimos ocasión de exponer⁷²³.

La estructura de la norma programadora de la actividad administrativa condiciona en

⁷²² Tomás-Ramón FERNANDEZ, " De nuevo...", op.cit., pág. 584 y *Arbitrariedad...*, op.cit., pág. 119. Vid. también TORNOS MAS, J., "La situación actual...", op.cit., pág. 111 y "Discrecionalidad...", op.cit., pág. 392: "el derecho vincula a la Administración en toda su actuación y es al mismo tiempo el instrumento exclusivo que debe utilizar el Juez en su control de la Administración".

⁷²³ Vid. *supra* Capítulo III.2 y en este mismo capítulo el epígrafe 1.

gran medida la intensidad del control judicial. Éste se dificulta notablemente, puesto que topa con la existencia de *un núcleo último no reducible al razonamiento jurídico*, por cuanto depende de un criterio extrajurídico (económico, estético...). Como ha indicado al respecto CHEVALLIER "les lois se présentent davantage comme des textes d'habilitation, ouvrant à l'administration des domaines nouveaux d'intervention et étendant le champ de ses compétences, que comme des dispositifs visant à borner et à limiter sa puissance; elles constituent pour elle, moins des freins ou des entraves, que des moyens de développer sa capacité d'action et de renforcer sa liberté d'appréciation: le "peut" tend de plus en plus à se substituer au "doit", ou tout au moins à en être le corollaire indissociable(...). Ce large pouvoir d'appréciation laissé à l'administration rend difficile l'exercice du contrôle juridictionnel: comment censurer l'administration pour violation de la loi alors que le législateur lui-même a évité de subordonner la mise en oeuvre de ses pouvoirs à des conditions trop précises?"⁷²⁴.

No es éste, sin embargo, el punto de vista sostenido por diversos autores, que afirman la posibilidad judicial de sustituir la valoración administrativa de lo más adecuado al interés general, eliminando así la discrecionalidad en su esencia misma. Es el caso, por ejemplo, de FERNANDEZ FARRERES y CHINCHILLA, quienes partiendo del deber de la Administración de adoptar en el desarrollo de su discrecionalidad la solución más adecuada al interés general - aspecto en el que coincidimos con ellos, como pudo apreciarse al

⁷²⁴ CHEVALLIER, J., *L'État de droit*, Montchrestien, Paris, 1992, pp. 89 y 90. Vid. también CHEVALLIER, J. y LOCHAK, D., "Rationalité juridique...", op.cit., pp. 81 y ss., donde se señala que la crisis de la racionalidad jurídico-formal conlleva que "la démarche *déductive*, le raisonnement *sylogistique*, perdent de leur rigueur: le juge administratif ne peut plus s'appuyer sur des règles générales, sur de normes préétablies, en se contentant de les appliquer aux faits de l'espèce...". También destaca esta conexión entre estructura normativa y alcance del control judicial TORNOS MAS, J., "La situación...", op.cit., pp. 122 y ss., "Medios complementarios...", op.cit., pág. 151, "Discrecionalidad...", pp. 393 y 405 y ss.

referirnos al *deber de buena administración*⁷²⁵ - llegan a la conclusión, que no podemos compartir, de que es función propia de la jurisdicción contenciosa penetrar en la entraña misma de la decisión, corrigiendo el criterio utilizado por la Administración para ponderar los intereses envueltos y elegir entre las posibles alternativas. Así, FERNANDEZ FARRERES⁷²⁶ partiendo de la configuración del interés público - núcleo esencial de la discrecionalidad, como sabemos - como concepto jurídico indeterminado certifica la defunción de la discrecionalidad. Efectivamente, para este autor la interferencia judicial en el núcleo mismo de la discrecionalidad, no es una cuestión de necesario respeto de un ámbito valorativo de la Administración, sino, simplemente, un problema de prueba. Si el juez durante el proceso contencioso-administrativo llega al convencimiento, mediante la actividad probatoria realizada en el mismo, de que la decisión administrativa no es la más adecuada al interés general, entonces deberá anular ésta⁷²⁷. No existen límites al control jurídico del juez, puesto que la entera actividad discrecional es una actividad reducible a meros parámetros jurídicos, fiscalizables por tanto en sede judicial⁷²⁸. En definitiva, el ejercicio de una potestad dicrecional "no legitima ni ampara cualquier solución que venga a adoptarse

⁷²⁵ Vid. *supra* este mismo capítulo, en el epígrafe 1.

⁷²⁶ FERNANDEZ FARRERES, G., *La subvención...*, op.cit., pp. 615 y ss.

⁷²⁷ FERNANDEZ FARRERES, G., *La subvención...*, op.cit., pág. 642: "ya no hay decisiones administrativas infiscalizables por naturaleza, sino que la decisión discrecional al deber ser la más justa, la mejor solución entre las posibles adecuadas al interés general, es susceptible siempre y en todo caso - ciertamente a nivel teórico, lo cual, sin embargo, no deja de ser verdaderamente relevante - de fiscalización y control por el juez. La decisión discrecional es, al fin y al cabo, una decisión jurídica, ya que debe ser la más adecuada al interés público deducido del ordenamiento jurídico".

⁷²⁸ FERNANDEZ FARRERES, G., *La subvención...*, op.cit., pág. 642: "en la mayoría de las ocasiones la decisión más adecuada al interés público se resuelve en la confrontación y subsiguiente valoración entre dos o más intereses públicos o entre intereses públicos y privados. Esa elección entre intereses legítimos y excluyentes exige una ponderación de las circunstancias y una apreciación de cuál de las alternativas es la más conveniente, pero sin que la misma - que la Administración realiza ejercitando la potestad discrecional que le atribuye el ordenamiento - suponga un juicio de oportunidad ajeno a una valoración jurídica".

por la Administración entre las que en abstracto pueda admitir como posible la norma jurídica, sino sólo la mejor solución entre las posibles, razón determinante por sí misma para que el de lo contencioso-administrativo pueda y deba adentrarse en el enjuiciamiento - y, por tanto, en la valoración jurídica - de la entraña misma de la decisión o del acto discrecional, sustituyendo si fuera necesario el propio criterio de la Administración" empleado para tomar la decisión discrecional⁷²⁹.

En la misma línea, CHINCHILLA señala que la Administración debe servir a los intereses generales de la mejor manera posible "y la conveniencia de la medida es perfectamente controlable por el juez", de manera que éste puede entrar en la entraña misma de la discrecionalidad, realizar de nuevo la valoración administrativa sobre cuál sea la mejor alternativa y, en caso de que su criterio difiera del de la Administración, anularla, sustituyendo si fuera preciso el criterio empleado, puesto que éste no deja en ningún momento de ser jurídico⁷³⁰.

Si bien como decimos compartimos con esta línea de razonamiento el punto de vista de que existe un deber administrativo de adoptar la mejor solución posible en cada caso de ejercicio de discrecionalidad, consagrado a nuestro entender en la propia Constitución, diferimos en la consecuencia que obtienen respecto al alcance del control judicial, que entendemos excede, asimismo, del cometido atribuido por nuestra Norma Fundamental a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En primer lugar, esta postura parte, quizás inconscientemente, del presupuesto de que en cada supuesto de discrecionalidad existe *una* única solución correcta, *la* mejor, *la* más adecuada en su servicio al interés general, que puede ser aprehendida mediante la utilización

⁷²⁹ FERNANDEZ FARRERES, G., *La subvención...*, op.cit., pág. 647.

⁷³⁰ CHINCHILLA MARIN, C., *La desviación...*, op.cit., pp. 151 y ss.

de la ciencia jurídica, y, por tanto, por el juez contencioso. Para esta línea de razonamiento no existe ningún elemento extrajurídico ínsito en la entraña de la decisión discrecional, por lo que el juez puede llegar hasta ella y fiscalizar y sustituir el criterio empleado.

Sin embargo, entendemos ambas apreciaciones equivocadas. El núcleo mismo de la discrecionalidad contiene un *criterio metajurídico*, que la Administración emplea para otorgar distinto peso a los intereses implicados y elegir conforme al mismo la solución que valora como más adecuada en su servicio al interés general⁷³¹. De esta manera, por ejemplo, decide si es conveniente la calificación de unos terrenos como zona verde o zona residencial o cuál debe ser el itinerario concreto de una nueva carretera a construir, supuestos en los que la decisión está trufada de valoraciones no jurídicas, sino políticas, económicas, sociales, etc. Y respecto a estas valoraciones metajurídicas no cabe sostener la existencia de una única solución justa o adecuada, como ya se adelantó en su momento⁷³².

Desde una perspectiva amplia, la Teoría General del Derecho se ha ocupado de la cuestión de las valoraciones extrajurídicas, en relación con la aplicación judicial del Derecho, planteándose el interrogante de si estas apreciaciones tienen en todo caso una solución justa, que pueda ser descubierta y determinada en sede jurisdiccional.

A favor de la existencia de sólo una solución justa, que el juez puede y debe descubrir mediante el uso de principios, se pronuncia, como es sabido, DWORKIN⁷³³. Sin embargo, distintos autores se han mostrado disconformes con esta tesis. Es el caso, por ejemplo, de

⁷³¹ Vid. *supra* Capítulo III.3.

⁷³² Vid. en este sentido las consideraciones de BELTRAN, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 251 y ss.

⁷³³ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, especialmente pp. 150 y ss.

AARNIO⁷³⁴, ALEXY⁷³⁵, MACCORMICK⁷³⁶, o BARRAGAN⁷³⁷. Como ponen de relieve GASCON ABELLAN y PRIETO SANCHIS, la teoría de DWORKIN presupone implícitamente que los valores pueden ser objetivados, partiendo de la existencia de una homogeneidad social respecto a los mismos⁷³⁸. Sin embargo, parece muy difícil sostener

⁷³⁴AARNIO, Aulis, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *DOXA*, n° 8, 1990, pp. 23 y ss., quien sostiene que en el caso de problemas axiológicos diversas personas pueden tomar decisiones distintas, todas igualmente bien fundadas.

⁷³⁵ALEXY, Robert, "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", en E. GARZON VALDES (Dir.), *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona-Caracas, 1985, pp. 43 y ss., *Teoría de la Argumentación Jurídica*, CEC, Madrid, 1989, pp. 33 y ss. y 302, y "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *DOXA*, n° 5, 1988, pp. 139 y ss., donde se muestra la disconformidad con la postura de DWORKIN, señalándose que "no son posibles teorías morales materiales que para cada cuestión práctica permitan extraer con seguridad intersubjetivamente concluyente precisamente una respuesta, pero sí son posibles teorías morales procedimentales que formulan reglas o condiciones de la argumentación o decisión práctica racional" (pág. 151).

⁷³⁶MACCORMICK, Neil, "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", en BETEGON, J. y DE PARAMO, J.R., *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 9 y ss., quien afirma en la pág. 22 que "en cierto estadio de un argumento jurídico, como en general en la vida práctica, llegamos a opciones últimas, elecciones, por ejemplo, entre justicia y utilidad u oportunidad en relación con otro aspecto del bienestar humano. (...) Bien consideremos que tales elecciones últimas descansan sobre preferencias, o bien sobre intuiciones morales, hemos llegado a aquello que es pre-racional o extra-racional más bien que a una deliberación del propio discurso práctico (racional). Al igual que con la racionalidad práctica general, llegamos a un punto en que son más bien valores o virtudes distintos a la propia racionalidad los que nos proporcionan fundamentos para la elección, los cuales son racionales pero no concluyentes."

⁷³⁷BARRAGAN, Julia, "La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica", *DOXA*, n° 8, 1990, pp. 63 y ss.. Como indica esta autora, "si es infrecuente que los intérpretes coincidan en la aceptación de las premisas y la regla, la probabilidad de que ellos también acuerden acerca del valor de los elementos materiales a considerar en una decisión, definitivamente tiende a cero", por lo que no cabe hablar de una respuesta correcta única cuando se trata de tomar decisiones en las que existe un componente valorativo.

⁷³⁸GASCON ABELLAN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 25, y PRIETO SANCHIS, Luís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992, pp. 119 y ss., indicándose en la pág. 124 que "los principios y la mejor teoría del Derecho que les da vida no parecen tener en cuenta el pluralismo social ni tampoco el pluralismo de valores y criterios jurídicos, que es aún mayor por cuanto representa una suma de esa pluralidad social a lo largo de la historia".

una homogeneidad semejante en las modernas sociedades⁷³⁹. Así, el recurso a los principios para determinar el valor, supone, en realidad, una confusión entre Derecho y Moral⁷⁴⁰, y como indica GARCIA DE ENTERRIA "mejor que ningún otro, el jurista es consciente de que no cabe una confusión entre la Moral y el Derecho, por más que éste venga a apoyarse en las raíces éticas del hombre, o ni entre la Política y el Derecho, aunque también entre ambas realidades se produzca determinada relación"⁷⁴¹.

En segundo lugar, en conexión con lo que se acaba de decir, el núcleo metajurídico de la discrecionalidad queda fuera del alcance del razonamiento jurídico, única herramienta con la que cuenta el juez contencioso, cuestión como vimos pacífica en la doctrina. La aprehensión de ese componente extrajurídico no se incluye en la función de "control de la legalidad" prescrita por el art. 106.1 CE. En este sentido, es preciso aceptar que el control judicial de la Administración tiene *límites estructurales*, que son, única y exclusivamente, los del Derecho, el cual no es el único medio empleado por la Administración para realizar su función constitucional de servicio a los intereses generales⁷⁴². Ello no significa, como

⁷³⁹CHEVALLIER, Jacques, "Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général", en AA.VV. *Variation autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. I, Presses Universitaires de France, 1978, pp. 11 y ss., pone de relieve que en las sociedades modernas lo social aparece como irremediabilmente dividido. Esta división influye sobre los valores en general y sobre el concepto de interés general en particular, en relación con el que ya no existe un consenso establecido, lo que provoca la existencia de tensiones sociales en torno a su fijación y determinación.

⁷⁴⁰PRIETO SANCHIS, Luís, *Sobre...*, op.cit., pág. 124, "un sistema normativo vago y lagunoso (el Derecho) parece convertirse así en otro claro, completo y objetivo (la moral)".

⁷⁴¹GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1ªed., 1984, pág. 51.

⁷⁴² NIETO, A., *La organización...*, op.cit., pp. 192 y ss., señala que "el defecto más grave que debe imputarse a la jurisdicción contencioso-administrativa es el haber distorsionado por completo el funcionamiento de las instituciones públicas, a las que ha dado un sesgo jurídico fatal.(...). La acción del Estado se ha descarriado en el Derecho. La Administración es la antesala de los tribunales. Los asuntos administrativos se convierten con alarmante frecuencia en contenciosos. La acción se petrifica en procesos legales. La energía administrativa se canaliza en las turbinas de los pleitos y quienes administran son los abogados. Respetándose el Derecho, todo parece lícito: el costo, el retraso, la ineficacia la paralización. *Éste es un Estado de abogados que viven del papel y no de la acción. La*

destaca TORNOS que se trate de "defender zonas de exclusión del control judicial, sino de aceptar los límites propios de la función jurisdiccional que se basa en el razonamiento jurídico y que encuentra nuevas dificultades cuando varía la estructura de la norma que le sirve de parámetro de enjuiciamiento"⁷⁴³. Simplemente se trata de comprender que, como sostienen GARCIA DE ENTERRIA y Tomás-Ramón FERNANDEZ, "la existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano: éste no puede ser reducido a una pura "nomocracia" objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas. (...) no es por ello exacto que todas las discrecionalidades sean reductibles a supuestos reglados y que en esa reducción haya que ver precisamente la línea del progreso político. (...) el juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, puesto que, sea ésta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa (...) es necesariamente justa (...) "⁷⁴⁴.

Estas reflexiones nos introducen en *la auténtica razón de fondo que impide al control*

Administración Pública es un gigantesco pleito.(...). La Administración española, con la mejor de las intenciones ha desorbitado el papel del Derecho en su actuación de acuerdo con la anacrónica mentalidad del siglo XIX.(...) la Administración no esta para cumplir el Derecho sino para atender los intereses generales, aunque, eso sí, dentro del Derecho. (...) la legalidad se concibe no como un fin en sí misma, sino como un instrumento más enderezado a la consecución de esos fines generales. (...). La construcción de una carretera no es el mero cumplimiento del Plan Nacional de carreteras, de la misma manera que quien contrae matrimonio no lo hace para cumplir el código civil o el Derecho canónico, aunque tenga que ajustarse a ellos. Los derechos de los ciudadanos son un dato, imprescindible desde luego, de la actuación administrativa, pero no su fin. La magnificación de este aspecto es consecuencia de la desmedida influencia que los juristas ejercen en la vida del Estado. Pero no sólo de los juristas del Estado, sino fundamentalmente de los juristas que pleitena contra el Estado y que han terminado convirtiendo a la Administración en un negocio particular de litigios constantes, con olvido del interés general".

⁷⁴³ TORNOS MAS, J., "Discrecionalidad...", op.cit., pág. 405. También en "La situación actual...", op.cit., pp. 124 y 125: "No se trata de negar ahora la importancia de los logros alcanzados en el proceso de sumisión de la Administración al derecho. *Se trata tan sólo de marcar los límites existentes en este proceso, liberando así al Juez de un cometido que no le es propio y reconociendo la posición constitucional de la Administración*".

⁷⁴⁴ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pp. 442 y 445.

judicial sustituir la valoración administrativa ínsita en la entraña de la discrecionalidad: la distinción efectuada por nuestra Constitución entre la función judicial y la administrativa y los ámbitos de desarrollo de una y otra. Esta distinción de funciones públicas limita la intensidad, que no la extensión, del control judicial.

No es nuestro propósito realizar un recorrido histórico por la formación del principio de separación de poderes⁷⁴⁵. Más modestamente, sí nos parece interesante resaltar que tras el esquema diseñado por Montesquieu, se esconde una idea de fondo que trasciende la trilogía mítica de poderes estancos: la existencia de un *sistema de contención del poder político* mediante la *interrelación* de distintas facetas del mismo⁷⁴⁶. En las elocuentes palabras de MARTIN-RETORTILLO, "sin importar si serán tres o más los poderes - aunque comprendo también la fuerza de la cifra mágica -, sino que cada poder tenga sus contrapesos, sus compensaciones, los límites que puedan contenerle. Lo que demanda inexcusablemente una laboriosa tarea de orfebrería social para cada respuesta"⁷⁴⁷. En esta línea GIANNINI destaca que "en la experiencia constitucional de hoy, más que la regla de la división (en la

⁷⁴⁵ Acerca de la formación histórica del mismo y su distinta recepción por los revolucionarios americanos y franceses del S. XVIII, vid. por todos SOLOZABAL ECHEVARRIA, Juan José, "Sobre el principio de la separación de poderes", REP, núm. 24, Noviembre-Diciembre, 1981, pp.215 a 227.

⁷⁴⁶ Sobre el pensamiento del barón de la Bréde en referencia a la ausencia total de separación de los poderes y a su recíproco contrapeso y balanceo, vid. las consideraciones de VALLET DE GOYTISOLO, J., "La separación, no confusión o contrapeso de poderes y la independencia de la función judicial en la perspectiva de Montesquieu", en MARTIN-RETORTILLO, L., (Coord.), *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en Homenaje al profesor Jesús Gonzalez Perez*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993, pp. 180 a 182.

⁷⁴⁷ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español", RCEC, num.4, septiembre-diciembre,1989, pág.50. Como indica GARCIA PELAYO, Manuel, "La división de poderes y su control jurisdiccional", RDP, num. 18-19, 1983, pág.12, " podemos afirmar que la división de poderes sin ulterior especificación es un fenómeno y un concepto que trasciende a cualquiera de sus versiones históricas, incluida la de Montesquieu, y que por consiguiente, no hay una versión única, no hay un modelo patentado, ni hay tampoco un dogma de la división de poderes, sino que ésta tiene en cada tiempo sus propias peculiaridades de configuración".

forma histórica de la tripartición) de poderes, está vigente la regla de la independencia, que afecta no sólo a los órganos constitucionales, cada uno con sus propias potestades, sino que puede afectar a todos o parte de los poderes públicos en sus relaciones recíprocas. Está de más decir que independencia no significa ausencia de relaciones jurídicas, sino únicamente impenetrabilidad de las potestades atribuidas a cada órgano o a cada poder público: incluso cuando a un órgano se le atribuye una "potestad de control" respecto de otro órgano u otro poder político, ésta nunca alcanza a contener poderes sustitutivos de la decisión del sometido a control, manifestándose sólo en censuras o en destituciones"⁷⁴⁸.

En este sentido, en referencia específica a las relaciones entre Administración y Poder Judicial, la doctrina de diversos países europeos ha llamado la atención sobre la existencia de una diferenciación entre las funciones judicial y administrativa, y los límites que de la misma se derivarían para el control judicial de las decisiones discrecionales⁷⁴⁹. Incluso en

⁷⁴⁸ GIANNINI, M.S., *Derecho...*, op.cit., pág. 96.

⁷⁴⁹ En Alemania, en relación al art. 20.2 de la Constitución, que señala que "todo poder público emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos particulares de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial", vid. las consideraciones de BADURA, P., "Limiti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative", *RTDP*, 1984, pp. 104 y ss., donde se afirma que "la regola generale per cui i giudici amministrative non amministrano bensì devono controllare l'amministrazione, si basa sul fatto che principio dello Stato di diritto e regola della divisione dei poteri attribuiscono all'esecutivo e ai giudici compiti eterogenei e reciprocamente non scambiabili", BROHM, W., "Administración y...", op.cit., pp. 126 y ss., y HOPPE, W., "Planificación", op.cit., pág. 238, quien subraya que éste artículo no configura una división rígida de poderes, sino que plasma un principio constitucional de garantía del núcleo correspondiente de cada función material, atribuido a un sólo poder formal, y GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 238, señala que "en torno a las acciones prestacionales se plantea la compleja cuestión de la legitimidad de obligar a la Administración a dictar una medida administrativa. **Las pautas de la solución se enmarcan, en todo caso entre dos polos generales que tienen que combinarse:** una eficaz garantía de los derechos de los particulares frente a la Administración, que conlleva la idea de avanzar hasta el máximo posible en la pretensión frente a la Administración, y, por otra, la teoría de la separación de poderes, por la que los Tribunales han de limitarse a ejercer un control jurídico, sin derivar en decir a la Administración cómo ha de administrar, lo cual, por otra parte, no se deduce sino de la idea anterior, ya que, de no ser así, el control judicial redundaría en una disminución de la posición central del individuo, ejerciéndose un control de oportunidad transcendente a los intereses de aquél". (Los subrayados son nuestros).

Por lo que se refiere al Reino Unido, CRAIG, P.P., *Administrative...*, op.cit., pág. 433,

el *Derecho comunitario*, donde podría ser discutible referirse a la existencia de una división de poderes, los principios de *atribución de poderes* y de *equilibrio institucional* responden a la lógica de limitación y racionalización mediante la distribución de funciones a realizar⁷⁵⁰. El TJCE es consciente de los límites intrínsecos a su función y así lo ha manifestado en alguna de sus decisiones⁷⁵¹.

El sistema de reparto de funciones y de contención mediante poderes y contrapoderes, de frenos y límites del Poder, está presente también en la *Constitución Española*. Aunque en nuestro Texto Fundamental no se aluda a la distinción de poderes explícitamente, existen indicios suficientes a lo largo de todo el texto constitucional para deducir la existencia de una

rechaza la substitución de la discrecionalidad administrativa por los tribunales, pues en sus palabras, "our basic conceptions of political theory and the allocation of governmental functions are against this approach. Decisions as to political and social choice are made by the legislature, or by a person assigned the task by legislature. To sanction general judicial intervention simply because the court would prefer a different choice to that of the administrator runs counter to this fundamental assumption, and would entail a reallocation of power from the legislature and bureaucracy to the courts".

En cuanto a Francia, la cuestión es algo distinta a la existente en España, Alemania o el Reino Unido, dado que en este país el control de la Administración activa lo realiza no una corte judicial, sino un órgano administrativo, el Consejo de Estado. Sin embargo, la doctrina francesa también alude a la necesaria limitación en el control, puesto que si el Consejo de Estado se extralimitara en su función de control de la legalidad se convertiría en un superior jerárquico del órgano controlado, invadiendo así sus competencias. Como indican VEDEL, George y DEVOLVÉ, Pierre, *Droit...*, op.cit., pág. 527, "le juge ne peut porter d'appréciation sur l'usage fait par l'Administration de son pouvoir discrétionnaire. S'il entrait dans cette voie en effet, il abandonnerait son rôle de juge chargé de veiller au respect de la légalité et se mettrait en position de supérieur hiérarchique".

⁷⁵⁰El art. 4 TCE recoge el principio de atribución en la esfera interna de la Comunidad al indicar que:

"Cada institución actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado".

El TJCE, además, ha establecido que el equilibrio de poderes supone que ninguna institución pueda privar a otra de las funciones a ella encomendada por los Tratados. Vid. en relación con este principio, ALONSO GARCIA, Ricardo, *Derecho Comunitario. Sistema constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, CERA S.A., Madrid, 1994, pp. 50 y ss.

⁷⁵¹Así sentencia BAT y Reynolds v. Comisión, de 17 de noviembre de 1987. Vid. una referencia a la misma en ALONSO GARCIA, Ricardo, *Derecho Comunitario...*, op.cit., pág. 55.

distinción de funciones y de relaciones de contención entre los poderes que las realizan⁷⁵². La existencia de este sistema implica la necesidad de que cada poder realice su función constitucional sin ocupar otros ámbitos funcionales, ya reservados por la CE⁷⁵³. Este criterio es visible en varias sentencias del TC referidas a relaciones entre poderes constitucionales.

Así, por ejemplo, en la STC 192/1981, de 8 de abril, en referencia al arbitraje administrativo imperativo respecto de derechos privados, el TC pone en duda la licitud de la realización por parte de la Administración Pública de funciones jurisdiccionales, "en contra del principio de separación de poderes"⁷⁵⁴. El TC, en su sentencia 62/1982, de 15 de octubre, FJ 5, indica en la misma línea que "entendemos que *el recto funcionamiento de una sociedad democrática* implica que cada institución asuma el cumplimiento de la *función* que le es propia,...". Finalmente en la STC 166/1986, de 19 de diciembre, una de las sentencias recaídas a raíz del caso "RUMASA", en el FJ 11.b puede leerse lo siguiente:

⁷⁵² En este sentido, MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "De la separación...", op.cit., pp. 52 y ss., y MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, "Presupuestos constitucionales...", op.cit., pág. 14: "resulta obvio que el texto de 1978 sanciona plenamente el principio de división de poderes: títulos III, IV y VI de la Constitución. No hay duda alguna sobre este extremo".

⁷⁵³ Vid. al respecto, SANCHEZ MORON, Miguel, Discrecionalidad..., op.cit. pág. 157, quien indica que "dos órganos de poderes constitucionales diferentes no pueden desarrollar legítimamente una misma función".

⁷⁵⁴ Sobre los problemas constitucionales que presenta la decisión de forma imperativa por parte de la Administración de conflictos sobre derechos privados, vid., GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y Tomás-Ramón FERNANDEZ, Curso..., vol.I, op. cit, pág.499.

"...no puede desconocerse que la Constitución encomienda la potestad legislativa del Estado a las Cortes Generales -art. 66.2- y la ejecución Gobierno -art. 97- y, por tanto, esta separación debe ser normalmente respetada *a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de poderes en la función propia del otro*".(el subrayado es nuestro).

En este sentido, la Constitución encomienda la función de "control de legalidad" y "tutela efectiva de derechos e intereses legítimos" a la jurisdicción contenciosa administrativa (arts. 106.1 y 24.1 CE) , en tanto encarga a la Administración el "servicio a los intereses generales" (art. 103.1 CE), como ya conocemos. Ambas son funciones distintas atribuidas a poderes constitucionales diferentes, los cuáles deben respetar sus respectivos ámbitos de actuación⁷⁵⁵.

Debe tenerse en cuenta, además, que esta distinción funcional recogida en nuestra Constitución no es caprichosa ni casual. En nuestra opinión, la misma obedece a un doble orden de razones. En primer lugar, la distinción constitucional entre funciones aparece con la finalidad de servir de *límite negativo* al desarrollo del Poder, para así contenerlo y equilibrarlo. Desde esta aproximación, MUÑOZ MACHADO ha señalado la existencia de "un principio estructural básico de todo el Estado de Derecho: el que ordena la división de

⁷⁵⁵ En este sentido, PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar...*, op.cit., pp. 48 y ss, BELTRAN, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 201 y ss., SANCHEZ MORON, Miguel, *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 153 y ss., "Siete...", op.cit., pp. 148 y 149, afirmándose en ésta última que "la necesidad constitucional de no confundir las funciones de cada uno de los poderes del Estado tiene tanta importancia como la de garantizar la tutela judicial efectiva, pues de lo contrario resultarían graves perjuicios para el orden jurídico constituido". En este sentido, vid. el art. 117.4 CE que señala que "los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho". En idéntico sentido, art. 2 LOPJ.

poderes reservando a cada uno de ellos un núcleo funcional típico y no arrebatable ni susceptible de compartición", resaltando que esta separación es a la vez " un expediente de defensa de la libertad, aunque logrado por la vía de la organización y no por la de la configuración constitucional de los derechos"⁷⁵⁶.

Pero además, la distinción entre las funciones judicial y administrativa se explica por la voluntad de lograr el *cumplimiento óptimo de cometidos materiales distintos*, los cuales exigen *métodos organizativos y procedimientos diferentes*, adaptados a cada ámbito. Esta sería la *función positiva* de la distinción funcional, que permitiría el correcto funcionamiento de la sociedad. Existiendo distintas funciones a realizar por el Poder, cada una de ellas debe ser realizada preferentemente por unos órganos específicos, especialmente preparados para realizarla, quedando así ese Poder repartido funcionalmente, entre los órganos mejor preparados para ejercerlo. HESSE ha puesto de manifiesto que un principio de interpretación constitucional es el criterio de *corrección funcional*, que implica el necesario respeto por los agentes de las funciones estatales de la regulación constitucional de los cometidos respectivos⁷⁵⁷. Abundando en esa idea, BROHM señala que la diferenciación constitucional de tareas "debe garantizar no sólo la, para el ejercicio del poder, negativa función de, al propio tiempo, limitación y equilibrio de dicho poder, sino también la positiva de óptimo cumplimiento de determinados cometidos mediante una organización y un procedimiento específicos"⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago, La reserva de jurisdicción, Madrid, Ed. La Ley, 1989, pp. 116 y 117.

⁷⁵⁷HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1983, pp. 49 y ss.

⁷⁵⁸BROHM, Winfried, "Administración y Jurisdicción Contencioso-Administrativa como mecanismos de regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho", *Documentación Administrativa*, nº 234, abril-junio 1993, pp. 124 y 125.

En el Derecho norteamericano, NEUBORNE, Burt, *El papel de los Juristas y del imperio de*

Teniendo presente este dato, entendemos que la *decisión última* sobre los aspectos extrajurídicos contenidos en el núcleo de una decisión discrecional corresponde a la Administración, no al juez contencioso. Como ha sido puesto de relieve acertadamente por GELLHORN y LEVIN, la Administración está mejor equipada, en comparación con el poder legislativo o judicial, para enfrentarse con complejos problemas, debido a su diseño institucional: su personal especializado, la experiencia derivada de su actividad, así como la flexibilidad y adecuación específica de sus procedimientos de toma de decisiones⁷⁵⁹. La pregunta relativa a *quién decide* en relación al criterio metajurídico ínsito en la entraña de la discrecionalidad, debe ser respondida con la afirmación de que quien esté mejor preparado para ello, y, según nuestra Constitución de 1978, lo está la Administración, pues es a ella a quien encomienda la misión de servir a los intereses generales. La propia Constitución *reserva* esta función a la Administración⁷⁶⁰. Y, a nuestro modo de entender, la respuesta

la ley en la sociedad americana, Civitas, Madrid, 1995, pp. 37 y 38, al ocuparse de la separación de poderes prevista en la Constitución americana, señala que su finalidad es doble. Por un lado, la prevención de la tiranía ("A esta teoría la denomino teoría de la separación negativa (*negative separation*). Considera que el poder gubernamental es como una bomba y reparte la fórmula de la bomba entre una serie de funcionarios o servidores públicos"). Por otro, la separación de poderes busca la eficacia en el desempeño de las funciones públicas ("Esta finalidad se conseguiría mediante la asignación de las funciones gubernamentales al órgano estructuralmente equipado para desarrollarlas mejor. A esta teoría la llamaría teoría de separación positiva (*positive separation*)").

⁷⁵⁹ GELLHORN, E., y LEVIN, R.M., *Administrative Law...*, op.cit., pág. 2: "The primary reason why administrative agencies have so frequently been called upon to deal with such diverse social problems is the great flexibility of the regulatory process. In compararison to courts of legislatures or elected executive officials, administrative agencies have several institutional strengths that equip them to deal with complex problems. Perhaps the most important of these strengths is specialized staffing: an agency is authorized to hire people with whatever mix of talents, skills and experience it needs to get the job done. Moreover, because the agency has responsibility for a limited area of public policy, it can develop the expertise that comes from continued exposure to a problem area. An agency's regulatory techniques and decisionmaking procedures can also be tailored to meet the problem at hand".

⁷⁶⁰ En relación a la posible existencia de una reserva de administración vid. las consideraciones de EMBID IRUJO, A., "La relación entre los Poderes del Estado en la reciente dogmática alemana", *RAP*, núm. 115, 1988, pp. 415-418, en referencia a la discusión existente en la dogmática alemana. TORNOS MAS, J., "La situación...", op.cit., señala que este concepto ayuda a explicar "el replanteamiento actual del papel constitucional de los Tribunales y de la Administración, tratando de

constitucional es acertada, por cuanto la Administración está mejor preparada para este propósito, debido, al menos, a dos factores distintos.

En primer lugar, su conexión con el Gobierno, lo que le dota, como ya vimos, de una *legitimidad democrática mediata*, con la correlativa *responsabilidad política* de aquél por su gestión, que le hace más adecuada para el servicio responsable a los intereses generales, desarrollando a través del ejercicio de la discrecionalidad políticas públicas gubernamentales, com ya nos consta. Como ha sido brillantemente puesto de relieve, esta legitimidad democrática para nada empece la necesaria y total sumisión de la Administración al Derecho (art. 103.1 CE)⁷⁶¹, pero entendemos que sí es un dato relevante cuando se trata de precisar quién escoge el criterio *metajurídico* ínsito en la entraña discrecional.

En segundo lugar, el *procedimiento administrativo es un modo de actuación más idóneo que el proceso judicial* para el desarrollo de la función de servicio a los intereses

establecer un límite claro a la actuación de aquéllos" pues "al tomar consciencia de lo que se reclama hoy a la Administración son fines, y que éstos no pueden formularse jurídicamente, se niega la posibilidad de una revisión judicial de determinadas actividades administrativas. El control de lo discrecional no es posible, más allá de los aspectos formales. Si tomamos el caso de la Administración local se añadiría su carácter eminentemente político. ¿Cómo puede el Juez sustituir una decisión de marco legal indefinido adoptada por una corporación elegida democráticamente? Esta decisión no es la ocurrencia de un funcionario, y si el legislador atribuyó un margen de decisión, éste debe respetarse". Sobre la conexión entre discrecionalidad, autonomía municipal y existencia de una reserva de "gobierno y administración municipal" derivada del art. 140 CE, puede verse PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad urbanística...*, op.cit., pp. 80 y ss, especialmente pp. 103 y 104, y pág. 236.

BELTRAN, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 183 y ss., matiza la cuestión, aceptando la existencia de una reserva de administración frente a los tribunales, pues éstos no podrían eliminar o sustituir la discrecionalidad otorgada para el servicio a los intereses generales. Sin embargo, niega que esa reserva actúe frente al legislador por ser éste "el único poder, órgano o función cuyos límites son sólo la propia Constitución y los derechos fundamentales y no la esfera de funciones o competencias de otros órganos o poderes", aunque a nota a pié de página (la número 18) extiende la reserva a "las estructuras funcionales o territoriales ya establecidas en el texto constitucional", poniendo como ejemplos las Comunidades Autónomas, el poder judicial y el contenido esencial de los derechos fundamentales. En referencia específica a la posible existencia de una reserva constitucional de Administración frente al legislador, aspecto que excede del objeto del presente estudio, vid. VAIANO, D., *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffrè, Milán, 1996.

⁷⁶¹ GARCIA DE ENTERRIA, E., *Democracia, jueces...*, op.cit., *in totum*. También BELTRAN, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 221 y ss., y TORNOS MAS, J., "Discrecionalidad...", op.cit., pág. 392.

generales y la obtención de *mejores* decisiones. Como tendremos ocasión de comprobar con más detalle, el procedimiento administrativo facilita *a priori* la investigación y toma en consideración de los datos e intereses relativos a un caso concreto (mediante la fase de instrucción, en la que, por ejemplo, *la participación de los ciudadanos* pone de relieve datos e intereses), a fin de proceder a su ponderación para la adopción de futuras decisiones adecuadas en su servicio al interés general⁷⁶². En cambio, el proceso judicial está adaptado para la función de control exclusivamente jurídico y *a posteriori* de la Administración. Este control sólo se activa a instancia de parte, no de oficio; en el mismo se *prueban* hechos y se confrontan con el ordenamiento, pero no está diseñado para la investigación y ponderación de intereses varios a fin de servir al general, sino para la defensa jurídica de derechos e intereses individuales; además este control actúa de forma saltuaria, sin visión de conjunto; por otro lado, los tribunales carecen de mecanismos de control para conocer el impacto de sus decisiones y, en su caso, variarlas en función de ese conocimiento. En cambio el procedimiento administrativo permite tener una visión de conjunto sobre los problemas, obtener, procesar e interpretar datos complejos, asegurar la participación de ciudadanos y el

⁷⁶² En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Federal alemán de lo Contencioso-Administrativo, en su decisión *Whyl* de 19 de diciembre de 1985, al afirmar que "El Ejecutivo dispone no sólo frente al legislador, sino también frente a los tribunales, *de formas de actuación jurídicas* que lo equipan mejor para la realización de los principios de defensa frente a los peligros y de prevención del riesgo lo más efectivas posibles". Vid. al respecto SCHMIDT-ASSMANN, E., "La legitimación...", *op.cit.*, pp. 202 y 203.

Diversos autores norteamericanos llaman la atención también sobre la específica idoneidad de los procedimientos administrativos, frente a los judiciales, para la determinación de la solución adecuada al interés general, en el ejercicio de la discrecionalidad. Así, vid. por ejemplo KOCH, C.H., "An issue driven strategy for review of agency decisions", *Administrative Law Review*, 43, 1991, pág. 529 (destacando el procedimiento administrativo, a diferencia del judicial, como medio idóneo de obtener información y puntos de vista, tanto de ciudadanos como de expertos) y HOROWITZ, Donald L., "Courts as guardians of the public interest", *Public Administration Review*, 37, 1977, pág. 153, señalando que, debido a los procedimientos de toma de decisiones que poseen, "administrators are far better situated to see things whole, to obtain, process, and interpret complex of specialized data, to secure expert advice, to sense the need to change course, and to monitor performance after decisions".

asesoramiento técnico preciso, permitiendo una mayor flexibilidad para el cambio al existir un sistema administrativo de control de resultados, mediante el uso de inspecciones⁷⁶³.

En definitiva, ambos modos de toma de decisiones son diferentes y están diseñados y adaptados para funciones distintas⁷⁶⁴. BROHM entiende que éste es uno de los datos que justifica los límites estructurales del escrutinio judicial de la entraña de la discrecionalidad, por cuanto "la Administración por razón tanto de su cometido como de su procedimiento de decisión está fuertemente orientada hacia el futuro. Sobre la base de sus sistema de información, dispone de un mayor horizonte problemático y está en condiciones, por ello, de una más amplia consideración de intereses. Por contra, la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa está vocada al control jurídico *ex post* y en muchos supuestos sólo puede, ya por razón del carácter puntual del conflicto concreto, captar aspectos de la problemática en su conjunto", por lo que los aspectos metajurídicos incardinados en la decisión discrecional deben ser objeto de respeto por el juez⁷⁶⁵. HOROWITZ, por su parte, señala que "different institutions tend to perform well at different kinds of tasks. Each has its own characteristic modes of operating, and these leave an indelible stamp on the matters they touch.(...). Courts can limit the discretion of others, but they find it harder to exercise their own discretion

⁷⁶³ En este sentido, vid. HOROWITZ, D.L., "Courts as guardians...", op.cit., pp. 151 y ss.

⁷⁶⁴ En este sentido, PALICI DI SUNI PRAT, E., *I diritti...*, op.cit., pp. 75 y ss., quien pone de relieve que procedimiento y proceso persiguen finalidades diferentes. El procedimiento garantiza no sólo la legalidad, sino el acierto de la actividad administrativa, pues "la disciplina del procedimiento è una disciplina in positivo, che vale a regolare la correttezza dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini: essa ha con ciò un valore generale, per tutta la collectività" y "mira ad assicurare, invece, è un certo modo di agire della pubblica amministrazione", mientras el proceso actúa tras la actuación administrativa, sólo se ocupa de ésta en concreto y tiene una "misura soprattutto negativa", de depuración de decisiones contrarias al ordenamiento.

⁷⁶⁵ BROHM, W., "Administración y...", op.cit., pág. 130. En similar sentido, BADURA, P., "Limiti e alternative...", op.cit., pp. 113 a 116, donde se destaca la diferencia entre ambos sistemas de toma de decisiones, señalándose que "la configurazione, adeguata ai fatti, del diritto procedurale amministrativo e la corretta esecuzione dei singoli procedimenti possono favorire la qualità delle decisioni da prendere e facilitare la loro accettazione da parte degli interessati".

where that involves choosing among multiple, competing alternatives"⁷⁶⁶.

Por tanto, los límites estructurales del control judicial de la entraña metajurídica de la discrecionalidad surgen del necesario respeto de la función administrativa de servicio a los intereses generales (art. 103.1 CE), desarrollada mediante el ejercicio de la discrecionalidad otorgada por las normas a tal fin⁷⁶⁷. El juez contencioso puede y debe anular aquellas decisiones discrecionales que vulneren el ordenamiento jurídico, pero este control jurídico no puede extenderse a "un control de la bondad o idoneidad política, técnica o económica de la decisión discrecional"⁷⁶⁸, pues la ponderación de los aspectos extrajurídicos queda en manos de la Administración, dotada del aparato organizativo y del procedimiento de actuación idóneo para la obtención de las mejores decisiones⁷⁶⁹. De igual forma, es posible que, además, la sentencia reconozca la existencia de un derecho subjetivo típico o activo a tutelar y condene a la Administración a que - cuando se trate del ejercicio de una potestad

⁷⁶⁶ HOROWITZ, D.L., "Courts as guardians...", op.cit., pág. 153.

⁷⁶⁷ Insiste en este aspecto BELTRAN, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 197 y ss., destacando que es preciso "*constitucionalizar el carácter no sustituible de la discrecionalidad equiparándola, parcialmente y a efectos de control judicial, a la posición de la Administración que deriva del art. 103.1 CE*". (Los subrayados proceden del original).

⁷⁶⁸ SANCHEZ MORON, Miguel, "Siete...", op.cit., pág. 148.

⁷⁶⁹ Lord IRVINE OF LAIRG, "Judges and Decision-Makers: the theory and Practice of *Wednesbury* review", *Public Law*, 1996, pp. 59 y ss., en referencia al Derecho británico, señala que existen diversas razones que justifican el "constitutional imperative of judicial self-restraint", entre ellas la de que "the courts are, in relative terms, ill-equipped to take decisions in place of the designated authority. This is all the more true where the decision in question is one of "policy"; and the further into the realm of "policy" an issue lies, the more reluctant a court should be to interfere with the authority's decision".

MORON SANCHEZ, Miguel, *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 160 y ss., indica que una invasión judicial de ámbitos constitucionales que le corresponden a la Administración puede dar lugar a un *exceso de jurisdicción* (motivo de *casación* conforme al art. 95.1.1º LJCA) y a una *vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE*, lo que puede dar lugar a un *recurso de amparo* por parte de la Administración. En la misma línea, BELTRAN, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 207 y ss., quien sostiene que "corolario lógico de la constitucionalización de la discrecionalidad administrativa es la inconstitucionalidad de las resoluciones judiciales que la invaden o sustituyen".

reglada - adopte las medidas pertinentes a tal fin, pero tratándose de decisiones discrecionales no cabe la imposición judicial del contenido de la decisión a adoptar por la Administración en sustitución de la anulada⁷⁷⁰. La jurisdicción contenciosa debe actuar, pues, como un *administrador negativo*, controlando y eliminando aquéllas decisiones contrarias a Derecho, pero sin imponer, *en positivo*, el criterio metajurídico que considere más idóneo, anulando una decisión conforme con el ordenamiento jurídico o condenando a la Administración a escoger una alternativa frente a otras⁷⁷¹.

El propio TS ha puesto de relieve las limitaciones intrínsecas de la función de control judicial sobre la entraña de la discrecionalidad. Así, por ejemplo, en la STS de 24 de julio de 1987 (Ar. 7671), tras exponerse la posibilidad de control judicial de los aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento urbanístico, como consecuencia lógica del art. 106.1 CE, se aclara que "lo expuesto no significa la eliminación del concepto mismo de discrecionalidad dado que siempre queda un último núcleo de oportunidad, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas, en el que no cabe sustituir la decisión - valoración - administrativa por la judicial".

En el mismo sentido, la STS de 22 de diciembre de 1990 (Ar.10.183), tras utilizar a fondo todas las posibilidades de control que ofrecen los principios generales del Derecho,

⁷⁷⁰Excede de las posibilidades de este trabajo ocuparse del complejo tema relativo al contenido de las sentencias emitidas por la jurisdicción contenciosa. No obstante, parece existir acuerdo doctrinal en relación con lo afirmado en el texto. En este sentido, vid. por ejemplo, FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "De nuevo...", op.cit., pp. 594 y ss, PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar...*, op.cit., pp. 129 y ss., SANCHEZ MORON, Miguel, *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 159, y BELTRAN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 100 y ss. Una concreta aplicación de lo dicho en el ámbito de la ordenación urbanística puede consultarse en PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad urbanística...*, op.cit., pp. 227 y ss.

⁷⁷¹ BELTRAN, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 207: "el juez nunca puede ocupar el "hueco normativo", nunca puede seleccionar o escoger él mismo la combinación de intereses que se ajuste, o que mejor se ajuste, al interés general. Y si lo hiciese, además de producirse una flagrante inconstitucionalidad, se juridificaría la política (las decisiones discrecionales de política pública) con lo que "la política no tiene nada que ganar y la justicia mucho que perder"".

llega a la conclusión de que no existiendo vulneración de ninguno de ellos, "ha de prevalecer el criterio ordenador de los *representantes de la comunidad ciudadana*".

La STS de 11 de mayo de 1995 (Ar. 3796), por su parte, indica que para que un tribunal contencioso pueda anular una determinación urbanística discrecional es necesario "una prueba suficiente de la irregularidad de la solución adoptada, *al margen por completo de juicios de oportunidad más o menos acertados, de posibles valoraciones distintas de los intereses públicos, que no son competencia de los Tribunales - administrarían ellos - y para lo que tampoco disponen de los instrumentos técnicos precisos*".

Como última muestra de la lucidez judicial en la advertencia de los límites constitucionales de su función, cabe traer a colación la STS de 25 de enero de 1994, Ar. 499. En esta sentencia se conoce de la impugnación efectuada por el recurrente de un acuerdo municipal de enajenación de una parcela sobrante originada por la rectificación en la alineación de una calle, en aplicación del art. 115.2 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, de Bienes de las Entidades Locales. Este artículo indica el criterio que debe seguirse por el Municipio cuando existe una pluralidad de colindantes:

"Si fueran varios lo propietarios colindantes, la venta o permuta se hará de forma que las parcelas resultantes se ajusten al más racional criterio de ordenación del suelo, según dictamen técnico".

El Municipio realizó la enajenación sin ese preceptivo dictamen técnico. El recurrente al impugnar el acuerdo municipal pretende que el tribunal contencioso declare su derecho a la adquisición de la parcela. El tribunal de primera instancia anuló la decisión municipal por falta del dictamen técnico, pero no accedió a la otra pretensión del recurrente, decisión

confirmada por el TS. Sin embargo, el interés se centra en los argumentos utilizados por la sentencia apelada, aceptados luego por el TS. El tribunal contencioso no accede a la pretensión de condena al Municipio a la enajenación de la finca al recurrente, puesto que si tal cosa hiciera estaría:

"sustituyendo, de modo inaceptable e *incompatible con nuestra posición constitucional*, una decisión municipal que ha de fundarse en una discrecionalidad técnica (por supuesto revisable, pero ésa no es la cuestión) por nuestra propia discrecionalidad que, sin criterio técnico en que basarse, sólo se fundaría en un mero voluntarismo".

En definitiva, en las elocuentes palabras de GARCIA DE ENTERRIA, "La judicialización plenaria, la "normalización", del contencioso-administrativo tiene un único límite constitucional, y es que los Tribunales no pueden invadir los ámbitos de competencias de los demás poderes constitucionales: ni los del cuerpo electoral, ni los del legislativo, etc; tampoco, naturalmente, las responsabilidades propias del Ejecutivo (art. 97 de la Constitución), ni el autogobierno de las entidades territoriales (art. 137), ni cualquier otro de los ámbitos de poder diseñados en la arquitectura constitucional.

El cómo delinear ese "límite" (no limitación) entre la jurisdicción y los demás poderes constitucionales no es cuestión de diseño arbitrario o imaginativo: la definición de ese límite es, justamente, todo el contenido del Derecho Administrativo, el cual postula determinadas prescripciones, con determinados contenidos, en un espacio también determinado, pro no pretende ser la atmósfera general y envolvente de toda la totalidad del funcionamiento del poder en el sentido de que éste sea siempre una simple ejecución mecánica de la Ley. El

propio Derecho Administrativo, construido necesariamente con los datos del Derecho positivo, habilita potestades de acción, que tendrán siempre una raíz jurídica, por el hecho mismo de esa habilitación, pero que significan remitir expresamente a apreciaciones no jurídicas de los órganos administrativos. No sería ninguna ganancia para el Estado de Derecho, ni tampoco, por supuesto, para la eficacia de la cosa pública, pretender que el juez pudiera sustituir con su personal criterio cualquier decisión de cualquier poder, y en concreto aquí de cualquier autoridad administrativa. El Juez dice el Derecho y el Derecho está constantemente definiendo ámbitos de discrecionalidad. Este juego es esencial en la dinámica del Derecho Administrativo, aunque éste se esfuerce por separar esa discrecionalidad de la arbitrariedad pura y simple"⁷⁷².

⁷⁷² GARCIA DE ENTERRIA, E., "Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas", *DA*, núm. 209, 1987, pág. 8. En idéntico sentido vid. el estudio de este autor *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 2 ed.1992, pág.61 : "Naturalmente, el enjuiciamiento judicial de la discrecionalidad debe limitarse a los límites jurídicos de la discrecionalidad, que es lo que el art. 24 garantiza. Por otra parte, no sería una verdadera garantía reconocer al Juez la facultad de sustituir a la Administración en sus apreciaciones políticas. Sería una suplantación, una verdadera invasión de esferas de poder y de responsabilidad que no pertenecen al Juez, que estaría incluido en la responsabilidad política que tiene el Ejecutivo o que tienen las organizaciones autonómicas o locales, las instituciones garantizadas en la propia Constitución con la técnica de la garantía institucional, incluso alguna organización no territorial, como por cierto la Universidad, art. 27. El Juez no puede intentar con el motivo de un recurso contencioso gobernar, sustituir la responsabilidad del Ejecutivo, según el art. 97 de la Constitución, o la gestión de los propios intereses por las representaciones territoriales, artículos 138 y 140, la gestión de la Universidad, art. 27, que tiene una autonomía garantizada. La Constitución no atribuye esas facultades al Juez; lo que le encomienda es la tutela de derechos e intereses legítimos, o como dice el art. 106, controlar la legalidad de la acción administrativa"

3. Los principios generales del derecho como instrumentos jurídicos de control judicial que delimitan negativamente la entraña de la decisión discrecional; el ejemplo de los principios de interdicción de la arbitrariedad y de proporcionalidad.

A tenor de todo lo visto, puede afirmarse la existencia de un principio, común en diversos ordenamientos europeos y en el Derecho Comunitario, de *distinción funcional*, inherente al Estado de Derecho, derivado de la necesidad de *racionalizar el ejercicio de tareas públicas mediante su limitación y optimización*, evitando así que las mismas funciones sean desarrolladas simultáneamente por distintos centros de poder o que uno sólo de ellos las realice todas. Lo que, en referencia a las relaciones Administración-Jurisdicción, supone que la incidencia del control judicial sobre la entraña de la discrecionalidad no puede ser de total intensidad, sino que debe detenerse ante los aspectos metajurídicos.

Lo dicho supone, en consecuencia, que la técnica más avanzada de control existente, el uso de los principios generales del Derecho, esté sometida también, obviamente, a los límites propios de su naturaleza. En este sentido, los principios generales del Derecho, si bien son magníficos instrumentos de control *en negativo* de la entraña de la discrecionalidad, *son incapaces de permitir la orientación judicial, en positivo, del criterio metajurídico implícito en el núcleo duro de la misma*. No cabe esperar de ellos que ofrezcan resultados que escapen de su función y posibilidades.

Teniendo presente este dato, los principios generales del Derecho, en su faceta de instrumento judicial de control de la Administración, son un parámetro de *control negativo* de la discrecionalidad, pero no pueden conformar, no es ésa la función judicial, el núcleo no

jurídico de la misma⁷⁷³. La vulneración de los principios generales del Derecho supone el nacimiento de un derecho subjetivo *reaccional* o *impugnatorio* del particular, cuyo ejercicio consiste en la impugnación de la decisión discrecional y cuyo resultado se agota con la anulación judicial de la misma. Pero la peculiar estructura jurídica de los principios generales del Derecho⁷⁷⁴ impide que de ellos pueda derivarse la solución discrecional correcta, puesto que los mismos no pueden generar *derechos subjetivos típicos o activos* ni, correlativamente, obligaciones jurídicas concretas para la Administración⁷⁷⁵.

En consecuencia, el juez, mediante el recurso a estos principios, nunca puede imponer la configuración del núcleo extrajurídico de la discrecionalidad, decidiendo *lo más adecuado* -

⁷⁷³SANCHEZ MORON, Miguel, *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 112, señala que la mera invocación de principios generales no puede conducir a imponer a la Administración una solución determinada para un supuesto de hecho concreto. Los principios "sólo pueden operar como un límite negativo de la discrecionalidad administrativa, o bien para legitimar de manera muy genérica las opciones tomadas en ejercicio de la misma".

⁷⁷⁴Puesto que carecen de supuesto de hecho, lo que motiva que su aplicación deba realizarse siempre en relación a otra norma, como ponen de relieve LEGUINA VILLA, Jesús, "Principios Generales del Derecho y Constitución", *RAP*, nº114, septiembre-diciembre 1987, pp. 10 y ss, SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 454, y BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, Tecnos, 1994, pp. 75 y ss.

⁷⁷⁵Sobre la distinción entre derechos subjetivos reaccionales o impugnatorios y típicos o activos, vid. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, vol. II, op.cit., pp. 37 y ss.

BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los principios...*, op.cit., pp. 84 y ss., señala, en el sentido expuesto en el texto, que el principio de seguridad jurídica impide que los principios otorguen derechos subjetivos típicos y concreten obligaciones jurídicas de la Administración, dado que carecen de supuesto de hecho al que anudar tales consecuencias jurídicas.

Una excepción a esta regla general puede hallarse en el *principio de igualdad*, debido a su peculiar naturaleza jurídica. En palabras del voto particular de la STC 75/1983, de 3 de agosto, el derecho a la igualdad es "un derecho subjetivo de los ciudadanos que les permite recabar de los Tribunales la tutela y protección para que la igualdad rota sea restablecida". Este derecho subjetivo "consistente en tener un trato igual al dado a otros ciudadanos ante supuestos de hecho idénticos" (STS de 13 de mayo de 1994, Ar. 3814), puede dar lugar, en ocasiones, a que la sentencia contenga una condena a la Administración para que equipare a un ciudadano en el trato jurídico dispensado a otro. En este sentido, por ejemplo vid. las SSTS de 30 de mayo de 1995 (Ar. 4334) o de 15 de marzo de 1993 (Ar. 2523). Puede consultarse al respecto el trabajo de BAÑO LEON, J.M., "La igualdad como derecho público subjetivo", *RAP*, núm. 114, 1987, pp. 179 y ss, SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 112, y las referencias específicas a la discrecionalidad urbanística contenidas en PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad urbanística...*, op.cit., pp. 272 a 277.

desde un punto de vista estético, político, social, económico... - para el interés general. Los principios imponen el deber negativo a la Administración de "no actuar infringiendo el valor jurídico consagrado en el mismo"⁷⁷⁶; constatada la vulneración de esta barrera jurídica, el juez deberá limitarse a anular la decisión discrecional contraria al ordenamiento⁷⁷⁷. Como sostiene CHEVALLIER, "les principes généraux du droit son là pour sanctionner les actes les moins justifiables de l'administration; ils sont mal adaptés à un contrôle régulier, quotidien de l'action administrative. (...) ce contrôle est avant tout destiné à éviter l'injustifiable. (...) le juge administratif semble veiller désormais à ce que l'administration respecte un minimum de "logique" ou de "bon sens"..."⁷⁷⁸.

Las afirmaciones precedentes quizás puedan ser entendidas mejor analizando sucintamente el funcionamiento de dos principios generales que en la última década han sido objeto de frecuente utilización por la jurisdicción contenciosa-administrativa. Nos referimos al principio de *interdicción de la arbitrariedad* y al de *prohibición de actuaciones discrecionales desproporcionadas*.

En cuanto al *principio de interdicción de la arbitrariedad*, consagrado en el art. 9.3 CE, tuvimos ocasión de referirnos a él al exponer el *deber de racionalidad* de la Administración⁷⁷⁹. En aquél momento ya se adelantó que el art. 9.3 contenía una directiva positiva de comportamiento administrativo, a la vez que una *prohibición* de decisiones claramente *irracionales*. Éste límite jurídico constituye una útil herramienta para el control judicial de la entraña discrecional.

⁷⁷⁶BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los principios...*, op.cit., pág. 87.

⁷⁷⁷ Vid. al respecto BROHM, W., "Administración y...", op.cit., pp. 128 y ss.

⁷⁷⁸ CHEVALLIER, J., *L'État...*, op.cit., pp. 89 y ss.

⁷⁷⁹ Vid. *supra* en este mismo Capítulo el epígrafe 2.1.

Es posible que, en principio, una decisión administrativa parezca respetar el ordenamiento jurídico, al no vulnerar ninguna norma, pero que sea claramente absurda, manifiestamente ilógica, no conforme con las mínimas exigencias de la racionalidad. En ese caso cabría entender que esa decisión incoherente vulnera un principio general del Derecho constitucionalizado, precisamente el de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de la Administración⁷⁸⁰. El juez podría, en caso de decisiones administrativas evidentemente absurdas, anular la decisión administrativa por vulneración del art. 9.3 CE. Sin embargo, junto a la utilidad de este instrumento como control jurídico de la actividad administrativa manifiestamente irrazonable, no debe pasar inadvertido el peligro de que un uso judicial inadecuado del mismo suponga una suplantación inconstitucional de criterios metajurídicos administrativos empleados en el ejercicio de potestades discrecionales. Como indica GARCIA DE ENTERRIA, "la arbitrariedad no puede ser nunca un simple juicio subjetivo del juez (que obraría entonces sin fundamento objetivo y, por tanto, arbitrariamente él mismo)"⁷⁸¹.

En consecuencia, creemos que la consideración de la arbitrariedad como *manifiesta irracionalidad* en la decisión adoptada por la Administración permite una mayor precisión en el uso de este principio, evitando confusiones y superposiciones con otros, algunos de los cuales han sido también constitucionalizados⁷⁸².

⁷⁸⁰ A esta acepción más específica del concepto se refiere FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "De nuevo...", op.cit., pág. 589, al indicar, como ya vimos, que "en un sentido más concreto, arbitrario y, por lo tanto, constitucionalmente prohibido es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como desprendido de o ajeno a toda razón capaz de explicarlo".

⁷⁸¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "¿Es inconveniente...?", op.cit., pág. 226. También alerta sobre el peligro de extralimitación judicial que un uso inadecuado de este principio puede suponer PAREJO ALFONSO, Luciano, Administrar..., op.cit., pág. 47.

⁷⁸² Es el caso, por ejemplo, del principio de igualdad. Mediante el significado propuesto en el texto para el principio de interdicción de arbitrariedad se ganaría en seguridad jurídica, al lograr una mayor precisión técnica en su uso. Sobre la necesidad de articular técnicamente los principios

En el *Derecho británico* éste es el sentido originario del control judicial mediante el criterio de *unreasonableness*. El uso de este principio arranca básicamente de la sentencia del año 1948 *Associated provincial picture houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation*⁷⁸³. En esta sentencia, Lord GREENE indicó que el control judicial podía llegar a anular decisiones absurdas adoptadas por la Administración⁷⁸⁴. A partir de las parcas palabras de Lord GREENE⁷⁸⁵, se ha construido jurisprudencialmente en el Derecho británico un control sustantivo de la discrecionalidad, basado en la prohibición de decisiones irrazonables. Como destaca CRAIG, el principio formulado en la sentencia *Associated provincial picture houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation* aparece con un doble significado: como un principio "huésped" de otros motivos de ilegalidad más específicos (por ejemplo, toma en consideración de cuestiones irrelevantes, utilización de potestades para fines no previstos en el ordenamiento...), y, en segundo lugar, como parámetro de control sustantivo de decisiones irracionales, el cual ha sido aplicado con posterioridad por diversas decisiones

generales a fin de evitar la inseguridad jurídica derivada de la inconcreción de alguno de ellos, vid. DESDENTADO DAROCA, Eva, "Una nota...", op.cit., pág. 274 y ss. En relación a la delimitación apuntada en el texto sobre el significado del principio de racionalidad, vid. SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 140: "decisión discrecional arbitraria será sólo la decisión manifiestamente carente de explicación desde el punto de vista del interés público al que la Administración debe servir".

⁷⁸³Si bien la doctrina cita como antecedente la sentencia *Roberts v. Hopwood*, del año 1925, en la que se anuló una decisión municipal relacionada con la concesión de un salario a sus empleados superior a la media existente en el mercado laboral. Vid. BELTRAN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 89.

⁷⁸⁴En la parte final de sus palabras, Lord GREENE al definir el principio por él enunciado, en referencia al caso concreto, sostiene que "it may still be possible to say that the local authority nevertheless have come to a conclusion as unreasonable that no reasonable authority could never have come to it. In such a case, again, I think the court can interfere".

⁷⁸⁵Como acertadamente resalta FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "Debe...", op.cit., pág. 388, el principio formulado por Lord GREENE en la sentencia citada se incluyó en un *obiter dictum*, a título de mera hipótesis.

judiciales⁷⁸⁶.

Ya al enunciar este principio en el caso *Wednesbury*, Lord GREENE dejó claro que no era función de los tribunales sustituir la discrecionalidad administrativa, tratando de imponer un punto de vista distinto sobre cuestiones opinables, sino sólo impedir decisiones irracionales, como pudiera ser, en ejemplo aludido por el propio Lord GREENE, el despido de una profesora pelirroja basado sólo en el color rojo de su cabello⁷⁸⁷. Aún así, el desarrollo jurisprudencial posterior de este criterio no deja de presentar riesgos de extralimitación judicial en el momento de apreciar lo irrazonable, aspecto que ha sido subrayado por algún autor⁷⁸⁸.

Volviendo a España, debe señalarse que el TS emplea normalmente en la actualidad este principio para controlar las decisiones discrecionales, advirtiéndose un frecuente uso del mismo especialmente en el ámbito urbanístico, donde ha dado lugar a la anulación de determinaciones contenidas en los planes de urbanismo a causa de su manifiesta

⁷⁸⁶CRAIG, P.P., *Administrative...*, op.cit., pp. 404 y 409 y ss, donde se recogen varias sentencias posteriores en las que se utiliza este criterio como instrumento de control de decisiones administrativas.

DESDENTADO DAROCA, Eva, "Una nota sobre la utilización por los jueces británicos de las técnicas jurídicas de control de la actuación administrativa (el caso *Wheeler versus Leicester City Council*)", *REDA*, nº 82, abril-junio 1994, pp. 267 y ss., analiza una decisión judicial en la que se incluyen interesantes consideraciones sobre la virtualidad del principio de irrazonabilidad.

⁷⁸⁷Como indica Lord GREENE en esta sentencia, para que exista una decisión irrazonable "it must be proved to be unreasonable in the sense, not that it is what the court considers unreasonable, but that is what the court considers is a decision that no reasonable body could have come to, which is a different thing altogether".

⁷⁸⁸Así CRAIG, P.P., *Administrative...*, op.cit., pp. 410 y 411, señala que el principio ha evolucionado en la jurisprudencia desde su establecimiento en la sentencia *Wednesbury* - donde se perfiló como un parámetro de control de situaciones claramente irracionales, extremas, como el ejemplo citado de despido a causa del color de pelo -, transformándose en un criterio que es utilizado judicialmente para determinar si el ejercicio de la discrecionalidad es razonable, abriéndose así una posibilidad para la substitución judicial de la opinión administrativa.

DESDENTADO DAROCA, Eva, "Una nota...", op.cit., pág. 273, señala la utilidad del principio como articulación técnica del "sentido común", pero llama la atención sobre la indeterminación del criterio de irrazonabilidad, lo que puede dar lugar a la entrada del subjetivismo judicial al apreciar si una decisión administrativa es o no razonable.

irracionalidad⁷⁸⁹. En el uso de este instrumento de control en el campo urbanístico, el TS, en general, se ha mostrado, a la vez que exigente, prudente, negando en numerosos casos que la ordenación discrecional elegida por la Administración fuera irracional, cuando lo alegado por el recurrente se basaba, simplemente, en la posibilidad de otra solución urbanística *más* racional. Así, por ejemplo, en la sentencia de 30 de abril de 1990 (Ar. 3627), el TS analiza la racionalidad de una calificación dada a una finca por el Plan General de Ordenación de Jaca. La cuestión en el caso concreto se centra en si la solución dada por el Plan es la "más adecuada" o si existía otra calificación "más acertada". El TS indica que:

"Es desde luego éste un problema respecto de cuya solución **caben opiniones distintas**: se trata del *núcleo de oportunidad que integra la esencia misma de la discrecionalidad*, caracterizada por la posibilidad de elegir entre soluciones jurídicamente indiferentes. Y la Sala no advierte **dentro** de la decisión adoptada - y acogida por el equipo redactor - irracionalidad alguna que habilite a esta Jurisdicción para un pronunciamiento anulatorio".

La jurisprudencia española, pues, es consciente de su función constitucional, por lo que evita extralimitarse, anulando sólo aquellas decisiones "obviamente absurdas"⁷⁹⁰.

⁷⁸⁹ Pueden consultarse referencias jurisprudenciales en DELGADO BARRIO, Javier, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 97 y ss., DE VICENTE DOMINGO, *Las alteraciones del planeamiento urbanístico*, La Ley, Madrid, 1994, pp. 165 y ss, PONCE SOLÉ, Julio, *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 181 y ss, y TRAYTER, J.M., *El control del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 443 y ss.

⁷⁹⁰En palabras de la STS de 18 de julio de 1988, Ar. 5914. En este caso concreto, tras anular el trazado de una calle contenido en un Plan General por resultar irracional, en aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, el TS no acoge la pretensión del recurrente de que se condene al municipio a escoger un concreto trazado de la calle en cuestión. El tribunal argumenta su negativa en base a que:

En definitiva, y a tenor de lo expuesto, puede afirmarse que en nuestra Constitución existe un *límite* al ejercicio de la discrecionalidad, consistente en la interdicción de decisiones absurdas, claramente irracionales, carentes de toda posible justificación basada en reglas de la más elemental lógica humana. Este criterio limita la actuación de la Administración, puesto que ésta no puede decidir "en contra de las más elementales reglas de la racionalidad y el buen sentido"⁷⁹¹. A su vez, este principio se erige como un parámetro de control judicial, de utilidad en los supuestos en que el ejercicio de la discrecionalidad no vulnera ninguna norma u otro principio jurídico, pero da lugar a resultados manifiestamente irracionales. Sin embargo, la distinción de funciones propia de todo Estado de Derecho, no permite al tribunal imponer a la Administración, en base a opiniones extrajurídicas, la decisión más racional, mejor o más razonable⁷⁹², "sino que comprueba si la decisión es o no la que razonablemente cabe exigir de un buen y coherente administrador. Lo que realmente examina son los *límites negativos* de la decisión discrecional (el no haber actuado irrazonablemente) y no sus *elementos internos*: el tribunal se mantiene al margen del núcleo de la discrecionalidad (de la elección entre las diferentes posibilidades de actuación permitidas y queridas por el Derecho) y por tanto dentro de la razonabilidad - es decir, en el ámbito *intra*

"ello supondría suplantar a aquélla en el ejercicio de su función, ya que a ella toca diseñar la red viaria y la ordenación circulatoria de la zona afectada (...) no extendiéndose la competencia de la Sala más allá de dejar sin efecto las soluciones obviamente absurdas."

⁷⁹¹Por utilizar las palabras de la STS de 18 de julio de 1988, Ar. 5914.

⁷⁹² SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 454, indica en referencia a las normas principales contenidas en el art. 9.3 CE - entre las que se encuentra el principio de interdicción de la arbitrariedad - que "Su propia formulación principal, definitoria, las hace insusceptibles de una exigencia judicial de su contenido (...); aunque, en determinados supuestos excepcionales, su vulneración por un acto concreto o una norma daría lugar a un derecho reaccional, tendente a obtener la anulación de éstos".

vires - el tribunal no tiene nada que decir"⁷⁹³.

En consecuencia, el principio de interdicción de decisiones manifiestamente irracionales es un *criterio jurídico limitativo*, que no permite establecer, dentro del núcleo extrajurídico de la discrecionalidad, cuál es la solución más oportuna⁷⁹⁴. Como señala TORNOS MAS, "la pretensión de buscar la solución más razonable no puede encomendarse al Juez, pues no le compete esta misión cuando la norma deja a la Administración un margen de apreciación. El razonamiento jurídico propio de la actividad jurisdiccional puede detectar que la decisión no es razonable, que es arbitraria, pero no puede ayudar a prefigurar la decisión más razonable"⁷⁹⁵.

Por lo que se refiere al *principio de prohibición de decisiones administrativas desproporcionadas*, sirven los mismos argumentos expuestos respecto del de interdicción de la arbitrariedad. La doctrina resalta la indudable importancia de este principio⁷⁹⁶, cuyo uso es, como veremos, común en diferentes ordenamientos europeos, siendo también para el TJCE un útil instrumento de control de las instituciones comunitarias⁷⁹⁷.

⁷⁹³BELTRAN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 99 y 100. Podríamos matizar que más que situarse al margen, el tribunal comprueba uno de los *límites que rodean* el núcleo metajurídico de la discrecionalidad, pero sin penetrar en éste.

⁷⁹⁴En palabras de PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar...*, op.cit., pág. 105, este principio juega "no en el sentido de norma positiva capaz de indicar la única solución justa y, por tanto, de autorizar la sustitución judicial (...), sino en el negativo de precisión de los límites externos (el "marco") del referido espacio de libre decisión administrativa, capaz desde luego para justificar la anulación de la decisión administrativa, pero en modo alguno la reproducción del proceso de formación de la voluntad administrativa y, por tanto, de sustitución de ésta por otra judicial".

⁷⁹⁵ TORNOS MAS, J., "Discrecionalidad...", op.cit., pág. 408.

⁷⁹⁶Vid. en este sentido BARNES VAZQUEZ, Javier, "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario", *RAP*, nº 135, septiembre-diciembre 1994, pág. 495, quien afirma que este principio "ha experimentado un auge extraordinario en el Derecho Comparado de las últimas décadas", siendo su desarrollo "uno de los ejemplos más paradigmáticos del emergente Derecho Público europeo".

⁷⁹⁷SCHWARZE, J., *European...*, op.cit., pág. 677 y 865, quien se refiere a este principio como el más importante del Derecho Comunitario.

En Francia, CHAPUS explica como el control de proporcionalidad - el cual supone una profundización del control normal ejercido por el Consejo de Estado - es una técnica en expansión, a través de la teoría del balance (*théorie du bilan*). Para entender el fundamento de esta técnica de control es conveniente referirse a las declaraciones de utilidad pública expropiatoria, ámbito en el que las decisiones del Consejo de Estado han sido particularmente explícitas⁷⁹⁸.

Efectivamente, en Francia la aplicación del principio de proporcionalidad se ha producido mediante la técnica del *balance costes-ventajas*. Inicialmente su aplicación se circunscribe al campo de las declaraciones de utilidad pública de las expropiaciones forzosas, pero con posterioridad se extiende a otras materias, si bien el Consejo de Estado francés se ha mostrado reacio a su aplicación en las decisiones de planificación urbanística⁷⁹⁹. Mediante el uso de esta regla, el Consejo de Estado considera la existencia o no de utilidad pública en una concreta operación expropiatoria, teniendo en cuenta, junto al interés general que la sustenta, el coste financiero que representa y los inconvenientes que ocasiona (atentados a la propiedad privada o a otros intereses generales concurrentes, consecuencias sobre el medio natural y la calidad de vida)⁸⁰⁰. Los costes financieros y sociales generados

⁷⁹⁸CHAPUS, René, *Droit...*, op.cit., pp. 911 y ss.

⁷⁹⁹ Sobre el "bilan cout-avantages", vid. DE LA CRUZ FERRER, Juan, "Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa", *REDA*, num.45, 1985, pp.71 y ss y LOPEZ GONZALEZ, José Ignacio, El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, pp.34 y ss.

En relación con su aplicación, por ejemplo, a las decisiones urbanísticas, vid. TOLEDO JAUDENES, Julio, "Alteración del planeamiento urbanístico: derechos adquiridos y control judicial", *RAP*, n° 110, mayo-agosto 1986, pp.153 y ss.

⁸⁰⁰ Como explica CHAPUS, René, *Droit...*, op.cit., pág. 912, el balance implica tres preguntas distintas y sucesivas: ¿existe (en realidad) un interés público que justifique la expropiación? ¿es necesaria ésta o hay otro medio menos restrictivo?, finalmente, ¿los costes sociales, financieros, el sacrificio de la propiedad privada o de otros intereses generales son excesivos respecto al interés público buscado por la expropiación?. Sólo la respuesta positiva a las tres preguntas permite a la

no han de ser *excesivos* en relación con el interés general perseguido, pues en caso contrario se produce una vulneración del "balance".

El peligro de cambio de la valoración administrativa efectuada por otra valoración judicial que representa este parámetro de control, es decir la sustitución de una discrecionalidad por otra, está presente en esta técnica⁸⁰¹, pero el Consejo de Estado francés, consciente de ello, ha actuado hasta el momento con cautela en su uso⁸⁰².

Por lo que se refiere a *Alemania*, el principio de proporcionalidad ha alcanzado un notable desarrollo doctrinal y jurisprudencial⁸⁰³. Según la postura doctrinal y jurisprudencial generalizada en aquel país, este principio se deriva del *texto constitucional*, en concreto de la *cláusula de Estado de Derecho y del valor justicia material*, siendo, además, un componente esencial de los *derechos fundamentales*⁸⁰⁴. Aunque en el caso de intervención

declaración de utilidad pública pasar el test del *bilan*.

⁸⁰¹ Como ha sido notado por la doctrina francesa. Así, CHAPUS, René, *Droit...*, op.cit., pág. 914, señala que la teoría del balance no trata de eliminar "toute possibilité d'appréciation libre, en opportunité, de l'autorité administrative", destacando que es rara la anulación de las declaraciones de utilidad pública y sólo se ha dado en proyectos de menor importancia, no en los que suponen la plasmación de la política general de los poderes públicos. Vid. SANCHEZ MORON, Miguel, *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 47, en relación con el debate existente en el país vecino sobre el uso del balance costes-ventajas.

⁸⁰² Como expuso en sus conclusiones BRAIBANT "no es cuestión de que ustedes hagan en lugar de la Administración las elecciones discrecionales que le pertenecen; cuestiones como saber si el nuevo aeropuerto de París debería ser construido al norte o al sur de la capital, o si la autopista del este debería pasar más cerca de Metz o de Nancy siguen siendo cuestiones de oportunidad. Es solamente más allá de un cierto límite, en el caso de un coste social o financiero anormalmente elevado y desprovisto de justificaciones donde ustedes deberán intervenir", en LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Ed. Sirey, 1984, 8 ed., pág. 553.

⁸⁰³ Las primeras referencias al mismo aparecen por primera vez a finales del siglo pasado, en el campo del Derecho de Policía, SCHWARZE, J., *European...*, op.cit., pág. 685.

⁸⁰⁴ Vid. las referencias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán en SCHWARZE, J., *European...*, op.cit., pág. 688, y en BARNES VAZQUEZ, Javier, "Introducción...", op.cit., pp. 499 y ss.

pública sobre los derechos fundamentales la aplicación de este principio deberá ser específicamente rigurosa, su virtualidad se extiende a cualquier ámbito de intervención de los poderes públicos. El principio de proporcionalidad en Alemania está constituido por tres criterios que actúan a modo de sucesivos filtros jurídicos de la actividad pública. En primer lugar, el *principio de idoneidad o aptitud*, según el cual la intervención pública debe servir, ser útil al fin que se pretende lograr. Además de esto, el segundo criterio, el llamado *principio de necesidad*, impone la exigencia de que ese medio sea el menos restrictivo posible de la esfera jurídica de los particulares. Por último, el *principio de proporcionalidad strictu sensu* demanda una razonable relación entre el fin de interés general perseguido y los sacrificios y restricciones individuales inflingidos en su persecución⁸⁰⁵.

En la jurisprudencia alemana, el principio de proporcionalidad ha sido utilizado por el Tribunal Administrativo Federal, por ejemplo, en el ámbito de la expropiación⁸⁰⁶ o de la ordenación del uso del suelo para el control de decisiones urbanísticas⁸⁰⁷.

No ha pasado tampoco desapercibido para la doctrina germana el riesgo que la utilización de este principio presenta respecto a una posible invasión de ámbitos funcionales administrativos motivada por la introducción de criterios subjetivos judiciales sobre lo que deba entenderse por proporcionado. Por ello, la fascinación experimentada en aquel país ante

⁸⁰⁵ Una referencia a estos tres criterios integrantes del principio de proporcionalidad en el Derecho Alemán en BARNES, Javier, "Introducción...", op.cit., pp. 499 y ss., y SCHWARZE, J., *European...*, op.cit., pág. 687. Hay que destacar que el tercer subprincipio - proporcionalidad *strictu sensu* - no se refiere a la corrección de la ponderación de intereses realizada por la Administración, pues no se trata de conciliar colisiones entre bienes, sino sólo de calcular si los medios elegidos causan unos costes (sacrificios de derechos particulares) que son compensados por los beneficios generados para el interés general.

⁸⁰⁶Vid. BARNES VAZQUEZ, Javier, "Introducción...", op.cit., pág. 514. La estructura del principio en el ámbito de la expropiación forzosa es parecida a la existente en Derecho francés.

⁸⁰⁷ Recogen esta jurisprudencia germana, TOLEDO JAUDENES, Julio, *Alteración...*, op.cit., pp.149 y 150, y LOPEZ GONZALEZ, José Ignacio, *El principio...*, op.cit., pág. 45.

la utilidad de este instrumento jurídico de control de la discrecionalidad está dejando paso a un análisis más reposado y prudente de su contenido y aplicación⁸⁰⁸.

De igual manera, es de destacar la extraordinaria importancia que el principio de proporcionalidad tiene en el *Derecho Comunitario*⁸⁰⁹. Este principio se alza como un parámetro de limitación de las instituciones comunitarias y de los Estados miembros en sus actividades con incidencia sobre derechos fundamentales. Su origen puede hallarse en el TCE⁸¹⁰, pudiendo ser deducido del *principio de Estado de Derecho* que rige el orden jurídico comunitario, así como de un estudio comparado de los ordenamientos nacionales⁸¹¹. El TJCE ha hecho un frecuente uso de este principio, siguiendo el modelo alemán de los tres filtros sucesivos, es decir idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁸¹². Es de resaltar que el TJCE ejercita el control con prudencia, siendo consciente de los límites de su función, sin entrar a valorar la oportunidad de la medida sometida a revisión⁸¹³.

En *España*, el TC en distintas sentencias se ha referido al principio de proporcionalidad, caracterizándolo como un principio general del Derecho⁸¹⁴, *inherente al*

⁸⁰⁸ En este sentido, vid. BARNES, Javier, "Introducción...", op.cit., pp. 510 y ss.

⁸⁰⁹ Vid. al respecto PESCATORE, P., "Los principios generales del Derecho...", op.cit., pp. 39 y ss.

⁸¹⁰ Por ejemplo, arts. 39 ó 40.3 TCE.

⁸¹¹ En este sentido, SCHWARZE, J., *European...*, op.cit., pp. 710 y ss., FLOGAITIS, Spyridon, "Droits...", op.cit., pp. 304 y ss.

⁸¹² Sobre la abundante jurisprudencia comunitaria recaída en esta materia vid., por ejemplo, SCHWARZE, J., *European...*, op.cit., pp. 726 y ss, BARNES VAZQUEZ, Javier, "Introducción...", op.cit., pp. 519 y ss., y MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La unión...*, op.cit., pp. 149 y ss.

⁸¹³ En este sentido, BARNES VAZQUEZ, Javier, "Introducción...", op.cit., pág. 521.

⁸¹⁴ STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 5.

*Estado de Derecho*⁸¹⁵ - también cabría deducirlo del *valor Justicia del art. 1.1 CE*⁸¹⁶ -, el cual se halla formulado como un concepto jurídico indeterminado con un margen de apreciación⁸¹⁷, siendo de especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones⁸¹⁸. El TC ha utilizado el principio de proporcionalidad, tanto en su vertiente de ponderación de intereses implicados en el caso concreto⁸¹⁹ como en su aspecto de análisis de la relación medio-fin⁸²⁰. Destaca BARNES que el TC utiliza el principio con escasa precisión técnica, sin utilizar el patrón alemán - como veremos, también adoptado por el TJCE - de los tres subprincipios⁸²¹.

Por su parte, el TS también ha elaborado una doctrina en torno al principio de proporcionalidad referido a la actividad administrativa. Así, según el TS, estamos ante un

⁸¹⁵ STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 2 y STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4.

⁸¹⁶ STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 2, STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7, y STC 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 2.

⁸¹⁷ STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 5.

⁸¹⁸ STC 85/1992, de 8 de junio, FJ. 4.

⁸¹⁹ STC 64/1982, de 4 de noviembre, FJ 8. El TC analiza una regulación legal en materia de explotación minera, teniendo en cuenta los intereses a los que afecta - medio ambiente y economía nacional -.

⁸²⁰ Así, STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3 - en donde el TC analiza desde la perspectiva del principio de proporcionalidad una medida judicial ordenando la realización de pruebas biológicas para la investigación de la filiación -, STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4 y 5 - en los que se estudia la proporcionalidad de una norma que permite la esterilización de incapaces en ciertos supuestos y con determinados requisitos - y STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7 - en el que el TC examina un auto judicial de autorización a la inspección tributaria para la entrada en un domicilio.

⁸²¹ BARNES VAZQUES, Javier, "Introducción...", op.cit., pp. 531 y ss.

De todas maneras, en recientes sentencias del TC parece detectarse una mayor perfección técnica en el empleo del principio de proporcionalidad, con cita expresa de los tres subprincipios - idoneidad, necesidad, proporcionalidad *strictu sensu* - que configuran el principio en Alemania y en el Derecho Comunitario. Así, pueden destacarse las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5 o la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6.

principio general del Derecho⁸²² *que deriva claramente del art. 106.1 CE*⁸²³ y que se aplica en todos los ámbitos del Derecho Administrativo⁸²⁴. Este principio se encuentra plasmado en numerosas normas⁸²⁵ y recoge la necesidad de una armonía entre los medios utilizados en la actuación administrativa y la finalidad perseguida por la misma. Partiendo del presupuesto de que el fin perseguido por la Administración es aquél fijado en cada caso por la potestad de que se trate⁸²⁶, los medios para alcanzarlo deben ser idóneos, es decir, aptos para su realización⁸²⁷, y además no han de ser excesivos con la finalidad perseguida⁸²⁸, tanto si se trata de elegir uno de entre los varios posibles como si sólo existe un medio predeterminado por el ordenamiento jurídico⁸²⁹. El TS también aplica este principio en su vertiente de ponderación entre intereses implicados en la actuación administrativa⁸³⁰.

En el ordenamiento administrativo es posible encontrar recogido en numerosas normas el principio de proporcionalidad. A él se refieren, por ejemplo, los artículos 6 del RSCL⁸³¹,

⁸²² STS de 16 de mayo de 1990, Ar. 4167.

⁸²³ STS de 16 de mayo de 1990, Ar. 4167, STS de 10 de mayo de 1995, Ar. 4473.

⁸²⁴ STS de 16 de octubre de 1989, Ar. 7368.

⁸²⁵ STS de 16 de mayo de 1990, Ar. 4167.

⁸²⁶ STS de 7 de febrero de 1987, Ar. 2908.

⁸²⁷ STS de 7 de febrero de 1987, Ar. 2908.

⁸²⁸ STS de 7 de febrero de 1987, Ar. 2908.

⁸²⁹ STS de 16 de mayo de 1990, Ar. 4167.

⁸³⁰ STS de 16 de febrero de 1988, Ar. 1418, STS de 27 de junio de 1988, Ar. 8203 y STS de 4 de mayo de 1993, Ar. 3572.

⁸³¹ "El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que lo justifiquen".

3.2 del ROAS⁸³², 15 de la LEF⁸³³, 84.2 LBRL⁸³⁴, 10 RgDU⁸³⁵, 53.2 LRJPAC⁸³⁶, 96.1 LRJPAC⁸³⁷ y 131.3 de esta misma ley⁸³⁸. El art. 3.1.a) LS, en el que se menciona la búsqueda de congruencia entre el uso del suelo y la utilidad pública y la función social de la propiedad como finalidad urbanística, está haciendo referencia también al mismo principio. De igual forma, el art. 29.1, apartados d) y e) RP establece la necesidad de que el Plan General contenga en suelo urbano la delimitación de las zonas verdes y espacios libres y el emplazamiento de equipamientos "en *proporción adecuada* a las necesidades colectivas y a las características socio-económicas de la población", dando entrada, así, al principio de proporcionalidad⁸³⁹.

⁸³² "La actividad de intervención de los entes locales se ha de ajustar a los principios de (...) proporcionalidad y congruencia con los motivos y fines...".

⁸³³ "Declarada la utilidad pública o el interés social, la Administración resolverá sobre la necesidad concreta de ocupar los bienes o adquirir los derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación".

⁸³⁴ "La actividad de intervención se ajustará, en todo caso, a los principios de (...) congruencia con los motivos y fines justificativos...".

⁸³⁵ "A tal fin, el Organismo que ordene la ejecución de tales obras concederá a los propietarios o a sus administradores un plazo, que estará en razón a la magnitud de las mismas, para que proceda al cumplimiento de lo acordado;..."

⁸³⁶ "El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos".

⁸³⁷ "La ejecución forzosa por las Administraciones Públicas se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad...".

⁸³⁸ "En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada,..."

⁸³⁹ Vid. también el art. 72. 3 A), in fine, de la LS.

Por su parte, el art. 211.1 LS parece hacer referencia al principio, en cuanto al elemento *necesidad*, por cuanto implícitamente está contemplando la menor restricción posible del derecho de propiedad sobre el suelo al afirmar que "cuando para la ejecución de un plan no fuere menester la expropiación del dominio y bastare la constitución de alguna servidumbre sobre el mismo, prevista por el Derecho Privado o administrativo, podrá imponerse...".

Respecto al control de las concretas decisiones de la Administración, el TS ha utilizado este principio, por ejemplo, en el ámbito de la expropiación⁸⁴⁰, del urbanismo⁸⁴¹ o de las sanciones administrativas⁸⁴².

Desde un punto de vista técnico, el principio de proporcionalidad entronca con el control de la *causa* de las decisiones discrecionales. Éstas deberán servir a los concretos fines configurados en el ordenamiento jurídico, y ese servicio no deberá ser **desproporcionado**. Hace entrada, así, el principio de proporcionalidad, como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa, el cual se articula técnicamente mediante su conexión con *la causa*, elemento objetivo de las decisiones administrativas⁸⁴³.

Para saber si una actuación de la Administración es proporcionada o no, es necesario tener en cuenta tres elementos: la situación fáctica preexistente, el contenido de la actuación y el concreto fin que pretende ser realizado con ella⁸⁴⁴. Esta trilogía sirve en los casos en

⁸⁴⁰Vid. la abundante jurisprudencia citada en DE LA CRUZ FERRER, Juan, "El control de la decisión expropiatoria", en AA.VV., *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 299 y ss.

⁸⁴¹Por ejemplo, SSTs de 17 de julio de 1989, Ar. 5821, 29 de noviembre de 1988, Ar. 8371, 30 de junio de 1989, Ar. 4936, 4 de abril de 1990, Ar. 3587, o 18 de marzo de 1993, Ar. 3375, todas ellas comentadas en PONCE SOLÉ, Julio, *Discrecionalidad urbanística...*, op.cit., Civitas, Madrid, 1996, pp. 201 y ss. Vid. también las referencias contenidas en DE VICENTE DOMINGO, Ricardo, *Las alteraciones...*, op.cit., pp. 150 y ss.

⁸⁴²Sobre el uso del principio de proporcionalidad en el ámbito de las sanciones administrativas, vid., entre otros, TORNOS, Joaquín, "Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contenciosa", *REDA*, nº 7, octubre-diciembre 1975, pp. 607 y ss., y NIETO, Alejandro, *Derecho...*, op.cit., pp. 211 y ss., así como las referencias jurisprudenciales contenidas en TRAYTER, Juan Manuel y AGUADO, Vicente, *Derecho Administrativo sancionador: materiales*, CEDECS, Barcelona, 1995, pp. 89 y ss.

⁸⁴³Como indican GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, vol.I, op.cit., pág. 531, el control de la adecuación del acto para su servicio al interés general "supone un juicio de efectividad, de congruencia (art. 6 RSCL), de coherencia, de *proporcionalidad*, en fin, de desviación de poder en su caso (art. 83.3 LJ)". Vid. respecto a la causa lo ya expuesto con anterioridad, en este mismo capítulo en el epígrafe 1, a propósito del *deber de buena administración*.

⁸⁴⁴ LOPEZ GONZALEZ, José Ignacio, *El principio...*, op.cit., pp.117 y ss.

que el principio de proporcionalidad es aplicado como análisis de la relación medio empleado (contenido del acto o norma administrativa)-fin perseguido. Cuando el principio es usado como necesidad de guardar un equilibrio entre los diversos intereses implicados en el momento de la toma de la decisión administrativa (intereses generales - que, a su vez, pueden ser distintos entre sí - e intereses particulares), han de tomarse éstos como parámetro para apreciar la desproporción⁸⁴⁵.

En el primer caso, relación medio-fin, el principio de proporcionalidad supone la prohibición de restricciones de derechos de los ciudadanos de forma innecesaria o exagerada por parte de la Administración. La adecuación de la decisión administrativa al fin perseguido de interés general implica que esta decisión debe ser la estrictamente necesaria para asegurar la consecución de ese fin. El análisis judicial debe circunscribirse a la adecuación al fin de la concreta medida adoptada por la Administración, sin examinar si ésta es la más oportuna en comparación con otras alternativas⁸⁴⁶. El tribunal puede apreciar la desproporción de la decisión administrativa siempre que ésta sea evidente y no se trate de una opinión judicial subjetiva, sino de una notoria falta de proporción.

Desde la segunda perspectiva, ponderación de intereses implicados en la decisión administrativa, debe resaltarse el peligro de extralimitación judicial en sus funciones constitucionales que esta técnica representa. La necesidad de ponderación por parte de la Administración de los intereses generales y particulares - individuales o colectivos - en juego,

⁸⁴⁵ Sobre la aplicación de este principio en esas dos vertientes, DE LA CRUZ FERRER, Juan, "Sobre el control...", op.cit., pp. 101 y ss., "Nulidad...", op.cit., pág. 609, LOPEZ GONZALEZ, José Ignacio, El principio general..., op.cit., pp.131 y ss.

⁸⁴⁶ Destaca SANCHEZ MORON, Miguel, *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 138, que "el principio de proporcionalidad no deja de ser un límite al ejercicio de la discrecionalidad administrativa y no es un instrumento para trasladar esa discrecionalidad a los jueces, de manera que no puede utilizarse para realizar una valoración autónoma, subjetiva, de la situación por el órgano de control".

en el momento de tomar decisiones discrecionales, es la consecuencia lógica del abandono de la consideración del interés general como algo distinto, independiente y prevalente sobre los intereses particulares, así como una exigencia derivada del *principio de objetividad*⁸⁴⁷. La labor del juez al emplear el principio de proporcionalidad debe reducirse a constatar que el resultado de la ponderación administrativa de los intereses implicados no es *manifiestamente desproporcionada*, en el sentido de implicar sacrificios claramente irrazonables de intereses privados en relación con el interés general que se pretende lograr⁸⁴⁸. Debe, por tanto, extremarse de nuevo la prudencia en el uso de este parámetro de control judicial, para evitar suplantaciones por parte del poder judicial de valoraciones que corresponde efectuar a la Administración en el ejercicio de sus competencias⁸⁴⁹.

Puede constatarse, pues, como el principio de proporcionalidad tiene una gran virtualidad como *principio negativo de control de la discrecionalidad*. Su funcionalidad y estructura es semejante en los ordenamientos europeos analizados, los cuales configuran este principio con el fin de afrontar parecidas necesidades de control de la actividad pública. Mediante su uso, los tribunales nacionales y el TJCE pueden eliminar aquellas decisiones públicas *manifiestamente desproporcionadas*. Sin embargo, este principio no es capaz de determinar cuál es *la* solución proporcionada para el caso concreto. Por ello, el control

⁸⁴⁷Como ya pusimos de relieve con anterioridad. Vid. al respecto el Capítulo III, epígrafe 1, y en este mismo capítulo el epígrafe 2 a).

⁸⁴⁸Subraya SANCHEZ MORON, Miguel, "Siete...", op.cit., pág. 157, el valor puramente negativo del principio, el cual sólo es "susceptible de anular o corregir las decisiones *manifiestamente desproporcionadas*".

⁸⁴⁹Alertan sobre el riesgo de sustitución judicial de la ponderación de intereses implicados realizada en la decisión administrativa NIETO, Alejandro, "La Administración...", op.cit., pp. 2243 y 2244, y SANCHEZ MORON, Miguel, *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 142, "Siete...", op.cit., pág. 157. Sobre esta cuestión, vid. lo que se dice más adelante en relación con el control judicial del deber procedimental administrativo de ponderación objetiva de intereses implicados en la decisión discrecional.

judicial debe limitarse a verificar si la decisión discrecional es desproporcionada o no, y si no lo es tiene que respetar la solución adoptada por la autoridad administrativa.

Tras el análisis efectuado, queda de manifiesto la importante función desempeñada por los principios generales del Derecho, como límites jurídicos que encuadran el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, sirviendo, por tanto, de parámetros de control judicial negativo de las decisiones discrecionales. Sin embargo, también se ha constatado como los tribunales europeos, así como el TJCE, son conscientes de que su fundamental labor viene delimitada por la necesaria distinción funcional propia de todo Estado de Derecho, la cual veda la realización de juicios de oportunidad - no jurídicos, por tanto - a los órganos judiciales⁸⁵⁰.

Por tanto, los principios generales del Derecho constituyen magníficos instrumentos jurídicos, pero en su grandeza está también su limitación: son precisamente eso, extraordinarias herramientas *jurídicas, incapaces, en consecuencia, de conformar el núcleo extrajurídico de la discrecionalidad*, de determinar en cada caso lo más conveniente al interés general, de precisar, en definitiva, cuál sea éste en virtud de valoraciones de elementos estéticos, económicos, sociales..., es decir, *no jurídicos*. Analizada judicialmente una decisión discrecional a la luz de los principios generales del Derecho y superado este test, el tribunal no puede ni debe ir más allá, fijando, dentro de la racionalidad y de la proporcionalidad ya constatadas, si la decisión es *la más racional, la más proporcionada o, en definitiva la que mejor sirve al interés general*⁸⁵¹.

⁸⁵⁰ DELGADO BARRIO, J., *El control...*, op.cit., pág. 89: "el control del contenido discrecional del acto va dirigido a determinar si la solución elegida era realmente indiferente para el Derecho o, si por el contrario, tal decisión resultaba rechazable por el Derecho".

⁸⁵¹ Recientemente en este sentido, vid. BACIGALUPO, M., *La discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pp. 84 y ss., y 206 y ss.

Esto es, en definitiva, lo que ya exponía GARCIA DE ENTERRIA en 1962, al señalar que incluso tras el control mediante los principios generales del Derecho de la discrecionalidad "queda de ésta un último residuo, aquél en el que se manifiesta como una apreciación de valores singulares (la oportunidad es sólo uno de ellos) sobre la que se monta la libertad de elección en que en último extremo consiste. Esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente, ni puede serlo, porque los Tribunales sólo pueden usar para la medida del actuar administrativo criterios jurídicos generales - lo general es justamente lo propio del Derecho, en donde radica su objetividad, y no en apreciaciones subjetivas y contingentes de la justicia de los casos concretos. Es en esa libertad última de decisión, en vista de lo singular y de lo concreto, en donde radica la responsabilidad del poder político, responsabilidad de que el juez está exento y que nunca puede pretender sustituir. El control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni si quiera se ordena a una reducción o limitación del mismo, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades"⁸⁵².

⁸⁵² GARCIA DE ENTERRIA, E., *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 48 y 49.

4. Deber de buena administración, discrecionalidad y crisis estructural del proceso contencioso administrativo: la imposibilidad judicial de garantizar decisiones oportunas. El procedimiento administrativo como alternativa y el control judicial de éste como medio de control indirecto de la entraña de la discrecionalidad (remisión).

Debe notarse que de lo argumentado en la parte final del capítulo precedente y en el presente capítulo se desprende una aparente paradoja. Efectivamente, en el capítulo anterior intentamos demostrar la falsa indiferencia del Derecho en relación con la entraña metajurídica de la discrecionalidad. A lo largo de éste hemos afirmado la existencia de un deber jurídico de rango constitucional, según el cuál cuando la Administración ejerce su discrecionalidad debe situarse en la mejor posición posible, a efectos de obtener la decisión más adecuada en su servicio al interés general. La Administración no puede decidir de cualquier manera ni adoptar cualquier decisión, aunque goce de un espacio decisional conferido por el ordenamiento. La Administración debe actuar de forma racional, objetiva, coordinada, eficaz, eficiente y económica (arts. 9.3, 103.1 y 31.2 CE) para obtener la mejor de las decisiones posibles, la más acertada y oportuna.

Sin embargo, en las líneas anteriores hemos negado la posibilidad constitucional de que el juez contencioso imponga la decisión que a su criterio sea más adecuada, afirmando el deber judicial de respetar el núcleo duro de la discrecionalidad y el criterio metajurídico empleado. Esto significa, que la jurisdicción contenciosa *"no asegura la buena marcha de la Administración"*, en el sentido de que no es *"un mecanismo creado para, a través del control de la Administración, imponer a la misma el cumplimiento del modo de actuación que prescribe el artículo 6.1 de la LBRL o 7.1 de la Ley Municipal y de Régimen Local"*; entablar

un proceso contencioso no es para el ciudadano "el remedio que precisa cuando lo que pretende es una actuación eficaz y eficiente del poder público que debe llenar de contenido los derechos prestacionales que le reconoce un Estado que se define como social y de derecho"; en definitiva la concepción tradicional del Derecho Administrativo como un "*producto marcadamente jurisprudencial*" aparece como insuficiente "al constatarse el límite de los Tribunales para establecer otros módulos de actuación administrativa, basados no en el respeto de los derechos de propiedad y libertad del administrado, sino en el principio de eficacia y buen funcionamiento del aparato administrativo", pues "los Tribunales ya no pueden hacer realidad el principio constitucional de eficacia y el contenido de los principios rectores de la política social y económica"⁸⁵³.

En consecuencia, nos encontramos ante un deber jurídico, el de buena administración, insusceptible de ser impuesto directamente por el control judicial mediante la sustitución del criterio metajurídico empleado por la Administración, pues como hemos constatado "el recurso a los principios generales de racionalidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad permitirá anular la decisión irracional, la manifiestamente desproporcionada, aquélla en la que, como nos enseñó hace tiempo la jurisprudencia francesa, exista error manifiesto de apreciación. En esta misma línea, la falta de motivación puede equipararse a la decisión arbitraria. Pero ¿se ha tomado la decisión más correcta?"⁸⁵⁴. El núcleo duro, la entraña metajurídica de la discrecionalidad aparece así alejado del alcance del razonamiento judicial, desprovisto de la capacidad de implementar directamente ese deber de buena administración⁸⁵⁵.

⁸⁵³ TORNOS MAS, J., "La situación...", op.cit., pp. 103 y ss.

⁸⁵⁴ TORNOS MAS, J., "Discrecionalidad...", op.cit., pág. 407.

⁸⁵⁵ Vid. al respecto ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pp. 199 y ss.

¿Significa ésto que el deber de buena administración carece de efectividad jurídica?. No consideramos que deba ser ésta la conclusión, sino que las directivas de comportamiento racional, objetivo, coordinado, eficaz, eficiente y económico *son deberes jurídicos positivos dirigidos a la Administración*, que no pueden ser desarrollados por la función judicial. El Derecho no es indiferente respecto del contenido de la decisión discrecional, pero el control judicial es impotente, porque no es esa su función constitucional, para garantizar de forma directa, mediante el proceso contencioso, su acierto. Como señala TORNOS MAS, uno de los autores que con más lucidez ha advertido los límites estructurales del control judicial, "esta decisión como tal no será susceptible de revisión judicial en lo que hace referencia al núcleo duro de lo discrecional, es decir, no será anulable si la decisión no es irracional, aunque el Juez pueda dudar de que sea la más racional"; y si se pretende que el juez contencioso establezca cuál es la mejor decisión, se está abocando a éste a vulnerar su función constitucional⁸⁵⁶. La constatación de estos límites constitucionales de la función de control de la jurisdicción contenciosa es lo que este autor ha denominado la "crisis de identidad" de ésta⁸⁵⁷.

En este contexto, el deber constitucional de buena administración y las directivas de racionalidad, objetividad, coordinación, eficacia, eficiencia y economía que lo forman han de orientar *en positivo* el núcleo duro de lo discrecional por medio de otros mecanismos

⁸⁵⁶ TORNOS MAS, J., "La situación...", op.cit., pág. 123, pone de relieve que con el cambio en la estructura normativa, "lo verdaderamente novedoso es que en esta nueva situación *los poderes del Juez son muy diferentes y mucho más reducidos*, pues ya no se le pide el reconocimiento de un derecho a través de un proceso de interpretación jurídica sino la imposición de una conducta correcta a la Administración (...). De esta forma *se termina por dar un nuevo cometido a los Tribunales de Justicia administrativa*, y además de exigirles que garanticen la tutela jurídica *se les quiere convertir en cauce para asegurar la eficacia administrativa*, la solución de los conflictos entre poderes públicos y la determinación del equilibrio entre intereses generales diversos".

⁸⁵⁷ TORNOS MAS, J., "Medidas complementarias...", op.cit., pág. 151.

previos a la garantía contenciosa, como la organización y el procedimiento administrativo⁸⁵⁸.

A los efectos del presente trabajo, nos interesa especialmente este último. El procedimiento se nos aparece como una institución de importancia relevante para la garantía de una buena administración, y, a la vez, de los ciudadanos contra decisiones administrativas desacertadas e inoportunas⁸⁵⁹. Como veremos en el capítulo siguiente, el procedimiento administrativo permite que las directivas constitucionales lleguen a la entraña metajurídica de la discrecionalidad, guiando ésta en la búsqueda de la solución más adecuada al interés general. El procedimiento compensa, así, las limitaciones del proceso judicial, contribuyendo a mitigar la *crisis de identidad* a que TORNOS hace referencia. Pero, además, el procedimiento administrativo también puede ayudar a superar la *crisis de crecimiento* de la jurisdicción administrativa, pues el respeto mediante el mismo del deber de buena administración puede evitar litigiosidad⁸⁶⁰. Es probable que muchos ciudadanos no compartan una decisión administrativa, pero si ésta viene respaldada por un actuar

⁸⁵⁸ Insisten en esta idea TORNOS MAS, J., "Medidas complementarias...", op.cit., pp. 152 y ss., donde se señala que "la respuesta del Derecho Administrativo a este reto se encontrará en las normas procedimentales y organizativas. La nueva decisión administrativa se va a legitimar por su proceso de elaboración o por la independencia y especialización técnica de quien la adopta", y SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 142 y ss., indicando que "puesto que los límites sustantivos generales tienen un alcance restringido, si no se quieren utilizar como vehículo para transferir la discrecionalidad administrativa a los jueces y tribunales, son esos otros límites los que permiten profundizar en el control jurídico de la discrecionalidad, con el fin de asegurar que la Administración ha realizado una actuación correcta y no desviada en aras del interés público (aunque su decisión sea discutible)".

⁸⁵⁹ ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pp. 201 y ss. y 216. TORNOS MAS, J., "Medidas complementarias...", op.cit., pág. 154 insiste en el papel de garantía frente a la actividad administrativa que representa el procedimiento como instancia de composición de intereses.

⁸⁶⁰ En el mismo sentido, BADURA, P., "Limiti e alternative...", op.cit., pág. 114: "tramite un'adeguata conformazione del procedimento amministrativo si può ottenere che un interessato non debba adire senz'altro i tribunali amministrativi per il fatto che vede ridotti i diritti procedurali dell'audizione o di altre forma di partecipazione".

administrativo serio y fundado posiblemente no se accionará contra la misma⁸⁶¹.

Si finalmente la decisión llega a la jurisdicción contenciosa, el procedimiento, como modo de desarrollo de la función administrativa que permite el juego del deber de buena administración, puede constituirse en un elemento de inestimable valor para el control judicial. Si bien es cierto que éste no puede imponer directamente la solución más adecuada al interés general, también lo es que un escrutinio del procedimiento seguido por la Administración faculta al juez contencioso para controlar si la Administración ha cumplido su deber jurídico de situarse en la mejor de las posiciones posibles antes de resolver. Ya que si "le juge se refuse à garantir directement que la mesure prise sera la plus opportune, à tous le moins, cependant, par le procédé indirect, il s'assure que l'administration ne s'est pas refusée à l'apprécier"⁸⁶². En este sentido, el juez contencioso puede tener una importante función de garantía *indirecta* de la buena administración, mediante el atento análisis del procedimiento de elaboración de la decisión discrecional, como veremos en la parte final del presente estudio⁸⁶³.

Sin embargo, la renovada importancia del procedimiento administrativo que aquí se señala no debe confundirse con una llamada a la potenciación del formalismo en el actuar administrativo⁸⁶⁴. No se trata de sobrecargar la actuación administrativa con una serie de

⁸⁶¹ Vid. ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pág. 217.

⁸⁶² ISACC, G., *La procédure...*, op.cit., pág. 447.

⁸⁶³ En este sentido, vid. las consideraciones de PAREJO ALFONSO, L., *Crisis y renovación...*, op.cit., pp. 51 y ss.

⁸⁶⁴ Vid. al respecto TORNOS MAS, J., "Medidas complementarias...", op.cit., pág. 154: "la nueva concepción del procedimiento no debe llevar a sobreestimar sus posibilidades y a convertir toda decisión en un complejo sistema de trámites sucesivos. Ya la doctrina ha llamado la atención sobre los peligros de un "Estado procedimental", y en ocasiones el nuevo formalismo ha dado paso a la búsqueda de soluciones alternativas a la resolución de conflictos". Sobre los peligros de un excesiva formalización de la actividad administrativa, vid. en estudio sobre la situación norteamericana "The Myths of formalism: an essay on our faith that formalism yields fairness and effectiveness in public

interminables y minuciosos trámites que la entorpezcan, sino de articular con flexibilidad aquéllos que sean imprescindible para que el deber de buena administración y la garantía de los ciudadanos sean una realidad, y de que el cumplimiento administrativo de los mismos sea efectivo y no simplemente rutinario o aparente. Aunque, evidentemente, el procedimiento no tiene la respuesta para todos los males administrativos - y él, por sí mismo puede, potencialmente, crear otros, como veremos con detalle -, lo cierto es que también puede contribuir mediatamente a mejorar la actividad de la Administración⁸⁶⁵. Sin olvidar los valores, que, intrínsecamente, atesora el seguimiento de un procedimiento administrativo adecuado, como son el respeto de la dignidad de los ciudadanos, la democratización del actuar administrativo o el aumento su transparencia y aceptabilidad⁸⁶⁶.

En definitiva, se trata de mirar con nuevos ojos al procedimiento administrativo, desde el entendimiento de su papel en conexión con la entraña metajurídica de la discrecionalidad⁸⁶⁷; nuevo enfoque que veremos ha de ser adoptado tanto por el legislador

administration", *Iowa Law Review*, 69, 1984, pp. 957 y ss.

⁸⁶⁵ Como destaca BONFIELD, A.E., *State Administrative Rulemaking*, Little Brown and Company, Boston, Toronto, 1986, pág. 28, citando al código del Estado de Iowa, "better substantive results will be achieved in the everyday conduct of state government by improving the process by which those results are attained".

⁸⁶⁶ SUMMERS, R.S., "Evaluating and improving legal processes - a plea for "process values"", *Cornell Law Review*, 60, 1974, pp. 1 y ss., llama la atención sobre la existencia de valores intrínsecos al procedimiento, con independencia de que, además, puedan contribuir al logro de una mejor decisión, aspecto frecuentemente olvidado o menospreciado al abordar cuestiones procedimentales.

⁸⁶⁷ En este sentido, por ejemplo, se ha señalado por Walter GELLHORN que "En cualquier caso, el pensamiento jurídico contemporáneo ha asumido una plena consciencia de que, por mucho que ensalcemos a los jueces sobre otros hombres, la revisión judicial de decisiones administrativas malas es una pobre sustitución de las decisiones administrativas buenas en primer término. De esta forma, el Derecho Administrativo ha entrado en su tercera gran fase, en la cual la atención principal no se dirige ni a la división constitucional de poderes, ni a la apropiada delimitación de la revisión judicial, sino al mismo procedimiento administrativo. El problema está en desarrollar métodos que aseguren que los asuntos van a recibir una consideración completa y justa, de forma que cuando se llegue a las decisiones no sean "arbitrarias", sino que manifiesten una sabia e informada deliberación". Tomo la cita de DE LA CRUZ FERRER, J., "Sobre...", op.cit., pp. 85 y 86.

y la Administración como por el TC y la jurisdicción contencioso-administrativa.

V.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y BUENA ADMINISTRACION.

1.- Las directrices constitucionales de la actividad administrativa y el procedimiento administrativo.

Tras el análisis efectuado de las directivas de comportamiento administrativo existentes en la Constitución española, estamos en condiciones de, partiendo de esas bases constitucionales, intentar destacar las aplicaciones concretas de esos mandatos contenidos en nuestro texto fundamental.

El deber de buena administración consagrado constitucionalmente presenta una conexión directa con el procedimiento administrativo, en el sentido de ser esta institución un medio para lograr el cumplimiento de tal exigencia constitucional. Como a continuación se va a argumentar, el procedimiento debe ser uno de los instrumentos jurídicos que garantice que la actividad administrativa, especialmente la discrecional, sea racional, objetiva, coordinada, eficaz, eficiente y económica, permitiendo de ese modo que las decisiones que se tomen sean, además de ajustadas al ordenamiento jurídico y respetuosas de los derechos de los ciudadanos, acertadas en su servicio a los intereses generales.

Debe notarse, sin embargo, que el procedimiento no es el único medio existente para lograr la implementación de las directrices constitucionales vistas. Junto a éste, el aspecto organizativo del aparato administrativo debe desempeñar un papel también preponderante en el logro del efectivo seguimiento de los principios constitucionales de funcionamiento

administrativo, en combinación con los aspectos procedimentales⁸⁶⁸. Efectivamente, ambos elementos están conectados y su interacción puede ayudar al logro de una buena administración; pensemos, por ejemplo, en el diseño de procedimientos administrativos en los que se crea necesaria la emisión de un informe por parte de un órgano administrativo. Dependiendo del tipo de actividad, la composición de ese órgano (relativa autonomía del órgano decisor, preparación técnica, prestigio de sus componentes..) puede ser decisiva para que ese trámite procedimental sirva efectivamente al desarrollo de las directivas constitucionales analizadas⁸⁶⁹. En cualquier caso, teniendo presente la importancia de la organización para el logro de un servicio adecuado a los intereses generales y su ligazón con los aspectos procedimentales, el objeto de análisis en nuestro estudio va a ser, exclusivamente, el papel del procedimiento administrativo como factor para el logro de una buena administración en el desarrollo de las funciones administrativas.

En este sentido, a continuación se va a proceder a conectar las directivas constitucionales de comportamiento administrativo con el procedimiento de toma de decisiones, anudando las directrices de la Constitución a distintos principios procedimentales. Como ha sido notado por ORTEGA ALVAREZ "there is a lack of principles that should govern administrative procedures for complying with the objectives or purposes indicated in the regulations and the procedural consequences that should be established upon final non-compliance (...). In my opinion, proceduralizing the administrative function should make it

⁸⁶⁸ SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 142 y ss., y "Siete tesis...", op.cit., pp. 157 y ss., ha insistido en la importancia de los aspectos organizativos y procedimentales como garantías "del acierto (mejor, de las posibilidades de acierto) de la Administración y de su sometimientos a los fines que debe servir)",

⁸⁶⁹ Destaca la importancia de la organización como instrumento de la eficacia administrativa y de las garantías de los ciudadanos TORNOS MAS, J., "Medios complementarios...", op.cit., pp. 156 y ss.

possible to establish principles guaranteeing the realisation of public objectives and aims, and not just principles of action in keeping with the ordinances"⁸⁷⁰.

⁸⁷⁰ ORTEGA ALVAREZ, L., "Principles of...", op.cit., pp. 79 y 80.

1.1. Procedimiento administrativo y racionalización de las decisiones administrativas. Consecuencias jurídicas de la ausencia de procedimiento.

En esta línea de conexión entre los deberes positivos de comportamiento administrativo exigidos por nuestra constitución y el procedimiento administrativo, debe destacarse, en primer lugar, el papel *racionalizador* de las decisiones administrativas que posee el procedimiento de elaboración de las mismas.

Como tuvimos ocasión de exponer en su momento⁸⁷¹, el art. 9.3 CE al señalar el principio de interdicción de la arbitrariedad establece, en relación con la Administración, un principio de racionalidad del actuar administrativo, un deber de comportamiento racional. Deber que cobra singular relevancia en relación con el núcleo duro, con la entraña de las decisiones discrecionales, donde el procedimiento demuestra su virtualidad como *elemento racionalizador de opciones basadas en criterios metajurídicos, en valoraciones políticas o morales* sobre que alternativa sea *más* adecuada en su servicio al interés general, ya que como se argumentó en su momento *no es posible afirmar la existencia de un única solución correcta*. Esta función del procedimiento merece ser analizada con algún detenimiento. A tal fin, se va a partir de un enfoque general, propio de la Teoría General del Derecho, para, con posterioridad, extraer consecuencias aplicables ya en concreto al procedimiento administrativo de adopción de decisiones discrecionales.

⁸⁷¹ Vid. supra, Capítulo IV.2.1.

Desde una perspectiva general, la Teoría General y la Filosofía del Derecho aportan relevantes contribuciones en relación a la tarea de racionalizar los juicios valorativos⁸⁷². En este sentido, es sugerente la idea de RAWLS, referida al concepto de *justicia puramente procesal*. Este autor distingue entre tres tipos de justicia, en referencia a la igualdad equitativa de oportunidades y la distribución social. La *justicia procesal perfecta* se produce cuando existe un criterio independiente para juzgar un resultado y un tipo de procedimiento que conduce derechamente a él⁸⁷³.

Junto a ésta, la *justicia procesal imperfecta* supone la existencia de un criterio independiente para juzgar un resultado correcto, pero el procedimiento no siempre conduce a él⁸⁷⁴. Finalmente, la *justicia puramente procesal* concurre "cuando no hay un criterio

⁸⁷² Debe tenerse en cuenta que si bien las aportaciones de la argumentación jurídica se refieren sólo a la aplicación del Derecho desde una perspectiva judicial y se centran en el llamado contexto de justificación y no en el contexto de descubrimiento, creemos que merece la pena prestar una breve atención a las mismas, ya que de ellas pueden inferirse interesantes datos para la cuestión objeto de nuestro estudio. La distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación radica en que el primero se refiere al proceso mediante el que se llega a una determinada solución, en tanto el contexto de justificación alude a cómo se argumenta la justificación de esa solución. En relación a esta distinción, vid. PUIGPELAT MARTI, Francesca, "Sobre la ciencia del Derecho y el discurso racional", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986, Tomo III, pág. 231., y ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1993, pp. 23 y 239. Este mismo autor, en las pp. 236 y ss., por otra parte, pone de relieve las carencias de la teoría estándar de la argumentación jurídica, la cual no se ocupa de la argumentación que tiene lugar en el ámbito de la producción del Derecho por parte del Legislador o de la Administración.

⁸⁷³ RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, pág. 108. El ejemplo puesto por el autor es el siguiente: si se trata de dividir un pastel en partes iguales, puede existir un criterio independiente de lo que sea una división justa (todos los comensales deberían poder degustar una porción igual) y un procedimiento que la asegure (quien se ocupe de cortar el pastel deberá tomar el último trozo). No estamos seguros, sin embargo, de que sea un buen ejemplo de procedimiento que garantiza un resultado, sobre todo, si se nos permite la ironía, en el caso de que quien corta sea goloso, lo que puede impulsarle a dejarse un trozo final mayor. El propio RAWLS parece darse cuenta de esta posibilidad, pero la descarta indicando que "desde luego que aquí se hacen ciertos supuestos, tales como el de que el hombre escogido puede dividir igualmente el pastel, que desea obtener la mayor porción posible, y otras por el estilo. No obstante podemos ignorar esos detalles".

⁸⁷⁴ RAWLS, John, *Teoría...*, op.cit., pág. 108. En este caso el ejemplo propuesto por el autor es el de los procesos penales, en los que "aun cuando se obedezca cuidadosamente el derecho, conduciéndose el procedimiento con equidad y corrección, puede llegarse a un resultado equivocado.

independiente para el resultado correcto en su lugar existe un *procedimiento correcto o imparcial tal, que el resultado sea igualmente correcto o imparcial, sea el que fuere, siempre y cuando se haya observado debidamente el procedimiento*"⁸⁷⁵. Por tanto, cuando no hay un criterio unívoco para juzgar un resultado como correcto, es el correcto procedimiento que conduce a él lo que garantiza la corrección también del resultado. Así, este mismo autor resalta unas líneas más abajo de la página anteriormente citada que "un rasgo característico de la justicia puramente procesal es que *el procedimiento para determinar el resultado justo tiene que ser efectivamente observado*; ya que en estos casos no existe un criterio independiente por referencia al cual se pueda saber que un determinado resultado es justo"⁸⁷⁶.

En la misma dirección se inscribe la teoría de la argumentación jurídica de Robert ALEXY⁸⁷⁷. Partiendo de la existencia de valoraciones referidas a elementos metajurídicos en la aplicación de las normas jurídicas, ALEXY intenta racionalizar éstas. Tras rechazar

Un hombre inocente puede ser declarado culpable, y un culpable puede ser puesto en libertad".

⁸⁷⁵RAWLS, John, *Teoría...*, pág. 109. Los subrayados son nuestros. El autor ejemplifica este supuesto con los juegos de azar, donde "el procedimiento de las apuestas es imparcial y se accede libremente a ellas bajo condiciones imparciales. Así, pues, las circunstancias subyacentes definen un procedimiento imparcial. Ahora bien, de una serie de apuestas imparciales podría resultar cualquier distribución de dinero en la que la suma sea equivalente a la provisión que tenían inicialmente todos los individuos. En este sentido, cualquiera de estas distribuciones son igualmente imparciales", dando por supuesto, claro, como lo hace RAWLS que las apuestas no están amañadas.

⁸⁷⁶ Los subrayados son nuestros.

⁸⁷⁷Pueden consultarse sus tesis en "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", en E. GARZON VALDES (Dir.), *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona-Caracas, 1985, pp. 43 a 57, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa*, 5, 1988, pp. 139 y ss, y en su *Teoría de la Argumentación Jurídica*, CEC, Madrid, 1989.

Si bien este autor se ocupa primordialmente de la aplicación judicial del Derecho, pero, como luego se verá, plantea interesantes cuestiones trasladables también a la esfera de la producción normativa y consideramos su razonamiento de fondo interesante en referencia al objeto de nuestro estudio.

diversos modos posibles de objetivar las valoraciones⁸⁷⁸, el autor llega a la conclusión de que se puede evitar el regreso al infinito en la fundamentación de decisiones valorativas, justificando las mismas en su *procedimiento de adopción*. De esta manera, si en el procedimiento se han respetado unas reglas, *el resultado obtenido será racional*, aunque no pueda afirmarse que sea *el único correcto*, ya que no puede afirmarse que en una cuestión moral exista *la* respuesta correcta. Si la decisión se obtiene a través del discurso práctico racional, ésta es la correcta desde una perspectiva relativa y procedimental. Un límite del discurso práctico general es que, aún respetando las reglas del procedimiento, caben soluciones incompatibles entre sí. La teoría del discurso excluye el nudo arbitrio en la toma de decisiones valorativas, incrementando la racionalidad. En palabras de ALEXY, el problema de la fundamentación de juicios valorativos puede ser abordado "si la exigencia de una fundamentación ininterrumpida de cada proposición a través de otra proposición se sustituye por una serie de exigencias en la actividad de fundamentación. Estas exigencias pueden formularse como reglas de la discusión racional. Las reglas de la discusión racional no se refieren, como las de la lógica, sólo a proposiciones, sino también al comportamiento del hablante. En este sentido, pueden designarse también como "reglas pragmáticas". El cumplimiento de estas reglas no garantiza ciertamente la certeza definitiva de todo resultado, pero sin embargo caracteriza este resultado como racional. La racionalidad, por consiguiente no puede equipararse con la certeza absoluta. En esto consiste la idea fundamental de la teoría del discurso práctico racional", que, por ello, es una "teoría procedimental"⁸⁷⁹.

ALEXY formula una serie de reglas del discurso práctico - a modo de aproximación - entre las que destaca las que él llama las reglas de razón, las cuales giran en torno a la

⁸⁷⁸ Vid. ALEXY, Robert, *Teoría...*, op.cit., pp. 31 y ss.

⁸⁷⁹ ALEXY, R., *Teoría...*, op.cit., pág. 177 y 291.

participación en el procedimiento, tendentes a lograr la transparencia y la igualdad de los participantes⁸⁸⁰. Éstos mediante el discurso práctico tratan de aclararse sobre un "interés común". Si éste interés común es compartido por todos, la solución es sencilla. El problema surge cuando no hay acuerdo sobre el interés común, con lo que se crea una cuestión moral consistente en un conflicto de intereses. El interés común deberá lograrse como superación del conflicto. Esto puede realizarse de dos maneras. Una, formando una voluntad común (transacción). Otra formando un juicio común (argumentación). En esta segunda solución, el ajuste de intereses supone un sopesamiento de los mismos - lo que exige previamente su conocimiento -, interpretándolos y cambiando la interpretación en base a argumentos. Este proceso de fundamentación debe ser comunicativo, pues así se pueden interpretar los intereses, sopesándolos⁸⁸¹ y, además, la exigencia de tomar en serio a los otros - es decir, el respeto de la autonomía de los afectados - exige esa estructura comunicativa⁸⁸².

Tras esbozar las líneas maestras del discurso práctico racional general, el autor pasa a aplicarlo al discurso jurídico⁸⁸³, aunque centrando su exposición específicamente en la perspectiva de la aplicación judicial del Derecho, aunque se dan pistas para su extensión,

⁸⁸⁰ALEXI, Robert, *Teoría...*, op.cit., pp. 184 y ss.

⁸⁸¹ ALEXI, R., *Teoría...*, op.cit., pág. 299: "un ajuste de intereses es, en su núcleo, una cuestión de sopesamiento de intereses. Puesto que no existe un criterio general y aplicable en forma estricta para ponderar los intereses de diverso tipo, las medidas de peso necesarias para el ajuste pueden determinarse sólo de manera relativa a los respectivos intereses existentes de los otros".

⁸⁸²ALEXI, Robert, *Teoría...*, op.cit., pp. 295 y ss. En la página 298 se sostiene que para solucionar los conflictos de intereses en que consisten las cuestiones morales "las concepciones existentes en cada momento de los participantes sobre lo que sería un arreglo justo del conflicto de intereses son sometidas a una elaboración racional. En este proceso, las interpretaciones de los propios intereses, así como de los respectivos intereses de los otros, y los cambios de estas interpretaciones sobre la base de argumentos, juegan un papel decisivo".

⁸⁸³ALEXI, Robert, *Teoría...*, op.cit., pp. 203 y ss.

por ejemplo, a la producción de normas jurídicas⁸⁸⁴.

Hemos creído conveniente referirnos a las ideas centrales de la teoría del discurso práctico racional general de ALEXY, puesto que las consideramos de gran interés en relación al tema que nos ocupa. En efecto, como indica el propio ALEXY, ante una cuestión puramente valorativa su teoría procedimental no da seguridad sobre cuál sea la solución, puesto que no existe una única respuesta correcta en temas morales, pero sí excluye el puro decisionismo y el descarnado arbitrio. La aplicación de las reglas del discurso reducen la irracionalidad, evitando supuestos de "falta de claridad conceptual de tesis metafísicas discutibles, de supuestos empíricos falsos o sesgados, de la percepción defectuosa de los intereses de los otros, o de la renuncia a la ponderación"⁸⁸⁵.

Puede apreciarse un nexo común entre el concepto de justicia puramente procesal y la teoría de la argumentación de ALEXY, en el sentido de destacar el papel del proceso de elaboración de decisiones como elemento de garantía de su corrección. Manejando estas ideas en el ámbito de las decisiones administrativas discrecionales, el procedimiento de su adopción se revela entonces como el cauce racionalizador de las valoraciones extrajurídicas implicadas en la determinación de lo que sea más adecuado en su servicio al interés general. En palabras de MALARET "*la obligación de proceder racionalmente se traducirá en la observación del "procedimiento debido"*", lo que supondrá en cada supuesto concreto, en función de las características de la decisión contemplada y de las circunstancias, la realización de un

⁸⁸⁴ALEXY, Robert, *Teoría...*, op.cit., pág. 275: "habría que ampliar la teoría del discurso racional práctico general hasta una teoría de la legislación".

⁸⁸⁵ALEXY, Robert, *Teoría...*, pág. 304. La racionalidad del discurso y del resultado por el obtenido es tenido en cuenta por el TS español en el auto de 8 de mayo de 1995, Ar.3836, para fijar la cuantía de un asunto a efectos de admisibilidad de un recurso de casación. El TS resuelve la cuestión teniendo en cuenta que "la certeza de un hecho relevante para la aplicación de una norma, resulta de la *racionalidad del discurso* para llegar a su fijación y de la de su resultado, también racional". (El subrayado es nuestro).

conjunto más o menos variado de operaciones destinadas a *la toma en consideración de la pluralidad de intereses presentes en el supuesto*⁸⁸⁶. Efectivamente, el procedimiento debe garantizar la corrección y racionalidad del resultado, especialmente cuando éste incorpora en su núcleo elementos extrajurídicos, no susceptibles de ser controlados jurídicamente con un parámetro unívoco, al entrar en juego valoraciones metajurídicas⁸⁸⁷. Como ha sido notado, "provided the procedures do serve the desired outcome as rationally as possible, they are good procedures; and provided that the outcome is itself just, then the procedures are just", puesto que existe una estrecha "relationship between procedures and outcomes", dado que "the primary object of good procedures is to produce good outcomes; procedures, in other words, are instrumental on outcomes"⁸⁸⁸. Este último aspecto debe ser subrayado, puesto que, en ocasiones, parece olvidarse: "en los fundamentos de las decisiones jurídicas forma y substancia, procedimiento formal y Derecho sustantivo, se encuentran. Por lo tanto, es equivocado ver los fundamentos sólo como una cuestión de forma. La forma influye sobre la substancia..."⁸⁸⁹. En este sentido, el auto del TS de 8 de mayo de 1995 (Ar. 3836) conecta la racionalidad de un resultado con la "racionalidad del discurso para llegar a su fijación", lo que debe tenerse en cuenta a efectos de subrayar el vínculo indisoluble entre proceso de formación y resultado, entre desarrollo dinámico de la función administrativa y

⁸⁸⁶MALARET, Elisenda, "Los principios...", op.cit., pág. 306. Los subrayados proceden del original.

⁸⁸⁷ En este sentido TORNOS MAS, J., "Discrecionalidad...", op.cit., pág. 408, señala que "la corrección del actuar administrativo, dentro de este núcleo duro de lo discrecional tiene su garantía en la determinación de la forma de adoptar el acuerdo. Lo racional, que no puede ser configurado por el Juez a partir de principios generales, es lo que resulte tras un procedimiento exigente, procedimiento que debe implicar a los diversos intereses en juego".

⁸⁸⁸ GALLIGAN, D.J., *Discretionary powers...*, op.cit., pp. 326 y ss.

⁸⁸⁹ BERGHOLTS, G., "Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", *DOXA*, 8, 1990, pág. 77.

output obtenido finalmente a través del mismo.

En consecuencia, en la tarea de lograr comportamientos racionales y decisiones razonables de la Administración, el procedimiento administrativo ocupa un lugar primordial. El procedimiento garantiza que el resultado sea razonable, en el sentido de dotado de una "justificación resultante de un proceso argumental más o incluso menos explícito, pero apoyado siempre por razones exhibibles y sostenibles", proceso que debe posibilitar "una respuesta satisfactoria, una buena respuesta, una respuesta capaz de convencer, o, cuando menos, una respuesta razonable, sostenible, susceptible de resistir la comparación con otras respuestas también posibles, de generar, en consecuencia, amén de la adhesión de una parte de los miembros de la comunidad, la neutralidad del resto, de modo que, si existe alguna oposición activa, esta sea más bien marginal y, por lo tanto, inocua"⁸⁹⁰. Como ha señalado GARCIA DE ENTERRIA, la fuente de la autoridad administrativa reside, precisamente en la "elaboración razonada" de todos sus actos, especialmente de los discrecionales "para no presentarlos como fruto de la simple y desnuda voluntad"⁸⁹¹. En esta línea, debe tenerse presente lo que ha sido señalado por el TS en diversas sentencias, en las que se subraya que esta función del procedimiento administrativo, al señalarse que "en manera alguna cabe confundir la discrecionalidad con el libre arbitrio, por cuanto que si éste puede ser fruto de una decisión carente de la necesaria motivación y fundamento, la discrecional es resultado de una libertad decisoria que se produce en el ánimo del órgano resolutorio y decisorio *como resultado de un proceso razonado e intelectual en el que sin duda habrán de ser valoradas las circunstancias que puedan dar lugar y contribuir a que esa decisión sea adoptada con la*

⁸⁹⁰ FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *¿Debe la Administración...?*, op.cit., pp. 396 y 400.

⁸⁹¹ GARCIA DE ENTERRIA, E., *Democracia...*, op.cit., pp. 150 y 151.

mejor voluntad y buen criterio", palabras que sintetizan lo que aquí se trata de exponer⁸⁹².

La contribución del procedimiento a la racionalidad de las decisiones supone una compensación a las insuficiencias de la racionalidad formal y de los límites del control judicial en relación a la entraña extrajurídica de la decisión discrecional. Como hemos tenido ocasión de analizar, la flexibilidad de las normas jurídicas y su llamada a las valoraciones administrativas introduce el manejo de criterios extrajurídicos para la determinación del interés general, el cual no aparece fijado por la Ley, exigiendo su concreción la ponderación administrativa de los diversos intereses envueltos. A su vez, el razonamiento jurídico, único instrumento de que dispone el juez contencioso, no es apto para comprobar si el ejercicio de la discrecionalidad, siendo respetuoso con el ordenamiento, ha dado lugar a la solución más acertada o adecuada. La entraña discrecional queda fuera del alcance de la norma o del juez, pero no del ordenamiento jurídico, puesto que como se expuso la Constitución contiene una serie de directrices de comportamiento administrativo, las cuales encuentran su operatividad práctica en el seno del procedimiento. Éste, en consecuencia, otorga una respuesta al reto planteado por la ausencia de determinación del interés general en las normas, dada su flexibilidad. Es el procedimiento quien compensa ese déficit de racionalidad formal⁸⁹³, debiendo entonces el ordenamiento garantizar que la Administración al ejercer su

⁸⁹² Sentencias del TS de 10 de febrero de 1984 (Ar. 795) y de 11 de abril de 1994 (Ar. 1918). Los subrayados son nuestros.

⁸⁹³ SCHOCH, F., "El pensamiento procesal en el Derecho Administrativo General", *DA*, núm. 235-236, 1993, pág. 284, pone de relieve que en el Derecho Alemán "existe unanimidad en torno a la siguiente cuestión: cuanto menos estén predeterminados legalmente los resultados de la resolución en el procedimiento resolutorio, éste cobrará un mayor significado. Puesta la vista en una resolución administrativa "correcta", que pretende ser legal, el procedimiento adquiere una función legitimadora".

discrecionalidad "defina correctamente cuál sea en cada caso el interés general"⁸⁹⁴. La pérdida de precisión normativa se equilibra, pues, con la garantía de la racionalidad del actuar administrativo proporcionado por el procedimiento, superándose de este modo la tensión garantía-eficacia subyacente a la mayor ductilidad de las normas jurídicas en los supuestos en que abren ámbitos decisionales a la Administración⁸⁹⁵. El procedimiento complementa de este modo el debilitamiento del principio de legalidad, legitimando el ejercicio de la discrecionalidad⁸⁹⁶. A la vez, permite la operatividad de las directrices constitucionales orientativas del ejercicio de la discrecionalidad, encauzando y racionalizando

⁸⁹⁴ TORNOS MAS, J., "Medios complementarios...", op.cit., pág. 152. En relación a la relación Ley-reglamento en la determinación de esos intereses generales, FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno", *RVAP*, 34, 1992, pág. 44, en la línea de pensamiento expuesto, ha defendido la importancia del procedimiento administrativo, al señalar que "en tanto no nos ponemos de acuerdo sobre las exigencias de la reserva de Ley y de los límites del poder reglamentario, reforcemos el procedimiento aplicable al ejercicio de éste. Sólo quien defienda este reforzamiento podrá legitimamente defender una mayor laxitud en la valoración de aquellas exigencias y aquellos límites...".

⁸⁹⁵ En este sentido, vid. COGNETTI, S., "Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 1, 1990, pp. 126 y ss. Así, este autor pone de relieve el papel del procedimiento, el cual hace posible "conciliare la maggiore duttilità della norma attributiva del potere con la salvaguardia della tutela degli amministrati. Sdramatizzandosi il rigore di una legalità intesa come mera esecuzione di tale norma, se ne è resa possibile una più flessibile applicazione senza, con questo, comprimere o pregiudicare le garanzie dei soggetti. Queste ultime non dipendono più, tant, dalla mera presenza di una legge - se e in quanto quest'ultima non sia idonea a circoscrivere con una certa nettezza i limiti all'esercizio del potere - ma da una sufficiente razionalizzazione del suo ambito di applicazione flessibile(...). Quanto più ampio e flessibile risulta essere questo suo ambito di applicazione, tanto più l'amministrazione deve poter essere in grado di orientarsi secondo metodologie di svolgimento dell'azione che, seppur flessibili anch'esse, consentano uno sviluppo dell'iter procedimentale ispirato alla logicità e alla coerenza lungo tutto l'articolarsi di ogni sua fase e passaggio".

⁸⁹⁶ En este sentido, DE VOS, P.L. y BAX, C.J., "The procedure...", op.cit., pp. 249 y 250: "in the nineteenth century, the principle of legality was counted as a sufficient guarantee against unjust execution of the law by the executive branch. Administrative decisions were legitimate when in accordance with the written law. Procedures were considered to be an internal concern of the administration. Our century has made clear that the development of the nightwatch state into a welfare state has arisen the need for additional guarantees. Procedures were needed as standards in conformity with which the administration must use its discretionary powers. Procedure can legitimize its decisions. (...). The fundamentals of legitimacy are shifting from the principle of legality to general statutory requirements concerning the administrative procedures".

ésta, llegando así hasta donde no puede hacerlo el juez contencioso, encargado de un control negativo de las decisiones discrecionales.

Debe mencionarse un aspecto, no por obvio menos importante. En nuestra exposición, referida a decisiones discrecionales, damos por supuesto que la actuación administrativa no vulnera el ordenamiento jurídico. Nuestro desarrollo se centra en la orientación positiva mediante el procedimiento de la entraña de la discrecionalidad. Por supuesto, la corrección procedimental no equivale a la corrección jurídica de la decisión. El seguimiento del procedimiento debido no otorga al resultado automáticamente la carta de legalidad. Lo que se expone en el texto es que, presuponiendo la no vulneración del ordenamiento por la resolución, el procedimiento, si es correctamente diseñado y seguido, ayuda a obtener decisiones más acertadas, más adecuadas al interés general, al forzar a la Administración al estudio cuidadoso y atento de las alternativas existentes. Es evidente que la corrección procedimental compensa las limitaciones, consustanciales a su función, del control judicial en relación a las valoraciones extrajurídicas del núcleo de la discrecionalidad, pero, por supuesto, no sustituye a éste en los aspectos jurídicos⁸⁹⁷.

La importancia del procedimiento como factor de racionalización se ve reflejado en la Constitución Portuguesa, texto constitucional de reciente factura como el español, que señala en el art. 267.4 que "o processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que *assegurara a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação*

⁸⁹⁷ En referencia a la precisión hecha en el texto, vid en la doctrina alemana SCHOCH, Friedrich, "El pensamiento...", op.cit., pág. 285, donde se destaca que "el déficit jurídico material de garantía de corrección legal creado en situaciones de disminución de la capacidad de orientación del Derecho material - que puede verse compensado, al menos en parte, por el Derecho procedimental - no puede inducir a establecer la tesis de que la corrección procedimental se convierte automáticamente en corrección material, ya que se estaría produciendo una equiparación indebida entre compensación y sustitución(...). Cualquier propuesta que por motivos de tutela jurídica pretenda eliminar la función complementaria entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial y proponga la creación de un modelo de sustituciones en el que se desvalore la protección judicial deberá ser rechazada por motivos constitucionales".

dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito", indicando la exposición de motivos del Código de Procedimiento Administrativo portugués (Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de noviembre) que uno de sus objetivos es disciplinar la organización y el *funcionamiento* de la Administración pública "*procurando racionalizar a actividade dos serviços*". El logro de una Administración racionalizada exige, pues, cuidar con esmero la regulación de los procedimientos - más adelante se abordará este aspecto -, así como el efectivo seguimiento de los mismos antes de adoptar decisiones, a fin de contribuir a garantizar así el acierto de éstas⁸⁹⁸.

En consecuencia, el deber de la Administración de comportamiento racional en el ejercicio de sus funciones *exige el seguimiento de un procedimiento para la elaboración de sus resoluciones*⁸⁹⁹. Así CASSESE, al referirse a los principios del procedimiento

⁸⁹⁸ En este sentido, vid. MARTIN-RETORTILLO, S., *El reto...*, op.cit., pp 42 y ss. en las que se alude a la imprescindible racionalización del comportamiento procedimental de la Administración. Evidentemente, el procedimiento no puede otorgar una garantía absoluta de que el resultado final será acertado, pero sí puede ayudar a aumentar las probabilidades de acierto y correlativamente a reducir los riesgos de decisiones inoportunas evitando decisiones precipitadas o mal estudiadas. En palabras de COSTA, J.P., en su "Rapport de synthèse", *European Review of Public Law*, 1993, en el número especial dedicado al procedimiento, pág. 310, en referencia al papel de éste: "S'agit-il de permettre à l'administration de prendre de meilleures décisions? Oui, mais ce n'est pas sûr(...). Peut-être des décisions ayant entraîné des catastrophes (Three-mile Island, Tchernobyl) avaient-elles été précédées des procédures formellement impeccables, je n'en sais rien. Il en va de même des décisions individuelles telles que le choix des fonctionnaires. Une P.A.N.C. non contestable ne prémunit pas contre ce que les continentaux appellent des erreurs manifestes d'appréciation ou ce que les britanniques qualifient de décisions "unreasonable"(...). Mais il est sûr en revanche qu'une mauvaise procédure débouche sur une décision au moins annulable - donc fragile - et peut-être détestable quant au fond: si les bons sentiments ne garantissent pas une bonne littérature, les mauvais sentiments ne sont pas non plus suffisants à faire que la littérature soit bonne!".

⁸⁹⁹ En este sentido, vid. GIANNINI, M.S., *Diritto...*, vol.2, pág. 100: "È quindi possibile constatare che l'attività amministrativa delle amministrazioni contemporanee si svolge mediante procedimenti amministrativi: ciò costituisce un principio del diritto amministrativo contemporaneo". Consultar también el estudio repetidamente citado de BENVENUTI, F., "Funzione amministrativa...", op.cit., pp. 126 y ss., especialmente.

En referencia específica al procedimiento de elaboración de reglamentos, vid., por ejemplo, SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit, pp. 802 y ss., quien pone de relieve como el mismo contribuye a la reflexividad de la actividad normativa de la Administración, racionalizándola mediante el seguimiento de una serie de trámites dirigidos a garantizar su legalidad y acierto.

administrativo comunes en diversos países europeos, señala que el primero de todos es "el de la necesidad del procedimiento mismo, en el sentido de que si el ejercicio de una actividad está subordinado por la norma a un procedimiento y, en su desarrollo, a dictámenes, acuerdos u otros actos, la decisión adoptada, sin haber completado los requisitos procedimentales previstos, es ilegal"⁹⁰⁰. Deber de racionalidad que extiende sus exigencias, especialmente cuando existe discrecionalidad, a la a la conexión lógica, a la existencia de compatibilidad y concordancia entre el procedimiento seguido y la decisión finalmente tomada, puesto que ambos aspectos están íntimamente conectados⁹⁰¹. Sin perjuicio de profundizar más adelante en la cuestión, debe resaltarse aquí esta ligazón existente entre procedimiento y resultado, puesto que la valoración de los intereses realizada en el procedimiento vincula la elección final de la alternativa, en el sentido de que ésta deberá tener una racional relación con los datos fácticos e intereses introducidos en el procedimiento, a efectos de elegir una u otra opción⁹⁰², haciendo realidad el principio de racionalidad "que impone a la Administración una actuación lógica, congruente"⁹⁰³. Como SAINZ MORENO acertó a destacar hace ya bastantes años, "los antecedentes que preceden a la decisión aun no siendo por regla general técnicamente vinculantes, vinculan a quien

⁹⁰⁰CASSESE, Sabino, *Las bases...*, op.cit., pág. 263.

⁹⁰¹ Sobre el concepto de consistencia lógica y sus relaciones con el de coherencia, vid. ATIENZA, M., "Sobre...", op.cit., pp. 25 y ss., y *Las razones...*, op.cit., pp. 143 y ss. y 217 y ss.

⁹⁰² En este sentido, BARONE, G., "Discrezionalità", op.cit., pág. 7, advierte que el ejercicio de la discrecionalidad puede diseccionarse idealmente en dos momentos distintos, aunque íntimamente conectados y en ocasiones superpuestos, la valoración y la volición. Teniendo presente esta matización, el autor citado, partiendo de la hipótesis de que la Administración "agisca in maniera razionale e conseguente", señala que "apparirà normalmente accettabile che i due momenti sin ora tenuti distinti, quello valutativo e quello volitivo, sono in realtà intimamente connessi nel senso che il primo già contiene il secondo. Se, infatti, in sede di valutazione l'autorità giunge alla conclusione che bisogna adottare un certo provvedimento, nel contesto di un agire logico e conseguente ciò importa già il volere quel determinato provvedimento".

⁹⁰³ MARTINT-RETORTILLO, S., "El exceso de poder...", op.cit., pág. 145.

decide en cuanto que le obligan a actuar coherentemente con ellos, esto es, dentro de los márgenes razonables que ellos trazan"⁹⁰⁴.

Todo lo expuesto explica la razón por la que el procedimiento administrativo tiene también en nuestro país *relevancia constitucional*, al ser un elemento capaz de articular el deber de racionalidad contenido en el art. 9.3⁹⁰⁵. Así, *el art. 105 de la Constitución establece la necesidad del seguimiento de un procedimiento para la toma de decisiones administrativas*⁹⁰⁶, fijándose un deber de obligado cumplimiento: el deber de respetar un procedimiento para ejercitar la función de servicio a los intereses generales. Esta obligación se refiere a los actos administrativos (art. 105 apartado c), pero también a otras decisiones administrativas como reglamentos o planes⁹⁰⁷, por lo que sólo quedarían al margen de previo procedimiento administrativo - que no del respeto de las directrices constitucionales de comportamiento vistas y de otros principios aplicables - supuestos tales como los actos administrativos verbales, la actividad material o técnica de la Administración y la coacción

⁹⁰⁴ SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos...*, op.cit., pág. 349, y "Reducción...", op.cit., pág. 92.

⁹⁰⁵ LOPEZ MENUDO, F., "Los principios generales del procedimiento administrativo", *RAP*, 129, 1992, pág. 52, se refiere al principio de interdicción de la arbitrariedad como un principio constitucional con incidencia directa e inmediata sobre el procedimiento administrativo.

⁹⁰⁶ LOPEZ MENUDO, F., "Los principios generales del Derecho Administrativo", *RAP*, 129, 1992, pág. 51, entiende que la exigencia de procedimiento para el desarrollo de la actividad administrativa es un principio constitucional derivado del art. 105 c) CE. En este sentido, el referido autor cita dos STS en las que se reafirma esta exigencia, las de 11 de julio y 7 de marzo de 1988. Así, por ejemplo, la primera de ellas sostiene que "la Administración Pública como derivación de lo establecido en el art. 105.c de la Constitución, para asegurar el acierto de sus resoluciones ha de dictarlas siguiendo un procedimiento que se integra por una pluralidad de actos...".

⁹⁰⁷ Si bien en este caso no se establece de forma explícita entendemos que así se deduce del art. 105 a). Este apartado se refiere a la audiencia de los ciudadanos "en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten", lo que significa - pese a que sólo se aluda a un concreto trámite - la necesidad de seguimiento de un procedimiento también a esas *disposiciones administrativas*, concepto que abarca reglamentos y planes.

administrativa directa⁹⁰⁸. En idéntico sentido, la LRJPAC, en concordancia con el art. 105 de la Constitución, confirma el mencionado deber, al indicar en su art. 53.1 que los actos administrativos "se producirán por el órgano competente *ajustándose al procedimiento establecido*"⁹⁰⁹. El art. 105 CE y el art. 53.1 LRJPAC establecen, pues, una auténtica *reserva de procedimiento administrativo* para la toma de decisiones administrativas. En consecuencia, como ha señalado SAINZ MORENO, "el principio general de sometimiento de la actuación administrativa a las reglas de un procedimiento previo es una consecuencia natural del sometimiento de la Administración a la Ley y de la exigencia de su *buen funcionamiento*(...). El procedimiento, si se configura correctamente, impone una previa *reflexión* sobre la decisión que se pretende adoptar, con la práctica de las pruebas y audiencia de interesados, reflexión que en muchos supuestos debe exponerse en la motivación de la resolución (artículo 54 L.P.A.)"⁹¹⁰.

Buena administración y procedimiento administrativo están, pues, estrechamente ligados, como hemos apreciado ya respecto a la conexión entre racionalidad y procedimiento y descubriremos inmediatamente en referencia al principio de objetividad. El desarrollo de la función administrativa de servicio a los intereses generales de modo adecuado (art. 103.1

⁹⁰⁸ En relación con la posibilidad de actos administrativos no procedimentalizados, vid. GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, T.R., *Curso...*, op.cit., vol.I, pp. 537 y ss., en relación a los actos verbales, pp. 782 y ss., en referencia a la actividad material o técnica, y 763 y ss., sobre la coacción directa. Respecto a ésta última cuestión y la inexistencia de procedimiento previo a la decisión de emplear la fuerza, vid. por todos AGIRREAZKUENAGA, I., *La coacción administrativa directa*, Civitas, Madrid, 1990, especialmente, pp. 402 y ss. Respecto a los principios que en todo caso deben regir la coacción directa, pueden consultarse, entre otros, la obra de AGIRREAZKUENAGA acabada de citar, en concreto las pp. 334 y ss. y BARCELONA LLOP, J., voz "Policía de Seguridad", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, 1989.

⁹⁰⁹La vieja LPA de 1958 también contenía un precepto semejante, el art. 40.1, en el que se indicaba que los actos administrativos se producirían por el órgano competente "mediante el procedimiento que, en su caso, estuviere establecido".

⁹¹⁰ SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 141.

CE) demanda el seguimiento de un *procedimiento* para la toma de decisiones (art. 105 CE)⁹¹¹. Eso no significa, sin embargo, que la procedimentalización del actuar administrativo deba conducir necesariamente al *formalismo*. Ambos son conceptos distintos. Creemos necesario en este momento, sin perjuicio de volver más adelante sobre estas cuestiones, diferenciarlos, relacionándolos, a la vez, con otras nociones usualmente manejadas, como son las de *forma* y *formalización*.

En primer lugar, ya se advirtió en su momento⁹¹² que es habitual en la doctrina española referirse al procedimiento como elemento formal de los actos administrativos. También se señaló entonces que tal enfoque se debía a la tradicional visión del acto administrativo como centro de referencia del Derecho Administrativo, a la vez que se postulaba la necesidad de un cambio de perspectiva que implicara el fin de la consideración del procedimiento como un mero apéndice del acto final, como un puro elemento formal del mismo. Si acudimos al Diccionario, podemos comprobar como la acepción jurídica del término forma se define como "requisitos externos o aspectos de expresión en los actos jurídicos"⁹¹³. Es evidente, por cuanto llevamos expuesto, que el procedimiento nada tiene que ver con los requisitos externos de los actos administrativos.

Procedimiento y forma sólo serían conceptos intercambiables desde el entendimiento de la segunda como "fórmula y modo de proceder en una cosa", acepción también recogida en el *Diccionario de la Lengua Española* citado. Sólo en este sentido cabe hablar

⁹¹¹ En este sentido, MALARET, E., "Los principios...", op.cit., en cuya opinión "de la previsión constitucional acerca de la necesidad de un procedimiento para la adopción de decisiones por parte de la Administración, sean de contenido reglamentario o no (art. 105.a) y c)) deben deducirse consecuencias operativas".

⁹¹² Vid. supra, Capítulo II, apartados 2 y 3.

⁹¹³ *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, Espasa-Calpe, 21^a ed., 1992.

indistintamente de procedimiento o forma de las decisiones administrativas, no en el antes aludido de requisito externo o elemento accesorio. Más adelante retomaremos esta distinción, al referirnos a las consecuencias de la inobservancia del procedimiento administrativo. Cuando tal cosa suceda, la resolución estará aquejada de un vicio, evidentemente, pero no se tratará de un vicio formal, en el sentido del art. 63.2 LRJPAC, sino de un vicio procedimental. Esta distinción, como veremos, debe conducir a resaltar las diferencias existentes entre el incumplimiento de los requisitos formales (en el sentido visto de elementos de exteriorización de la decisión) y el incumplimiento del procedimiento administrativo (como modo de desarrollo de la función administrativa, conectado íntimamente, como dijimos, al fondo del asunto)⁹¹⁴.

En segundo lugar, no debe confundirse la necesaria procedimentalización del actuar administrativo, como exigencia constitucional, con la concurrencia de formalismo en el desarrollo de la función administrativa, el cual, como se argumentará con detalle, está proscrito por nuestra Constitución. Merece la pena detenernos un momento en esta cuestión.

Hemos sostenido que la toma de decisiones administrativas debe ir precedida de un procedimiento, en virtud del art. 105 CE. Ahora bien, ese procedimiento puede estar o no *formalizado*. Hace entrada así otro de los conceptos a que antes aludíamos. GONZALEZ NAVARRO ha destacado acertadamente este hecho⁹¹⁵, señalando la existencia en nuestro Derecho de procedimientos administrativos formalizados y no formalizados, en la misma línea del ordenamiento jurídico alemán, cuya Ley de Procedimiento Administrativo de 1976

⁹¹⁴ Vid. *infra* Capítulo VI.3.2.

⁹¹⁵ Vid. GONZALEZ NAVARRO, F., "Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos", en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 211, pp. 415 y ss., y del mismo autor la voz "Procedimiento Administrativo", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol.III, Civitas, Madrid, pp. 5151 y ss.

establece que "siempre y cuando no existan disposiciones jurídicas que regulen la forma del procedimiento, éste no se vincula a formas determinadas. Se desarrollará sencilla y eficazmente" (art. 10)⁹¹⁶. Como subraya GONZALEZ NAVARRO, "hay casos en que el fin que persigue la actuación administrativa ha de lograrse siguiendo un cauce ritual diseñado por el legislador, el cual ha indicado en qué orden y en qué momento han de realizarse todos y cada uno de los trámites que integran el procedimiento de que se trata (procedimientos formalizados), mientras que hay otros muchos casos en que el fin público a alcanzar no tiene legal ni reglamentariamente señalado el camino, sino que éste lo fija en cada caso el instructor del procedimiento atendiendo a las ideas de simplicidad, eficacia y garantía (procedimientos no formalizados)"⁹¹⁷.

Sin embargo, que un procedimiento no se halle formalizado por el legislador no significa que la Administración pueda desarrollar su función sin ningún procedimiento. Como señala GONZALEZ NAVARRO, "cuando hablo de procedimientos no formalizados, no quiero decir que se prescindiera en absoluto de la forma", pues "lo que quiero decir al defender como regla general la no formalización del procedimiento, es que sólo debe regularse la completa andadura procesal con vistas a la consecución de un fin en aquellos casos en que sea indispensable, pero en los demás el principio de preclusión debe reducirse al mínimo, y sólo se deben realizar aquellos trámites que sean necesarios; pero eso sí, todos, absolutamente todos los que sean necesarios"⁹¹⁸, siguiéndose en los casos de ausencia de formalización las pautas establecidas por la LRJPAC, la cual sirve "a modo de instrumental

⁹¹⁶ La traducción está tomada de LINDE PANIAGUA, E., "La Ley de procedimiento administrativo en la República Federal de Alemania", *RAP*, núm. 83, 1977, pp. 477 y ss.

⁹¹⁷ GONZALEZ NAVARRO, F., "Procedimiento...", op.cit., pág. 416.

⁹¹⁸ GONZALEZ NAVARRO, F., "Procedimiento...", op.cit., pág. 417.

jurídico en el que el instructor pueda encontrar siempre la herramienta que necesite", conteniendo, precisamente, un procedimiento no formalizado⁹¹⁹. En definitiva, en el caso de los procedimientos no formalizados, "que el procedimiento deba desarrollarse con sencillez y eficacia no supone ausencia total de forma, sino más bien que las formas que se empleen han de ser únicamente las indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y para evitar perjuicios a las partes o a terceros"⁹²⁰.

Un ejemplo puede contribuir a ilustrar lo que se está sosteniendo. El art. 105.1 LRJPAC señala que "las Administraciones Públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos expresos o presuntos, no declarativos de derechos y los de gravamen, siempre que tal revocación no sea contraria al ordenamiento jurídico". Dejando ahora de lado la cuestión de si este artículo consagra el principio de irrevocabilidad de los actos favorables o declarativos de derechos⁹²¹, nuestra atención se concentra en este momento en la posibilidad que contempla de que la Administración retire del mundo jurídico los actos no

⁹¹⁹ GONZALEZ NAVARRO, F., voz "Procedimiento administrativo", op.cit., pp. 5151 y ss.

⁹²⁰ GONZALEZ NAVARRO, F., "Procedimiento...", op.cit., pp. 417 y 418.

⁹²¹ Principio afirmado tradicionalmente en nuestra legislación (así, arts. 369 de la Ley de Régimen Local de 1955, y 37.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957) y jurisprudencia (por todas, SSTs de 13 de mayo de 1974 (Ar. 3101) y de 26 de febrero de 1987 (Ar. 3375)). Sobre la revocación de actos favorables y la regulación de la LRJPAC, pueden consultarse MONTORO CHINER, M.J., "La revocación de los actos administrativos en la Ley 30/1992", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 17, 1994, pp. 11 y ss., "La revocación de los actos administrativos", en AA.VV., Ponències del Seminari de Dret Local (Sisena edició del Seminari. Curs 93-94), Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona, 1995, pp. 107 y ss., CUCHILLO FOIX, M., "La revisión de oficio y la revocación en la LRJPAC", en TORNOS MAS, J. (Coord.), *Administración Pública...*, op.cit., pp. 347 y ss., "Algunas consideraciones sobre la revisión de oficio y la revocación como instituciones integrantes del sistema de revisión de los actos administrativos", en FREITAS DO AMARAL, D., y LOPEZ RODÓ, L., *Procedimiento Administrativo. Ponencias del I coloquio hispano-portugués*, Santiago de Compostela, 1994, pp. 484 y ss. especialmente, VELASCO CABALLERO, F., *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 160 y ss., PONCE SOLÉ, J., "La revocació de llicències en el Reglament d'obres, activitats i serveis", en FONT LLOVET, T. (Coord.), *Dret Local*, Marcial Pons-Universitat de Barcelona, Barcelona, 1997, pp. 165 y ss.

declarativos de derechos y de gravamen.

El art. 105.1 parece permitir que sean dejados sin efectos actos administrativos no declarativos de derechos o de gravamen, tanto por razones de legalidad como por razones de oportunidad, cuando no existe un destinatario beneficiado por los mismos⁹²². Sin embargo, la LRJPAC no prevé ningún procedimiento específico para la revocación de esos actos. El legislador en este supuesto *no ha formalizado ningún procedimiento administrativo* para la toma de la decisión de retirar del mundo jurídico actos desfavorables a los ciudadanos.

Pero la ausencia de formalización de un procedimiento específico no significa, en ningún caso, que puedan ser revocados actos sin seguir, previamente, un procedimiento administrativo. El art. 105 CE impone la existencia de ese procedimiento, en el que se ponderen las circunstancias del caso y, a la vista de esa ponderación, se decida en consecuencia retirar o no el acto desfavorable. Por tanto, el órgano administrativo competente para la toma de la decisión, deberá cumplir el deber constitucional y "construir" un procedimiento (no formalizado, pues) acudiendo para ello al Título VI de la LRJPAC; deberá extraer los trámites precisos y seguirlos de acuerdo con los principios de buena administración (objetividad, eficacia, etc.) repetidamente citados.

Como pone de relieve GOMEZ-FERRER MORANT, "en ausencia de una regulación específica, serán de aplicación las disposiciones generales sobre los procedimientos

⁹²² Se muestran favorables a la interpretación del término "revocación" en este precepto en el sentido de retirada de actos tanto por motivos de legalidad como por motivos de oportunidad GOMEZ-FERRER MORANT, R., "La revisión de oficio", en LEGUINA VILLA, J., y SANCHEZ MORON, M. (Dir.), *La nueva Ley de régimen...*, op.cit., pág. 316, y GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E., "Consideraciones sobre la revocación de actos administrativos no declarativos de derechos y de gravamen", *REDA*, 91, 1996, pp. 423 y ss. CUCHILLO FOIX, M., "La revisión...". op.cit., pp. 416 y ss. llama la atención sobre los problemas que plantea la inclusión en este art. 105.1 LRJPAC de la anulación de los actos no declarativos de derecho o de gravamen por motivos de legalidad.

administrativos que regula el título VI de la Ley. *Y ello no sólo porque la Administración debe seguir un cauce formal en sus actuaciones, sino porque el procedimiento ha de servir para valorar las razones de oportunidad o de legalidad que justifican la revocación y, asimismo, que tal revocación no es contraria al ordenamiento jurídico*"⁹²³.

En consecuencia, la reserva constitucional de procedimiento administrativo exige que el desarrollo de la función administrativa se efectúe siguiendo un procedimiento, *esté o no esté el mismo formalizado*. Necesidad de procedimiento y formalización del mismo son cuestiones distintas. Si existe regulación de un concreto procedimiento, la toma de la decisión administrativa deberá ajustarse a lo allí preceptuado. Si no se ha regulado específicamente un procedimiento de actuación, es decir no se ha formalizado, la toma de la decisión debe efectuarse igualmente mediante el seguimiento de un procedimiento, por imperativo constitucional (105 CE). Lo que ocurre es que el órgano instructor "diseñará" el procedimiento preciso, tomando los elementos del acervo contenido en la LRJPAC, desarrollando su actividad, conforme a los principios constitucionales analizados, mediante el seguimiento de los trámites necesarios⁹²⁴.

⁹²³ GOMEZ-FERRER MORANT, R., "La revisión...", op.cit., pág. 317 (los subrayados son nuestros). En idéntico sentido, GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E., "Consideraciones...", op.cit., pp. 431 y 432.

⁹²⁴ Cuestión distinta a esta, pero conectada, es la determinación de cuando deban formalizarse los procedimientos administrativos por el legislador. Más adelante la abordaremos en referencia a la responsabilidad institucional del legislador en el logro de la buena administración mediante la configuración de procedimientos de actuación adecuados.

Exigencia constitucional, en definitiva, de seguimiento de un procedimiento para la elaboración de actos, reglamentos o planes⁹²⁵ por parte de la Administración, esté o no el mismo formalizado. Ahora bien, formalizado o no, no debe confundirse la necesidad de respetar un procedimiento administrativo para adoptar resoluciones con la existencia de *formalismo* en el actuar de la Administración⁹²⁶. Aunque más adelante se estudiará esta cuestión desde la perspectiva del principio constitucional de eficacia, debe señalarse ahora que el formalismo, entendido como "tendencia a concebir las cosas como formas y no como esencias"⁹²⁷, es incompatible con el deber de buena administración establecido en nuestro texto constitucional. Es imprescindible, entonces, distinguir entre necesario seguimientos de

⁹²⁵ En relación a la virtualidad racionalizadora de la planificación realizada por la Administración, vid. el ya citado art. 38.1 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas ("La planificación hidrológica tendrá por objetivos generales conseguir la mejor satisfacción de las demandas de agua y equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y *racionalizando* sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales"), así como las consideraciones que, desde una perspectiva general, efectúan GIANNINI, M.S., *El poder público...*, op.cit., pp. 155 y ss., y MARTIN-RETORTILLO, S., *Derecho administrativo...*, op.cit., pp. 325 y ss. En el ámbito específico de la realización de obras públicas, FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "La obras públicas", *RAP*, núm. 100-102, 1983, pp. 2452 y ss., ha notado que el principio de planificación necesaria ínsito en la benemérita Ley General de Obras Públicas de 1877 (art. 20) contribuye a la racionalización del actuar administrativo, al fijar "el *qué* hay que hacer y, en cierto modo, el *cómo* hay que hacerlo, el *dónde* debe actuarse y, mucho más debilmente, el *cuándo*". La labor racionalizadora de la planificación fue puesta igualmente de relieve por Fernando LOPEZ RAMON en su conferencia "El régimen catalán de las obras locales", pronunciada el 6 de noviembre de 1995, en el marco de la sesión especial sobre el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los entes locales en Catalunya, organizada por el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona y la Federación de Municipios de Catalunya. Respecto al efecto racionalizador del planeamiento urbanístico, vid. GONZALEZ SALINAS, J., "La plusvalías urbanísticas: sistematización del alcance del artículo 47 de la Constitución Española", en MARTIN-RETORTILLO, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española...*, op.cit., pp. 1674 y ss., y PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 181.

⁹²⁶ GONZALEZ NAVARRO, F., "Procedimiento...", op.cit., pág. 416: "La forma es la vestidura del Derecho y no debe ser eliminada radicalmente. Lo que hay que evitar es que la forma ahogue, que la forma entorpezca, que la forma predomine sobre el fondo, que sacrifiquemos el fin en el altar de la forma. Pero esto, claro, es válido tanto para los procedimientos formalizados, como para los procedimientos no formalizados".

⁹²⁷ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia de la Lengua Española, Espasa-Calpe, 21^a ed., 1992.

un procedimiento, como garantía de los intereses y derechos de los ciudadanos y del acierto en el servicio al interés general, y formalismo, es decir, la preocupación prevalente por el papeleo, por la rigurosidad excesiva e injustificada en el seguimiento de los trámites, con descuido de las garantías de los particulares y del deber de buena administración, el cual ya sabemos que exige un proceso de toma de decisiones que permita un *estudio ágil y ponderado* de las circunstancias del *caso concreto*, a fin de que se sirva *realmente* a los intereses de los ciudadanos, mediante el empleo de los *menores recursos públicos posibles*⁹²⁸.

En este sentido, SANCHEZ MORON ha destacado que "las garantías procedimentales no deben contemplarse como requisitos formales, sino sustanciales", pues "lo que importa no es tanto la verificación de los trámites en sí misma (que debe conjugarse con las exigencias de eficacia y celeridad del procedimiento) sino en la medida en que contribuye al acierto de la decisión. Por eso, lo que debe controlarse es que ésta se apoye en un proceso razonado y que no se debe al puro arbitrio del órgano actuante, es decir, a una decisión carente de apoyo fáctico y argumental en el expediente. De esta manera, la falta de comprobaciones de los hechos en que la decisión se funda, la ausencia de informes preceptivos y de los motivos de su eventual rechazo, la falta o manifiesta inadecuación de la respuesta a las alegaciones u observaciones de los interesados o participantes en el procedimiento pueden constituir indicios de un uso ilícito de las potestades

⁹²⁸ Como señala MARTIN-RETORTILLO, L., *Bajo el signo de la Constitución (Estudios de Derecho Público)*, IEAL, Madrid, 1983, pág. 78, la forma "aparece, así, condicionada a que se cumpla el fin para el que se instauró. Sólo por él se justifica. Si queda desenganchada, si pierde amarras, se torna inservible, perturbadora, como barca a la deriva. Cuando afloja su funcionalidad es cuando la exigencia de forma degenera en formalismo, con toda la carga negativa que tiene la expresión: acumulación innecesaria de actividades mediales - que siempre desgastan -, sobrecarga de energía y de esfuerzo para nada. Lo que era prenda de garantía, al dejar de serlo, la empece. Como hiedras inútiles que se alimentan a costa del árbol. Es decir, lo que ya no sirve, estorba. Y más cuanto más se acumula".

discrecionales"⁹²⁹.

A tenor de lo dicho, procedimiento administrativo y formalismo no sólo son conceptos distintos, sino que deberían ser antagónicos. En este sentido, nos parecen acertadas las consideraciones efectuadas por el TS, al señalar "el carácter escasamente formalista del Derecho Administrativo"⁹³⁰, o al poner de relieve que el formalismo es "la depravación de la forma como garantía"⁹³¹. Pero, insistimos, la lucha contra el formalismo no es, no puede ser, la lucha contra el procedimiento. Bien al contrario, la lucha por el procedimiento - inexcusable desde los postulados constitucionales ya expuestos - debe ser la lucha contra el formalismo, contra el papeleo, contra la ausencia de servicio ágil y eficaz a los ciudadanos, contra la malaadministración, en una palabra. Debe ser, en definitiva, la consciencia de la importancia del procedimiento como "modo de proceder" constitucionalmente prescrito para servir de la mejor manera posible a los intereses generales; consciencia que debe calar en el legislador - al formalizar los procedimientos, cuando sea preciso - en la Administración - al adoptar sus resoluciones, sin caer en la patología del formalismo - y en los tribunales de justicia - al dar la debida importancia a los vicios procedimentales que pueda cometer la Administración, sin dejar de rechazar el formalismo en el actuar administrativo. En fin, como ha sido notado por MONTORO CHINER, en una frase que creemos resume lo antedicho, "desolemnizar el procedimiento no es desprocedimentalizar los actos de la Administración"⁹³².

⁹²⁹ SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 149 y 150. Vid. también en el mismo sentido su estudio "Siete tesis...", op.cit., pág. 159.

⁹³⁰ STS de 28 de octubre de 1988 (Ar. 8354).

⁹³¹ STS de 29 de abril de 1988 (Ar. 4744), STS de 12 de junio de 1989 (Ar. 5496).

⁹³² MONTORO CHINER, M.J., "Calidad formal y material de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común", en TORNOS MAS, J. (Coord.), *Administración Pública...*, op.cit., pág. 28.

A tenor de todo lo expuesto, es evidente la *invalidez de toda decisión administrativa adoptada sin procedimiento previo*⁹³³, excepto en los casos ya aludidos de actos verbales, ejercicio de coacción directa o desarrollo de actividades materiales (lo que no impide que en estos casos también sean de aplicación los principios constitucionales de buena administración, como ya se dijo, aunque la actuación de la Administración no se halle, por sus especiales características, procedimentalizada). Una decisión de estas características vulnera claramente *el deber de racionalidad constitucional*, consagrado en el art. 9.3 CE y articulado mediante la exigencia de procedimiento del art. 105 CE. Dada la trascendencia del vicio, atentatorio en definitiva al deber de buena administración constitucional, no es extraño que tradicionalmente nuestro ordenamiento haya sancionado con *nulidad absoluta*⁹³⁴ la ausencia de todo procedimiento⁹³⁵ o el seguimiento de uno inadecuado para la toma de la

⁹³³ En este sentido, BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 119: "el *procedimiento constituye una exigencia* (hoy además con rango constitucional: art. 105.3) *indispensable para poder considerar válida la actuación de la Administración*; exigencia que en un Estado de Derecho tiene tal importancia que *lleva a considerar la obligación de actuar conforme a un procedimiento como requisito mínimo y sine qua non de toda actuación administrativa*". (Los subrayados proceden del original).

⁹³⁴ Art. 47.1 c) LPA de 1958 y, en la actualidad, art. 62.1 e) LRJPAC, el cual señala que son nulos de pleno derecho los actos "dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido".

⁹³⁵ Supuesto, por lo demás infrecuente, porque como ya puso de relieve SANTAMARIA PASTOR, J.A., *La nulidad de pleno Derecho de los actos administrativos*, IEA, Madrid, 1975, pág. 368, "es casi impensable el dictar un acto administrativo sin cumplir trámite alguno de procedimiento; en términos teóricos, esa posibilidad es imaginable, pero en la práctica, es ilusoria, y cualquiera que conozca medianamente la mecánica administrativa no podrá por menos que corroborar la veracidad de este aserto". Existen, no obstante, diversos ejemplos jurisprudenciales en los que se constata la ausencia total de procedimiento. En este sentido, pueden consultarse, entre otras, las sentencias del TS de 24 de enero de 1989 (Ar. 476), por la que un Colegio de psicólogos deniega la colegiación sin procedimiento alguno, o la STS de 11 de julio de 1990 (Ar. 6753), en la que se procede a la anulación de una autorización con omisión total de cauce procedimental.

decisión concreta de que se trate⁹³⁶. El supuesto de *manque de procedure* da lugar, además, a la existencia de una *vía de hecho*, con las consecuencias procesales - posible utilización de interdictos contra la actividad administrativa, art. 101 LRJPAC, art. 125 LEF - que son ya conocidas⁹³⁷.

⁹³⁶ En este sentido, SANTAMARIA PASTOR, J.A., *La nulidad...*, op.cit., pp. 370 y 371, quien, partiendo de la dicción del art. 47.1 c) LPA de 1958 que se refería al "procedimiento legalmente establecido *para ello*", sostenía que "la causa de nulidad presente puede concurrir cuando la Administración ha dictado un acto administrativo utilizando para ello un procedimiento totalmente distinto del previsto, aun cuando el resultado práctico conseguido con el *iter* procedimental seguido y el que se hubiera alcanzado con el procedimiento correcto sean idénticos, y aun cuando el procedimiento anómalamente empleado y el que debió emplearse presenten entre sí ciertas coincidencias". Vid. en este sentido, los ejemplos jurisprudenciales citados por el propio autor en la nota 104 de la pág. 371.

El actual art. 62.1 e) LRJPAC ha prescindido de la coletilla "para ello" presente en la anterior regulación. Ello no autoriza a entender que el legislador halla pretendido salvar de la nulidad aquellos casos en los que la Administración sigue un procedimiento cualquiera, pero no el específicamente previsto para la toma de la concreta decisión. Entendemos que estos casos continúan englobados en el citado precepto, pues una interpretación distinta "sería una concepción contraria a la lógica y al sentido común, distinta a lo que indica la literalidad del precepto (que sigue exigiendo la observancia del procedimiento legalmente establecido) y nos volvería a la noche de los tiempos pues cualquier actuación, por nimia que fuera, sanaría este grave defecto y convertiría en papel mojado dicha causa de nulidad de pleno derecho", como ha sido puesto de relieve por TRAYTER, J.M., "Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos", en TORNOS MAS, J. (Coord.), *Administración Pública...*, op.cit., pág. 277.

⁹³⁷ En relación a la vía de hecho, pueden consultarse los trabajos de LOPEZ MENUDO, F., *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988 y GONZALEZ-VARAS, S.J., *La vía de hecho administrativa*, Tecnos, Madrid, 1994.

En el concreto ámbito del ejercicio de la potestad expropiatoria, vid. DE LA CRUZ FERRER, J., "El control de la decisión expropiatoria", en AA.VV., *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 311 y ss., donde se cita diversa jurisprudencia, y la interesante sentencia del Tribunal de Conflictos de jurisdicción de 23 de noviembre de 1987 (Ar. 8736), en la que se conoce de un conflicto planteado por el Ayuntamiento de Zamora frente a un Juez de Primera Instancia, relativo a la admisión por éste de un interdicto de obra nueva frente al ejercicio por el Ayuntamiento de la potestad expropiatoria. La decisión del Tribunal de Conflictos acepta la competencia del Juez de Primera Instancia, porque se produjo una vía de hecho de conformidad con lo señalado por el art. 125 LEF y "es el "Juez civil" ante el que se ha residenciado la protección patrimonial en los términos propios de las reacciones jurídicamente posibles cuando se opera un resultado expropiatorio fuera de los cauces legales, el que ostenta la facultad para juzgar la irregular expropiación y las consecuencias inherentes a esta actuación".

La existencia de procedimiento administrativo es, como hemos argumentado, condición necesaria para la existencia de buena administración, al contribuir a racionalizar el comportamiento administrativo (art. 9.3 y 105 CE). Sin embargo, se trata de una condición insuficiente, en el sentido de que no basta el seguimiento de no importa qué manera de cualquier tipo de procedimiento para la garantía de los particulares y del interés general. El art. 105 CE demanda un procedimiento y su respeto, pero ese procedimiento ha de permitir el buen desarrollo de la función administrativa y el acierto en su ejercicio. En consecuencia, el procedimiento administrativo debe servir para que los principios constitucionales de buena administración cobren vida cotidianamente, orientando y guiando la toma de decisiones. Es mediante los procedimientos, por tanto, como esos principios abandonan su abstracción, por otra parte imprescindible para su virtualidad, y descienden a disciplinar el día a día de la actividad administrativa. A continuación se va a exponer, precisamente, la conexión entre el procedimiento administrativo y los deberes de buena administración consagrados en nuestra constitución.

2. Procedimiento administrativo y principio de objetividad. Los principios de oficialidad, contradicción y transparencia. La importancia de la fase de instrucción.

Tuvimos ocasión de constatar en su momento como en distintos ordenamientos jurídicos comparados se encuentra consagrado un deber administrativo de estudio cuidadoso de las circunstancias del caso antes de adoptar decisión alguna, deber de buena administración que permite que el órgano administrativo se sitúe en la mejor posición posible para la obtención de la solución más adecuada en su servicio al interés general⁹³⁸.

Argumentamos entonces como también existe en España una regla positiva de comportamiento administrativo de semejante tenor, según mandato derivado del art. 103.1 CE, al imponer un servicio *objetivo* del interés general como función típica administrativa. El principio de objetividad - cuyo presupuesto necesario es el de imparcialidad, art. 103.3 CE - implica la existencia de un deber de comportamiento administrativo, consistente en el ejercicio de las potestades administrativas previa investigación y estudio atento de los elementos relativos al concreto supuesto, es decir previa "ponderada estimación" de las circunstancias, hechos e intereses del concreto asunto (STS de 29 de noviembre de 1985 (Ar. 5574)). La decisión final adoptada debe ser la consecuencia de "un proceso razonado e intelectual" en el que deben ser "valoradas las circunstancias que puedan dar lugar y contribuir a que esa decisión sea adoptada con la mejor voluntad y buen criterio" (STS de 10 de febrero de 1984 (Ar. 795)), sin que sea posible prescindir de esa ponderación del supuesto concreto en ningún caso.

⁹³⁸ Vid. supra, Capítulo IV.2 a).

Pues bien, es precisamente el *procedimiento administrativo la institución que permite articular técnicamente ese deber constitucional*, al posibilitar, ante cada concreto ejercicio de las potestades administrativas, la recogida de información relativa al caso concreto, los hechos e intereses involucrados, así como su análisis ponderado, para, finalmente, proceder a la toma de una decisión consecuente con ese proceso de ponderación.

La visión tradicional de la doctrina española respecto al principio de objetividad en el procedimiento ha sido su confusión con el de imparcialidad, afirmándose que ambos sólo son garantizables por el Derecho a nivel de mínimos, concretamente mediante las técnicas de la abstención y de la recusación, cuyo tratamiento legal es bien conocido⁹³⁹. No obstante, como ya se expuso, en nuestra opinión ambos principios, imparcialidad y objetividad, son distintos, si bien están interconectados, puesto que el primero es presupuesto necesario, aunque no suficiente del segundo. Dejando de lado ahora las técnicas organizativas que pueden contribuir a articular el principio de imparcialidad, y enfocando la cuestión desde la perspectiva procedimental que nos ocupa, las técnicas de abstención y recusación son un *prius*, el cual debe concurrir pero es insuficiente para garantizar el cumplimiento del deber de objetividad. Pueden existir funcionarios imparciales que tomen parte en un procedimiento administrativo pero que, en cambio, no se comporten de forma objetiva, ponderando las circunstancias del asunto antes de la toma de la decisión, para que esta sea la más adecuada

⁹³⁹ Respecto al punto de vista aludido en el texto, vid. por todos DIEZ SANCHEZ, J.J., *El procedimiento administrativo común y la doctrina del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 80 y ss., y las citas allí contenidas, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "Los principios...", op.cit., pp. 113 y ss, quien sostiene que "objetividad e imparcialidad son, pues, ideas que enuncian otros tantos *desiderata* que la regulación del procedimiento (y el Derecho en general) no pueden asegurar sino a nivel de mínimos, porque, en último término, la tensión básica que resulta de la propia configuración de la institución trasciende más allá de lo que es propio del plano estrictamente jurídico.

Las técnicas de abstención y recusación son, desde la perspectiva concreta del procedimiento, esos mínimos garantizados en todo caso".

Respecto a la actual regulación de las técnicas de abstención y regulación, vid. los arts. 28 y 29 LRJPAC.

posible.

La objetividad no se articula mediante garantías mínimas como la abstención o la recusación, sino que *su efectivo cumplimiento depende del modo como se desarrolla el entero iter procedimental*⁹⁴⁰.

Diversos autores han notado esta profunda ligazón entre objetividad y procedimiento. Así, en Italia se ha subrayado que "la garanzia di obiettività delle singole manifestazioni del potere si persegue con la obiettivazione degli strumenti, dell'iter, in una parola, del procedimento con cui si realizza. La disciplina dell'attuazione del potere deve ciò garantire la percezione e insieme la corretta ponderazione degli interessi rilevanti per la determinazioni dell'amministrazione; solo così potrà essere assicurata l'aderenza dell'atto concreto al potere obiettivo astratto", aunque la necesaria existencia de un procedimiento no basta por sí sola para garantizar el comportamiento objetivo, puesto que "la garanzia dell'imparzialità deve ricollegarsi non all'esistenza di un procedimento - che in quest'ottica non può mai mancare - ad una connotazione della disciplina procedimentale che sia tale da soddisfare quelle esigenze - corretta percezione e selezione degli interessi coinvolti, esternazione delle valutazioni compiute per la scelta - che sono considerate naturale espressione del principio costituzionale di imparzialità-obiettività"⁹⁴¹.

Entre los autores españoles, SANTAMARIA PASTOR ha notado la conexión entre

⁹⁴⁰ Coincidimos con LOPEZ MENUDO, F., "Los principios...", op.cit., pág.52, respecto a la consideración del principio de objetividad como un principio constitucional con una operatividad directa e inmediata sobre el procedimiento. Ello no obsta a que, además, tenga fuertes conexiones con principios propios del procedimiento administrativo, como los de oficialidad y contradicción, tal y como se verá a continuación.

⁹⁴¹ SALA, G., "Il principio...", op.cit., pp. 104 y 105. En idéntico sentido, vid. BARONE, G., *L'intervento...*, op.cit., pág. 71: "lo stesso procedimento amministrativo, in quanto mezzo per incanalare interessi pubblici e privati, è esso stesso strumento di imparzialità", ALLEGRETTI, U., *L'imparzialità...*, op.cit., pp. 230 y ss., CASSESE, S., *Imparzialità amministrativa...*, op.cit., pág. 20, nota 31, pp. 81 y ss.

objetividad e imparcialidad y procedimiento administrativo, al señalar como una de las técnicas que coadyuva a la realización efectiva de tales principios "el establecimiento de un conjunto de reglas de comportamiento tendentes a asegurar el correcto uso de las potestades administrativas y la ponderación de todos los intereses sobre los que éstas han de incidir: tal es la funcionalidad básica del procedimiento administrativo, que la ley debe regular y al cual ha de acomodarse la actuación administrativa (art. 105, c, CE), así como de diversos trámites constitutivos del mismo, como los principios de contradicción o audiencia (art. 105, a y c, CE)"⁹⁴².

En la misma línea se ha pronunciado SAINZ MORENO, quien subraya, como ya sabemos, que el principio de objetividad supone "la exigencia de una actuación administrativa bien fundada en el conocimiento de los hechos, del derecho vigente y en los objetivos que se propone alcanzar", encontrando en este principio constitucional su fundamento "la exigencia constitucional de que los actos administrativos se produzcan a través de un procedimiento (artículo 105, c C.E., artículo 53 L.A.P.), cuyos trámites deben servir para que la decisión que se adopte sea la más adecuada al objetivo que se pretende alcanzar", debiendo el procedimiento administrativo "facilitar que cada decisión que se adopte sea la mejor posible para alcanzarlo teniendo en cuenta los derechos e intereses implicados"⁹⁴³.

MALARET, por su parte, pone de relieve que "a través del procedimiento, de toda la documentación incorporada al expediente deberán reflejarse las alternativas posibles, el análisis de las mismas lo que implica la toma en consideración de sus ventajas e inconvenientes y finalmente la exposición de las razones en virtud de las cuales se ha

⁹⁴² SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Fundamentos...*, pág. 251.

⁹⁴³ SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 129, voz "Objetividad", op.cit., pág. 4491.

adoptado una determinada decisión", indicando las conexiones entre procedimiento y principio de objetividad, puesto que el procedimiento es "*el vehículo a través del cual canalizar la recogida de datos, opiniones de distinta índole y calidad*"⁹⁴⁴.

Finalmente, Tomás-Ramón FERNANDEZ también se ha referido al deber existente al ejercitar la discrecionalidad, consistente en primer lugar en "una operación de mera constatación de la realidad objetiva, a un problema de prueba, cuyo resultado dirá si se dan o no se dan en cada caso y en qué medida" los hechos. Esos hechos deberán ser valorados por la autoridad administrativa, pero "esa valoración no es enteramente libre tampoco, puesto que habrá de hacerse siempre a partir de los factores que la propia norma habilitante (y el ordenamiento jurídico en su conjunto en el que dicha norma se integra) considere en cada caso *relevantes* para la decisión". En la valoración administrativa, esos factores relevantes "deben ser tomados en consideración por la Administración a la hora de decidir, *sin excepción alguna*. Ninguno de ellos puede ser lícitamente excluido del proceso de elaboración de la decisión, en el que tampoco pueden involucrarse otros factores o elementos extraños a los que el ordenamiento no reconozca la necesaria relevancia, so pena de infringir en uno y otro caso la norma que otorgue o deniegue ésta". Además deberá existir una "ponderación de los factores normativamente relevantes". Sólo tras este conjunto de operaciones, tras esta ponderación de las circunstancias del caso, la Administración elegirá la solución que considere más adecuada, aunque en esa ponderación será forzoso "atenerse también al distinto peso" que el ordenamiento pueda, eventualmente, otorgar a determinados factores, pues "sólo si los factores a considerar tienen idéntico peso, es decir, si no están jurídicamente jerarquizados, podrá la Administración dar con libertad mayor importancia a uno de ellos que a los demás (al económico, por ejemplo, que al técnico o al ambiental más que a los otros

⁹⁴⁴ MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pp. 306, 312, 320.

dos), pero, naturalmente, habrá de razonar por qué⁹⁴⁵”.

En consecuencia, la reserva de procedimiento establecida en el art. 105 CE está conectada al deber de comportamiento objetivo del art. 103.1 CE, en el sentido de que el modo de lograr esa objetividad es mediante el seguimiento de un procedimiento administrativo. Por tanto, los deberes de desarrollo de la función administrativa de modo racional (art. 9.3 CE, como vimos) y objetivo (103.1 CE) exigen la existencia y seguimiento de un procedimiento administrativo para la toma de decisiones, en el que se racionalice el actuar y se recojan, estudien y ponderen hechos, datos, intereses privados y/o públicos envueltos en el concreto supuesto, con el objeto de que la Administración se sitúe en la mejor óptica posible para, en congruencia con esa ponderación, adoptar la solución que mejor sirva a los intereses generales.

En este sentido, parece evidente la conexión del principio constitucional de objetividad *con distintos principios propios del procedimiento administrativo*, como son los de *oficialidad* y *contradicción*⁹⁴⁶.

Respecto al principio de oficialidad o inquisitivo, éste implica, como es sabido, que “la Administración gestora del interés público, está obligada a desplegar por sí misma, *ex*

⁹⁴⁵ FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *De la Arbitrariedad...*, op.cit., pp.247 y 248. Los subrayados proceden del original.

⁹⁴⁶ Sobre los principios del procedimiento administrativo, vid. por todos GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, vol.II., pp. 451 y ss. y DIEZ SANCHEZ, J.J., *El procedimiento administrativo común...*, op.cit., pp.115 y ss. Como pone de relieve LOPEZ MENUDO, F., “Los principios...”, op.cit., pág. 20, estos principios del procedimiento “no componen un elenco que la doctrina y la jurisprudencia tengan como cosa cierta y tasada”, si bien existen “algunos significados principios troncales que gozan ya de un sólido asiento en la *communis opinio*”. Algunas razones que podrían explicar las discordancias existentes en las distintas “tablas” de principios usualmente manejadas por la doctrina pudieran ser, a juicio de este autor, “la incertidumbre que pueden ocasionar los estados de mutación o “metamorfosis” que atraviesan algunos principios”, así como “las particulares concepciones, ideológicas si se quiere, que cada autor predica de las relaciones entre el poder público y los ciudadanos. En cualquier caso, existe consenso doctrinal en la consideración de los dos citados - con la ligera variante de denominar en ocasiones al principio de oficialidad como inquisitivo - como principios procedimentales.

officio, toda la actividad que sea necesaria para dar adecuada satisfacción a ese interés, sea cual sea la actitud, activa o pasiva, que puedan adoptar los particulares que hayan comparecido en el procedimiento"⁹⁴⁷. Al ser el procedimiento administrativo el modo de desarrollo de la función administrativa de servicio al interés general (art. 103.1 CE, 105 CE), la Administración debe asumir una actitud activa, actuando de forma inquisitiva, a fin de reunir todos los datos que se consideren precisos sobre los hechos e intereses envueltos en la decisión, para poder conocerlos, tomarlos en consideración y ponderarlos antes de decidir⁹⁴⁸. El principio de oficialidad está, pues, íntimamente conectado con el deber de ponderación derivado del principio de objetividad, el cual impone esa actividad dirigida a conocer y analizar las circunstancias del caso concreto antes de elegir una solución⁹⁴⁹.

Del mismo modo, el principio procedimental de contradicción hunde sus raíces en el constitucional de objetividad. Como es conocido, el principio de contradicción, esencial en cualquier procedimiento administrativo, supone "la posibilidad de que se hagan valer los distintos intereses en juego y de que esos intereses sean adecuadamente confrontados en presencia de sus respectivos titulares antes de adoptar una decisión definitiva", debiendo existir en todo caso "igualdad de oportunidades entre las partes en cada una de las piezas, trámites o momentos procesales" no respetándose tal principio cuando "no existe un auténtico

⁹⁴⁷ GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, T.R., *Curso...*, op.cit., pág. 460.

⁹⁴⁸ Al respecto, vid. entre otros los siguientes arts. de la LRJPAC: art. 41 (el responsable de la tramitación del procedimiento deberá adoptar "las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos", estando obligado a disponer "lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos"), art. 69 (iniciación de oficio), art. 74 (impulso de oficio de todos los trámites), art. 78 (realización pruebas de oficio), art. 89 (decisión sobre cuestiones no planteadas por los particulares pero derivadas del expediente).

⁹⁴⁹ En este sentido, LOPEZ MENUDO, F., "Los principios...", op.cit., destaca la clara conexión entre el principio de oficialidad y el art. 103.1 CE.

debate contradictorio tanto sobre los hechos, como sobre su calificación jurídica"⁹⁵⁰. El principio contradictorio se conjuga con el ya aludido de oficialidad en el procedimiento administrativo, e implica que los particulares asuman protagonismo en el seno del mismo, haciendo valer así sus intereses, de forma que tengan la oportunidad de expresarse y participar por igual, conociendo de los datos fácticos y jurídicos y expresando sus argumentos⁹⁵¹. La LRJPAC especifica además que la responsabilidad de que se observe tal principio corresponde al órgano instructor del procedimiento, el cual "adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción e igualdad de los interesados" (art. 85.3).

Tradicionalmente, el principio contradictorio se ha visto por la doctrina y jurisprudencia del TS estrechamente ligado a unos específicos trámites, los de audiencia y prueba, dada *la predominante perspectiva de defensa del interesado* desde la que el mismo ha sido enfocado, en conexión con el *art. 24.1 de la Constitución española*⁹⁵²⁹⁵³.

⁹⁵⁰ GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pp. 452 y 454.

⁹⁵¹ Ver al respecto, entre otros, los siguientes arts. de la LRJPAC: 35 e), 71, 79 (posibilidad de formular alegaciones, que deberán ser tomadas en cuenta), 80.3 (posibilidad de proponer prueba), art. 84 (audiencia).

⁹⁵² En este sentido, GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pág. 453, LOPEZ MENUDO, F., "Los principios...", op.cit., pág. 54, quien entiende el principio contradictorio como una concreción de los principios constitucionales de no indefensión y de presunción de inocencia consagrados en el art. 24 CE.

⁹⁵³ Por lo que se refiere al trámite de audiencia en el procedimiento administrativo, ya se dijo que, como es conocido, el TC conecta el mismo al art. 24 CE sólo en el caso de los procedimientos sancionadores, no al resto, en los que la omisión del trámite es "sólo contraria al art. 105 c) de la Constitución, (...), pues las exigencias del artículo 24 no son trasladables sin más a toda tramitación administrativa" (STC 68/1985, de 27 de mayo). Una referencia a la jurisprudencia existente del TC en este sentido en GAMERO CASADO, E., "Omisión del trámite de audiencia...", op.cit., pp. 101 y ss. Este autor señala, con acierto, que existe una contradicción en esta jurisprudencia, dado que al diferenciar entre procedimientos administrativos sancionadores - donde sí se acepta la existencia de vulneración del art. 24 CE por la omisión de la audiencia - y el resto de procedimientos administrativos "resulta que un sujeto infractor que será sancionado por su conducta disfruta de una posición procedimental más favorable que otro sujeto que le afectará un futuro *acto restrictivo de sus*

Sin negar la trascendencia que el principio contradictorio tiene en relación a la defensa de los interesados mediante los trámites de audiencia y prueba, consideramos que el significado del principio contradictorio, al ser conectado con el constitucional de objetividad, posee mayor riqueza. En este sentido, el art. 105 a) y b), aparte de consagrar la reserva de procedimiento para el desarrollo de la función administrativa, está configurando, implícitamente, la necesaria existencia de contradicción en los procedimientos administrativos. Como ha sido notado por GARRIDO FALLA, "si se quiere encontrar una idea común detrás de estas aparentemente diversas exigencias constitucionales habría que acudir a la de participación"⁹⁵⁴. En nuestra opinión, la exigencia de audiencia contenida en ambos apartados - prescindiendo ahora de la concreta articulación procedimental - conlleva

derechos pero de naturaleza distinta a la sancionadora: en el primer caso, y a pesar de que el particular contravino el ordenamiento jurídico, se ve amparado durante la tramitación del procedimiento por un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; en el segundo, que no ha infringido norma alguna, pero que puede, por ejemplo, ser expropiado, no goza de esa misma tutela". Ante esa paradoja, el autor indica que "si el Tribunal Constitucional considera que en un procedimiento sancionador ha de satisfacerse el trámite de audiencia, también debería reconocerlo en los restantes supuestos de actos desfavorables", pues "*La postura del Tribunal Constitucional es perfectamente defendible, pero su aplicación escrupulosa exigiría retocar todos esos otros supuestos (arriba mencionados) en los que la tutela judicial efectiva ha comportado un grave condicionamiento para la actuación administrativa*". (Los subrayados son del original).

Sobre la existencia de un derecho de defensa ante la Administración derivado del art. 105 c) CE, distinto del derivado del art. 24 CE, vid. las consideraciones de BELADIEZ ROJO, M., *Validez...*, op.cit., pp. 140 y ss.

En cualquier caso, la doctrina del TS, haciendo caso omiso de las indicaciones del TC, sigue considerando en todo caso la ausencia del trámite de audiencia como un supuesto de indefensión, que conlleva una vulneración del art. 24 CE. Vid. por todas en este sentido, la STS de 6 de octubre de 1993 (Ar. 7444).

⁹⁵⁴ En contra, PARADA VAZQUEZ, J.R., "Los principios de audiencia y publicidad en la actuaciones de la Administración", en ALZAGA, O. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1985, pág. 300: "en nuestra opinión, sin embargo, las reglas o principios del artículo 105 no significan una consagración o un refuerzo de la idea de participación o de colaboración en la gestión administrativa sino una garantía formal, pero esencial de los ciudadanos, frente al ejercicio del poder ejecutivo de las funciones normativas y cuasi-judiciales que constitucionalmente le asisten. El procedimiento administrativo, la publicidad y el trámite de audiencia cumplen así respecto de las Administraciones Públicas un papel similar al que desempeñan el procedimiento legislativo y el proceso judicial respecto al Parlamento y los Tribunales. Son fundamentalmente técnicas de garantía, de defensa del ciudadano, frente al poder ejecutivo".

la necesidad de que el procedimiento esté informado por el principio contradictorio, entendido como *la posibilidad de los ciudadanos de aportar datos, de introducir sus intereses y de manifestar sus opiniones en la toma de decisiones administrativas*, a fin de que sean *conocidos y ponderados por la Administración antes de decidir*, modulándose tal posibilidad, lógicamente, en función del tipo de procedimiento, pero sin que, en ningún caso, pueda desaparecer. *El principio de objetividad demanda un procedimiento, pero además un procedimiento contradictorio, en el que los particulares tengan la posibilidad, sí, de defensa, pero también de poner de relieve hechos, intereses, opiniones y deseos, los cuales deben ser ponderados a fin de lograr el mejor servicio posible al interés general, el cual no es otra cosa, como en su momento se argumentó en extenso, que la yuxtaposición de los intereses de los ciudadanos*⁹⁵⁵.

SAINZ MORENO⁹⁵⁶ señala que el principio de contradicción está ligado al principio constitucional de objetividad, haciendo "posible la defensa de los derechos del afectado (principio de audiencia en sentido estricto) y también la presencia de los intereses legítimos, individuales y colectivos". El contenido del principio contradictorio se ve ampliado en este enfoque, porque "no queda, pues limitado a la contraposición de las partes singularmente

⁹⁵⁵ Es comprensible, entonces, que la omisión, por ejemplo, del trámite de audiencia en un procedimiento no sancionador, al estar conectado con el principio de objetividad constitucional y con el principio contradictorio procedimental, comporte la invalidez de la decisión finalmente adoptada, sin que se deba recurrir a buscar una conexión con el art. 24 CE. Diversas sentencias del TS diferencian "claramente la indefensión que proscribe el art. 24.1 CE de la omisión del trámite de audiencia en un procedimiento administrativo. Pues aquella indefensión se refiere en el contexto constitucional a la ausencia de la garantía debida en la protección de los derechos mediante la tutela judicial, mientras que por el contrario, la audiencia del interesado en el procedimiento administrativo, si bien persigue desde luego otorgar a éste las debidas garantías, no guarda relación directa con una indefensión judicial", lo que no es óbice para que, producida la omisión del trámite de audiencia, "declarar que no se ha producido indefensión es cosa distinta de que haya sido correcta la tramitación del expediente sin audiencia del interesado", pues si la audiencia era preceptiva, "al haberse omitido un trámite esencial del procedimiento, procede estimar el presente recurso y revocar la sentencia apelada" (STS de 25 de octubre de 1991 (Ar.8106) y STS de 7 de febrero de 1992 (Ar. 4193)).

⁹⁵⁶ SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pp. 129 y 130.

afectadas por la decisión que se pretende adoptar", sino que "significa su apertura a la información que sobre datos y puntos de vista pueda contribuir a la decisión objetivamente mejor que se pueda tomar". Por tanto, "además del trámite de audiencia de los interesados (art. 105, c CE, artículos 84 y siguientes L.A.P., especialmente garantizado en el procedimiento sancionador, artículo 135 L.A.P.), el principio de contradicción exige tener en cuenta, en lo posible y según la naturaleza de la resolución, la información que puedan proporcionar los ciudadanos (mediante sondeos y encuestas de opinión, artículo 78.2 L.A.P. y por la vía de la información pública, artículo 86 L.A.P.), otras Administraciones (artículo 4 L.A.P.) y quienes deban hacerlo por ser preceptivo o conveniente (artículos 82 y 83 L.A.P.)".

En esta línea, MALARET⁹⁵⁷ destaca la necesidad de distinguir el principio contradictorio de los denominados derechos de defensa. Si bien es cierto que "en relación a los procedimientos caracterizados por la vertiente garantista - sanciones - se puede confundir con los derechos de defensa", no debe manejarse en todo caso el patrón del procedimiento sancionador, pues "en los supuestos de relaciones complejas entre Administración e intereses colectivos de distinta índole, como por ejemplo la autorización de especialidades farmacéuticas o la construcción y apertura de centrales térmicas y nucleares, la óptica de la defensa es demasiado reducida. Sobre todo si se limita a la mera audiencia o derecho de ser oído". Para esta autora, la virtualidad del principio de contradictoriedad "va más allá del derecho de vista y audiencia, consagrado tradicionalmente en nuestro ordenamiento" o de la "interpretación del trámite probatorio", sin negar estos aspectos del mismo; para MALARET, con cuya opinión coincidimos plenamente, *"la exigencia de contradictoriedad obliga a entender de forma distinta la instrucción"*. Precisamente aquí, en el modo de desarrollo de

⁹⁵⁷ MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pp. 320 y ss.

la fase instructoria, entendemos se halla el nudo gordiano del deber constitucional de objetividad en su vertiente procedimental, articulado a través de los principios de oficialidad y de contradicción. Ahora bien, junto al adecuado desarrollo de la instrucción, el principio de racionalidad ya conocido, impone, como se adelantó en su momento, que la decisión final sea lógicamente coherente con el material derivado de los actos de instrucción y la ponderación del mismo efectuada. Ambos aspectos merecen una consideración detallada.

La Exposición de Motivos de la LPA de 1958 subrayaba la importancia de la fase de instrucción, señalando que "los actos de instrucción constituyen, sin duda alguna, los más importantes del procedimiento, por cuanto tienden a proporcionar al órgano decisorio los *elementos de juicio necesarios para una adecuada resolución*. Ello no implica que en todo procedimiento se den todos los actos de instrucción regulados en la ley, pues en muchos casos bastarán las alegaciones aducidas por el interesado en su escrito inicial para que la Administración, sin más trámites, dicte la resolución procedente".

La LRJPAC, por su parte, alude a los actos de instrucción en el art. 78, indicando que "los actos de instrucción necesarios para la *determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución*, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal reglamentariamente establecidos". La LPA de 1958 señalaba, en relación a la elaboración de reglamentos, que debían realizarse "los estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad" de los mismos (art. 129.1). En idéntico sentido, vid. ahora el art. 24 b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Como ha destacado la STS de 14 de noviembre de 1989 (Ar. 7978), el ejercicio de la potestad reglamentaria "se halla sujeta en su elaboración al cumplimiento de determinados trámites, estudios e informes

previos, que garantizan su legalidad, acierto y oportunidad, tanto para los ciudadanos como para la misma Administración".

La doctrina, por su parte, subraya que la fase de instrucción tiene como finalidad "proporcionar al órgano decisorio los *elementos de juicio* necesarios para una adecuada resolución. Los hechos, adecuadamente comprobados, y las normas correctamente aplicadas en las que se subsumen constituyen el *fundamento* de la decisión administrativa"⁹⁵⁸, siendo esta fase aquélla en la que "deben aportarse los conocimientos de todo tipo (elementos de hecho, fundamentación jurídica, *consideraciones económicas, técnicas, etc.*) para la *más conveniente* decisión administrativa"⁹⁵⁹, distinguiéndose, en un intento de sistematización de las actividades de instrucción, entre las actuaciones de "aportación de datos", las cuales "introducen o aportan al procedimiento determinados datos fácticos o jurídicos *que pueden servir de fundamento* a la resolución que, en su día ponga fin al procedimiento", de "comprobación de datos", que "van dirigidas a provocar el convencimiento del órgano decisor sobre la realidad o certeza de los datos aportados", y "actividades mixtas", incluyéndose en este grupo "los informes de órganos administrativos, los cuales participan de la doble característica de instrumento de aportación de datos y de comprobación de los mismos", dependiendo de los casos⁹⁶⁰.

Efectivamente, la fase de instrucción supone la *adquisición de datos* (hechos, intereses) relativos al caso concreto, así como su *comprobación*, pero, además, debe

⁹⁵⁸ FANLO LORAS, A., "Disposiciones Generales sobre los Procedimientos Administrativos: iniciación, ordenación e instrucción", en LEGUINA VILLA, J., y SANCHEZ MORON, M., *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 234.

⁹⁵⁹ COSCULLUELA MUNTANER, L., *Manual...*, op.cit., pág. 335.

⁹⁶⁰ GONZALEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo...*, op.cit., pág. 204.

enfatzarse que *también es el momento de recogida de elementos de juicio, los cuales deberán servir para ilustrar y orientar la ponderación de tales hechos e intereses*, a fin de obtener la decisión que, de conformidad con esos hechos e intereses y esos elementos de juicio manejados, se considere la más adecuada en su servicio a los intereses generales. Por todo ello, la instrucción es el momento en el que los deberes de ponderación del principio constitucional de objetividad despliegan su virtualidad⁹⁶¹.

Por lo que se refiere a la *adquisición y comprobación* de los *elementos fácticos* precisos para la toma de decisión, el art. 78 LRJPAC ya citado señala que los actos de instrucción deben dirigirse a la "determinación, conocimiento y comprobación" de los mismos. Como señala GIANNINI⁹⁶², entendemos que, respecto a la recogida de los hechos relevantes para el caso, debe regir el principio de "máxima adquisición de los hechos", en el sentido de que "il decidente non può *disinteressarsi dei fatti ignoti*". Ahora bien, de conformidad con el principio de racionalidad limitada al que ya se ha hecho repetida alusión, el órgano instructor debe adquirir todos los hechos *relevantes y pertinentes al caso*, pero sólo esos, no circunstancias fácticas irrelevantes o ajenas al supuesto concreto, tal y como vimos subraya la jurisprudencia británica. En consecuencia, la Administración no debe conformarse sólo con los hechos aportados por las *alegaciones* de los particulares que intervengan en el procedimiento, de conformidad con el principio contradictorio, sino que, de acuerdo con el

⁹⁶¹ Sobre las conexiones entre el principio de imparcialidad de la Constitución Italiana (entendida como la consideración objetiva de hechos e intereses) y la instrucción del procedimiento administrativo, vid. ALLEGRETTI, U., *L'imparzialità...*, op.cit., pág. 230. VAIANO, D., *La riserva di funzione amministrativa*, Milán, Giuffrè, 1996, pp. 314 y 318 destaca, por su parte, que del art. 97 de la Constitución italiana se deriva "un principio di ragionevole decisione presa nell'interesse pubblico, sulla base dell'esatta rappresentazione dei fatti e della completa acquisizione degli interessi rilevanti", siendo relevante para la afirmación de la imparcialidad y el *buon andamento* el "svolgimento di un processo decisionale fondato sull'esatta rappresentazione dei fatti e sulla completa manifestazione degli interessi".

⁹⁶² GIANNINI, M.S., *Diritto...*, op.cit., pág. 167.

principio de objetividad en conexión con el de oficialidad, debe proceder a investigar e identificar todos aquellos que sean precisos para obtener una representación fidedigna de la realidad sobre la que desarrollará su función de servicio a los intereses generales, mediante la realización de *inspecciones* o la petición, por ejemplo, de los oportunos *informes*. De ahí que, correctamente, el art. 78.1 indique que los actos instructorios precisos se realizarán "de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquéllas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos".

Además, todo el material fáctico adquirido por la Administración, por sí o con ayuda de las alegaciones de los particulares, debe ser verificado. Debe comprobarse que, efectivamente, los hechos existen, y que son así y no de otra manera. Como señala el art. 78 LRJPAC los datos deben ser objeto de "comprobación", pudiendo "acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho" los "hechos *relevantes* para la decisión de un procedimiento" (art. 80.1 LRJPAC)⁹⁶³.

En definitiva, como el profesor GARCIA DE ENTERRIA expuso gráficamente "la valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir,

⁹⁶³ Sobre la prueba en el procedimiento administrativo, vid. con carácter general las consideraciones contenidas en GONZALEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo...*, op.cit., pp. 337 y ss.

no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo"⁹⁶⁴. En la misma línea, la STS de 22 de septiembre de 1986 (Ar. 6078), señala que "independientemente de que la Administración tenga discrecionalidad para valorar los hechos o por mejor decir, con carácter previo a tal valoración, éstos han de existir, como presupuesto imprescindible de la coherencia siempre exigible entre tales hechos y el pronunciamiento administrativo que sobre su base se realiza". La primera exigencia derivada del deber de ponderación conectado al principio de objetividad es, pues, "que los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución estén plenamente determinados y comprobados"⁹⁶⁵.

En cuanto a la *adquisición y comprobación de los intereses* envueltos en la decisión, debe destacarse que los actos de instrucción no sólo introducen hechos sino que, aspecto muy importante, permiten conocer los intereses implicados y afectados por la decisión a tomar. Como ha sido notado con acierto, "la fase istruttoria del procedimento amministrativo è quella fase che non solo serve materialmente all'istruzione, intesa nel senso di acquisizione di conoscenze di realtà materiali, ma soprattutto serve per acquisire al procedimento tutti gli interessi che si devono valutare. Ora, poichè la cura di un interesse pubblico è data dalla ponderazione dell'interesse primario che si intende curare alla luce degli interessi secondari, è di fondamentale importanza che siano presentati tutti i possibili interessi secondari. Ciò anche perchè la ponderazione di tali interessi può avere un peso determinante nel convincere l'autorità dell'opportunità di non emanare quel provvedimento"⁹⁶⁶.

Consistiendo el procedimiento administrativo en el modo de desarrollo de la función

⁹⁶⁴ GARCIA DE ENTERRIA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1981, 3ª ed., pág. 31.

⁹⁶⁵ SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 130.

⁹⁶⁶ PEREZ, R., "L'istruzione nel procedimento amministrativo", *RTDP*, 1966, pág. 655.

administrativa de servicio al interés general, aquél tiene "il ruolo di ponderare interessi (pubblici e non pubblici) per decidere" la solución más conveniente a dicho interés general⁹⁶⁷. Por lo que se refiere específicamente a los intereses privados, al estar el interés general compuesto de aquéllos, es imprescindible su conocimiento y su toma en consideración antes de la toma de la decisión. Al ser, como ya nos consta, el servicio al interés general un servicio, en definitiva, "a los ciudadanos" (art. 3.2 LRJPAC, 3.2.f y 4 LOFAGE), el conocimiento y manejo de los intereses de éstos es imprescindible para la obtención de la solución más adecuada para tal servicio.

Partiendo de la consideración del interés de un ciudadano como lo que elegiría en una situación determinada, conociendo y comprendiendo las alternativas posibles y los resultados de tal elección⁹⁶⁸, la determinación de los intereses implicados por parte de la Administración exige, como condición previa, que tales intereses estén formados, por lo que adquiere relevancia la *información* que la propia Administración proporcione a los ciudadanos, a fin de que éstos decidan cuáles son sus intereses ante un caso concreto. En consecuencia, la adquisición de intereses en un procedimiento administrativo está íntimamente ligada - en una secuencia lógica - a los derechos de los ciudadanos de acceso a archivos y registros e información (art. 105 b) CE, en conexión con art. 37 LRJPAC, arts. 35 a) y g), 37.10 LRJPAC, arts. 18.1 e) y 70.3 LBRL), pues para que exista un servicio adecuado a los ciudadanos, previamente deben ser conocidos sus intereses, y éstos sólo podrán ser conocidos si se han formado con conocimiento de causa, lo que sólo será posible si los ciudadanos han podido acceder a la información precisa para decidir cuáles sean tales intereses en un

⁹⁶⁷ GIANNINI, M.S., *Diritto...*, op.cit., pág. 155.

⁹⁶⁸ DAHL, R.A., *La democracia...*, op.cit., pág. 217.

supuesto concreto⁹⁶⁹. Queda revelada entonces la conexión entre información y deber de objetividad, siendo la primera requisito necesario para posibilitar el desarrollo objetivo de la función administrativa.

Asimismo, la introducción de intereses para su ponderación demandada por el principio de objetividad está conectada a la *partecipación de los ciudadanos*⁹⁷⁰. Como ha sido notado, "la loro partecipazione al procedimento amministrativo, in quanto determina la possibilità di una acquisizione completa delle loro ragioni, è il mezzo più idoneo per assicurare un giudizio imparziale"⁹⁷¹. Son los particulares los que mediante su intervención en el procedimiento ponen de relieve sus intereses, que pueden ser así conocidos por la Administración, que debe, de conformidad con el principio de objetividad, ponderar todos los intereses implicados y estar abierto a todas las soluciones, sin ideas preconcebidas. En este sentido, la participación desempeña un papel fundamental como vehículo que pone de manifiesto esos intereses, los cuales pueden ser desconocidos en un primer momento para la

⁹⁶⁹ Desde una perspectiva general, anterior a la LRJPAC, vid. SAINZ MORENO, F., "Secreto e información en el Derecho Público", en MARTIN-RETORTILLO, S., (Dir), *Estudios sobre la Constitución Española...*, vol.III, op.cit., pp. 2864 y ss. En relación a los derechos de información del art. 35 a) y g), vid. entre otros, BAÑO LEON, J.M., "Los interesados y los derechos y deberes de los ciudadanos ante la Administración", en LEGUINA VILLA, J., y SANCHEZ MORON, M., *La nueva Ley...*, op.cit. pp. 84 y ss., y VADRI FORTUNY, T., y PONCE SOLÉ, J., "La nueva posición...", op.cit., pp. 129 y ss. Respecto al derecho de acceso a archivos y registros administrativos del art. 37 LRJPAC, vid., por todos, EMBID IRUJO, A., "El Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos", en LEGUINA, J., y SANCHEZ MORON, M., *La nueva Ley...*, op.cit., pp. 99 y ss., y PEÑALVER CABRE, A., "Derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos", en TORNOS MAS, J. (Coord.), *Administración Pública...*, op.cit., pp. 155 y ss.

⁹⁷⁰ Vid. la STS de 19 de mayo de 1988 (Ar. 5060), donde se señala que la participación procedimental configura "una Administración dialogante y la transformación de sus interlocutores en ciudadanos, antes súbditos o "administrados", con una contemplación objetiva, desapasionada y contrapuesta de los problemas".

⁹⁷¹ BARONE, G., *L'intervento...*, op.cit., pág. 72. Vid. también, en idéntico sentido, ALLEGRETTI, U., *L'imparzialità...*, op.cit., pp. 245 y ss., y LEDDA, F., "La partecipazione all'azione amministrativa", en BERTI, G. y CANDIDO DE MARTIN, G., *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Giuffrè, Milán, 1996, pág. 67.

Administración⁹⁷². Ésta, sin embargo, no puede desempeñar un papel meramente pasivo, sino que, de acuerdo con el deber de objetividad y los principios de oficialidad y contradicción, debe alentar esa introducción de intereses e incluso de oficio determinar los que perciba que pueden resultar afectados por la decisión. Debe regir aquí el principio que GIANNINI denomina de "libre introducción de intereses"⁹⁷³. Para lograr el cumplimiento del deber de objetividad, el criterio que debe informar la fase de instrucción debe ser la facilitación de la introducción, para su toma en consideración⁹⁷⁴, de todos los intereses que puedan verse implicados en la resolución, tanto de quienes promuevan el procedimiento como de aquéllos que se crean afectados en sus derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, por la futura decisión (art. 31 LRJPAC). Pero no basta con permitir la introducción de esos intereses, sino que el órgano instructor, de conformidad con los arts. 34, 78.1 y 85.3 LRJPAC, debe adoptar un comportamiento activo, destinado a promover el principio de contradicción, lo que conllevará la adopción de oficio de todas las medidas pertinentes a tal fin, entre ellas la llamada al procedimiento de aquellas personas cuyos

⁹⁷² Vid. al respecto, SERVULO CORREIA, J.M., "O Direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa", en LOPEZ RODO, L., y FREITAS DO AMARAL, D., *Procedimiento Administrativo*, Ponencias del I Coloquio hispano-portugués, Ed. Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, pp. 79 y ss., especialmente, pp. 91 y ss., y DINIZ DE AYALA, B., *O (défice) de...*, op.cit., pp. 234 y ss. El art. 6 del Código portugués de Procedimiento administrativo señala que "no exercício da sua actividade, a Administração Pública deve tratar de forma justa e imparcial todos os que com ela entrem em relação".

⁹⁷³ GIANNINI, M.S., *Diritto...*, op.cit., pp. 161 y ss. En este sentido, vid. el art. 9 de la Ley italiana de 7 de agosto de 1990, que señala que "Cualquier sujeto que ostente intereses públicos o privados, así como quienes ostenten intereses colectivos constituidos en asociaciones o agrupaciones, a los que pueda ocasionar algún perjuicio la resolución, tendrán la facultad de comparecer en el procedimiento".

⁹⁷⁴ ALLEGRETTI, U., *L'imparzialità...*, op.cit., pág. 254, destaca la existencia de un deber de la Administración de tener en cuenta todo lo aportado en fase instructora, aunque sea ella quien juzgue la relevancia de los datos y los valore. Este deber es de suma importancia, como se analizará en su momento.

derechos o intereses puedan resultar afectados por la decisión a adoptar⁹⁷⁵.

A tenor de todo lo expuesto, puede apreciarse la relación existente entre información y participación, por un lado, y entre esos dos elementos y el principio constitucional de objetividad. Respecto a las conexiones entre información y participación, diversos autores han puesto de relieve la interacción entre ambas, señalando como la primera es presupuesto necesario de la segunda, ya que "nao é arbitraria a junção dos temas da informação dos particulares e da sua participação no procedimento administrativo. No pensamento procedimental contemporaneo, os princípios articulam-se à luz de conexoes funcionais. E é esse, nomeadamente, o caso da conexao das garantias de informação e de participação"⁹⁷⁶. Información y participación además forman parte de un concepto más genérico, el de *transparencia administrativa*.

Este moderno concepto⁹⁷⁷ engloba una pluralidad de elementos, entre los que se encuentran, cuestión objeto ahora de nuestra atención, el derecho de acceso a los documentos

⁹⁷⁵ En este sentido, vid. BAÑO LEON, J.M., "Los derechos...", op.cit., pág. 93, quien sostiene que una interpretación armónica del art. 31 y 34 LRJPAC debe llevar a la conclusión de que los ciudadanos "sean titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos, si son identificables en el procedimiento, tendrán que ser llamados por la Administración", deber que el autor citado deriva del art. 24 CE. Desde la perspectiva de la tutela judicial posterior, efectivamente, el art. 34 LRJPAC conecta con el art. 64 LJCA, y enlaza con el art. 24 CE. Sin embargo, sin necesidad de acudir a la perspectiva de la tutela judicial, entendemos que ese deber de comunicación de la tramitación del procedimiento a los interesados indetificables en el expediente deriva directamente del principio constitucional de objetividad en conexión con los de oficialidad y contradicción, puesto que es deber del órgano instructor introducir y tomar en consideración todos los intereses envueltos en la toma de la decisión, a fin de lograr obtener la solución más conveniente al interés general.

⁹⁷⁶ SERVULO CORREIA, J.M., "O direito...", op.cit., pág. 79. En el mismo sentido, vid., por ejemplo, DOMINGUEZ LUIS, J.A., "El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa", *REDA*, núm. 88, 1995, pág. 549.

⁹⁷⁷ Así, por ejemplo, JEGOUZO, I., "El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos", *DA*, núm. 239, 1994, pp. 11 y ss., señala que "el término transparencia administrativa ha irrumpido desde hace una decena de años en el lenguaje jurídico francés", refiriéndose a la "novedad" del mismo.

administrativos y la participación en los procedimientos⁹⁷⁸. Este principio de transparencia aparece conectado al principio democrático (art. 1.1 CE), pues "la transparencia de las Administraciones Públicas es una manifestación del principio democrático de publicidad de todos los poderes públicos. Frente al secreto como instrumento de poder y del opresión del Estado absoluto, la transparencia es un presupuesto ineludible para hacer posible que todos los poderes emanen del pueblo"⁹⁷⁹. Pero además, y esto nos interesa ahora especialmente, la transparencia "es una exigencia para la realización de otros postulados constitucionales"⁹⁸⁰, entre los que se halla el principio de comportamiento objetivo de la Administración (art. 103.1 CE) y, por tanto, el deber constitucional de buena administración, del que aquél forma parte.

La transparencia actúa como un presupuesto necesario de la objetividad, apareciendo,

⁹⁷⁸ Así, vid. por ejemplo AUBY, J.M., "Hacia la transparencia administrativa en Francia", *RAP*, núm. 95, pp. 315 y ss., DEBBASCH, *La transparence administrative en Europe*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1990, pp. 11 y ss., SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pp. 143 y ss., y *Tècnica normativa. El procediment intern d'elaboració de les normes*, Generalitat de Catalunya, pp. 57 y ss., donde señala en relación concretamente a la elaboración de normas que "la transparència de les normes depèn, en gran mesura, del procediment a través del qual han estat elaborades. Un procediment obert, públic, amb participació dels interessats, condueix a normes més transparents", MODERNE, F., "Las relaciones entre la Administración y los Administrados", en AA.VV., *Modernización administrativa, (Actas del Seminario sobre Modernización Administrativa organizado por el Instituto Vasco de Administración Pública, en Vitoria-Gasteiz, los días 10 y 11 de noviembre de 1988)*, Oñati, IVAP, 1989, pp. 54 y ss., JEGOUZO, I., "El derecho...", op.cit., pp. 11 y ss., si bien estos dos últimos autores, aunque destacan la ligazón, distinguen la transparencia de la participación.

⁹⁷⁹ SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 143, lo que no obsta, como este mismo autor señala más adelante, para que esa transparencia deba ser puesta en relación con otros valores jurídicos, lo que puede conducir a su limitación en determinados supuestos, por supuesto de forma justificada y motivada. En relación al acceso a archivos y registros, vid. el art. 105 b) CE y el art. 37.4 LRJPAC. Sobre la necesidad de secreto en determinados ámbitos de la actividad administrativa, vid. las consideraciones efectuadas por el propio SAINZ MORENO, F., en "Secreto e información...", op.cit., pp. 2863 y ss.

⁹⁸⁰ SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 144.

pues, íntimamente conectada a este principio constitucional⁹⁸¹. La objetividad demanda la ponderación cuidadosa de todos los datos e intereses relevantes para la toma de la decisión, para que ésta pueda ser la más adecuada posible al interés general, de conformidad con el deber de buena administración. Para que tal ponderación sea posible es necesario el conocimiento de los intereses envueltos, lo que se obtiene, como ya se advirtió, mediante la participación ciudadana. A su vez, ya se destacó que ésta no es posible si con carácter previo no ha existido una información suficiente que haya permitido a los particulares formar sus intereses en relación a un supuesto determinado. Por tanto, *información, participación y procedimiento aparecen íntimamente conectados, al ser la transparencia un presupuesto necesario de la objetividad, y ésta un requisito imprescindible para el correcto desarrollo de la función administrativa, conforme a la exigencia constitucional de buena administración*⁹⁸². Por ello entendemos acertada la relación establecida por la LOFAGE en su art. 3.2 g), el cual consagra como principios de funcionamiento los de "Objetividad y transparencia de la actuación administrativa"⁹⁸³.

⁹⁸¹ En este sentido, ALLEGRETTI, U., *L'imparzialità...*, op.cit., pág. 238. LOPEZ MENUENDO, F., "Los principios...", op.cit., pág. 55, vincula el que él denomina "principio de publicidad" ("pobre en su traducción práctica", según este autor) exclusivamente al art. 24 CE, desde la perspectiva de la no indefensión y de la presunción de inocencia. Por lo expuesto en el texto, consideramos reduccionista esta aproximación desde posiciones exclusivamente defensivas al principio de transparencia, el cual presenta mayor riqueza y conexiones también con el art. 103.1 CE.

⁹⁸² El art. 22.1 de la Ley Italiana de 7 de agosto de 1990 pone al descubierto las conexiones aludidas, en referencia específica al derecho de acceso a documentos administrativos, al señalarse que "al objeto de garantizar la *transparencia de la actividad administrativa y de favorecer su ejercicio imparcial* se reconoce, a cualquiera que tenga interés en la tutela de situaciones jurídicamente relevantes, el derecho de acceso a los documentos administrativos, según las modalidades establecidas en la presente ley".

⁹⁸³ La Exposición de motivos señala que "el servicio a los ciudadanos y a los intereses generales debe estar caracterizado, como ha dispuesto la Constitución, por la objetividad. Es decir, la transparencia en la actividad administrativa debe ser, no sólo una garantía para los ciudadanos, sino un criterio de actuación general del aparato público. Los titulares de los diferentes órganos administrativos no son más que gestores de intereses ajenos, los del cuerpo social, por lo que deben rendir cuentas de su gestión ante los ciudadanos".

Ahora bien, como ya se adelantó, la fase de instrucción no se agota con la adquisición y comprobación de los hechos e intereses envueltos en la toma de la decisión administrativa. Una vez introducidos y comprobados, estos datos deben ser estudiados y valorados antes de la toma de la decisión, de acuerdo con el deber de ponderación derivado del principio de objetividad. Pues bien, una función capital de la instrucción es *la aportación de los elementos de juicio necesarios para ilustrar esa valoración, orientado positivamente de esta manera la elección entre alternativas en base a criterios metajurídicos, para así posibilitar que la resolución pueda ser la más conveniente al interés general.*

Efectivamente, por lo que se refiere a los *hechos*, en la fase de instrucción no sólo se verifican éstos, mediante su prueba, sino que los mismos, además, deben ser valorados, poniéndolos en conexión con los *intereses* introducidos en el procedimiento. Y esa valoración de hechos e intereses, conforme a criterios extrajurídicos cuando el ordenamiento confiere a la Administración un ámbito valorativo, puede y debe contar con las orientaciones precisas, las cuales dependerán de cada supuesto, a fin de que la ponderación pueda ser la más adecuada al interés general gracias a la aportación de esos elementos de juicio. En este sentido, GIANNINI ha destacado que los hechos en un procedimiento administrativo no sólo se verifican, sino que también deben ser elaborados de forma que sean valorables⁹⁸⁴. Si bien en el procedimiento administrativo debe producirse una prueba de los hechos⁹⁸⁵, ésta

⁹⁸⁴ GIANNINI, M.S., *Diritto...*, op.cit., pp. 169 y ss.

⁹⁸⁵ Prueba que, naturalmente, podrá repetirse y ampliarse ante el juez contencioso, en caso de impugnación de la decisión administrativa. La LJCA rompe claramente con anteriores postulados, derivados de la Ley de Santamaría de Paredes de 1888 y del pretendido carácter revisor de la jurisdicción contenciosa administrativa, una manifestación del cual sería la imposibilidad de admitirse nuevas pruebas en el proceso sobre las formuladas en vía administrativa. Esta idea, como decimos, queda totalmente rechazada en la propia exposición de motivos de la LJCA y es evidentemente incompatible con el art. 24 de la Constitución, como la jurisprudencia reconoce, si bien con algún desfallecimiento aislado, claramente reprobable. En este sentido, vid. las consideraciones de MUÑOZ MACHADO, S., "Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa", *REDA*, núm. 26, 1980, pp. 499 y 502 y ss., y BORRAJO,

no es suficiente para la buena administración, puesto que el correcto ejercicio de la función administrativa exige que tales hechos sean puestos en relación con los intereses envueltos, y que esos datos sean valorados a fin de lograr la solución que mejor sirva a los intereses generales. Cuando la Administración posee un espacio decisional - en cualquiera de los supuestos contemplados en la escala de la discrecionalidad a la que se hizo referencia⁹⁸⁶ - la instrucción debe permitir que, además de la prueba de la existencia de los hechos, la valoración metajurídica de los datos sea orientada y encauzada, para que se cumpla el deber de buena administración. *Y esta función positivamente orientadora del ejercicio de la discrecionalidad administrativa sólo puede existir durante el procedimiento administrativo, antes de la toma de la decisión, para que ésta pueda ser la más adecuada en su servicio a los intereses generales. Una vez ésta ha sido adoptada, la funcionalidad de los actos de instrucción carece de virtualidad en sede judicial, donde el proceso no se dirige a ilustrar y orientar la discrecionalidad administrativa, sino a determinar por parte del tribunal, simplemente, la veracidad de los elementos fácticos atinentes al caso y la posible vulneración del ordenamiento jurídico por la resolución impugnada*⁹⁸⁷.

I., "Prueba y Jurisdicción revisora", *REDA*, núm. 61, 1989, pp. 127 y ss.

⁹⁸⁶ Vid. supra Capítulo III.1.

⁹⁸⁷ En este sentido parece querer pronunciarse BORRAJO INIESTA, I., "Prueba..." , pues sostiene que las normas sobre prueba cuando "se aplican en el seno de un procedimiento administrativo, son utilizadas con una finalidad diferente a la de pruebas judiciales. No son ya aplicadas por un Juez que debe dirimir un litigio para mantener la paz jurídica; son aplicadas por un Administrador, que debe realizar determinados fines materiales en satisfacción de concretos intereses generales. La finalidad institucional de las normas probatorias en el seno de un proceso judicial, con concordancia, es sustentar una sentencia: una decisión definitiva en Derecho, que entre otras cosas declara los hechos que ocurrieron, narra la única versión jurídicamente veraz. En cambio, la finalidad institucional de las normas probatorias en el seno de un procedimiento administrativo es posibilitar la eficacia de la actuación de la administrativa, que sus decisiones sean lícitas, acertadas y oportunas".

Entendemos que la diferencia existente entre procedimiento administrativo y proceso judicial en este punto se centra en la distinción entre la *fase instructoria* del procedimiento y la fase de prueba del proceso, no entre la prueba en una y otra esfera. La fase instructoria, en efecto, no sólo persigue comprobar hechos - mediante la prueba de los mismos - sino que también aportar elementos de

Por todo ello, no puede entenderse equiparable la fase de instrucción del procedimiento administrativo con la fase de prueba del proceso judicial. Como destaca GIANNINI "non occorre però particolare dimostrazione per intendere come l'istruttoria del procedimento amministrativo è rivolta ad acquisire interessi, da valutare nella fase decisoria. Anche nel procedimento amministrativo sussiste, come nel processo, un accertamento dei fatti, ma como momento di una più ampia attività, che è l'acquisizione degli interessi: in altre parole nel procedimento i fatti son acquisiti e accertati in quanto esprimono e racchiudono interessi, e sono valutati in ragione della maggiore o minore intensità degli interessi medesmi (...). Per questo i fatti del procedimento vanno verificati, e non provati: il ruolo del decidente non è quello di stabilire un fatto nei termini di massima certezza possibile (la c.d "verità" di cui dicono molti processualisti) onde dare ad esso una qualificazione giuridica - come farebbe il giudice -; è invece di verificare e soprattutto di misurarne o di ordinarne l'entità; per cui anche un qualche elemento, che in un processo sarebbe inservibile perché non idoneo a fornire certezza, in un procedimento amministrativo può assumere un valore rivelatore primario"⁹⁸⁸.

Por ello, la fase instructoria no debe limitarse a comprobar hechos, sino que debe servir para aportar elementos de juicio que orienten la valoración y coadyuven al acierto de la decisión. No existirá realmente procedimiento administrativo si no se producen los actos instructorios precisos para comprobar los datos y orientar positivamente la ponderación

ilustración de la voluntad administrativa, a efectos de la valoración de esos hechos y también de los intereses introducidos en el procedimiento. Esta función no la tiene, por los argumentos expuestos, la fase probatoria en el seno del proceso, dirigida, exclusivamente, a determinar la veracidad de hechos.

⁹⁸⁸ GIANNINI, M.S., *Diritto...*, op. cit. pág. 171. En el mismo sentido, distinguiendo la posición de la Administración Pública y del juez respecto a los datos relativos a una decisión, ALLEGRETTI, U., *L'imparzialità...*, op.cit., pág. 236.

administrativa de los mismos, por lo que no se respetará el principio de objetividad constitucional y la decisión finalmente adoptada no podrá ser la más adecuada en su servicio al interés general⁹⁸⁹. De igual manera, aunque se efectúen los actos de instrucción necesarios, en caso de defectuosa realización que impida comprobar y valorar los datos a la Administración la decisión final deberá ser igualmente inválida, ya que el principio de objetividad no sólo impone que se realice una fase de instrucción, sino que, además, en la misma se investiguen (principio de oficialidad) y ponderen de forma real y efectiva las circunstancias relevantes en el caso concreto. En este sentido, por ejemplo, la STS de 18 de enero de 1974, Sala cuarta, señala que "no obstante la absoluta omisión por parte de todos los peritos informantes en el expediente, de los más imprescindibles *elementos de juicio* que hubiesen permitido comprobar si los daños existentes en la finca son o no reparables por medios técnicos normales, o si el coste de la reparación excede o no del 50 por 100 del valor de la edificación, pues como queda dicho son estos factores objetivos, y no la mera descripción de los daños o el parecer subjetivo de los técnicos, los que han de justificar la calificación legal de ruina, no obstante decimos, tan trascendental y absoluta omisión, el delegado de Obras y Sericios Urbanos del Ayuntamiento de Madrid, lejos de ordenar una ampliación de la prueba que se imponía necesariamente en los términos que exigían la subsanación de tales omisiones, y las graves conclusiones de algunos de los peritos, procedió incomprensiblemente a dictar la resolución final del expediente *sin el mínimo irreductible de justificación (...)*, dando lugar a una resolución conclusiva del procedimiento, *sin las más*

⁹⁸⁹ En este sentido, STS de 21 de febrero de 1983 (Ar. 916), la cual señala que aunque un procedimiento no se halle formalizado, "el órgano administrativo debió, cuando menos, desarrollar los actos de instrucción adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos denunciados", de conformidad con el art. 81 de la LPA de 1958, hoy art. 78.1 LRJPAC. Al no haberse hecho así, la sentencia declara la nulidad del acto administrativo resolutorio, por carecer de procedimiento administrativo (art. 47.1 c) LPA de 1958, hoy art. 62.1 e LRJPAC).

elementales garantías de acierto dictadas prematuramente, ya que se ha prescindido en la instrucción de los medios probatorios idóneos o adecuados, como dice el artículo 81 de la Ley de Procedimiento Administrativo, para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debió pronunciarse la resolución".

De igual modo, la STS de 2 de marzo de 1973 (Ar. 919) señala que "sin tener suficientes elementos de instrucción" no pueden tomarse decisiones por parte de la Administración, siendo nulas aquéllas que sean adoptadas con ese déficit de actividad instructoria.

En el procedimiento administrativo, pues, no sólo se recogen y recopilan hechos e intereses, sino que también se aportan elementos orientadores para la posterior e imprescindible valoración de esos datos. Ciertos actos instructorios, como las *alegaciones* de los particulares o los *informes administrativos* ya hemos visto que podían ser vehículo de introducción de datos, pero nos interesa ahora resaltar que también pueden actuar como *orientación positiva* de las valoraciones metajurídicas de la Administración, al aportar juicios, opiniones, alternativas, soluciones diversas para el servicio al interés general, las cuales *deben ser ponderadas por la Administración y tenidas en cuenta en el momento de tomar la decisión*. Esto nos conduce a ocuparnos de las conexiones entre *deber de objetividad constitucional, participación ciudadana y función consultiva*.

a) **Cumplimiento efectivo del procedimiento y orientación positiva de la discrecionalidad: participación ciudadana y función consultiva.**

a.1) **Derecho de participación, valores procedimentales, buena administración y deber de respuesta de las alegaciones presentadas.**

La cuestión de la *participación* en el ámbito jurídico administrativo presenta notables complejidades y pluralidad de facetas, lo que explica la numerosa bibliografía que puede consultarse sobre esta materia⁹⁹⁰. A los efectos limitados del presente trabajo, sólo nos

⁹⁹⁰ En la doctrina española, pueden consultarse, entre otros, los estudios de PEREZ MORENO, A., "Crisis de la participación administrativa", *RAP*, núm. 119, 1989, pp. 91 y ss., ALONSO GARCIA, E., "La participación de los individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España", *REDA*, núm. 61, 1989, pp. 59 y ss., SANCHEZ MORON, M., *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, CEC, Madrid, 1980, "Participación, neocorporativismo...", op.cit., pp., "Elementos de participación ciudadana", *REVL*, núm. 221, 1984, pp. 37 y ss., SANCHEZ BLANCO, A., "Sujetos, actores y factores en el procedimiento administrativo", pp. 1571 y ss., "Los derechos de participación...", op.cit., pp. 207 y ss., "La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de Derecho", *RAP*, núm. 119, 1988, pp. 133 y ss., PAREJO ALFONSO, L., "La participación en el Estado Social", *Actualidad Administrativa*, núm. 5, 1987, pp. 225 y ss., CASTELLS ANDREU, J.M^a., "La participación ciudadana en la Administración Pública (estudio del art. 105 a) de la Constitución)", *RVAP*, núm. 34, 1992, pp. 39 y ss., PEREZ TORTOLA, A., "La intervención del ciudadano en el procedimiento administrativo y su engarce con el art. 23.1 de la Constitución", en MOVILLA ALVAREZ, C., *Libertades Públicas y Derecho Administrativo*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 91 y ss., NIETO, A., "La discutible supervivencia del interés directo", *REDA*, núm. 12, 1977, pp. 39 y ss., FONT LLOVET, T., "Algunas funciones de la idea de participación", *REDA*, núm. 45, 1985, pp. 45 y ss., DE LA CRUZ FERRER, J., "Nulidad de reglamento por violación...", op.cit., pág. 607 y ss., "Sobre el control...", op.cit., pp. 94 y ss., DELGADO BARRIO, J., "Participación ciudadana y disposiciones generales", en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 113 y ss., REBOLLO PUIG, M., "La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales", *RAP*, núm. 115, 1988, pp. 99 y ss., MUÑOZ MACHADO, S., "Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración", *RAP*, núm. 84, 1977, pp. 528 y ss., LAVILLA RUBIRA, J.J., voz "Participación" en *Enciclopedia Jurídica...*, op.cit., pp. 4773 y ss., GARCIA DE ENTERRIA, E., "Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa", en *Libro Homenaje...*, op.cit., pp. 437 y ss., TRAYTER, J.M., *¿Son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia?*, Tecnos, Madrid, 1992, RODRIGUEZ PONTON, F.J., "Participació ciutadana en l'elaboració dels reglaments i reserva de llei: algunes consideracions",

interesa abordar el papel de la *participación de los ciudadanos en los procedimientos administrativos*, en relación a la toma de decisiones discrecionales, profundizando en algunas consideraciones que ya se han efectuado con anterioridad⁹⁹¹. En este sentido, sin perjuicio de las numerosas conexiones sistemáticas que es preciso efectuar con otros preceptos constitucionales, nuestro punto de partida lo constituye el art. 105 a) y c) CE. Este artículo no sólo prevé la necesaria existencia de un procedimiento para el desarrollo de la función administrativa, sino que, además, implícitamente, configura a éste como un procedimiento participado.

Tradicionalmente, el enfoque de la intervención de los particulares en el

Autonomies, núm. 21, 1996, pp. 255 y ss., CUCHILLO FOIX, M., *Comentario al art. 22 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y SALAS HERNANDEZ, J. (Coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 627 y ss., CASES PALLARÈS, L., "La Llei 13/1989, de 14 de desembre, d'organització, procediment i règim jurídic de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i la participació dels ciutadans en el procediment d'elaboració de disposicions administratives", *Autonomies*, núm. 12, pp. 233 y ss., ROCA ROCA, E., "La participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas", en FREITAS DO AMARAL, D. y LOPEZ RODO, L. (Dir.), *Procedimiento Administrativo. Ponencias del I coloquio hispano-portugués.*, Santiago de Compostela, 1994, pp. 423 y ss., POU VIVER, T., voz "Información pública", en *N.E.J.*, op.cit., pág. 558 y ss., "La información pública en la redacción de planes urbanos", *RDU*, núm. 18, 1970, pp. 91 y ss., LOBATO GOMEZ, J.M., "La participación privada en la formación de planes de ordenación urbana", *RDU*, núm. 114, 1989, pp. 47 y ss., MORELL OCAÑA, L., "Movimientos sociales urbanos. Presupuestos para su análisis", *RAP*, núm. 84, 1977, pp. 487 y ss., LOPEZ PELLICER, J.A., *Elaboración y Gestión en el planeamiento urbanístico (intervención de los particulares)*, Montecorvo, Madrid, 1983, FORTES ENGEL, J.M^a, *La información pública en el Derecho Administrativo*, IEAL, Madrid, 1977, GARCIA HERNANDEZ, L. y SANJUAN DE LA FUENTE, E., "Consultas populares y participación ciudadana", AA.VV., *Informe sobre el Gobierno Local*, op.cit., pp. 403 y ss., CORTES CONCEJO, A.A., "El trámite de las informaciones públicas", *DA*, 87-88, 1965, pp. 53 y ss., JORDANO FRAGA, J., "Derecho a la participación, Participación administrativa y Medio ambiente", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 11, 1992, pp. 99 y ss., AA.VV., *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, vol.II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1171 y ss., GONZALEZ-VARAS, S., "La participación de los ciudadanos en el procedimiento administrativo", en FREITAS DO AMARAL, D. y LOPEZ RODO, L., (Dir.), *Procedimiento...*, op.cit., pp. 245 y ss.,

⁹⁹¹ En relación a las diferentes modalidades de participación, vid. por todos SANCHEZ MORON, M., *La participación...*, op.cit., pp. 103 y ss., y GARCIA DE ENTERRIA, E., "Principios y modalidades...", op.cit., pp. 443 y ss.

procedimiento administrativo ha primado la visión *defensiva y procesalista*, que ha presentado la participación como una garantía de los interesados conectada al ulterior proceso contencioso a emprender contra la resolución administrativa. Si bien el aspecto garantista o defensivo no debe ser desdeñado, su prevalente consideración ha ocultado la conexión de la participación con el *acierto* en el servicio a los intereses generales y ha condicionado la reflexión sobre esta cuestión, como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la elaboración de reglamentos, donde la perspectiva defensiva ha distorsionado notablemente la comprensión de la participación ciudadana⁹⁹².

A efectos de intentar sistematizar el tratamiento de la participación procedimental como elemento orientador del núcleo metajurídico de las decisiones discrecionales, las páginas que siguen van a abordar *cuál es la función* de esa participación, *cuándo* deberá existir ésta, *quién* puede participar y *cuáles han de ser los efectos* de las alegaciones efectuadas.

Por lo que se refiere a cuál sea el sentido y funcionalidad de la participación procedimental, más allá del aspecto garantista ya mencionado, puede destacarse su papel como factor de potenciación del *principio democrático* y de la *transparencia administrativa*, como instrumento para el cumplimiento del *deber de buena administración* y, ligado a todo ello, como elemento de *legitimación social* de las decisiones discrecionales y, a la vez, de reforzamiento de la *dignidad individual*. Las consideraciones que a continuación se van a efectuar nos demuestran que, además de su conexión con el acierto de la decisión a adoptar, el procedimiento que posibilita la participación atesora valores en sí mismo. Estos valores procedimentales (potenciación del principio democrático, acrecentamiento de la transparencia

⁹⁹² Como pone de relieve REBOLLO PUIG, M., "La participación...", pp. 117 y ss. Desde una perspectiva general, vid. MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pág. 324, al referirse al ya aludido principio de contradictoriedad.

y enfortecimiento de la legitimación social de la actividad pública y de la dignidad individual), no deberían ser desdeñados en el momento de diseñar procedimientos administrativos y decidir sobre el elemento participativo a incorporar, aunque tampoco deba olvidarse que la participación, obviamente, puede comportar determinados costos, tanto económicos como temporales⁹⁹³.

En cuanto a la potenciación del factor democrático, es evidente que este concepto ha sufrido una evolución histórica desde la época de la civilización griega y su modelo de democracia directa⁹⁹⁴. Con las revoluciones liberales del siglo XVIII se estableció el modelo de democracias representativas, como técnica adaptada a las más complejas sociedades de la época. De esta manera, las decisiones políticas eran adoptadas por los representantes del *demos*, en forma de medidas legislativas, las cuales eran implementadas por la Administración, entendida como pura ejecutora de la Ley, la cual era expresión de la voluntad general, definía los intereses generales y se configuraba como esencia de la democracia⁹⁹⁵.

En este esquema conceptual, la participación de los ciudadanos consistía en la elección de sus representantes, a fin de que estos legislaran. Tal participación era suficiente para garantizar el carácter democrático del sistema entero, incluida la Administración, la cual - como pura ejecutora de la ley - obtenía tal carácter a través de la ley. Al ciudadano del Estado liberal le bastaba y sobraba la democracia representativa para que sus intereses fueran

⁹⁹³ Sobre la importancia de estos valores potenciados por el procedimiento, vid. SUMMERS, R.S., "Evaluating and improving legal processes...", op.cit., pp. 20 y ss.

⁹⁹⁴ Un análisis de esta evolución puede hallarse en DAHL, R., *La democracia y...*, op.cit., pp. 21 y ss.

⁹⁹⁵ Vid. al respecto, por todos, los recientes trabajos de GARCIA DE ENTERRIA, E., *La lengua...*, op.cit., pp. 108 y ss., *Democracia...*, op.cit., pp. 54 y ss., y "La democracia y el lugar de la ley", *REDA*, núm. ,1996, pp. 609 y ss.

tenidos en cuenta en la esfera pública⁹⁹⁶, pudiendo dedicar entonces sus esfuerzos a la privada, a salvo ya de las arbitrariedades del Antiguo Régimen⁹⁹⁷. Es lo que CONSTANT definió como la "libertad de los modernos"⁹⁹⁸.

Sin embargo, ese modelo de democracia ha ido variando a su vez con el paso del tiempo y la complicación de las sociedades actuales. La complejidad social y el paso del

⁹⁹⁶ Al menos los intereses de aquéllos que podían votar, es decir los burgueses propietarios, que no constituían, ni mucho menos, el grueso de la población. Al respecto vid. GIANNINI, M.S., *El poder...*, op.cit., pp. 49 y ss., quien al referirse al Estado de clase única propio del siglo XIX da el siguiente dato referido a Italia: en la época de la reunificación los electores eran 500.000, sobre una población total de 26.000.000 de habitantes.

⁹⁹⁷ Sobre la concepción de la democracia en la época liberal como protección frente al poder, vid. MACPHERSON, C.B., *La democracia liberal y su época*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp. 35 y ss.

⁹⁹⁸ CONSTANT, B., *Cours de Politique constitutionnelle*, tomo II, Paris, Librairie de Guillaumin et Cie., pp. 536 y ss., en las que se señala lo siguiente: "Demandez-vous d'abord, Messieurs, ce que de nos jours un Anglais, un Français, un habitant des États-Unis de l'Amérique, entendent par le mot de liberté?"

C'est pour chacun le droit de n'être soumis qu'aux lois, de ne pouvoir être ni arrêté, ni détenu, ni mis à mort, ni maltraité d'aucune manière, par l'effet de la volonté arbitraire d'un ou de plusieurs individus. C'est pour chacun le droit de dire son opinion, de choisir son industrie et de l'exercer; de disposer de sa propriété, d'en abuser même; d'aller, de venir, sans en obtenir la permission, et sans rendre compte de ses motifs ou de ses démarches. C'est, pour chacun, le droit de se réunir à d'autres individus, soit pour conférer sur ses intérêts, soit pour professer le culte que lui et ses associés préfèrent, soit simplement pour remplir ses jours et ses heures d'une manière plus conforme à ses inclinations, à ses fantaisies. Enfin, c'est le droit, pour chacun, d'influer sur l'administration du gouvernement, soit par la nomination de tous ou de certains fonctionnaires, soit par des représentations, des pétitions, des demandes, que l'autorité est plus ou moins obligée de prendre en considération. Comparez maintenant à cette liberté celle des anciens. (...).

Il résulte de ce que je viens d'exposer, que nous ne pouvons plus jouir de la liberté des anciens, qui se composait de la participation active et constante au pouvoir collectif. Notre liberté, à nous, doit se composer de la jouissance paisible de l'indépendance privée.(...).

La liberté individuelle, je le répète, voilà la véritable liberté moderne. La liberté politique en est la garantie; la liberté politique est par conséquent indispensable. Mais demander aux peuples de nos jours de sacrifier, comme ceux d'autrefois, la totalité de leur liberté individuelle à leur liberté politique, c'est le plus sûr moyen de les détacher de l'une; et quand on y serait parvenu, on ne tarderait pas à leur ravir l'autre. (...).

De là vient, Messieurs, la nécessité du système représentatif. Le système représentatif n'est autre chose qu'une organisation à l'aide de laquelle une nation se décharge sur quelques individus de ce qu'elle ne peut ou ne veut pas faire elle-même. Les individus pauvres font eux-mêmes leurs affaires; les hommes riches prennent des intendants. C'est l'histoire des nations anciennes et des nations modernes. Le système représentatif est une procuration donnée à un certain nombre d'hommes pour la masse du peuple, qui veut que ses intérêts soient défendus; et qui néanmoins n'a pas le temps de les défendre toujours lui-même".

Estado liberal al Social, con la extensión del intervencionismo público, ha provocado que la visión de la Ley como esencia única de la democracia representativa y de la Administración como simple ejecutora automática de la misma haya quedado distorsionada. El papel del Gobierno en la elaboración y definición de políticas públicas mediante, por ejemplo, su potestad reglamentaria y el ya mencionado debilitamiento de la dirección legal del comportamiento administrativo conllevan la alteración del diáfano modelo liberal, anclado exclusivamente en el sistema representativo como eje democrático. Los intereses generales ya no vienen siempre precisados en la ley, sino en reglamentos o actos administrativos; entran en escena así ámbitos discrecionales, cuya concreta conformación corresponde al poder ejecutivo⁹⁹⁹.

Nuestra Constitución, partiendo de la concepción del Estado como Social y Democrático de Derecho, contiene elementos suficientes que señalan el camino a seguir para compensar la situación descrita. En ella puede detectarse la consagración de un *principio democrático*, derivado del valor *pluralismo político* contemplado en el art. 1.1, así como de los arts. 1.2, 6, y 7¹⁰⁰⁰. Y conectado a este principio democrático se halla la participación procedimental (art. 105 CE), por cuanto ésta puede reforzar su juego en los casos en que los intereses generales no vienen precisados en la Ley y corresponde al Gobierno o/y a la Administración establecerlos ejerciendo poderes discrecionales¹⁰⁰¹. No se trata, en ningún

⁹⁹⁹ Vid. al respecto lo ya expuesto *supra* Capítulo III.1 y 2.

¹⁰⁰⁰ Vid. ARAGON, M., "La eficacia jurídica...", op.cit., pp. 28 y ss.

¹⁰⁰¹ Por lo que se refiere al juego del principio democrático, vid. SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 247, SUBIRATS, J., "Democracia...", op.cit., pág. 35, MARONGIU, G., "Gli istituti della democrazia amministrativa: elementi per un dibattito", en BERTI, G., CANDIDO DE MARTIN, G., *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Giufrè, Milán, 1996, pp. 9 y ss., SCHMIDT-ASSMAN, E., "Procedimiento administrativo...", op.cit., pág. 336.

En cuanto a la importancia de la participación en el caso de la existencia de discrecionalidad, Vid., por ejemplo, LAVILLA RUBIRA, J.J., "Participación", op.cit., pág. 4775, PEREZ MORENO, A., "Crisis...", op.cit., pp. 124 y ss.

caso, de sustituir la democracia representativa por la democracia directa, sino de complementar el papel de la primera y de la Ley mediante la participación ciudadana en las decisiones del poder ejecutivo, lo que conduce a "un *tertium genus* que se ha denominado democracia participativa" (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 6)¹⁰⁰². Sin dejar de reconocer el importante papel de los partidos políticos, el pluralismo ínsito en el principio democrático no se agota en éstos, así como la democracia no se agota en la elección periódica de representantes¹⁰⁰³.

En el caso de los reglamentos elaborados por el Gobierno, la participación procedimental "puede recomponer, a un nivel claramente diverso, este juego minorías-mayorías o este respeto a la realidad de una sociedad plural que está en la base de la reserva legal", como fue notado hace ya algunos años por TORNOS MAS¹⁰⁰⁴, lo que en relación a los reglamentos ejecutivos o remitidos puede constituir un criterio a ponderar en relación

¹⁰⁰² En este sentido, vid., por ejemplo, MACPHERSON, C.B., *La democracia liberal...*, op.cit., pp. 113 y ss., y SANCHEZ MORON, M., "Elementos...", op.cit., pp. 40 y ss.

¹⁰⁰³ En este sentido, vid. NIETO, A., "La discutible...", op.cit., pág. 54 y GARCIA DE ENTERRIA, E., *Democracia...*, op.cit., pp. 95 y ss. En contra de esta idea SCHUMPETER, J.A., *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, Aguilar, 1968, pp. 303 y ss., donde se afirma, por ejemplo, que "método democrático es aquel sistema institucional, para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo". Como señala MACPHERSON, C.B., *La democracia...*, op.cit., pág. 97, este modelo implica aceptar que "nada de tonterías de que la democracia es un vehículo para mejorar la humanidad. La participación no es un valor en sí misma, ni siquiera un valor instrumental para lograr que los seres humanos, como un todo, sean más elevados y tengan más consciencia social(...). La democracia es sencillamente un mecanismo de mercado: los votantes son los consumidores; los políticos son los empresarios". Vid. la acertada crítica que este autor realiza a esta manera de entender la democracia en las pp. 103 y ss.,

¹⁰⁰⁴ TORNOS MAS, J., "La relación...", op.cit., pág. 501. En el mismo sentido, DE LA CRUZ FERRER, J., "Sobre el control...", op.cit., pág. 88: "en la medida en que la potestad reglamentaria se desvincula de la ley y por tanto de la representatividad parlamentaria, es necesario recomponer en su proceso de elaboración la representación de los intereses afectados, de forma que teniéndolos en cuenta y no ignorándolos, se pueda llegar a un equilibrio entre los mismos que intente la mejor aproximación a la realización del interés general".

a la viabilidad constitucional de la remisión¹⁰⁰⁵. De igual forma, en cuanto al resto de decisiones discrecionales, la participación procedimental permite que la configuración de los intereses generales tenga en cuenta los intereses expresados directamente por los ciudadanos que, como ya nos consta, constituyen la materia de la que están formados los primeros¹⁰⁰⁶. En definitiva, la participación en el procedimiento facilita el juego del principio democrático, al permitir la introducción de intereses plurales¹⁰⁰⁷, actuando el procedimiento, entonces, como "técnica de composición de intereses y mecanismo de resolución de conflictos"¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁵ En este sentido, por ejemplo BAÑO LEON, J.M., *Los límites constitucionales...*, op.cit., pág. 147, en relación a la planificación urbanística, y RODRIGUEZ PONTON, F.J., "Participació ciutadana en l'elaboració dels reglaments i reserva de llei: algunes consideracions", *Autonomies*, núm. 21, 1996, pp. 270 y ss.

¹⁰⁰⁶ Destaca este papel de la participación en Estados Unidos COHEN-TANUGI, L., *Le Droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Presses Universitaires de France, París, 1985, pp. 95 y ss. En la reseña efectuada de este libro por Juan DE LA CRUZ FERRER, publicada en el núm. 48 de la *REDA* correspondiente al período de enero a marzo de 1986, pp. 131 y ss., se destaca como en Estados Unidos existe "una concepción quizás más realista que la europea sobre el contenido del interés general. Para la mentalidad americana, la determinación del interés general no parece posible más que en una serie muy restringida de terrenos (aquellos que corresponden a las funciones tradicionales del Estado, lo que no es de extrañar): la defensa nacional y la política extranjera, el mantenimiento de los principios del sistema político y económico, la seguridad... En el resto de las cuestiones, la determinación del interés general no puede consistir más que en arbitrar claramente entre los diferentes intereses particulares que se oponen, y su contenido no puede estar más que en la resolución de estos conflictos o en el resultante de esos intereses. Tal es el cometido de las agencias administrativas americanas, encargadas, cada una en su ámbito de competencias, de encontrar el mejor compromiso posible entre intereses divergentes, compromiso que se reflejará en los reglamentos que se elaboren. El modelo contemporáneo del *Administrative Law* - calificado de representación de intereses - responde a esta definición de su actividad".

Al respecto, vid. el clásico artículo de STEWART, R.B., "The reformation of American Administrative Law", *Harvard Law Review*, vol.88, núm. 8, pp. 1669 y ss., especialmente pp. 1723 y ss. y las consideraciones que allí se realizan sobre el modelo de derecho administrativo norteamericano de "interest representation".

¹⁰⁰⁷ DE OTTO, I, *Derecho Constitucional...*, op.cit., pág. 143: "en la democracia no se trata tan sólo de asegurar la supremacía de la voluntad popular mayoritaria, sino de mantener abierto el pluralismo mediante el reconocimiento de las libertades individuales y colectivas. El relativismo propio de la democracia no supone el reconocimiento de que es la mayoría quien define la verdad, sino el de que no hay más verdad que la que resulta del libre juego de opiniones, que precisamente por esa razón debe encontrarse garantizado".

¹⁰⁰⁸ TORNOS MAS, J., "Mecanismos complementarios...", op.cit., pág. 154.

En este sentido, la participación procedimental al reforzar el principio democrático contribuye a *robustecer la legitimidad democrática de las decisiones discrecionales* del poder ejecutivo¹⁰⁰⁹. La participación no otorga esa legitimidad al Gobierno o a la Administración, que ya gozan de ella por las vías propias de nuestro sistema constitucional¹⁰¹⁰, pero sí entendemos que ayuda a reforzar la de sus decisiones cuando el ordenamiento abre espacios discrecionales para la determinación del interés general, "refuerzo estrictamente inútil en el formal plano jurídico-constitucional, pero probablemente necesario en el nivel político-sociológico en el que la legitimidad opera". En efecto, la crisis de la Ley - incapaz de predeterminar agotadora y realmente la acción administrativa - entraña la ruptura de la correa de transmisión de la legitimidad democrática que antes constituía, y obliga a que el pueblo titular de la soberanía se haga presente - directamente o por medio de representaciones sectoriales - en el escenario al que se ha desplazado el verdadero poder: el Ejecutivo¹⁰¹¹. En esta línea, el TS ha destacado en diversas sentencias que "la intervención de los

¹⁰⁰⁹ En este sentido, vid. por ejemplo MUÑOZ MACHADO, S., "Las concepciones del Derecho Administrativo...", op.cit., pp. 530 y ss., SCHMIDT-ASSMAN, E., "La legitimación...", op.cit., pág. 211, SAINZ MORENO, F., "Audiencia...", op.cit., pág. 648, LAVILLA RUBIRA, J.J., "Participación", op.cit., pág. 4774, y PONTON RODRIGUEZ, F.J., "Participación ciudadana...", op.cit., pág. 275.

¹⁰¹⁰ Debe tenerse en cuenta, en este sentido, la interacción entre los arts. 97 y 103.1 CE. En referencia específica a la legitimación de la Administración, vid. SCHMIDT-ASSMAN, E., "La legitimación...", op.cit., pp. 168 y ss, así como lo dicho *supra* en el Capítulo IV.2.2 a), a propósito del principio de objetividad, sobre la dirección de la Administración por el Gobierno.

LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública...*, op.cit., pp. 103 y ss., destaca como la participación en la elaboración de reglamentos constituye el fundamento básico en Estados Unidos de la legitimidad democrática de la norma que finalmente se dicte, debido a la percepción de la posición constitucional de las agencias administrativas en aquel país. El propio autor advierte más adelante, en la pág. 343, que la situación norteamericana es distinta a la nuestra, por cuanto "no ha existido entre nosotros esa percepción de toda acción normativa del Ejecutivo como generadora de una sospecha que sólo la participación podía desvanecer".

¹⁰¹¹ LAVILLA RUBIRA, J.J., "Participación", op.cit., pág. 4774. Aún suscribiendo en lo fundamental estas afirmaciones, quisieramos matizar que la crisis de la ley no rompe totalmente la cadena de legitimación democrática del poder ejecutivo, si bien, en eso coincidimos, la debilita, contribuyendo la participación a su intensificación.

ciudadanos contribuye a dotar de legitimidad democrática a los planes" urbanísticos¹⁰¹², lo que ha sido ratificado por el TC, si bien con una acertada matización que enlaza con la advertencia realizada unas líneas más arriba, al señalar que "es cierto que a través del trámite de información pública se dota de cierta legitimidad popular al Plan aprobado - aunque tampoco puede olvidarse que en el presente caso la legitimidad democrática le viene dada por haber sido aprobado por un Ayuntamiento elegido democráticamente"¹⁰¹³.

Por todo ello, puede sostenerse que la "libertad de los modernos" de CONSTANT, trasunto de la democracia estrictamente representativa, aparece en nuestras actuales sociedades como insuficiente. En realidad, la "libertad de los *postmodernos*", si se nos permite la licencia, estaría asociada a la democracia participativa, en cuyo seno el principio democrático aparece potenciado por la participación de los ciudadanos en los procedimientos de toma de decisiones discrecionales, a fin de exponer sus puntos de vista e intereses, los cuales *deben* ser tomados en consideración¹⁰¹⁴.

Además, la participación fomenta la *transparencia* del actuar del Gobierno y la

¹⁰¹² Puede consultarse las referencias jurisprudenciales en DELGADO BARRIO, J., *El control...*, pp. 57 y ss., y "Participación ciudadana...", op.cit., pp. 138 y 139.

¹⁰¹³ STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 6.

¹⁰¹⁴ En relación a la nueva posición del ciudadano actual y la necesidad de su participación, vid. ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pp. 229 y ss. RODRIGUEZ PONTON, F.J., "La participació ciutadana...", op.cit., pp. 264 y 269 sostiene que "el principi democràtic implica el deure de tenir en compte, sense discriminació, tots els punts de vista que materialitzen la participació ciutadana en la presa de decisions.(...) Adquireix així un paper central el procediment mitjançant el qual es dóna entrada a la participació dels diversos actors socials, procediment que, a més, si vol respectar veritablement el principi democràtic, ha de regir-se pel principi d'igualtat. De manera que la clau dintre de la qual caldrà moure's és donada per la recerca d'un model de participació coherent amb els valors democràtics d'igualtat i pluralisme (...). (...) gràcies al procediment, la participació troba un canal idoni d'expressió, i gràcies a la participació el procediment adquireix un canal bàsic a l'hora de valorar tots els interessos i perspectives(...). La seu de realització pràctica del canvis experimentats per la noció d'interès públic (que es pluralitza, recordem-ho) és, doncs, el procediment".

Administración¹⁰¹⁵, como expusimos con anterioridad, valor conectado también al principio democrático¹⁰¹⁶. En definitiva, como señala SUBIRATS, "se nos ha ido muriendo en el camino la democracia de debate, de deliberación, y ello tiene consecuencias en la percepción de falta de legitimidad de ciertas decisiones de los poderes públicos, de los que si bien nadie discute su representabilidad, si se discute su falta de sensibilidad para contar con las opiniones de los afectados en temas conflictivos. Ser elegido en unas elecciones por la mayoría que sea, o contar incluso con la unanimidad de los cargos electos de una institución, no implica necesariamente tener carta blanca para actuar sin tener en cuenta que ciudadanos y grupos pueden querer ser escuchados y que, muchas veces, sus opiniones pueden evitar, de ser recogidas con la anticipación necesaria, ulteriores y más graves problemas"¹⁰¹⁷.

En segundo lugar, la participación favorece la *buena administración* y, en consecuencia, ayuda a conseguir decisiones discrecionales más acertadas en su servicio a los intereses generales¹⁰¹⁸. Como ha sostenido la STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 6, la participación en el procedimiento administrativo "garantiza tanto la corrección del procedimiento cuanto los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos", siendo su

¹⁰¹⁵ GALLIGAN, D.J., *Discretionary...*, op.cit., pág. 335, realiza la conexión entre participación y *open government*. Por su parte, la STS de 19 de mayo de 1988 (Ar. 5060) indica que "el denominador común de los tres supuestos contemplados en el tan repetido artículo 105 consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática".

¹⁰¹⁶ Vid. en este sentido ARENA, G., "Trasparenza amministrativa e democrazia", en BERTI, G., CANDIDO DE MARTIN, G., *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 13 y ss., quien ve obvia esta conexión entre democracia y transparencia.

¹⁰¹⁷ SUBIRATS, J., "Democracia, participación...", op.cit., pág. 39.

¹⁰¹⁸ Destacan este aspecto desde una perspectiva general GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pág. 88, MUÑOZ MACHADO, S., "Las concepciones...", op.cit., pág. 532, LAVILLA RUBIRA, J.J., "Participación", op.cit., pág.4773, CASTELLÀ ANDREU, J.M., "La participación...", op.cit., pág. 69, GALLIGAN, D.J., *Discretionary...*, op.cit., pág. 335. En relación específica a los reglamentos, vid. LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación...*, op.cit., pp. 98 y ss., DE LA CRUZ FERRER, J., "Sobre el control...", op.cit., pp. 94 y 95.

finalidad "instar a quienes tengan interés o lo deseen a expresar sus opiniones para que sirvan de fuente de información de la Administración y puedan favorecer así el acierto y oportunidad de la medida que se vaya a adoptar, así como establecer un cauce para la defensa de los intereses individuales o colectivos de los potencialmente afectados".

La participación ciudadana conecta con el deber de buena administración y con las directivas constitucionales de comportamiento administrativo, ayudando a conseguir un desarrollo de la función administrativa más racional, más objetivo, más eficaz, y más eficiente y económico, y, por tanto, mejores decisiones¹⁰¹⁹. El cumplimiento del *deber de racionalidad* se ve facilitado por la participación ciudadana, ya que "some form of participation usually would be an important aspect of instrumental rationality, since the parties most affected by an action may be able to offer information and arguments which would enable a better decision to be made"¹⁰²⁰.

Las conexiones entre *objetividad* y participación ya han sido puestas de relieve con anterioridad, por lo que no insistiremos más en ello¹⁰²¹. Respecto al *deber de eficacia*,

¹⁰¹⁹ En Italia, ANDREANI, A., "Funzione amministrativa, procedimento partecipazione nella L. 241/1990", *Diritto Processuale Amministrativo*, núm. 4, 1992, pp. 672, resalta la conexión entre la participación y los principios constitucionales de *imparzialità* y *buon andamento*.

¹⁰²⁰ GALLIGAN, D.J., *Discretionary...*, op.cit., pág. 333. Vid. también BOBBIO, L., *La democrazia non abita a Gordio*, Franco Angeli, Milán, Italia, 1996, pp. 31 y ss., y DEMUNCK, J., LENOBLE, J. y MOLITOR, M., "Pour une procéduralisation de la politique sociale", *Transnational Associations*, 4/1996, pág. 216, definen la racionalidad procedimental como "un discours critique qui permet qu'une communication vraiment ouverte, tant sur le plan cognitif que sur le plan normatif, soit à même de déconstruire les fausses dogmatisations des acteurs, et de construire le litige qui les oppose comme un objet particulier à l'intersection de différents univers de sens pertinents (économique, culturel, social, etc...)."

¹⁰²¹ Sobre el papel de la participación como instrumento para el logro de una ponderación administrativa equilibrada de los intereses envueltos en la toma de la decisión, vid. DE LA CRUZ FERRER, J., "Nulidad de reglamento...", op.cit., pág. 615. Este autor entiende que "la potenciación del binomio proporcionalidad-participación podría ser enorme", a efectos del control judicial. Creemos, sin embargo, que el principio de proporcionalidad, como dijimos, sólo puede actuar en sede judicial como filtro negativo, apto para detectar comportamientos administrativos desproporcionados, sean ponderados o no. En cambio, el control judicial sobre el cumplimiento del deber de objetividad -

como veremos con más detalle en su momento¹⁰²², la participación previa a la toma de decisión puede permitir atenuar las tensiones sociales, logrando así un mejor conocimiento del grado de aceptación social de una decisión y una mayor efectividad práctica de la alternativa a adoptar¹⁰²³, a la vez que se logran evitar futuros litigios que, en definitiva, entorpezcan su puesta en práctica¹⁰²⁴. En cuanto al deber de comportamiento *eficiente y económico*, la participación ciudadana también ayuda a su cumplimiento, ya que la Administración puede conocer mediante ella los intereses afectados por la decisión, así como críticas, alternativas o sugerencias relativas a la oportunidad financiera de la decisión¹⁰²⁵. En definitiva, "it may be concluded that the case for participatory procedures rests on their importance in contributing to rational and effective outcomes, and on their links to social and

y, por tanto, sobre la toma en consideración de los intereses envueltos en el caso - puede ayudar a evitar decisiones no equilibradas, en el sentido de insuficientemente ponderadas.

¹⁰²² Vid. *infra* en este mismo Capítulo el apartado 4.

¹⁰²³ Es importante, como nota SUBIRATS, J., "Democracia: participación...", op.cit., pág. 38, entender que "no se trata de consultar a la gente sobre lo que nosotros hemos decidido, sino de incorporar la opinión y las razones de los actores sociales implicados en la propia determinación de los problemas a solventar".

¹⁰²⁴ Así, LAVILLA RUBIRA, J.J., "Participación", op.cit., pág. 4774, y ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pp. 235 y ss., donde se pone de relieve que "dans tous les secteurs de son action, en recourant à la participation des assujettis pour l'élaborer, l'Administration peut espérer obtenir de ceux-ci une adhésion active à la décision; tout au moins de la compréhension; créer une solidarité entre eux et ceux qui auront à l'appliquer; bref, une exécution consentie, tant il est vrai que "la seule application satisfaisante est celle non forcée mais spontanée". En el mismo sentido, por ejemplo, STS de 11 de julio de 1986 (Ar. 5060), en la que, en relación a los planes de urbanismo, se destaca que con la participación "se eliminan o atenúan las tensiones a la hora de su ejecución".

Sobre las conexiones entre participación procedimental, objetividad y eficacia, en relación específica a los reglamentos administrativos, vid. EZQUERRA HUERVA, A., "Entorn de la participació ciutadana en el procediment d'elaboració de reglaments per part de les Comunitats Autònomes", *Autonomies*, num. 18, 1994, pág. 358.

¹⁰²⁵ En cuanto al *deber de coordinación*, la participación de otras Administraciones interesadas en el procedimiento permite conocer y ponderar esos intereses públicos. Sin embargo, no nos ocupamos en este momento de este deber, por cuanto ahora nos estamos refiriendo a la *participación ciudadana*. Respecto a la participación de entes públicos en el procedimiento y su relación con el deber de coordinación, vid. lo que se dice *infra* en este mismo Capítulo, en el epígrafe 3.

individual improvement, which we may refer to simply as good government"¹⁰²⁶.

Por todo ello, como ha destacado el TC en su sentencia 102/1995, de 26 de junio, el principio constitucional de participación contenido en el art. 105 CE es "un principio inherente a una Administración democrática y participativa, dialogante con los ciudadanos", como ya nos consta, pero además constituye "*una garantía para el mayor acierto de las decisiones, conectada a otros valores y principios constitucionales, entre los cuales destacan la justicia y la eficacia real de la actividad administrativa (arts. 1, 31.2 y 103 CE)*". En consecuencia, nos parece evidente la *conexión del principio de participación procedimental con el deber de buena administración*, lo que obliga a una *interpretación sistemática del art. 105 de la Constitución con otros artículos de la misma: 9.3, 103.1 y 31.2*¹⁰²⁷.

Los criterios, opiniones, alternativas, sugerencias, críticas, etc., introducidos en el procedimiento mediante la participación pueden y deben contribuir a mejorar la decisión a adoptar, aunque no sean aceptados¹⁰²⁸. A través de ellos los ciudadanos pueden exponer sus puntos de vista relativos al núcleo de la decisión discrecional a tomar, *influyendo y*

¹⁰²⁶ GALLIGAN, D.J., *Discretionary...*, op.cit., pág. 335. En las palabras de la STS de 22 de febrero de 1988 (Ar. 1379), referidas al planeamiento urbanístico, el fin del procedimiento es permitir que "todos hayan podido participar en la más amplia extensión en su gestación para que después su aprobación no se convierta en una imposición arbitraria o injustificada de la Administración, sino en el resultado de una elaboración meditada, justificada y democrática, fruto de la amplia participación de todos cuantos hayan de verse afectados de cualquier forma por el Plan (o por su modificación)".

¹⁰²⁷ Aparte de la relación ya puesta de relieve con los principios democrático y de transparencia (art. 1.1 CE, entre otros).

¹⁰²⁸ TORNOS MAS, J., "La situación...", op.cit., pp. 126 y ss., destaca que la participación procedimental es un mecanismo para "conseguir *un correcto funcionamiento del aparato administrativo*". Por su parte, POU VIVER, T., "La información pública...", op.cit., en referencia específica a las informaciones públicas urbanísticas, señala que éstas "son un cauce legal, a modo de tribuna abierta, para que la Administración pueda recibir sugerencias opiniones, propuestas o reclamaciones sobre el planeamiento urbano que se propone aprobar, a fin de que mediante el examen y ponderación de tales intervenciones pueda la Administración dictar una resolución más conforme al interés general".

orientando en positivo el criterio metajurídico ínsito en él¹⁰²⁹. Obviamente, la decisión finalmente adoptada podrá ser objeto de control judicial¹⁰³⁰, pero las observaciones extrajurídicas que pueden realizarse durante el procedimiento administrativo carecen de sentido durante el proceso judicial, por cuanto, como ya sabemos, no es función de los tribunales decidir sobre aspectos metajurídicos, los cuales son inhaprensibles para el razonamiento judicial¹⁰³¹.

Esta importancia insustituible de la participación procedimental ha sido destacada por diversas sentencias del TS. Así, en referencia a los planes de urbanismo, la STS de 22 de julio de 1986 (Ar. 5060), entre otras, señala que:

"..., habrá que recordar la profunda discrecionalidad de los Planes, que aunque vinculada desde luego al interés público y sometida a limitaciones - estándares urbanísticos y criterios materiales de ordenación contenidos en la Ley - hace difícil el éxito de los recursos contra su aprobación definitiva; es

¹⁰²⁹ Montserrat CUCHILLO, en su comentario al art. 22 LCU, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., y SALAS HERNANDEZ, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 633, destaca que "la participación procedimental facilita, en suma, la mejor identificación de los intereses actuables por la Administración en el desarrollo de sus funciones. Y conlleva, al mismo tiempo, la modulación y definición de los contornos del núcleo de la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria. En efecto, la participación comporta el suministro de datos y elementos de juicio, de los que no puede disponer la Administración, sobre los intereses de los colectivos afectados. A través de la participación se incorporan, pues, en el procedimiento, nuevas referencias y criterios de valoración.

Por todo ello, la participación procedimental redefine las fronteras del ámbito respecto del cual la Administración decide libremente, en el ejercicio de potestades discrecionales, cuál es la solución que entiende más adecuada y ajustada al interés general".

¹⁰³⁰ Como subraya TORNOS MAS, J., "La situación...", op.cit., pág. 130.

¹⁰³¹ LEDDA, F., "La partizipazione all'azione amministrativa", en BERTI, G. y CANDIDO DE MARTIN, G., *Gli istituti...*, op.cit., pp. 61 y ss., pone de relieve esta función de la participación de compensación de las insuficiencias intrínsecas de la función judicial.

decir, datos que alegados en el trámite de información pública podrían dar lugar a modificaciones en el Plan, pueden resultar inoperantes en la vía de recurso"¹⁰³².

En el mismo sentido, en referencia específica a la potestad reglamentaria, la STS de 1 de julio de 1991 (Ar. 5578) sostiene lo siguiente:

"La potestad reglamentaria, en cualquier ámbito de la Administración, aun con grandes límites reglados, tiene importantes matices discrecionales, y, a pesar de que se han venido creando técnicas, cada vez más eficaces, para el control de esa discrecionalidad, reiteradamente aplicadas por la jurisprudencia, siempre queda un último vestigio o resquicio de oportunidad, en el que caben varias soluciones igualmente justas y donde no es posible ya, o resulta muy difícil, sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial. Es en ese ámbito de oportunidad en el que es esencial la participación directa o indirecta de los ciudadanos o la audiencia de los interesados, pero, si bien para garantizar la legalidad del reglamento el recurso en sede jurisdiccional es una vía plenamente adecuada, ya no lo es tanto para asegurar su acierto y pertinencia; en este último marco, pueden existir alegaciones o reclamaciones que, hechas en la vía administrativa (...), den lugar a una rectificación del criterio de la Administración y que, sin embargo, formuladas en la vía jurisdiccional resultan ya inoperantes".

¹⁰³² Una referencia a esta jurisprudencia puede hallarse en DELGADO BARRIO, J., *El control...*, op.cit., pp. 59 y ss., y "Participación ciudadana...", op.cit., pp. 137 y ss.

Por otro lado, la participación en el procedimiento de adopción de decisiones discrecionales contribuye a la *legitimidad social* de la alternativa adoptada. Efectivamente, como ya pusimos de relieve en su momento¹⁰³³, los ciudadanos en las modernas sociedades, además de decisiones legales y acertadas, quieren que sus intereses sean tomados en consideración, que se les trate como sujetos responsables y conscientes de sus propios intereses, no como menores de edad.

Esta aspiración entronca, además, con el importante art. 10.1 CE, el cual señala que "la *dignidad de la persona*, los derechos inviolables que le son inherentes, el *libre desarrollo de la personalidad*, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son *fundamento del orden político y de la paz social*". Como señala PAREJO, "puede decirse, sin temor a error, que en el artículo 10.1 CE se encuentra la clave misma, el suelo axiológico, y por tanto, el criterio que otorga legitimidad, sentido y estructura a la totalidad del orden constitucional material"¹⁰³⁴. La dignidad, como valor superior del ordenamiento, ilumina el art. 105 CE y el principio de participación en él contenido, de tal manera que "un procedimiento administrativo público y abierto proporciona a los afectados un tratamiento ajustado a las exigencias de la dignidad inherente a su condición de seres humanos capaces de discernir sus verdaderos intereses, y no de simples destinatarios pasivos de la voluntad mecánica de una burocracia sin rostro"¹⁰³⁵; lo que puede contribuir al logro de la *paz social*, mencionada en el art. 10.1 CE, evitando conflictos y crispaciones sociales -no infrecuentes en la realidad - al proporcionar canales de expresión de los intereses existentes en las actuales sociedades

¹⁰³³ Vid. *supra* Capítulo IV.3.

¹⁰³⁴ PAREJO ALFONSO, L., *Constitución y valores del ordenamiento*, CERA, Madrid, pág.124.

¹⁰³⁵ LAVILLA RUBIRA, J.J., "Participación", op.cit., pág. 4774, y *La participación pública...*, op.cit., pp. 102 y 103, donde se destaca la importancia de este criterio en el Derecho Norteamericano.

plurales¹⁰³⁶.

La constatación de la importancia de la participación procedimental, desde los postulados constitucionales expuestos, debe tener influencia en relación a las otras cuestiones anteriormente anunciadas, referidas a cuándo debe existir, quién puede participar y qué efectos debe tener esa participación. Por lo que se refiere a la primera, entendemos que el art. 105 a) y c) CE, en conexión con el art. 9.2 CE, impone un auténtico *mandato* al legislador, obligándole a abrir canales de participación en las decisiones administrativas. El TC en su sentencia 119/1995, de 17 de julio, FJ 6, ha señalado que la participación procedimental constituye "uno de los cauces de los que en un Estado social *deben* disponer los ciudadanos - bien individualmente, bien a través de asociaciones u otro tipo de entidades especialmente aptas para la defensa de los denominados intereses "difusos" - para que su voz pueda ser oída en la adopción de las decisiones que les afecten". En este sentido, el art. 105 contiene, en sí mismo, un *derecho de participación*, que debe ser articulado concretamente por el legislador, si bien éste no puede desconocerlo y debe configurar vías de participación procedimental.

Por lo que se refiere al mandato al legislador, y dejando ahora de lado el art. 105

¹⁰³⁶ La ausencia de estos canales, en los que los puntos de vista, intereses o valoraciones puedan ser tenidos en cuenta, puede provocar reacciones sociales que lleguen, incluso hasta la desobediencia civil, como pone de relieve ESTEVEZ ARAUJO, J.A., *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, TROTTA, Madrid, 1994, pp. 143 y ss.

En referencia concreta a la intervención pública en el ámbito medioambiental, vid. CANALS AMETLLER, D., "La polémica jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de espacios naturales protegidos: Competencias Estatales *versus* Competencias Autonómicas (Comentario en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio, en relación a las SSTC 156/1995, de 26 de octubre, y 163/1995, de 8 de noviembre)", *RAP*, núm. 142, 1997, pp. 350 y 351, donde se destaca la importancia de la participación procedimental como elemento preventivo de conflictos sociales.

c)CE referido a la audiencia de los interesados¹⁰³⁷, entendemos que el art. 105 a) contiene una obligación para el legislador, que actualiza en concreto el mandato genérico del art. 9.2 CE, dirigido a todos los poderes públicos¹⁰³⁸. La conexión del art. 105 a) CE con el principio democrático, la transparencia, el deber de buena administración y la dignidad de los ciudadanos (arts. 1.1, 9.3, 103.1, 31.2, 10.1 CE) justifican la necesaria existencia de participación en los procedimientos de elaboración de decisiones discrecionales¹⁰³⁹. Corresponderá al legislador articular los mecanismos técnicos que la hagan posible (información pública, audiencia, consulta, informe, etc.)¹⁰⁴⁰, pero es importante notar que, en principio, deberá existir un canal participativo antes de la adopción de decisiones discrecionales, por exigencia del art. 105 a) CE¹⁰⁴¹, y su ausencia deberá tener una razón

¹⁰³⁷ CASTELLÀ ANDREU, J.M., "La participación ciudadana...", op.cit.,pág. 46, distingue el apartado a) del c) en el art. 105 CE, puesto que el apartado c) se centra sólo en *actos administrativos* y en el *concepto de interesados*, lo que no ocurre, como veremos con el a). GARCIA DE ENTERRIA, E., "Principios y modalidades...", op.cit., pág. 442, también subraya la diferencia existente entre la participación ciudadana y la intervención del particular en una relación jurídica bilateral, de carácter individual o simple.

Respecto al apartado c) del art. 105 CE y su conexión con el art. 84 LRJPAC, nos remitimos, por todos, a SAINZ MORENO, F., "Audiencia del ciudadano", op.cit., pp. 651 y ss.

¹⁰³⁸ Destacan la existencia de un mandato al legislador en el art. 105 CE CASTELLÀ ANDREU, J.M., "La participación ciudadana...", op.cit. pp. 47 y ss., y DE LA CRUZ FERRER, J., "Sobre el control...", op.cit., pp. 86 y ss. La STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 6, pone de relieve la conexión entre el mandato del art. 9.2 CE y la participación procedimental.

¹⁰³⁹ PAREJO ALFONSO, L., "La participación...", op.cit., pp. 62 y 63, pone de relieve que la gran cuestión en torno a la participación procedimental es "la de la posibilidad de la extracción del orden constitucional de parámetros concretos vinculantes para el legislador a la hora de la determinación, en cada caso, de los términos de la participación" lo que "evidentemente presenta un enorme grado de dificultad". Como se expone a continuación en el texto, la interpretación sistemática del art. 105 a) CE puede ayudar a establecer un marco general, del que tan necesitados, en nuestra opinión, estamos.

¹⁰⁴⁰ Un análisis de las distintas técnicas previstas en la legislación sectorial puede encontrarse en CASTELLÀ ANDREU, J.M., "La participación ciudadana...", op.cit., pp. 59 y ss.

¹⁰⁴¹ El cual, como es conocido, despliega efectos inmediatos, al formar parte del texto constitucional, como acertó a poner de relieve la STC 18/1981, de 8 de junio:

"Debe señalarse que la reserva de ley que efectúa en este punto el artículo

justificativa de especial solidez, dados los valores y principios constitucionales involucrados¹⁰⁴².

En nuestra opinión, la obligación constitucional del legislador de articular vías de participación ciudadana se extiende a todas aquéllas *decisiones discrecionales* a adoptar en las que *sea posible la incidencia sobre una pluralidad de intereses*, indeterminables *a priori* al no encuadrarse las mismas en el marco de una relación puramente bilateral¹⁰⁴³. El art. 105 a) al referirse a "disposiciones administrativas" incluiría, pues, actos administrativos, planes o reglamentos, con las características apuntadas, supuestos en los que las finalidades y razones de ser de la participación ciudadana, señaladamente el logro de una buena

105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, *ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata*".

¹⁰⁴² En este sentido, GALLIGAN, D.J., *Discretionary...*, op.cit., pág. 337, destaca que la conexión de la participación con el *good government* justifica la existencia de una "presumption in favour of participatory procedures in discretionary decision-making, subject only to strong and clear reasons to the contrary". En esa dirección se ha orientado finalmente, como es conocido, la jurisprudencia que ha interpretado el art. 130.4 LPA. Vid. al respecto REBOLLO PUIG, M., "La participación...", op.cit., pp. 127 y ss., TRAYTER, J.M., *¿Son nulos...?*, op.cit., pp. 18 y ss., DELGADO BARRIO, J., "Participación ciudadana...", op.cit., pp. 124 y ss.

LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública...*, op.cit., pág. 349, por su parte, niega que "la omisión en el apartado a) del artículo 105 de la Constitución del inciso "cuando proceda", que sí se contiene, por el contrario, en el apartado c) del mismo precepto, pudiera pretender fundar, en modo alguno, la inconstitucionalidad de la previsión de aquéllas excepciones, solución ésta última que se opondría a la propia naturaleza de las cosas".

¹⁰⁴³ Vid. SANCHEZ MORON, M., *La participación...*, op.cit., pp. 186 y ss., donde se postula la "elaboración de un principio general que extendiese la obligatoriedad de un procedimiento participativo" a decisiones con destinatarios indeterminados y aquéllas que tuvieran una especial trascendencia social, como planes, reglamentos o determinados actos administrativos. En el mismo sentido, CASTELLÀ ANDREU, J.M., "La participación...", op.cit., pp. 50 y 51, CASES i PALLARÈS, L., "La llei 13/1989, de 14 de desembre...", op.cit., pp. 244 y ss, y PEREZ MORENO, A., "Crisis...", op.cit., pág. 127, quien señala que "toda decisión administrativa que se adopte valorando elementos fácticos indeterminados en las normas, tendencias, necesidades o preferencias sociales, o estimando circunstancias personales o sociales orientadoras de la interpretación actualizadora de las normas, sin que haya una posibilidad de previa participación ciudadana o de los sectores sociales afectados no cumple con las exigencias de la Constitución en cuanto al funcionamiento de la Administración, derivadas de la fórmula Estado Democrático y Social de Derecho".

administración, la demandan.

Respecto a *qué legislador* sería el responsable de configurar técnicamente el principio constitucional de participación procedimental, dando cumplimiento así al deber impuesto por el art. 105 a) CE, consideramos que esa responsabilidad corresponde al nivel estatal, autonómico y local. Sin perjuicio de volver más adelante sobre esta cuestión¹⁰⁴⁴, podemos adelantar aquí que teniendo en cuenta la conexión entre principio de participación (art. 105 CE) y deber de buena administración (arts. 9.3, 103.1, 31.2 CE), *la regulación de la participación procedimental entendemos que forma parte del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18)*. En consecuencia, corresponde al legislador estatal, en desarrollo del 149.1.18 CE, configurar el mandato constitucional, al menos a nivel de *mínimos* que actúen como un común denominador¹⁰⁴⁵. En este sentido, es importante la referencia contenida en la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 25 apartado c), al referirse al art. 113 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. Este precepto señala que, respecto a la tramitación de los Planes Directores Territoriales de Coordinación, "en todo caso, deberá asegurarse el trámite de información pública y de audiencia a la Administración del Estado en aquellos aspectos que sean de su competencia, y a las Entidades locales afectadas". Ante la impugnación de este precepto por la Generalitat de Cataluña, al entender ésta que la

¹⁰⁴⁴ Vid. *infra* Capítulo VI.1.

¹⁰⁴⁵ En este sentido, vid. STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 13, que sostiene que el art. 105 a) CE defiere la configuración de la participación procedimental a la Ley, "tanto aquélla que en el *nivel estatal regule el procedimiento común ordinario* o los especiales, como las normas producidas en su ámbito por las Comunidades Autónomas para los suyos propios".

Esta relación entre participación y procedimiento administrativo común es destacada, en el ámbito específico de los reglamentos, por PEMAN GAVIN, J., "Sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria por la Comunidad Autónoma de Aragón", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm.1, 1992, pp. 80 y ss., y por EZQUERRA HUERVA, A., "Entorn de la participació ciutadana...", *op.cit.*, pp. 340 y ss., quienes consideran que la fijación de unas reglas básicas sobre participación ciudadana sería competencia estatal derivada del art. 149.1.18 CE, así como del 149.1 CE, al existir un derecho a participar derivado del texto constitucional, aspecto en el que incide más detalladamente EZQUERRA. Vid. lo que se sostiene más adelante al respecto.

existencia de estos trámites debería ser decidida por quien ostenta la competencia sobre materia urbanística, el TC destaca que:

"en cuanto a la información pública de los ciudadanos el art. 113.2 T.R.L.S constituye una reproducción expresa de lo que ya dispone el art. 105.a) C.E., aunque éste no determina en modo alguno cómo ha de satisfacerse tal garantía ni cuál sea la Administración que haya de asegurarla. En todo caso, y ello es lo relevante, el Estado ostenta competencias exclusivas para dictar normas de procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE), entre las que se incluyen aquellas garantías o derechos procedimentales que hayan de respetarse para la formulación de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos. Aunque el legislador estatal podría haber dispuesto con carácter general y respecto de toda forma de planeamiento urbanístico la obligatoriedad de la garantía de la información pública al amparo del art. 149.1.18 CE, y no en relación con un concreto instrumento (el Plan Director) - cuya misma existencia depende de cada Comunidad Autónoma -, parece claro que la regulación que lleva a cabo el art. 113.2 T.R.L.S. se enmarca en la competencia estatal ex art. 149.1.18 C.E. y es respetuosa con la materia urbanística, cuando no hace sino asegurar la existencia del trámite de información pública".

Este razonamiento constitucional presenta interés, por cuanto conecta el art. 105 a) con el 149.1.18 y lo hace, además, respecto a una decisión articulada mediante un plan, con lo que se mueve en la misma línea aquí propuesta.

Entendemos que la responsabilidad del legislador estatal en relación con el procedimiento común demandaría el establecimiento de cuándo debe existir la participación, así como las posibles excepciones justificadas de la misma, junto con la previsión de un período mínimo para el desarrollo de la misma en función del tipo de decisión, ampliable según las circunstancias concretas - teniendo presente que la finalidad de ese plazo es asegurar que el ciudadano goce de un período de tiempo razonable para preparar unas alegaciones serias y fundadas - así como el deber de respuesta de las alegaciones¹⁰⁴⁶. Consideramos, sin embargo, que el diseño de concretos trámites procedimentales no entraría en el ámbito del procedimiento común, pues entendemos que la referencia a la "audiencia" del 105 a) CE no se efectúa de forma específica y técnica a ese trámite en concreto¹⁰⁴⁷.

Por ello creemos que es decepcionante la regulación actual de la LRJPAC, que se

¹⁰⁴⁶ Sobre este deber, vid. lo que se señala más adelante en el texto.

Respecto a qué contenido debería tener la regulación básica estatal dictada al amparo del art. 149.1.18 respecto a la participación, vid. EZQUERRA HUERVA, A., "Entorn de la participació ciutadana...", op.cit., pp. 362 y ss., quien, en referencia específica al procedimiento de elaboración de reglamentos, cita como contenido necesario la afirmación de la preceptividad de la abertura del trámite participativo y las posibles causas de exclusión de la participación (que el autor reduce a supuestos de urgencia y de evitación de duplicación de participación, cuando ya ha existido ésta, sea en vía funcional u orgánica) y la fijación de un plazo mínimo (que el autor considera que en el caso de los reglamentos podría ser de 30 días).

¹⁰⁴⁷ Como es sabido, el término "audiencia" del art. 105 a) CE fue introducido en el último momento de la tramitación constitucional, sin ninguna explicación, habiéndose manejado el de "participación" a lo largo de la misma. Consideramos por ello, que el significado de esta palabra no es técnico-jurídico, sino que se refiere a la necesidad de permitir a los ciudadanos la participación en el procedimiento.

En contra de nuestra concepción se muestra EZQUERRA HUERVA, A., "Entorn de la participació ciutadana...", op.cit., pág. 354, nota 55, y pp. 364 y 365. Aunque este autor considera defendible la postura aquí defendida, EZQUERRA entiende que para participar es necesaria una legitimación específica, derivada de las palabras del art. 105 a) "que les afecten", lo que llevaría aparejado un deber administrativo de notificación y citación de los intereses afectados. Ello exigiría que la participación ciudadana se articulara siempre mediante trámite de audiencia (aunque, contradictoriamente, el autor considera que no es competencia estatal derivada del procedimiento común la fijación de una vía concreta de participación). No compartimos esta opinión, porque, como se argumenta más adelante en el texto, no consideramos que sea exigible ninguna legitimación para participar de conformidad con el art. 105 a) CE, ni que exista necesidad de notificar a todos los intereses afectados la apertura del trámite en todo caso.

limita a un tipo de decisiones administrativas, los actos, regula un sólo trámite, la información pública (art. 86 LRJPAC), sin que, además, aclare cuando deberá proceder ésta¹⁰⁴⁸. Existe aquí una preocupante laguna que entendemos sería conveniente colmar de *lege ferenda*¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁸ Pues se limita a afirmar que "el órgano al que corresponda la resolución del procedimiento, cuando la naturaleza de éste lo requiera, podrá acordar un período de información pública", lo que no es, precisamente, un dechado de claridad. Por de pronto, el uso del "podrá" no cabe entenderse como la articulación de una facultad discrecional, sino que, teniendo en cuenta el contexto constitucional expuesto, si la naturaleza del procedimiento lo requiere, la Administración ha de abrir el período de información pública. En segundo lugar, la cuestión se centra en saber cuándo requiere la naturaleza del procedimiento la apertura de éste trámite. En conexión con las ideas ya expuestas, coincidimos con JIMENEZ CRUZ, J.M., "Iniciación, ordenación e instrucción del procedimiento (arts. 68 a 86)", en PENDAS GARCIA, B., *Administraciones Públicas...*, op.cit., pág. 563, en cuanto a que "cabe anticipar el criterio de que los procedimientos donde debe darse el trámite de información pública son tanto aquéllos en los que existe un conjunto indeterminado de interesados que deban ser oídos, como aquéllos otros en los que la trascendencia social del objeto del procedimiento o los intereses generales y colectivos en juego aconsejan oír todas las voces que puedan alzarse, y considerar todas las ideas que puedan aportarse...". En este mismo sentido, durante la vigencia de la LPA ya se habían pronunciado CORTES CONCEJO, A.A., "El trámite de las informaciones...", op.cit., pág. 62 y POU VIVER, T., "Información Pública", en *N.E.J.*, tomo XII, pág. 558. Diversos procedimientos sectoriales formalizados incorporan la necesidad de abrir un trámite de información pública durante la elaboración de la decisión, como es el caso, por ejemplo, del art. 74 de la Ley 22/1988, de costas, en relación al otorgamiento de concesiones y autorizaciones, art. 63.3 de la Ley 27/1992, de Puertos, respecto al otorgamiento de concesiones, art. 30.2 a) del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, para la concesión de licencias, o art. 18.1 de la Ley de 1954 de Expropiación Forzosa, respecto al acuerdo de necesidad de ocupación.

Teniendo presente lo que se acaba de exponer, no nos parece acertada la STS de 28 de abril de 1993 (Ar. 2978), que declara ajustado a Derecho un "acto administrativo" con destinatario plural", en palabras de la sentencia, pese a que se omitió la apertura de un período de información pública para su adopción. Se trataba de la aprobación de las nuevas tarifas de conducción de las aguas de un acueducto, las cuales fueron decididas por acuerdo del consejo de Ministros, prescindiendo de cualquier trámite de participación. Pese a ello, la sentencia, que rechaza la naturaleza reglamentaria de la decisión, niega la invalidez, puesto que, según el TS, sólo existió un defecto de forma que no provocó indefensión. De nuevo la unívoca perspectiva garantista onnubila el control judicial, olvidando el valor de la participación como instrumento posibilitador de la buena administración en la toma de la decisión.

¹⁰⁴⁹ Tanto en lo que se refiere al procedimiento de adopción de actos como al de reglamentos o planes. En cuanto a los primeros, nos parece incomprensible la ausencia de regulación en la LRJPAC de la participación en la elaboración de reglamentos. Vid. *infra* en el capítulo siguiente lo que se dice en relación a este aspecto. Respecto a los planes administrativos, consideramos que la regulación de la participación en los mismos debería incluirse también en la LRJPAC. Ante la ausencia de esta regulación general, entendemos que diversos preceptos sectoriales forman parte del procedimiento administrativo común, como vimos ha declarado la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 25 c), en relación con el art. 113.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. En este sentido, por ejemplo, consideramos que el actual art. 6 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de

Teniendo en cuenta el art. 105 a) CE y su traducción procedimental en la ley de procedimiento común, el legislador autonómico puede modular la regulación de la participación procedimental, sin contravenir ésta última¹⁰⁵⁰. Al legislador sectorial - estatal, autonómico o local, en el ámbito de sus respectivas competencias - corresponderá, cuando proceda a formalizar procedimientos administrativos, articular las técnicas participativas que considere oportunas, sin vulnerar, por supuesto, la regulación del procedimiento común¹⁰⁵¹. Finalmente, no vemos inconveniente en que las propias Administraciones, respetando la normativa común y sectorial, procedan a diseñar instrumentos complementarios de participación procedimental, formalizándolos mediante reglamentos, posibilidad a que se

espacios naturales, es un precepto conectado con el art. 149.1.18 CE. Como ha indicado la STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 13, el contenido de este artículo "no es sino una remisión a un mandato constitucional de aplicación general, directa e inmediata", reflejado en el art. 105 a) CE. Por ello, consideramos que este precepto, referido a la participación en los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, *forma parte del procedimiento administrativo común*, y entronca con el art. 149.1.18 CE, a pesar de que la Disposición Adicional 5ª de la Ley lo conecte exclusivamente con la competencia estatal en materia de medio ambiente (art. 149.1.23 CE).

¹⁰⁵⁰ Es lo que ha hecho, por ejemplo, la Comunidad Autónoma catalana en relación a la participación en el procedimiento de elaboración de reglamentos, en el art. 64 de la Ley 13/1989. CASES PALLARES, L., "La llei 13/1989...", op.cit., pp. 240 y ss., ha señalado que la regulación catalana, al ser un desarrollo más restrictivo del art. 105 a) CE que la LPA de 1958, sería inconstitucional. Sin embargo, la STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 1994 ha afirmado la constitucionalidad del precepto de la ley catalana, siempre que se interprete que no configura una facultad discrecional, sino "una regla general de la participación ciudadana (...) cuyas excepciones, en atención a las circunstancias objetivas que los justifiquen, han de ser - eso sí - reguladas por ley".

¹⁰⁵¹ Pero pudiéndola completar o mejorar, introduciendo, por ejemplo, la figura de un encargado de recoger las alegaciones y ponderarlas, para su posterior elevación al órgano encargado de resolver, en la línea de las *enquêtes* francesas. En la doctrina española, FORTES ENGEL, J.M., *La información pública...*, op.cit., pp. 111 y ss, o SANCHEZ MORON, M., *La participación...*, op.cit., pp. 190 y ss, han llamado la atención sobre la necesidad de buscar fórmulas que revitalicen la virtualidad y utilidad de la participación. Sobre las *enquêtes*, vid., por ejemplo, HOSTIOU, R. y HÉLIN, J-C., *Droit des enquêtes publiques*, Le Moniteur, Paris, 1993, y en el ámbito específico de la expropiación forzosa, BAÑO LEON, J.M., "Aproximación al régimen jurídico de la expropiación forzosa...", op.cit., pp. 200 y ss.

refiere el art. 86.4 LRJPAC¹⁰⁵².

En definitiva, corresponderá al legislador una labor configuradora desde la base ofrecida por el art. 105 a), si bien éste estará "sometido a límites como los derivados de la interdicción de la arbitrariedad - art. 9.3 CE - y del derecho de igualdad -art. 14 CE" (STC 119/1995, de 17 de julio). Asimismo, la relación entre el principio de participación y la buena administración (arts. 9.3, 103.1, 31.2 CE) deberá ser tomada en cuenta por el legislador al configurar la intervención ciudadana en el procedimiento de elaboración de decisiones discrecionales y las posibles limitaciones a la misma¹⁰⁵³.

¹⁰⁵² En referencia al art. 86.4 LRJPAC, vid. JIMENEZ CRUZ, J.M., "Iniciación...", op.cit., pp. 567 y ss., aunque se muestra escéptico sobre las posibilidades de éxito de fórmulas alternativas no tradicionales en nuestro país. No compartimos este escepticismo, por cuanto los argumentos que se ofrecen (resistencia de los ciudadanos, falta de tradición, incomodidad) no nos parecen de peso. Por el contrario, el diseño y puesta en práctica de fórmulas imaginativas pueden ayudar a *flexibilizar* y *acelerar* el procedimiento, como reconoce este autor. En cualquier caso, estas ventajas deberán ser confrontadas con los posibles costos económicos y temporales que puedan crearse, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada concreto ámbito antes de proceder al diseño de la participación procedimental. Vid. también en relación a esta cuestión el art. 69.2 LBRL, que alude a la posibilidad de las Corporaciones Locales de establecer, en virtud de su potestad de autoorganización, "formas, medios y procedimientos de participación". Así, por ejemplo, el Ayuntamiento de Barcelona ha procedido, mediante sus Normas Reguladoras de la Organización de los Distritos y de la Participación Ciudadana, a establecer la audiencia pública como un mecanismo complementario de participación, el cual ha sido utilizado, entre otras ocasiones, durante el procedimiento de cambio de calificación urbanística de los terrenos donde se asentaba el hoy demolido estadio de fútbol del Real Club Deportivo Espanyol.

Sobre técnicas de participación complementarias de las tradicionales, vid. SUBIRATS, J., "Democracia: participación...", op.cit., pp. 40 y ss. Estos mecanismos ya han sido ensayados, por ejemplo, en el municipio de Rubí, para la formación de decisiones urbanísticas. En este municipio catalán se ha empleado la fórmula de crear un consejo ciudadano, formado por residentes en Rubí mayores de 16 años, elegidos aleatoriamente, los cuales, tras recabar la información que consideran pertinente, expresan su parecer, el cual no vinculante para el municipio. Al respecto vid. *El país*, de 22 de mayo de 1997. En referencia a las experiencias existentes en España sobre los Nucleos de Intervención Participativa, vid. FONT, J., "Los Núcleos de Intervención Participativa (NIP): análisis de tres experiencias", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, num. 5-6, 1996, pp. 143 y ss.

¹⁰⁵³ Pues, como ya sabemos, "una interpretación sistemática del texto constitucional derivada de los principios que la inspiran, y en particular del art. 9.1 (...), se deriva que la sujeción a la Constitución, entendida como deber negativo de no actuar contra ella, se aplica a todos y que esta sujeción actúa como deber positivo de obrar con arreglo a la misma, respecto a quienes son titulares de poderes públicos..." (STC 122/1983, de 16 de diciembre).

En consecuencia, la no apertura de canales participativos en la elaboración de decisiones discrecionales de alcance general, o las excepciones injustificadas a la apertura de trámites

Junto a un mandato al legislador, el art. 105 a) CE contiene también, como avanzábamos, un *derecho* de participación procedimental. Derecho constitucional, aunque no fundamental, como ha sido matizado por el TC¹⁰⁵⁴. Éste, en diversas sentencias, como por ejemplo la 57/1984, de 25 de abril, FJ 2 y la 119/1995, de 17 de julio, FJ 6, ha negado que el derecho de participación en el procedimiento administrativo tenga engarce con el art. 23.1 CE¹⁰⁵⁵. En concreto, la segunda de las sentencias citadas, recaída a propósito de la demanda de amparo por la omisión de un trámite de información pública en la tramitación de un Plan especial de urbanismo, señala que "para que la participación regulada en una Ley pueda considerarse como una concreta manifestación del art. 23 CE es necesario que se trate de una participación política, es decir, de una manifestación de la soberanía popular, que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo", supuesto éste último de "las distintas modalidades de

participativos pueden suponer una vulneración del art. 105 a) CE, en conexión con los otros preceptos constitucionales citados, lo que podría llegar a provocar la inconstitucionalidad de la Ley.

¹⁰⁵⁴ Como es sabido, diversos autores han abogado por la inclusión de la participación procedimental en el art. 23.1 CE. Así, vid. por ejemplo SANCHEZ BLANCO, A., "Los derechos de participación...", op.cit., pp. 220 y ss., PEREZ MORENO, A., "Crisis...", op.cit., pág. 107, o PEREZ TÓRTOLA, A., "La intervención del ciudadano...", op.cit., pp. 103 y ss.

Incluso el TS se había mostrado favorable a la inclusión de la participación procedimental en el ámbito del art. 23.1 CE. Vid. por todas la STS de 19 de mayo de 1988 (Ar. 5060) (Sala de Revisión), que declaró que "la intervención de los individuos o de los grupos en la formación de la voluntad administrativa para el ejercicio de la potestad reglamentaria no es sino una manifestación concreta del derecho que los españoles tienen a participar en los asuntos públicos, directa o indirectamente (art. 23)...".

En contra, vid. por ejemplo DIEZ SANCHEZ, J.J., *El procedimiento...*, op.cit., pp. 162 y ss., quien afirma que "una exégesis diferente de la extraída por el TC a propósito del artículo 23, convertiría en preceptos superfluos o contradictorios los mandatos que la CE efectúa en los apartados a) y c) del artículo 105, en la medida que éstos - verdaderos preceptos reguladores de la participación en el procedimiento - recortarían inútilmente la efectividad de un derecho consagrado como fundamental en la misma norma suprema", y EZQUERRA HUERVA, A., "Entorn de la participació ciutadana...", op.cit., pp. 332 y ss.

¹⁰⁵⁵ Con las consecuencias que ello comporta, es decir, innecesariedad de regulación mediante ley orgánica e imposibilidad de impetrar amparo constitucional, como subraya LOPEZ GUERRA, L., "El derecho de participación del art. 23.1 C.E.", en AA.VV., *Los derechos fundamentales...*, vol.II, pp. 1171 y ss.

referendum" (arts. 92, 149.1.32, 151.1, 152.2, 167.3 y 168.3 CE), del "denominado régimen del concejo abierto" (art. 140 CE) o de la "iniciativa legislativa popular" (art. 87.3 CE).

Sin embargo, la omisión de la información pública no supone la vulneración de un derecho fundamental, pues "el derecho de participación que se considera vulnerado no es un derecho de participación política incardinable en el art. 23.1 CE". Ahora bien, la STC 119/1995, de 17 de julio, tiene también una lectura en positivo, por cuanto afirma que el derecho a participar en los procedimientos administrativos es un *verdadero derecho subjetivo, cuya relevancia no puede ser desdeñable y que nace de la Ley, la cual determinará su eficacia jurídica y le dará la configuración que desee, aunque con sumisión a límites tales como los derivados de los arts. 9.3 (interdicción de la arbitrariedad) y 14 (derecho de igualdad) (FJ 4 y 6).*

Si bien coincidimos respecto a la apreciación de que es la Ley - en cumplimiento del mandato del art. 105 a) CE - la que establece el *concreto derecho subjetivo* de participación procedimental, configurando las modalidades y limitaciones en cumplimiento de la obligación constitucional, creemos que el art. 105 a) contiene, en sí mismo, un *derecho constitucional* no fundamental que permite a los ciudadanos impugnar los reglamentos o actuaciones que nieguen esa participación¹⁰⁵⁶. En este sentido, la STS de 2 de octubre de 1995 (Ar. 6989)

¹⁰⁵⁶ Afirma la existencia de este derecho CASTELLÀ ANDREU, J.M., "La participación...", op.cit., pág. 47, y EZQUERRA HUERVA, A., "Entorn de la participació ciutadana...", op.cit., pp. 335 y ss.

SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 453, se refiere a la existencia de un tipo de normas constitucionales "cuyo contenido precisa inexcusablemente de una operación concretizador, bien mediante normas, bien mediante la puesta en práctica de políticas públicas específicas tendentes a la consecución de los fines constitucionalmente impuestos"; su incumplimiento generaría "el reconocimiento a los ciudadanos de un derecho reaccional a impugnar las normas y actos concretos que se aparten ostensiblemente de estas directrices". Este creemos que es el caso del art. 105 a) CE.

ha declarado que si bien "en el contenido del art. 23.1 - participación política - no está comprendido el derecho a participar en la tramitación administrativa", en el caso concreto mediante la técnica de la información pública, este "derecho tiene su encuadre en el artículo 105 de la CE".

En cuanto a *quién* estaría facultado para participar en la elaboración de las decisiones discrecionales, tendría ser la LRJPAC la que aclarara este punto, que debería ser respetado por la legislación sectorial, al configurar definitivamente el derecho subjetivo de participación. Sin embargo, creemos que una interpretación sistemática del art. 105 a) CE permite fijar algunas pautas generales, asociadas directamente al derecho contenido en este apartado. La conexión del art. 105 a) con el deber de buena administración, el principio democrático, el principio de transparencia y el valor dignidad del art. 10.1 CE, debe conducir a la conclusión de que la referencia a los "ciudadanos" y a su participación en los procedimientos de elaboración de decisiones "que les afecten" debe posibilitar la más amplia participación posible, a fin de que el núcleo metajurídico de la discrecionalidad pueda verse orientado, influido por las aportaciones realizadas.

El art. 105 a) debe interpretarse, en nuestra opinión, como un precepto que faculta la participación en el procedimiento de formación de las decisiones de aquéllos que lo deseen, siendo el dato clave *la voluntad de participar*. Cuando se trata de elaborar decisiones discrecionales, la participación tiene por objeto, como repetidamente se ha sostenido, poner de relieve los intereses envueltos así como permitir la aportación de críticas, sugerencias, alternativas, etc., que posibiliten el estudio del acierto de la decisión por el órgano decisor. En consecuencia, la lógica y sentido de la participación debe ser la inclusión, durante la formación de la decisión, del mayor número posible de orientaciones provenientes de los ciudadanos. Como señala BOBBIO, cuando se trata de situaciones decisionales con un alto

número de actores, de potenciales intereses involucrados, cabe desarrollar dos estrategias opuestas: "la via dell'*esclusione* e quella dell'*inclusione*. La strategia esclusiva mira a riservare l'accesso all'arena decisionale el *minor numero* possibile di attori, ossia a quelli che detengano le risorse chiave. La strategia inclusiva consiste, all'oposto, nell'aprire il processo decisionale al *maggior numero* di attori possibile. Le due strategie si basano su principi antitetici: la prima si fonda sulla *segretezza*, la seconda sulla *pubblicità*; la prima punta sulla *qualità del progetto*, la seconda sulla *qualità dell'adesione al progetto* (...); la prima mira a prevenire o impedire i conflitti, la seconda tente piuttosto a sollecitarli e a tentare di risolverli. La prima si ispira a principi efficientistici, la seconda a principi pluralistici"¹⁰⁵⁷. Si bien es frecuente que instintivamente los administradores prefieran la estrategia exclusiva¹⁰⁵⁸, ésta presenta graves problemas, por cuanto cerrar el procedimiento administrativo conlleva un exacerbamiento de la conflictividad social, con el consiguiente aumento de litigiosidad y la correlativa pérdida de efectividad de las decisiones adoptadas¹⁰⁵⁹.

Teniendo en cuenta el contexto constitucional ya aludido, entendemos que el art. 105 a) CE apuesta por una estrategia *inclusiva*, o, en la terminología de GIANNINI, por un principio de "libre introducción de intereses". Como sostiene MALARET, "parece que el único dato claro es de la voluntad o valga la redundancia "*interés en participar*"", sobre todo

¹⁰⁵⁷ BOBBIO, L., *La democrazia...*, op.cit., pp. 76 y 77.

¹⁰⁵⁸ BOBBIO, L., *La democrazia...*, op.cit., pág. 81: "Gli iniziatori preferiscono istintivamente affidarsi a processi decisionali chiusi ed esclusivi per ragioni facilmente comprensibili (anche se risultano spesso miopi): essi temono infatti che l'apertura dell'arena determini una situazione incontrollabile ed esponga il processo ai ricatti di piccole minoranze combattive. La letteratura internazionale e qualche esperienza realizzata sul piano locale mostrano tuttavia che i margini di incertezza possono essere ragionevolmente tenuti sotto controllo anche in presenza di diritti di accesso particolarmente estesi".

¹⁰⁵⁹ BOBBIO, L., *La democrazia...*, op.cit. pp. 78 y ss.

sí se considera que "en muchos casos existe únicamente una expectativa y esto es en los supuestos de potestades discrecionales que constituyen precisamente el campo en el que la participación de los intereses puede ser más fértil. El enfoque procesal propio de la jurisprudencia y de una parte de la doctrina introduce una dificultad suplementaria puesto que en el ámbito del procedimiento no existe todavía decisión. Con lo cual difícilmente podrá individualizarse la situación jurídica en términos de legitimación"¹⁰⁶⁰. En la misma línea, Tomás-Ramón FERNANDEZ ha notado que, "no hay que olvidar, por otra parte, que la participación ciudadana en el procedimiento no cumple sólo, ni preferentemente siquiera, una finalidad garantizadora del particular, sino que, más bien, pretende asegurar a la propia Administración una colaboración que ésta necesita para asegurar no sólo la corrección y oportunidad de sus decisiones, sino también su aceptabilidad social, y, en consecuencia, su más fácil puesta en práctica y su eficacia en una palabra, que muchas veces padece por esas razones, precisamente"; por ello debe permitirse la participación en el procedimiento a quien quiera hacerlo, pues "el que se decide a actuar es siempre el mejor juez de su propio interés y su misma actuación la mejor prueba del interés que invoca"¹⁰⁶¹.

En consecuencia, la participación procedimental prevista en el art. 105 a) CE tiene como finalidad "instar a *quienes tengan interés o lo deseen* a expresar sus opiniones para que

¹⁰⁶⁰ MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pp. 316 y 317.

¹⁰⁶¹ FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "Los principios constitucionales...", op.cit., pp. 109 y ss., donde se insiste en que "nadie, en efecto, se toma la molestia - que lo es, y grande - de participar en un procedimiento, viviendo como vivimos todos en la sociedad de nuestros días auténticamente acosados por múltiples y agobiantes requerimientos, si no hay en él un interés real y efectivos en el objeto y el resultado de ese procedimiento. El hecho mismo de hacerlo evidencia que ese concreto sujeto se ha destacado ya por propia voluntad del grueso de los simples ciudadanos que contemplan pasivamente el espectáculo de la vida pública cotidiana y esa acción de destacarse del común, rompiendo la inercia de la pasividad, merece por sí sola un reconocimiento social: el de admitir el interés que le mueve y considerarlo bastante para estimar legítima su presencia y participación en el procedimiento, siquiera sea a los efectos de formular alegaciones, proponer pruebas y aportar elementos de juicio susceptibles de contribuir a una correcta decisión (con el único límite, eficaz en sí mismo si se administra bien, del abuso de Derecho: art. 7º, 2 del Código civil)".

sirvan de fuente de información de la Administración y puedan favorecer así el acierto y oportunidad de la medida que se vaya a adoptar, así como establecer un cauce para la defensa de los intereses individuales o colectivos *de los potencialmente afectados*" (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 6)¹⁰⁶². En consecuencia, como ha sido notado por la STC 61/1985, de 8 de mayo, FJ 3, en referencia al procedimiento de elaboración de reglamentos, "en tal procedimiento no hay interesados que tengan que ser llamados a adoptar en el mismo la posición de "interesados". La audiencia de los ciudadanos directamente o a través de organizaciones y asociaciones [art. 105 a) de la Constitución] no constituye ni a aquéllos ni a éstas en interesados en el sentido de partes procedimentales necesarias. Se trata de un caso de participación funcional en la elaboración de disposiciones de carácter general, directamente o mediante organizaciones de representación de intereses, a las que, aun participando en el procedimiento (...) no se les asigna el carácter de parte procedimental (o interesado), con lo que ésto entraña a los efectos de su llamada al ulterior proceso contencioso-administrativo".

Consideramos erróneo, en consecuencia, la aplicación de los conceptos de "interesado" en el procedimiento (art. 31 LRJPAC), "audiencia" en sentido técnico (art. 84 LRJPAC) o "legitimación", a efectos de recurso contencioso, a la esfera de la participación procedimental.

Los participantes en los trámites participativos (el más clásico de ellos es el de información pública) no tienen que ser necesariamente interesados. Son ciudadanos que participan y que - una vez personados, si poseen "intereses legítimos, individuales o colectivos" que "puedan resultar afectados por la resolución" (art. 31.1 c) LRJPAC) - pueden

¹⁰⁶² En referencia específica a la información pública urbanística, aunque lo entendemos aplicable a cualquier mecanismo de participación procedimental.

constituirse *a posteriori* en interesados en sentido técnico. Ser interesado, pues, no es un requisito para participar que deba ostentarse *a priori*, sino un estado que se adquiere tras la participación sólo si, efectivamente, el participante además tiene intereses legítimos envueltos en la decisión a elaborar¹⁰⁶³. Esto es lo que dice el art. 86.3 LRJPAC, cuando señala que "la comparecencia en el trámite de información pública no otorga, por sí misma, la condición de interesado", desligando la condición de participante, propia de "quienes presenten alegaciones u observaciones", es decir, cualquier ciudadano que quiera participar, de la condición de interesado, cuya definición técnica se contiene en otro precepto (el art. 31, como ya nos consta)¹⁰⁶⁴.

La Administración no está obligada a llamar a todos los potenciales afectados por una decisión, aún no tomada, pues, precisamente, uno de los objetivos de la participación es descubrir qué intereses están envueltos y, por tanto, detectar interesados en sentido técnico¹⁰⁶⁵. Una vez identificados éstos, y los trámites de participación ciudadana pueden ser especialmente útiles para ello, la Administración, ahora sí, deberá comunicarles la tramitación del procedimiento (art. 34 LRJPAC), y, en su caso, ofrecerles el trámite de audiencia (art. 84 LRJPAC). Sin embargo, no es descartable que en determinados tipos de

¹⁰⁶³ Como señala POU VIVER, T., "Información pública", op.cit., pág. 561.

¹⁰⁶⁴ En este sentido, por ejemplo, STS de 24 de octubre de 1984 (Ar. 6193), en referencia a las informaciones públicas urbanísticas, afirma que "el sólo hecho de comparecer en la información pública no confiere la condición de interesado...".

¹⁰⁶⁵ En palabras de las SSTS de 24 de octubre de 1984 (Ar.6193) y de 10 de octubre de 1989 (Ar. 7351), en referencia específica a la participación en el procedimiento de elaboración de los planes de urbanismo, "el trámite de información pública no puede confundirse, por su propia naturaleza, con el de audiencia de los interesados, aunque en algunos concretos y determinados procedimientos especiales pueda sustituirlo; pero con referencia concreta al procedimiento de elaboración y aprobación de Planes que afectan a la generalidad de la población y a numerosísimos e indeterminados intereses concretos, resulta evidente que su finalidad no es la de garantizar ningún interés singular, sino la de proporcionar a la Administración un mayor y mejor número de datos que puedan propiciar una decisión más justa y objetiva, mediante una consulta previa, abierta a toda clase de alegaciones y sugerencias"

decisiones a adoptar, pese a poder incidir potencialmente en numerosos intereses, pueda conocerse de antemano que determinados ciudadanos van a ser afectados con seguridad por la resolución que se tome. En tales supuestos, consideramos que debería combinarse la apertura de un trámite de participación abierto a quienes deseen participar con una notificación del mismo a esos específicos ciudadanos, dada su condición de interesados en el sentido técnico-jurídico del término¹⁰⁶⁶. Pero en este caso, no nos encontraremos ya en el ámbito del art. 105 a) CE, sino en el del apartado c) de este precepto, en el que prevalece

¹⁰⁶⁶ En determinados casos, la normativa prevé un trámite de información pública, que a la vez actúa como audiencia para el caso de aquéllos interesados que puedan ser identificados *a priori*. Es el supuesto contemplado en la legislación urbanística para la elaboración de los planes parciales que tengan por objeto urbanizaciones de iniciativa particular (art. 139.2 RP: "se citará personalmente para la información pública a los propietarios de los terrenos comprendidos en el plan"), de los planes especiales promovidos por ciudadanos (art. 147.3 RP, que los equipara a los planes parciales de iniciativa particular) y de los estudios de detalle (art. 140.3 RP: "la apertura del trámite de información pública (...) se notificará personalmente a los propietarios y demás interesados directamente afectados, comprendidos en el ámbito territorial del Estudio de Detalle". Vid. al respecto la STS de 15 de noviembre de 1995 (Ar. 8336), que conecta el citado art. 140.3 RP con el art. 105 c) CE, destacando "que tiene como fundamento evitar la indefensión"). Sobre la obligación de notificar la apertura de la información pública en estos casos, vid. POU VIVER, T., "Planificación urbanística", op.cit., pág. 833, y TRAYTER, J.M., *El control...*, op.cit., pp. 175 y ss, quien critica, acertadamente en nuestra opinión, que los planes parciales y especiales de iniciativa pública queden al margen de esta obligación de notificación, al no existir ninguna razón que justifique esta discriminación legal.

Otro ejemplo lo constituye el procedimiento de elaboración de ordenanzas municipales (art. 49 LBRL), donde se menciona la apertura de un procedimiento de información pública y audiencia de los interesados. La STS de 14 de junio de 1994 (Ar. 4597) señala que se trata de "un trámite único, cuya función consiste precisamente, en que la Administración localice e identifique a los interesados propiamente dichos, y pueda ponderar y confrontar con el interés público los datos, sugerencias y reclamaciones que aporten, antes de la aprobación definitiva del texto". El alcance territorial de las ordenanzas municipales explica que puedan existir interesados detectables por la Administración, lo que "no obliga sólo a la normal publicación oficial del acuerdo de apertura del trámite de información pública y audiencia a los interesados, sino también a efectuar una notificación individual (...) del acuerdo de apertura del trámite en todos aquellos casos en que existan afectados o interesados que estén claramente determinados y resulten conocidos por la Administración que promueve el proyecto de Ordenanza", lo que no ocurre cuando se pueda afectar a "una categoría completa de personas, como todos los titulares de licencias concedidas o todos los contribuyentes inscritos en un Padrón de Radicación".

En realidad, en estos supuestos sólo aparentemente se confunden ambos trámites. De hecho, se funden en un mismo momento procedimental ambos, si bien continúan manteniendo sus propias características. En este sentido FORTES ENGEL, J.M., *La información pública...*, op.cit., pp. 74 y ss..

el aspecto garantista o defensivo, a diferencia de los mecanismos de participación ciudadana, en los que, aun pudiendo existir un elemento defensivo, predomina el aspecto de colaboración en el desarrollo de la función administrativa. Dada la riqueza de supuestos de la práctica administrativa, ante cada tipo de decisión la normativa reguladora y la Administración deberán combinar sensatamente el uso de los trámites de participación abierta con la llamada a los mismos de determinados interesados específicamente afectados¹⁰⁶⁷.

La participación se desarrolla durante el procedimiento de elaboración de la decisión administrativa, no durante un proceso judicial. En consecuencia, no debe ser trasladable al ámbito de la participación administrativa, dirigida a posibilitar la ilustración y orientación del

¹⁰⁶⁷ La diferencia entre los trámites dirigidos a posibilitar la participación ciudadana, señaladamente el de información pública (art. 105 a) CE) y la audiencia (art. 105 c) CE) es puesta de relieve por GONZALEZ PEREZ, J., y GONZALEZ NAVARRO, F., *Régimen jurídico...*, op.cit., pp. 685 y ss., al destacar que "son trámites que obedecen a finalidad distinta y están sometidos a distinto régimen jurídico los de información pública y audiencia y vista a los interesados. Mientras el primero es el cauce formal de la participación ciudadana - para que cualquiera pueda aportar cuantas sugerencias y datos contribuyan al acierto de la disposición general -, el segundo trata de dar oportunidad a los que ostenten la condición de interesados de defender sus derechos o intereses legítimos. En la información pública domina la idea de la garantía del interés público, y en el segundo la de la garantía de los derechos e intereses de los particulares.

De ahí que mientras el segundo es esencial, ineludible en todo procedimiento administrativo que tenga por objeto dictar un acto administrativo, será excepcional en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales. Por el contrario el trámite de información pública no tiene sentido en los procedimientos que terminan en resolución que afecte a determinados derechos o intereses legítimos, y juegan un papel importantísimo en los de elaboración de disposiciones generales".

RODRIGUEZ PONTON, F.J., "Participació ciutadana...", op.cit., pp. 272, por su parte, en referencia a la elaboración de reglamentos, destaca acertadamente que el predominio de la idea colaborativa en la participación procedimental no excluye el elemento de garantía pues "que un ciutadà o grup participi en en un procediment en defensa dels seus interessos particulars no vol dir que la seva aportació no es pugui considerar a la vegada un punt de vista per considerar de cara a procurar l'encert de la norma. No existeix, així, cap obstacle per parlar de complementarietat, i no pas d'incompatibilitat, entre ambdues facetes".

En el mismo sentido, en el ámbito de la participación en la elaboración de planes de urbanismo, POU VIVER, T., "La información pública...", op.cit., pág. 94, subraya que "la información pública aparece destinada mucho más a facilitar la colaboración pública como instrumento que posibilite el mayor acierto en el plan, que a tutelar posibles derechos o intereses afectados". Como señala la STS de 4 de junio de 1985 (Ar. 3208), la información pública tiene "una indiscutible finalidad de aportación de datos y elementos de juicio con vistas al mayor acierto y perfección de la actuación administrativa", aunque también reviste "un marcado carácter de ocasión u oportunidad para los eventuales interesados o afectados de alegar o reclamar en defensa de sus intereses respectivos".

órgano administrativo decisor en su servicio al interés general, la técnica de la *legitimación procesal* propia del proceso contencioso, que es un mecanismo de defensa de derechos e intereses concretos. Esta aplicación analógica, sostenida por alguna doctrina y jurisprudencia¹⁰⁶⁸, entendemos que carece de sentido y distorsiona, al reducirlo artificialmente, el sentido de la participación procedimental, que debe constituirse en un útil instrumento para la Administración, la cual puede conocer qué intereses existen y cuáles son las alternativas que se proponen. La posibilidad de participar en un procedimiento - que debe corresponder a cualquier ciudadano que muestre la voluntad de hacerlo - no es equivalente a la posibilidad de impugnar judicialmente la decisión finalmente adoptada - momento en que sí entrará en juego la legitimación procesal y la exigencia de la afectación de un interés legítimo para impetrar la tutela judicial. Son momentos y supuestos distintos, en absoluto equiparables¹⁰⁶⁹. En definitiva, podrá participar en la elaboración de la decisión quien

¹⁰⁶⁸ En la doctrina, vid. por ejemplo DIEZ SANCHEZ, J.J., *El procedimiento...*, op.cit., pp. 177 y ss., donde se señala que "no compartimos que sea una exigencia constitucional, ni una necesidad o conveniencia para el actuar administrativo, dejar expedita la intervención en el procedimiento prescindiendo de todo referente legitimador, o lo que es igual, haciendo radicar éste en la mera condición de ciudadano". Sin embargo, en la justificación de esta postura parece detectarse una confusión entre la participación en el procedimiento administrativo y la legitimación en el proceso contencioso, de tal forma que una abundante litigiosidad es vista como consecuencia ligada a una amplia participación procedimental. Vid. al respecto pág. 181 *in fine* y pp. 182 y 183.

En la jurisprudencia, la STS de 19 de mayo de 1988 (Ar. 5060), recaída a propósito de la participación en el procedimiento de elaboración de un reglamento, vincula la participación "al planteamiento de la legitimación activa, si se recuerda que ésta consiste en una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro pero cierto", mostrándose la discrepancia con la STC 61/1985, de 8 de mayo, anteriormente citada.

¹⁰⁶⁹ De ahí la crítica dirigida por ANDREANI, A., "Funzione amministrativa...", op.cit., pp. 673 y ss., al artículo 9 de la Ley italiana de 7 de agosto de 1990, que tendrán la facultad de comparecer en el procedimiento "cualquier sujeto que ostente intereses públicos o privados, así como quienes ostenten intereses colectivos constituidos en asociaciones o agrupaciones, a los que pueda ocasionar algún perjuicio la resolución". Este último inciso casa mal con el papel de la participación como instrumento de colaboración en el desarrollo de la función administrativa, pues la referencia al perjuicio "sembra escludere la riconduzione del pregiudizio nell'area oggettiva della funzione. Si configura invece una sorta di procedura amministrativa contenziosa in cui il possibile contraddittorio si allarga a tutti i possibili oppositori e non solo a chi possa esprimere un interesse secondario, ma pur di rilevanza pubblica. Come giustamente è stato osservato, la disciplina definitiva della L. 241

quiera hacerlo; se dará trámite de audiencia a los interesados en sentido técnico (art. 31 y ss. LRJPAC), condición que no se adquiere por la simple participación; podrá impugnar la decisión ya adoptada quien posea un interés legítimo en hacerlo.

Consideramos que la referencia a la afectación del art. 105 a) CE *no* enlaza con "la panoplia conceptual de derechos e intereses"¹⁰⁷⁰. Lo importante es, repetimos, la voluntad de participar. En este sentido, nos parece acertada la regulación del art. 30.2 a) del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y peligrosas, que señala la necesidad de abrir un trámite de información pública durante el procedimiento de concesión de una licencia, en el que podrán comparecer "*quienes se consideren afectados de algún modo por la actividad que se pretende establecer*". Para ser participante basta la sensación subjetiva de afectación¹⁰⁷¹.

Evidentemente, esa participación *debería fomentarse* desde los poderes públicos, de modo que se asegurase que los colectivos sociales con menor poder social y económico tuvieran adecuada *noticia* de la existencia del trámite participativo, tiempo para preparar sus argumentos y posibilidades de comparecer presentando alegaciones *preparadas y fundadas*. Esta necesidad de fomentar la participación deriva tanto del art. 9.2 CE como del hecho de

su questo punto, differenzia e svaluta il valore dell'intervento negli atti amministrativi generali e pianificatori, perché sembra escludere il carattere di posizione soggettiva degli interessi secondari, attinenti a tali fattispecie, confermandone, se del caso il significato di un contributo collaborativo, conformemente alla interpretazione attuale".

¹⁰⁷⁰ SANCHEZ BLANCO, A., "Sujetos, actores y...", op.cit., pág. 1572, quien sí cree, a diferencia de lo que se expone en el texto, que el art. 105 a) CE "obliga a pasar a ciudadanos individuales, asociaciones u organizaciones ante la "carga de la prueba" de una tangible afección o incidencia de la norma en elaboración sobre su *status* personal, asociativo u organizativo...".

¹⁰⁷¹ Aunque a la vez se señala que "se hará, además, notificación personal a los vecinos inmediatos al lugar del emplazamiento propuesto". Este es un ejemplo de la sensatez a la que se hacía alusión con anterioridad, al combinar un trámite abierto de participación con una llamada específica a aquéllos ciudadanos que es previsible se vean especialmente afectados por la actividad para la que solicita licencia.

que el deber de buena administración constitucional está íntimamente conectado con el elemento participativo¹⁰⁷².

Respecto a la noticia de la apertura del trámite de participación, las fórmulas clásicas en nuestro Derecho son la publicación en Diarios oficiales y en prensa¹⁰⁷³. Entendemos que la imaginación y los medios tecnológicos actuales ofrecen posibilidades de mayor difusión, todavía por explorar. Pensemos por ejemplo en el caso de la televisión, la radio o Internet. Se trata de medios que podrían facilitar el conocimiento por amplias capas de la sociedad - que no consultan los diarios oficiales y, frecuentemente, no prestan atención a los anuncios oficiales en los periódicos, lo que es comprensible - de la apertura de trámites participativos en los que podrían estar interesados en intervenir¹⁰⁷⁴. Existen aquí vías a

¹⁰⁷² Y existen concretas plasmaciones normativas de este deber. Vid. en el ámbito local los arts. 69.1 y 72 LBRL.

¹⁰⁷³ Vid. art. 86.2 LRJPAC (con referencia únicamente a la publicación en diarios oficiales) o arts. 125, 128.2, 138.2, 140.3 y 147.3 RP, en referencia a informaciones públicas de planes urbanísticos.

¹⁰⁷⁴ Pensemos por ejemplo en el caso de la televisión. Con la actual proliferación de televisiones locales, ¿sería mucho pedir que se intercalaran en su programación avisos dirigidos a la población informándola de la apertura de trámites de información pública en el ámbito urbanístico?. En este caso, como en otros, más que de dificultad técnica o de costo económico se trata de una cuestión de voluntad y concienciamiento de la importancia de la participación.

Por otro lado, existen medios de publicidad que no exigen ninguna tecnología y tienen un costo mínimo. Es el caso, por ejemplo, del anuncio de trámites de información pública urbanística mediante la instalación de paneles informativos en la vía pública, cerca del área donde se piensa llevar a cabo la regulación. Este sistema es empleado en los Estados Unidos y quien esto escribe puede dar fe de su utilidad. Vid. al respecto, ZIEGLER, *Rathkopf's the Law of Zoning and planning*, West Group, vol.I, epígrafes 10-13 y ss.

Por otro lado, sin movernos del ámbito urbanístico, entendemos que la normativa debería potenciar la función de las Asociaciones de Vecinos. La LBRL destaca el importante papel de estas asociaciones en su art. 72 (en Cataluña, vid. art 143 LMRLC). Entendemos que sería positivo, para el desarrollo de este papel, que la legislación sectorial urbanística, en sintonía con la LBRL, especificase la *necesidad de notificar la apertura del trámite de información pública*, en los instrumentos de alcance territorial inferior al Plan General, a la Asociación de Vecinos de la zona sobre la que va a incidir la futura ordenación urbanística, como portadora de los intereses colectivos de los vecinos del barrio.

explorar que consideramos de gran interés y que el legislador podría incorporar¹⁰⁷⁵.

En cuanto a la facilitación del acceso de grupos sociales con menor poder económico y social a los trámites participativos, se trataría de desarrollar una actividad de fomento que permitiera que estos colectivos tuvieran los medios precisos para intervenir en el procedimiento con la preparación técnica adecuada. En este sentido, una medida a impulsar sería la creación de *fondos de compensación* públicos, de los que pudieran resarcirse colectivos tales como las asociaciones de vecinos o los consumidores por los gastos derivados de su participación (asesoramiento técnico, jurídico, etc.), desarrollando así previsiones como la contenida en el art. 72 LBRL o en el art. 20.1 LCU¹⁰⁷⁶.

El predominio de la visión puramente garantista o defensiva y la confusión con la perspectiva de legitimación procesal, anteriormente criticados, creemos que ha conducido a la confusión reinante en torno a la participación ciudadana en un tipo específico de decisiones administrativas: los *reglamentos*. En torno a la intervención ciudadana en su procedimiento de elaboración se ha suscitado, como es sobradamente sabido, una abundante litigiosidad, referida a la preceptividad de la misma, así como a la determinación de los sujetos que deban ser llamados por la Administración al procedimiento. No creemos necesario repetir los términos de la evolución jurisprudencial, por todos conocida, que ha llevado al TS a interpretar el art. 130.4 LPA en el sentido de entender preceptivo el trámite de audiencia, así como a establecer la obligatoriedad de llamar a aquellas "Asociaciones o Colegios Profesionales que no sean de carácter voluntario y representen intereses de carácter general

¹⁰⁷⁵ De acuerdo con lo mantenido páginas atrás, entendemos que la posibilidad de innovación respecto a estos nuevos modos de dar noticia de los trámites participativos correspondería al nivel autonómico y local, en desarrollo de su competencia sobre procedimiento administrativo.

¹⁰⁷⁶ Existen experiencias de este tipo en Estados Unidos, donde leyes sectoriales han creado la obligación de determinadas agencias de compensar a ciudadanos que no poseen suficientes medios económicos los gastos generados por su participación.

o corporativo" (por todas, STS de 18 de octubre de 1993 (Ar. 9714), pudiendo ser oídas si lo solicitan, pero no debiendo ser llamadas por la Administración, aquéllas otras que sean de carácter voluntario¹⁰⁷⁷.

Más interesante nos parece la constatación de que la jurisprudencia que se ha ocupado de la participación en la elaboración de reglamentos *parte siempre de un postulado, a nuestro modo de ver, harto discutible*. Se trata de *la equiparación con el trámite de audiencia de los interesados de los actos administrativos*, hoy previsto en el art. 84 LRJPAC¹⁰⁷⁸. En consecuencia, la intervención de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de reglamentos se reduce a una audiencia de *interesados, enfocada desde postulados puramente defensivos y garantistas*¹⁰⁷⁹.

Esta perspectiva reduccionista y un tanto miope ha condicionado toda la interpretación jurisprudencial de la LPA. En esta ley latían los principios propios de un régimen antidemocrático, anclado en postulados corporativistas, lo que explicaba la redacción de los arts. 130.4 y 130.5¹⁰⁸⁰. El primero se ocupaba de la audiencia de intereses corporativistas, que tenía sentido en el contexto del régimen preconstitucional en que fue dictada la LPA, pero que hoy en día, con el principio de pluralismo político conectado al principio

¹⁰⁷⁷ Sobre la evolución de la jurisprudencia, vid. las referencias contenidas en la primera nota de este epígrafe, y, en especial, REBOLLO PUIG, M., "La participación...", op.cit., pp. 107 y ss., TRAYTER, J.M., "¿Son nulos...?", op.cit., pp. 18 y ss., y DELGADO BARRIO, J., "Participación ciudadana...", op.cit., pp. 120 y ss. L.

¹⁰⁷⁸ Vid. por todas las SSTS de 26 de abril de 1993 (Ar. 5031) y de 17 de junio de 1994 (Ar. 5256). Vid también el Dictamen núm. 952/92, de 16 de julio, del Consejo de Estado

¹⁰⁷⁹ Como pone de relieve REBOLLO PUIG, M., "La participación...", op.cit., pp. 111 y ss.

¹⁰⁸⁰ En este sentido, REBOLLO PUIG, M., "La participación...", op.cit., pág. 139, nota 88. La LPA, hasta su derogación por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, constituía la regulación de procedimiento común en relación con los reglamentos. Vid. en este sentido DELGADO BARRIO, J., "Participación...", op.cit., pág. 120.

democrático (art. 1.1 CE), carecía de razón de ser¹⁰⁸¹. En cambio, la regulación de la participación ciudadana propiamente dicha, articulada mediante el trámite de información pública (art. 130.5 LPA), revelaba "una actitud bastante poco favorable a este trámite"¹⁰⁸², puesto que su apertura se configuraba como discrecional ("cuando a juicio del Ministro, la naturaleza de la disposición lo aconseje")¹⁰⁸³, lo que ha llevado en la práctica a que este mecanismo no se haya apenas utilizado¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸¹ Como carecía también de razón de ser tras la Constitución la denominada "legitimación corporativa", que impregnaba el art. 28.1 b) LJCA y que ha sido eliminada por la jurisprudencia. Al respecto vid. TRAYTER, J.M., "La legitimación para impugnar reglamentos mediante el recurso contencioso-administrativo directo", *Revista Jurídica de Catalunya*, año XCV, núm. 1, 1996, pp. 203 y ss. Entendemos que, si bien en ámbitos distintos, tanto el art. 130.4 LPA como el 28.1b) LJCA respondían perfectamente al sistema político en el que fueron promulgados.

¹⁰⁸² SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 813.

¹⁰⁸³ En este sentido, STS de 17 de julio de 1996 (Ar. 6429): "la nulidad total de los Reales Decretos impugnados hay que rechazarla por las siguientes razones: a) en cuanto a la denuncia de falta del trámite de información pública, porque, por una parte, el artículo 130.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo no la establece con carácter preceptivo, dejando al juicio del Ministro correspondiente su apertura o no (...), y, por otra, porque el artículo 105 de la Constitución no la regula directamente, sino que remite a la Ley, y en el caso presente no hay ninguna regulación al respecto que haya sido infringida".

¹⁰⁸⁴ SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 813, señala que desde la entrada en vigor de la LPA "sólo se ha llevado a cabo en una ocasión, que sepamos (el anteproyecto de la Ley de Caza de 1970)". Recientemente podemos añadir, al menos, un supuesto más. Se trata del proyecto de Real Decreto de aplicación del régimen de autorización administrativa a REPSOL, S.A., y a determinadas sociedades de su grupo, que finalmente se convertiría en el Real Decreto 3/1996, de 15 de enero (BOE de 16 de enero de 1996). Este proyecto fue sometido a una información pública durante un período de información pública de 20 días hábiles, el cual fue anunciado en el BOE y en la prensa. Se cumplió así el mandato contenido en el art. 4.4 del Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, de desarrollo reglamentario de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación en determinadas empresas. Este art. 4.4 prevé que "el proyecto de Real Decreto de establecimiento del régimen de autorización administrativa deberá ser sometido, por el Ministerio competente, a información pública por un plazo de veinte días, conforme a lo previsto en el art. 130.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo". Nótese que este precepto convierte en obligatorio ("deberá") lo que en la LPA es meramente facultativo.

Un comentario de esta normativa, referida al establecimiento de un régimen de autorización en el caso de privatización de capital público en determinadas sociedades, puede consultarse en PONCE SOLÉ, J., "Una aproximación al fenómeno privatizador en España", *RAP*, núm. 139, 1996, pp. 353 y ss., y DE LA SERNA, M^a Nieves, "La enajenación de participaciones públicas en empresas que realizan actividades de interés público. Su regulación por la Ley 5/1995, de 23 de marzo", *RAP*, núm. 143, 1997, pp. 435 y ss.

Ante la deficiente regulación legal, totalmente indaptada a los postulados del actual Estado social y democrático de Derecho, la jurisprudencia ha realizado auténticos esfuerzos para intentar realizar una interpretación conforme a la Constitución de la LPA. Sin embargo, el enfoque garantista aludido ha provocado que los esfuerzos se hayan concentrado en la interpretación forzada del art. 130.4 LPA, desde una perspectiva puramente defensiva. Creemos que lo ya expuesto sobre las conexiones entre participación ciudadana y *buena administración*, así como las relaciones con los *principios democráticos y de transparencia*, debería conducir a una reconsideración de la cuestión de la participación en el procedimiento de elaboración de reglamentos. En nuestra opinión, debiera haberse abandonado el enfoque defensivo centrado en el art. 130.4 LPA, mediante su simple inaplicación, para evolucionar hacia una perspectiva participativa que debería haber primado una interpretación jurisprudencial del art. 130.5 acorde con el derecho constitucional del art. 105 a) CE¹⁰⁸⁵. Esto hubiera significado, desde nuestro punto de vista, entender que el art. 130.5 LPA, pese a su literalidad, contemplaba un trámite de información pública *obligatorio* en la elaboración de todo reglamento, al que, en principio, *no debería ser llamado ningún ciudadano ni asociación*¹⁰⁸⁶, *pero en el que podría comparecer cualquiera que quisiera*

¹⁰⁸⁵ DELGADO BARRIO, J., "Participación ciudadana...", op.cit., pág. 115, señala que la intervención en el procedimiento de elaboración de reglamentos "supera el sentido de la mera audiencia del interesado", pues "no se trata tanto de garantizar los derechos e intereses de los afectados en un caso concreto como de habilitar un cauce para la participación ciudadana prevista en el art. 105 a) CE".

¹⁰⁸⁶ Una excepción a esta regla sería la participación de Asociaciones de consumidores y usuarios, que deben ser llamadas para ser oídas "en las cuestiones que puedan afectar" a sus miembros (art. 51.2 CE), obligación que ha sido precisada por el art. 22 LCU. Sobre este artículo, vid. el comentario ya citado de CUCHILLO FOIX, M., en BERCOVITZ, R., y SALAS, J., *Comentarios...*, op.cit., pp. 627 y ss.

*hacerlo*¹⁰⁸⁷. Consideramos que la jurisprudencia podría haber salido del complejo laberinto en el que se situó con la interpretación a contrapié del art. 130.4 LPA, potenciando el *pluralismo* y la *transparencia* en el procedimiento de elaboración de reglamentos y posibilitando el cumplimiento del *deber de buena administración*.

Este enfoque propuesto de la participación en la elaboración de reglamentos debería completarse con una potenciación de la difusión y publicidad de la apertura del trámite participativo, mediante el uso de vías innovativas e imaginativas, más allá de la rutinaria publicación en los diarios oficiales, y del papel de las organizaciones representativas de intereses colectivos y difusos, en la línea de lo ya propuesto unas páginas más atrás con carácter general¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁷ En este sentido, vid. REBOLLO PUIG, M., "La participación...", op.cit., pág. 164, que considera la información pública como un trámite alternativo a la audiencia del art. 130.4 LPA, siendo un cauce "adecuado para dar completa satisfacción al art. 105 a) de la Constitución", y LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación...*, op.cit., pág. 351, trazando un paralelismo con la situación norteamericana - donde no existe llamada a determinados participantes, sino publicación del proyecto de norma en el "Federal Register" y apertura de un período de comentarios abierto al público en general -, considera "acertado instrumentar el trámite de audiencia en términos análogos a los ya prevenidos entre nosotros para la información pública (...): publicidad oficial del proyecto normativo y derecho de cualquiera de los comprendidos en la categoría genérica de los legitimados - ciudadanos o sujetos colectivos reconocidos - a formular su parecer por escrito", criterio que se funda en "razones prácticas" como la eliminación de "una fuente permanente de conflictos y el riesgo de la anulación misma de la norma por falta de audiencia de un sólo afectado, por poco que el conocimiento del parecer de éste hubiera previsiblemente incidido sobre el contenido de aquella". Insiste en la misma idea este autor en su prólogo al estudio de CARBONELL, E., y MUGA, J.L., *Agencias y procedimiento...*, op.cit., pág. 13.

¹⁰⁸⁸ Una idea en este sentido sería promover la existencia de un Registro General de Asociaciones, como el que prevé el art. 20 LCU o, a nivel local, el art. 236 del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (Vid. sobre el mismo las consideraciones que realiza la STS de 14 de junio de 1994 (Ar. 4597)). Las asociaciones inscritas voluntariamente en tal registro podrían entonces ser llamadas cuando se fueran a adoptar reglamentos relacionados con su objeto social, complementándose así la apertura de la información pública con su concreta notificación a las dichas asociaciones. Entendemos que esta podría ser una medida de fomento del asociacionismo y, en consecuencia, la participación procedimental, sin abocar a la Administración a la carga de localizar qué colectivos pudieran verse afectados por la regulación proyectada.

En referencia a la necesidad de apoyar el asociacionismo para lograr una mayor participación, vid. CASTELLÀ ANDREU, J.M., "La participación ciudadana...", op.cit., pág. 71, y SANCHEZ MORON, M., "Elementos...", op.cit., pág. 46. Sobre la creación de registros de asociaciones como

La regulación contenida en los arts. 129 y ss. LPA ha sido objeto de derogación por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, cuyo art. 24, apartados c), d) y e) se refieren a la participación en el procedimiento de elaboración de reglamentos¹⁰⁸⁹. La Ley en su Exposición de Motivos no menciona en ningún momento el art. 149.1.18 como título competencial habilitante, lo que hace suponer que el legislador no estaba pensando en el procedimiento común cuando se enfrentó a la cuestión del procedimiento reglamentario. En consecuencia, parece que, una vez derogada la LPA, no existiría procedimiento administrativo común, a menos que se interprete que las previsiones de la Ley del Gobierno lo son¹⁰⁹⁰.

En esta nueva regulación se opta por establecer dos formas distintas de participación ciudadana, manteniendo la clásica formulación. Por un lado, la Ley del Gobierno señala que "elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará *audiencia...* directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden

medio de dar cumplimiento al art. 9.2 CE, vid. ALONSO GARCÍA, E., "La participación de individuos...", op.cit., pág. 54.

¹⁰⁸⁹ Un primer problema que plantea esta regulación es el siguiente: ¿este procedimiento es aplicable sólo al ejercicio de la potestad reglamentaria por el Gobierno o también debe entenderse aplicable en el caso de la Administración?. El art. 23 menciona la potestad reglamentaria del Gobierno, aunque el art. 24 se refiere al procedimiento de elaboración de reglamentos, sin especificar que se trate sólo de los elaborados por el Gobierno. Quizás lo más razonable sea pensar que se trate de un procedimiento aplicable a todos los reglamentos, porque sino la derogación de la LPA dejaría entonces sin formalizar el procedimiento de elaboración de reglamentos provenientes de la Administración. Pero, en tal caso, pese a su título, la Ley no es sólo del Gobierno.

¹⁰⁹⁰ En este sentido, la Ley del Gobierno y la derogación de la LPA llevarían a sus últimas consecuencias la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 15/1989, de 26 de enero, que considera el procedimiento de elaboración de reglamentos un procedimiento de exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, no consideramos acertada esta doctrina, que exceptúa de la cobertura del procedimiento administrativo común a un tipo de decisiones, los reglamentos, sin ningún fundamento sostenible. Sobre el particular, vid. lo que se comenta en el capítulo siguiente al referirnos al papel del legislador en el desarrollo del deber administrativo de buena administración.

relación directa con el objeto de la disposición", permitiendo al órgano encargado de acordar la apertura del trámite escoger la concreta fórmula a emplear para articular la audiencia, con la debida motivación en el expediente. Por otro, la Ley indica que "asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a *información pública*". El plazo para la realización de los trámites de audiencia y de información pública deberá ser "razonable", no inferior a quince días hábiles, aunque "cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen" se podrá abreviar la duración hasta el mínimo de siete días hábiles. La apertura de las vías participativas no será precisa "si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración" del reglamento, ni cuando se trate de "disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades de la presente Ley, así como a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella". Por otro lado, es posible omitir la participación, aún siendo esta necesaria, cuando "graves razones de interés público" así lo exijan, aunque las mismas deberán explicitarse.

No cabe formular una valoración excesivamente positiva de esta regulación, que continúa manteniendo el esquema ya recogido hace 40 por la LPA. Se prevé un trámite de audiencia preceptivo - aunque se permita libertad respecto al concreto modo de articulación del mismo -, lo que deberá implicar la carga de la Administración de notificar su apertura a los ciudadanos y a las organizaciones y asociaciones directamente afectados por la futura regulación. Es previsible que continúen los problemas de identificación de potenciales afectados que hemos visto han torturado la aplicación de la LPA, teniendo en cuenta que la Ley del Gobierno no aporta ningún mecanismo que pudiera ayudar a su concreción, como por ejemplo, el registro a que nos referíamos unas líneas más arriba. En contrapartida, el trámite de información pública no es la regla general, como entendemos nosotros que debería

ocurrir, sino que sólo deberá abrirse "cuando la índole de la disposición lo aconseje", lo que puede provocar que continúe el ostracismo de esta vía participativa, sofocada por la preponderancia de la audiencia, entendida, al modo tradicional, como trámite defensivo de intereses¹⁰⁹¹.

Finalmente, saliendo del ámbito específicamente reglamentario y retomando una perspectiva general, debemos referirnos al último de los puntos anunciados, el valor que deba darse a las alegaciones presentadas por los ciudadanos durante los trámites dirigidos a permitir la participación procedimental.

Ante todo, debemos aclarar cuál es el alcance que *no* debe tener la participación procedimental. En el desarrollo de la función administrativa de servicio a los intereses generales, el órgano decisor no puede "limitarse a dotar automáticamente de fuerza imperativa formal a los acuerdos materiales alcanzados por aquéllos partícipes o resolver mecánicamente los eventuales desacuerdos en favor de la posición que de las alegaciones resulte contar con un respaldo mayor - sistema que dejaría casi siempre en desventaja a los débiles grupos exponenciales de intereses difusos -, sino que ha de valorar autónomamente las exigencias del interés general o público"¹⁰⁹².

Efectivamente, la participación debe coadyuvar a que el servicio a los intereses

¹⁰⁹¹ En cuestiones de detalle, también nos parece escaso el plazo mínimo de 15 días *hábiles* para el desarrollo de la participación. Es cierto que la Ley prevé, acertadamente, que en realidad ese plazo deberá ser "razonable" - acudiendo, por tanto, a un proceso jurídico indeterminado que deberá ser interpretado en cada caso y, en su caso, controlado por los tribunales -, pero no hubiera estado de más establecer un mínimo temporal más extenso, que, en nuestra opinión debería haberse situado sobre los 30 días. De igual modo nos parece discutible que queden excluidas de la participación las disposiciones organizativas, teniendo presente el modo en que el diseño organizativo puede afectar a las futuras decisiones y, en consecuencia, a los intereses de los ciudadanos.

¹⁰⁹² LAVILLA RUBIRA, J.J., "Participación", op.cit., pág. 4775.

generales sea *objetivo*, favoreciendo la buena administración¹⁰⁹³, pero la codecisión de los afectados por la decisión no puede ni debe sustituir la necesaria ponderación administrativa de los intereses en presencia, la cual que, como sabemos, es exigida por el principio de objetividad en el servicio al interés general (art. 103.1 CE)¹⁰⁹⁴. El órgano decisor no puede dejarse guiar únicamente por las presiones o las alegaciones mayoritarias, a favor o en contra, de la decisión proyectada, sino que es su irrenunciable *responsabilidad* ejercer las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico para el desarrollo de la función administrativa (art. 12.1 LRJPAC)¹⁰⁹⁵. Como repetidamente hemos expuesto, la participación ciudadana complementa la democracia representativa, pero no puede sustituirla. Esta es la idea expresada por el art. 69.2 LBRL cuando afirma que "las formas, medios y procedimientos de participación que las corporaciones establezcan en el ejercicio de su potestad de autoorganización *no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión* que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley"¹⁰⁹⁶.

En este sentido, es destacable la jurisprudencia estatal existente en Estados Unidos en

¹⁰⁹³ Así, SANCHEZ MORON, M., "Elementos...", pág. 43, y PEREZ MORENO, A., "Crisis...", op.cit., pág. 127, quien habla de "la primacía de la función administrativa como servicio objetivo y eficaz a los intereses generales" en todo caso.

¹⁰⁹⁴ Alerta sobre los peligros de la búsqueda de legitimación en la codecisión de los afectados SCHMIDT-ASSMANN, E., "La legitimación...", op.cit., pp. 212 y ss. Sobre los peligros del neocorporativismo, vid. SANCHEZ MORON, M., "Participación, neocorporativismo...", op.cit., pp. 3952.

¹⁰⁹⁵ Vid. al respecto LEDDA, F., "La partecipazione...", op.cit., pp. 49 y ss.

¹⁰⁹⁶ Como señala SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 125, "la participación por medio de representantes elegidos por la vía del sufragio general debe prevalecer inequívocamente sobre la influencia que en la toma de decisiones pueda ejercer la participación directa de los ciudadanos. Una buena administración exige una clara delimitación de competencias y de responsabilidades por el ejercicio de las tareas que el ordenamiento jurídico le atribuye". Por su parte, SCHMIDT-ASSMAN, E., "La legitimación...", op.cit., pp. 212 y ss., señala que ni el principio de Estado de Derecho ni el principio democrático justifican una codecisión de los afectados, pues "una sustitución de la legitimación democrática por una legitimación participativa, en cambio, antes agravaría que compensaría las carencias iniciales. El pueblo y el grupo de afectados constituyen sujetos de legitimación estructurados de forma distinta".

referencia a los *public hearing* - el equivalente, aunque con diferencias notables en las que no se va a entrar en este momento, de nuestras informaciones públicas - celebrados en el ámbito urbanístico. Esta jurisprudencia sostiene que los puntos de vista aportados por la participación ciudadana deben ser considerados por el órgano competente, pero éste ha de adoptar una decisión final ponderando las necesidades de la entera comunidad, incluyendo a los ciudadanos no participantes, sin que pueda hacer dejación de su responsabilidad influenciado por las presiones, a favor o en contra, de los participantes en el procedimiento¹⁰⁹⁷.

Sin embargo, los límites de la participación procedimental no debe hacernos olvidar su utilidad. Pues si bien no cabe la sustitución de la toma de la decisión, la participación permite *orientar* ésta, *influyendo* sobre el núcleo metajurídico de la discrecionalidad y posibilitando el cumplimiento del deber de buena administración¹⁰⁹⁸. En este sentido, la propia Constitución se refiere a la necesidad de una participación "eficaz", así como a la

¹⁰⁹⁷ Vid. al respecto las referencias contenidas en ZIEGLER, *Rathkopf's the Law of zoning and planning*, West Group, Vol.I, epígrafe 10.12., y MANDELKER, Daniel R., *Land Use Law*, Lexis Law Publishing, Charlottesville, Virginia, 1997, 4ª ed., pág. 289.

Así, a título de ejemplo, puede citarse la decisión *Brehmer v. City of Kerrville* (320 S.W.2d 193, Tex. 1959), en la que se sostuvo que:

"Zoning is not to be based upon a plesbicite of the neighbors. Their wishes are to be considered but the final ruling is to be governed by the basic considerations of the benefit or harm involved to the community at large.

The thought behind the requiriment [that zoning be in accordance with a comprehensive plan] is that consideration must be given to the needs of the community as a whole. In exercising their zoning powers, the local authorities must act for the benefit of the community as a whole following a calm and deliberate consideration of the alternatives, and not because of the whims of either an articulate minority or even majority of the community".

¹⁰⁹⁸ Como nota SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 125, "la participación ciudadana en la toma de decisiones no se articula como una participación "determinante", sino como una participación "influyente". Por su parte, SERVULO CORREIA, J.M., "O direito...", op.cit., pág. 94, destaca que "a circunstância de a exclusiva autoria do acto final do procedimento caber à Administração nao impede o estabelecimiento de formas de intervençao do particular que lhe reservem a possibilidade do exercício de uma legítima influência sobre o sentido da decisao".

necesidad de que los poderes públicos promuevan promuevan ésta "eficazmente" (arts. 48 y 129.2 CE, referidos, respectivamente a la participación de la juventud y de los trabajadores). La LOFAGE, por su parte, explicita el deber de la Administración General del Estado de asegurar la "efectividad" de los derechos de los ciudadanos "cuando se relacionen con la Administración" (art. 4.1 a)), entre los que se encuentra, como ya nos consta, el derecho de participación procedimental. GALLIGAN destaca que "decision-makers have a duty to act rationally, and a duty, based on the principle of concern and respect, to consider the interests that are affected by their decisions", del que derivaría la necesidad de "taking into account" esos intereses¹⁰⁹⁹.

Sin embargo, la doctrina ha puesto de relieve de forma recurrente la escasa virtualidad de la participación ciudadana, debido a la falta de consideración por parte de la Administración de las observaciones, sugerencias, críticas, etc. expuestos en los trámites dirigidos a tal fin¹¹⁰⁰.

Como hemos avanzado ya y veremos con detalle más adelante, el principio de objetividad constitucional obliga a la Administración a considerar y sopesar todos los datos e intereses introducidos en el procedimiento. En el caso concreto de la participación procedimental, existen en nuestro ordenamiento jurídico datos suficientes para afirmar la existencia de un *derecho subjetivo de los ciudadanos* a que sus alegaciones sean tenidas en cuenta, así como una *obligación jurídica de la Administración* de tomarlas en consideración,

¹⁰⁹⁹ GALLIGAN, D.J., *Discretionary...*, op.cit., pág. 332.

¹¹⁰⁰ En este sentido, por ejemplo, FORTES ENGEL, J.M., *La información...*, op.cit., pp. 111 y ss., SANCHEZ MORON, M., *La participación...*, op.cit., pp. 194 y ss., y PEREZ MORENO, A., "Crisis...", op.cit., pp. 94 y ss., donde se señala, en relación al sector urbanístico, pero en el marco de una crítica global, que "en otros supuestos se archivan las sugerencias, alternativas y alegaciones a los Avances o a las Aprobaciones iniciales de los Planes y de nada sirve la participación, acaso sólo para hacer ostentación del cumplimiento formal del trámite".

respondiéndolas de forma razonada.

Desde una perspectiva europea, debe tenerse presente la Resolución (77) 31, de 28 de septiembre de 1977, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En el apéndice de esta Resolución se recogen una serie de principios de actuación administrativa que deberían guiar la actividad de las Administraciones de los Estados europeos, entre los que se encuentra el derecho de las personas a ser oídas. Según el texto de esta Resolución, la persona afectada por una actividad administrativa debería poder presentar hechos y argumentos y, en su caso, aportar pruebas, lo que habría de ser tomado en consideración ("will be taken into account") por la autoridad administrativa actuante.

En nuestro ordenamiento, el art. 83 LPA ya indicaba que "los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento y siempre con anterioridad al trámite de audiencia aducir alegaciones *que serán tenidas en cuenta* por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución". Sin embargo, ninguna consecuencia práctica fue derivada ni por la doctrina ni por la jurisprudencia durante la larga vigencia de esta ley¹¹⁰¹.

En esta línea, el art. 35 e) LRJPAC consagra el *derecho de los ciudadanos* a "formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución". Por su parte, el art. 79.1 establece que los *interesados* podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio", los cuales "serán tenidos en

¹¹⁰¹ El art. 17 del Reglamento para la ejecución del Real Decreto Legislativo de evaluación de impacto ambiental indica que "antes de efectuar la declaración de impacto, el órgano administrativo de medio ambiente, *a la vista del contenido de las alegaciones y observaciones* formuladas en el período de información pública...", lo que consideramos es una especificación del deber de tomar en cuenta las aportaciones de los ciudadanos.

cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución"¹¹⁰².

Si bien estos artículos se asemejan al ya citado de la LPA, es necesario realizar alguna precisión. Los arts. 35 e) y 79.1 LRJPAC contienen un auténtico *derecho subjetivo*¹¹⁰³, consistente en la posibilidad de influir en la decisión administrativa¹¹⁰⁴. Ahora bien, el titular de este derecho varía en ambos preceptos. En el caso del art. 35 e) LRJPAC, el titular del derecho a que las alegaciones sean tenidas en cuenta es todo aquel *ciudadano que, sin necesidad de ser interesado, ejercite el derecho que le confiere el art. 105 a) CE y comparezca en el procedimiento mediante alguno de los trámites (el típico es el de información pública) que el ordenamiento configura a tal fin. En cambio, el art. 79.1 LRJPAC circunscribe el derecho al caso de los interesados en sentido técnico. Por ello, coincidimos con SANCHEZ BLANCO en que "es admisible que se mantenga la doble vía, de permitir que cualquier ciudadano alegue o presente los documentos que estime en relación con el procedimiento y lo mismo pueda hacer aquel que posea la condición de interesado", pues en caso contrario se produciría la "desnaturalización del derecho" contenido en el art.*

¹¹⁰² Estos preceptos guardan semejanza con el art. 10 b) de la Ley italiana de 7 de agosto de 1990, que señala el derecho de quienes participen en un procedimiento administrativo de "presentar alegaciones escritas y documentos, que la Administración está obligada a tomar en consideración cuando sean pertinentes al objeto del procedimiento". Una referencia a este precepto puede hallarse en PALICI DI SUNI PRAT, E., *I diritti...*, op.cit., pp. 25 y ss., y LEDDA, F., "La partecipazione...", op.cit., pp. 29 y ss.

¹¹⁰³ VADRÍ FORTUNY, T. y PONCE SOLÉ, J., "La nueva posición...", op.cit., pp. 126 y 127, y EMBID IRUJO, A., *El ciudadano y la Administración*, MAP, Madrid, 1994, pp. 62 y ss., donde se refiere a los derechos del art. 35 LRJPAC como "derechos subjetivos de configuración legal".

¹¹⁰⁴ GONZALEZ-VARAS, S., "La participación...", op.cit., pág. 247, señala que "se trataría de discutir las posibilidades o el grado o medida de "un derecho de los ciudadanos a formar la decisión administrativa", derecho que creemos que existe, de acuerdo con los razonamientos que se exponen en el texto.

Este derecho subjetivo de los ciudadanos conlleva, como reverso de la moneda, una correlativa *obligación jurídica* de la Administración de sopesar, considerar, las alegaciones, observaciones, documentos, etc., presentados¹¹⁰⁶. Aunque la LRJPAC no especifica límites a esta obligación, creemos evidente que la misma se limita a la consideración de aquellas alegaciones que tengan relación con el objeto del procedimiento, quedando exenta la Administración de este deber cuando las mismas sean incongruentes con el concreto procedimiento en marcha¹¹⁰⁷.

Afirmada la existencia legal de este derecho y de la correlativa obligación administrativa - ambas conectadas con el deber constitucional de objetividad¹¹⁰⁸ - el

¹¹⁰⁵ SANCHEZ BLANCO, A., "Los derechos ciudadanos...", op.cit., pp. 56 y 57. En contra de la postura aquí mantenida BAÑO LEON, J.M., "Los interesados...", op.cit., pág. 85: "salvo el derecho a utilizar las lenguas oficiales en el territorio de la Comunidad Autónoma, el acceso a los registros y archivos de las Administraciones o el derecho a ser tratados con respeto por las autoridades y funcionarios, el catálogo restante de derechos lleva implícita la condición de titular de un derecho o un interés legítimo en el asunto de que se trate".

¹¹⁰⁶ En referencia a la correlación entre las categorías de derecho subjetivo y obligación jurídica, vid., por todos, SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 876, y ENTRENA CUESTA, R., *Curso...*, op.cit., pp. 158 y ss.

Sobre este deber de sopesar las alegaciones presentadas, vid. GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pág. 482, y FANLO LORAS, A., "Disposiciones Generales...", op.cit., pág. 244.

En el ordenamiento jurídico francés esta obligación se extiende al *comisario encuestador*, encargado de analizar las observaciones planteadas y de redactar unas conclusiones motivadas para que sean tomadas en consideración por el órgano decisor. Vid. al respecto, HOSTIOU, R., y HÉLIN, J-C., *Droit des enquêtes...*, op.cit., pp. 253 y ss.

Esta obligación sería aplicable, obviamente, en caso de existir, a la figura del mediador encargado de conducir el desarrollo de los trámites participativos procedimentales, al que se hace referencia *infra* en el apartado dedicado al deber procedimental de eficacia.

¹¹⁰⁷ Como acertadamente matiza el art. 10 b) de la Ley italiana de 7 de agosto de 1990, antes citada.

¹¹⁰⁸ Vid. la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, cuyos arts. 3 k) y 21 también recogen el derecho de los contribuyentes a formular alegaciones y a aportar documentos u otros elementos de juicio, que deberán ser tenidos en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente propuesta de resolución. Debe tenerse en cuenta que, de conformidad con la Disposición Adicional Quinta de la LRJPAC, los derechos de los ciudadanos

problema, como puede fácilmente advertirse, es cómo se garantiza la efectiva ponderación de las alegaciones presentadas, evitando que el trámite participativo se convierta en una pura formalidad.

En este aspecto, debe ser destacada una novedad de la LRJPAC, que no debe pasar inadvertida, puesto que sus efectos prácticos pueden ser de notable alcance. Nos referimos al art. 86.3 LRJPAC, que establece, en referencia a la información pública, que "quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen *derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada*, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales"¹¹⁰⁹.

Con anterioridad a la LRJPAC pueden detectarse algunos antecedentes de este derecho. Así, el art. 38.2 b) RP recoge la necesidad de que en la Memoria de los planes urbanísticos se incluya el "resultado del trámite de participación pública en el procedimiento de elaboración del Plan". Por su parte, el art. 10.12 de la Ley General de Sanidad de 1986, de forma más explícita, señala, entre los distintos derechos de todos en el ámbito sanitario, el de "utilizar vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno y otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan".

recogidos en la LRJPAC sólo eran de aplicación subsidiariamente en el ámbito tributario. Esta Ley supone, como explica su exposición de motivos, "la incorporación al ordenamiento tributario del conjunto de derechos básicos del ciudadano reconocidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

Una crítica a la Disposición Adicional Quinta de la LRJPAC puede hallarse *infra*, en el Capítulo VI.1.2.2.

¹¹⁰⁹ Con posterioridad a la LRJPAC, en desarrollo de este precepto, vid. art. 64 y ss. ROAS o art. 34.9 del Reglamento estatal de Carreteras de 1994.

Sin embargo, es la LRJPAC la que acertadamente incorpora, con carácter general¹¹¹⁰, el derecho subjetivo a obtener respuesta a las alegaciones formuladas y, por tanto, la obligación jurídica administrativa correspondiente¹¹¹¹. El art. 86.3 enlaza con el 35 e), por cuanto el primero es un instrumento para el logro real del segundo. La respuesta razonada de la Administración obliga a ésta a sopesar las alegaciones, teniéndolas en cuenta y dando satisfacción así al derecho de los ciudadanos de influir en la decisión¹¹¹².

Consideramos que la respuesta a las alegaciones deberá producirse *durante* el desarrollo del procedimiento, debiendo ser dadas a conocer a quienes alegaron e incorporadas al expediente, formando parte así de la fundamentación de la decisión¹¹¹³. Consideramos

¹¹¹⁰ Entendemos que el derecho del art. 86.3 LRJPAC, en conexión con el del art. 35 e), aunque incardinado en un artículo dedicado al trámite específico de información pública, forma parte del procedimiento administrativo común y es de aplicación a cualquier tipo de trámite mediante el que se articule la participación en el procedimiento administrativo, sea el de información pública u otros (audiencia pública, consulta, etc.).

¹¹¹¹ ALONSO GARCIA, E., "La participación de individuos...", op.cit., pág. 58, destacaba el problema existente antes de la LRJPAC, ya que "aunque la Administración tiene que tener en cuenta las alegaciones escritas, no está obligada a motivar la decisión contestando específicamente a esos argumentos".

¹¹¹² En este sentido, MARESCA, J.C., "Els drets dels ciutadans en el procediment administratiu", *Justiforum*, núm. 3, junio 1995, pág. 21, quien considera que en otro caso, el art. 35 e) contendría "un derecho vacío, se presentarían alegaciones que no se leerían ni se tendrían en cuenta". Desde la perspectiva del derecho comunitario, la comunicación (no publicada) presentada por Olivier DE SCHUTTER a les Jornades de Estudios Jurídicos Jean Dabin, organizadas por el Centro de filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Lovaina y celebradas los días 16 y 17 de octubre de 1997, insiste en la importancia de que las alegaciones de los ciudadanos sean tomadas en consideración y respondidas adecuadamente, como garantía de una participación efectiva que asegure una racionalidad procedimental en el ejercicio de la discrecionalidad.

¹¹¹³ Vid. al respecto lo que se dice en el apartado siguiente.

Un ejemplo de lo que se postula en el texto lo encontramos en el Reglamento estatal de Carreteras de 1994. En el art. 34.9 se prevé que "la Dirección General de carreteras, en el plazo de dos meses a partir de la expiración del plazo concedido para la información pública, emitirá un informe único en el que se consideraran todos los escritos presentados durante ésta y propondrá la resolución del expediente", mientras el art. 35.2 señala que "la resolución del expediente de información pública se notificará a quienes hayan intervenido en el trámite de información pública formulando observaciones y será publicada en el "Boletín Oficial del Estado".

Vid. también DE VICENTE DOMINGO, R., *Las alteraciones...*, op.cit., pp. 226 y 227, quien se refiere a la necesidad de que exista un informe del equipo redactor de los planes urbanísticos

necesaria esta respuesta durante el procedimiento, por cuanto es la garantía de que se está produciendo un intercambio interactivo entre ciudadanos y Administración, construyéndose así la justificación dinámica de la decisión. Esto no es óbice para que en la motivación de la decisión se incluyan referencias a las alegaciones formuladas, pudiendo efectuarse una motivación *per relationem*, siendo necesario, sin embargo, realizar una motivación específica si los criterios que guiaron las respuestas realizadas durante el trámite participativo han sufrido variación con posterioridad al mismo¹¹¹⁴.

La respuesta a las alegaciones deberá ser "razonada", lo que entendemos prohíbe las respuestas puramente formales o estereotipadas, que demuestran una falta de consideración del contenido de la alegación. La extensión dependerá, lógicamente, de cada supuesto, teniendo siempre presente que debe mantenerse "some sense of proportion between the relative importance of the interests and the levels of accuracy of decisions affecting them"¹¹¹⁵. Podrá ser "común para todas aquellas que planteen cuestiones sustancialmente iguales", lo que nos enfrenta a un concepto jurídico indeterminado ("sustancialmente iguales") que deberá ser objeto de análisis caso por caso.

En cualquier caso, el desarrollo concreto de cada trámite participativo y de las respuestas administrativas a las alegaciones debe estar presidido por el principio de *bona fides*, que debe regir el ejercicio de cualquier derecho y el cumplimiento de todas las obligaciones jurídicas¹¹¹⁶. Como ha sido notado por GONZALEZ PEREZ, este principio general del Derecho aplicado al procedimiento administrativo supone que "iniciado un

proponiendo la estimación o desestimación de las alegaciones.

¹¹¹⁴ Vid. *infra* el apartado 2 de este mismo Capítulo dedicado a la motivación.

¹¹¹⁵ GALLIGAN, D.J., *Discretionary...*, op.cit., pág.332.

¹¹¹⁶ Vid. art. 7.1, 1107 y 1258 del Código Civil.

procedimiento, bien sea a instancia de un administrado o de oficio por la Administración, uno y otro vienen obligados a una conducta clara, inequívoca y veraz al realizar cada uno de los actos que integran el procedimiento, cualquiera que sea su finalidad (...). Precisamente, una de las manifestaciones típicas del principio es la interdicción de la conducta confusa, equívoca o maliciosa"¹¹¹⁷. En consecuencia, tanto los ciudadanos al formular sus alegaciones como la Administración al responderlas deberán respetar este principio. Respecto a ésta última, el mismo supone el cumplimiento auténtico de su *deber de escuchar a los ciudadanos y tener en cuenta sus opiniones*, aunque no se acepten sus sugerencias, respondiendo adecuadamente las alternativas y cuestiones planteadas, cumpliendo así el deber de buena administración¹¹¹⁸.

Para terminar con la cuestión de la participación, quisieramos salir al paso de algunas posibles objeciones que pudieran plantearse a la perspectiva aquí adoptada, favorable a una *estrategia inclusiva* o de libre introducción de intereses, así como a la necesaria toma en consideración y respuesta de las alegaciones efectuadas. Podría discutirse, en primer lugar, la utilidad real de la participación, dado que el poder de decisión siempre se encuentra

¹¹¹⁷ GONZALEZ PERER, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1989, 2ª ed., pp. 74 y 75.

¹¹¹⁸ Vid., aunque en otro ámbito jurídico, las consideraciones de MONEREO PEREZ, J.L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 100 y ss. Este autor destaca que los elementos fundamentales del derecho de consulta de los representantes de los trabajadores incluye el derecho de éstos a "ser escuchados y a que su opinión sea tenida en cuenta - conforme al principio de *bona fides* que debe presidir el cumplimiento de todas las obligaciones jurídicas - en la toma de decisiones empresariales por quien detenta el poder de adoptarlas, y que ha de aplazar momentáneamente - dentro del período legal o convencionalmente establecido - la decisión final ejecutiva a fin de conocer la opinión y, eventualmente, las propuestas de ls representantes de los trabajadores".

alojado en manos públicas, que deciden en última instancia qué criterio extrajurídico utilizan para ponderar los intereses implicados¹¹¹⁹. Por otro lado, cabría objetarse que la apertura procedimental propuesta y el deber de contestar a las alegaciones formuladas podría suponer una carga desmesurada para la Administración, que provocaría su colapso y redundaría en perjuicio de la eficacia de su actividad¹¹²⁰.

No creemos sin embargo que el pesimismo o el temor ínsito en estas posibles objeciones justifique una reducción de la participación o una interpretación restrictiva del deber de contestación de alegaciones. Respecto a la primera, debe insistirse que si bien la Administración conserva el poder de decisión, la participación puede y debe influir sobre los elementos no jurídicos de la misma, se acepten o no las alegaciones, al obligar a considerar cuidadosamente las alternativas. Es éste un instrumento de orientación positiva de gran valor, insustituible, como también se apuntó, en sede contenciosa, que permite la implementación del principio constitucional de buena administración.

En cuanto a la segunda, las experiencias que tenemos en nuestro país distan mucho de anunciar ningún colapso administrativo causado por la participación ciudadana¹¹²¹. Pero

¹¹¹⁹ En este sentido, LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública...*, op.cit., pág. 145, señala que esta ha sido una de las críticas despertadas en Estados Unidos por la aplicación de la doctrina del *hard look*.

¹¹²⁰ Así, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 813, señala que el motivo confesado de la nula aplicación del art. 130.5 LPA es "el temor a auténticos aludes de escritos y sugerencias, cuya simple consideración - no digamos ya su contestación - paralizaría el procedimiento normativo, y muchos de los cuales no contendrían sino propuestas absurdas o disparates arbitristas". En general, vid. este tipo de crítica en DIEZ SANCHEZ, J.J., *El procedimiento...*, op.cit., pág. 181. LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública...*, op.cit., pág. 145, pone de relieve que esta es una de las objeciones efectuadas en norteamérica a la doctrina del *hard look*.

¹¹²¹ En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 813, quien se muestra convencido de la ausencia de tal colapso, así como de que las alegaciones pueden permitir "a las instancias políticas oír opiniones sumamente enriquecedoras, no filtradas por el interés ideológico o por el temor reverencial de la burocracia; otra cosa es que haya interés en escuchar la voz de los ciudadanos". Vid. también TRAYTER, J.M., "¿Son nullos...?", op.cit., pág. 25.

es que, además, como se advirtió, la Administración no debe responder todas las alegaciones que se presenten, sino sólo aquellas pertinentes con el objeto del procedimiento, lo que descarta las absurdas o incoherentes. Respecto al resto, la respuesta puede ser "común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales", lo que, aplicado de conformidad con el aludido principio de buena fe, simplifica notablemente la labor administrativa, que, por otro lado, constituye la garantía efectiva de la existencia de la obligada ponderación.

Por otro lado, poner cortapisas a la intervención ciudadana o al deber de contestar las alegaciones y observaciones no favorece, pese a lo que pudiera parecer, la eficacia de las decisiones administrativas. Como tuvimos ocasión de exponer, el principio de eficacia no sólo contiene un mandato de rapidez en la actuación administrativa, sino también una exigencia de *efectividad real*. La reducción artificiosa de la participación o la ausencia de toma en consideración de las alegaciones quizás podría acelerar la decisión administrativa, pero es casi seguro que entorpecería su ejecución, debido a la conflictividad social y a las resistencias que despertaría entre los ciudadanos. Lo que, en última instancia, redundaría en un perjuicio, posiblemente de mayor entidad, de la eficacia administrativa¹¹²².

Por todo ello, creemos que una apuesta decidida por la participación *efectiva* de los ciudadanos en el procedimiento administrativo puede contribuir en gran manera a obtener un mejor funcionamiento del poder público.

¹¹²² En este sentido, BOBBIO, L., *La democrazia...*, op.cit., pp. 78 y ss, y LEDDA, F., "La partecipazione...", op.cit., pp. 64 y 65.