

EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA FUNCION MILITAR (La STC 97/1993, de 22 de marzo)

Por
JOAQUÍN MARÍA PEÑARRUBIA IZA

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. Las clasificaciones del personal militar en la doctrina del Tribunal Constitucional: la sentencia 39/1983, de 16 de mayo.—III. De nuevo el Tribunal Constitucional recurre a la discrecionalidad técnica: la sentencia 97/1993, de 22 de marzo.—IV. Conclusión.

I. PLANTEAMIENTO

Ha sido voluntad del legislador postconstitucional concebir el régimen de recursos en la materia de promoción en la carrera militar con un criterio amplio, de tal modo que no se dé la situación anterior, en la que determinadas decisiones en relación con el personal militar estaban exentas de control jurisdiccional, al amparo del artículo 40, en sus apartados c), d) y f), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956.

La doctrina anterior a la Constitución solía calificar a estos actos como de discrecionalidad militar, terminología que es criticada por TRILLO-FIGUEROA por cuanto «se trata de actos en su mayoría reglados, o de actos cuyo supuesto de hecho está constituido a lo más por conceptos jurídicos indeterminados», de tal modo que afirma que «la fiscalización contenciosa no sólo es posible, sino necesaria» (1). Ya vigente el ordenamiento constitucional, se consideró por la doctrina que tanto esos preceptos de la Ley de la Jurisdicción, como los que se hubieran promulgado al amparo de su artículo 40.f) eximiendo del control jurisdiccional a determinados actos administrativos y, en consecuencia, la doctrina jurisprudencial que se había pronunciado favorablemente a dichas exenciones siempre que vinieran establecidas por una ley, resultaban inaplicables por cuanto habían entrado en abierta contradicción con el artículo 24.1 de la Constitución, de lo cual se derivó la derogación de todos ellos (2).

Y, ciertamente, así había sido declarado por el Tribunal Constitucional

(1) Federico TRILLO-FIGUEROA M.-CONDE, *Discrecionalidad militar y jurisdicción contenciosa*, «REDA», núm. 20, enero-marzo de 1979, págs. 24 y 25.

(2) Cfr. Eduardo COCA VITA, *Legalidad constitucional, exclusión del control judicial y discrecionalidad técnica*, núms. 100-102 de esta REVISTA, enero-diciembre de 1983, vol. II, págs. 1039 a 1081 (págs. 1048 y 1049).

desde el Auto 60/1980, de 22 de octubre, referido al artículo 40.d) de la Ley de la Jurisdicción, en el cual afirmó que de la Constitución «se infiere que los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1) y que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de sus derechos por parte de los jueces y tribunales (art. 24.1). Ahora bien, la excepción contenida en el artículo 40.d) de la Ley de 27 de diciembre de 1956, en cuanto dejaría fuera de control de la legalidad a determinados actos de la Administración militar, es contraria al artículo 106.1 de la Constitución española, y en cuanto impediría que en tales casos algunos ciudadanos pudieran obtener la tutela judicial de sus derechos, es contraria al artículo 24.1 de la misma, y como la disposición derogatoria tercera de la Constitución española deroga “cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”, el artículo 40.d) de la Ley de 27 de diciembre de 1956 ha quedado derogado y no puede ser invocado por ningún poder público —pues todos ellos están sometidos a la Constitución, según el artículo 9.1 de ésta— para impedir el acceso a la vía contencioso-administrativa».

A pesar de esta doctrina, el Tribunal Supremo se mostró vacilante al pronunciarse sobre la derogación de algunos preceptos anteriores a la Constitución que eran contrarios a lo dispuesto por la misma, como hizo en la sentencia de 24 de septiembre de 1980 (R. Ar. 3278), que en un supuesto de imposibilidad de acceso al conocimiento de los Tribunales de los ascensos militares, conforme al artículo 40.f) de la Ley de la Jurisdicción, se pronunció en el sentido de que la Constitución no era de directa aplicación, sino que necesitaba el oportuno desarrollo normativo posterior, con lo cual la competencia para declarar la inconstitucionalidad de las normas quedaba reservada al Tribunal Constitucional y no a los Tribunales ordinarios. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO publicó un trabajo en el que criticaba esta sentencia del Tribunal Supremo y propugnaba la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 40.f) de la Ley de la Jurisdicción, diciendo que: «hay que entender que la Constitución ha alterado los criterios y, a propósito de este punto concreto, ha dejado sin apoyo cualquier pretensión de inmunidad, cualquier obstáculo al enjuiciamiento jurisdiccional» (3), con lo que se adelantó a la posterior declaración del Tribunal Constitucional en su sentencia 39/1983, de 16 de mayo, que resolvió el recurso de amparo que se interpuso contra ésta del Supremo. En efecto, fue terminante el Tribunal Constitucional en esta sentencia, en cuyo Fundamento Jurídico 2.º afirma que «el artículo 40.f) ha de entenderse derogado por la disposición derogatoria tercera de la Constitución».

Consecuencia directa de la nueva situación creada por la Constitución es que la primera Ley posterior que reguló estas materias, la Ley de 24 de diciembre de 1981, sobre clasificación de mandos y regulación de ascensos para los militares de carrera del Ejército de Tierra, estableciera un sistema de recursos administrativos que llegaban hasta el Ministro de Defensa, que

(3) LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *Evolución reciente del contencioso-administrativo*, núm. 95 de esta REVISTA, mayo-agosto de 1981, pág. 10.

una vez agotados posibilitaban el acceso a la jurisdicción contenciosa, lo cual supuso, a juicio de GARCÍA BALLESTER, que de este modo se estableciera un sistema público, delimitado y objetivo, que se ajusta por entero a los postulados constitucionales, sistema que debería por ello informar las reformas de los peculiares regímenes de los otros dos Ejércitos, aún regulados por normas anteriores al año 1978 (4). Posteriormente se ha unificado el régimen jurídico para toda la Función militar con la vigente Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (17/1989, de 19 de julio), que recoge expresamente la impugnabilidad en su artículo 112: «Contra las decisiones en materia de destinos, ascensos, evaluaciones y situaciones administrativas, los militares de carrera y de empleo podrán interponer ante el Ministro de Defensa recurso de alzada o de reposición, según proceda, y cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa, previa al recurso contencioso-administrativo» (5).

En este estado de cosas, se ha producido la publicación de una nueva sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 22 de marzo de 1993 («BOE» núm. 100, de 27 de abril). Pues bien, el más alto intérprete de la Constitución, aun manteniendo la existencia de la discrecionalidad técnica en lo relativo a la carrera militar, ha establecido una fundamental declaración doctrinal en el sentido de que deberá no sólo admitirse a trámite el recurso contencioso-administrativo por los Tribunales de este orden jurisdiccional, sino también que éstos deberán realizar un examen sobre el fondo del asunto, al que el Tribunal Constitucional denomina como «mínimo enjuiciamiento», en los términos que después veremos. Esta declaración tiene gran importancia, por cuanto supone un indudable paso adelante en el sometimiento a control jurisdiccional de las materias en las cuales la jurisprudencia declara de aplicación la discrecionalidad técnica, toda vez que tanto en los supuestos de exámenes académicos, concursos de méritos y oposiciones, como «incluso en otros como la clasificación de mandos militares, nos encontramos ante un tipo especial de discrecionalidad, calificada como técnica, y aun distinta de la pura o administrativa», como dice TARDÍO PATO (6), lo cual hace que la problemática jurídica de ambos tipos de supuestos sea muy semejante. Además, esta doctrina, según el Tribunal Supremo, es aplicable no solamente en los supuestos de oposiciones y concursos, sino que se extiende también a las situaciones de la carrera administrativa, por cuanto es el sistema predicable de «toda clase de enseñanzas, oposiciones, concursos y demás llamamientos a plazas, puestos y cate-

(4) Cfr. Pascual GARCÍA BALLESTER, «Algunos aspectos de las clasificaciones de Jefes y Oficiales en la normativa de ascensos de las Fuerzas Armadas», en la obra colectiva *Liberdades públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 653, 691 y 692.

(5) Hay que tener en cuenta que tras la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el único recurso es el ordinario, conforme a sus artículos 107 y siguientes, aunque en materia de procedimientos, el Real Decreto-Ley 14/1993, de 4 de agosto, la haya dejado en suspenso, mientras no se desarrolle reglamentariamente esta materia, hasta dieciocho meses después de la entrada en vigor de la Ley.

(6) *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Ed. Cívitas, Madrid, 1986, 254 págs. (págs. 165 a 168).

gorías determinadas» (7). Luego es de aplicación en las cuestiones referidas a la selección de personal y a la promoción en la carrera, tanto respecto al personal militar, como a la Función pública en general.

II. LAS CLASIFICACIONES DEL PERSONAL MILITAR EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA SENTENCIA 39/1983, DE 16 DE MAYO

Varios y más autorizados autores han estudiado esta sentencia, de modo que vamos a referirnos a ella por su evidente importancia, aunque sólo de manera esquemática. Analiza, en resumen, dos cuestiones esta sentencia del Tribunal Constitucional. Por un lado, la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 40.f) de la LJCA; por otro, la aplicación de la tesis de la discrecionalidad técnica a las evaluaciones militares.

La primera cuestión se refiere a la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 40.f) de la LJCA y de la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 78/1968, de 5 de diciembre, sobre escalas y ascensos en los Cuerpos de Oficiales de la Armada, que declara (8). Debe tenerse en cuenta que se recurre en amparo la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1980 (R. Ar. 3278), en la que se consideró que la Constitución necesitaba el oportuno desarrollo normativo, por lo que sus disposiciones no son de directa aplicación y, en consecuencia, estos preceptos impugnados estaban vigentes en tanto no fueran modificados o derogados por normas posteriores. No lo entendió así el Tribunal Constitucional, con lo cual admitió el recurso en este punto y declaró la inconstitucionalidad sobrevenida de estos preceptos. Los argumentos y el fallo en esta materia del Tribunal Constitucional, quedan resumidos en el siguiente párrafo de esta sentencia: «El artículo 40.f) excluía del recurso contencioso-administrativo actos que normalmente debieran permitirlo y contra los que no se admite ninguna otra clase de tutela judicial. En este sentido, el artículo 40.f) ha de entenderse derogado por la disposición derogatoria tercera de la Constitución» (FJ II).

Curiosamente, diez años después de producirse esta declaración y referido también a un supuesto de ascensos militares que no se concede conforme a la Ley de 21 de julio de 1973, de Especialistas de la Armada (Ley

(7) SSTS de 17 de diciembre de 1986 (R. Ar. 7471), de 18 de julio de 1988 (R. Ar. 5639), de 16 de marzo de 1989 (R. Ar. 2102) y de 28 de septiembre de 1989 (R. Ar. 6374), FJ 4.º.

(8) El contenido de la Disposición Adicional mencionada era el siguiente:

«Contra los actos y resoluciones que se adopten por aplicación de la presente Ley, en lo que se refiere a clasificación y sus consecuencias, se dará recurso de revisión ante el Consejo Superior de la Armada fundado en error de hecho.

Contra una u otra resolución no se dará recurso alguno, incluso el contencioso-administrativo, con la única excepción de que se aleguen defectos de procedimiento.»

sobre cuya aplicación se pronuncia por segunda vez el TC en materia de clasificaciones militares, como se verá más adelante), el Tribunal Supremo vuelve a ~~mantener~~, a ~~pesar~~ de la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, que la jurisdicción contencioso-administrativa «controla o revisa la potestad reglamentaria y la legalidad de las actuaciones administrativas, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106.1 de la Constitución), pero lo que no puede es dejar de aplicar normas con rango de ley como es la Ley 19/1973, ni examinar su constitucionalidad (al ser ello competencia del Tribunal Constitucional)». Sorprendente es, cuando menos, de lo que se puede calificar esta declaración del Tribunal Supremo, que ignora la doctrina del Tribunal Constitucional, cuya jurisdicción pretende respetar, sobre la aplicabilidad directa de la Constitución y su eficacia general derogatoria de las normas anteriores que hubiesen entrado en contradicción con ella, doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional desde su conocida sentencia de 2 de febrero de 1981. Si bien es cierto que este argumento pertenece a la sentencia apelada del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, también lo es que el Tribunal Supremo lo acepta y lo reproduce íntegramente (9).

En segundo lugar, ventila el Tribunal Constitucional en esta sentencia de 1983 la impugnación jurisdiccional de la no clasificación para el ascenso de un Coronel de Infantería de Marina, para lo cual recurre al concepto de discrecionalidad técnica, declarando que «escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales».

COCA VITA ha dedicado un artículo doctrinal específicamente al estudio de esta Sentencia del Tribunal Constitucional, en el cual la comenta y critica, por lo que a ese trabajo nos remitimos (10), pero no sin hacer una breve cita del mismo, que refleja la opinión de este autor: «Entiendo, desde luego —dice COCA VITA—, que no es correcta la doctrina que sienta la segunda parte de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de mayo de 1983, porque viene a anular y deja sin efecto la primera parte y los otros pronunciamientos anteriores ya operados en este campo: primacía de la Constitución sobre las leyes de exclusión. Nótese que de llegar a una aplicación literal de la segunda y posterior doctrina (exclusión de la discrecionalidad técnica) tendríamos, no la desaparición o reducción del ámbito de zonas infiscalizables consagradas por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino que habríamos llegado paradójicamente a una ampliación de las mismas.»

Igualmente ha sido criticada por parte señalada de la doctrina, en la

(9) STS de 30 de abril de 1991 (R. Ar. 3371).

(10) COCA VITA, *Legalidad constitucional, exclusión del control judicial y discrecionalidad técnica*, op. cit. Véase, del mismo autor: *También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los tribunales*, núm. 108 de esta REVISTA, septiembre-diciembre de 1985, págs. 205 a 214, trabajo en el cual comenta la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1985 (R. Ar. 2854), que admite la posibilidad de controlar judicialmente las decisiones tomadas en virtud de la discrecionalidad técnica.

que destacan autores como T. R. FERNÁNDEZ (11), TARDÍO PATO (12) y PIÑAR MAÑAS (13), por cuanto consideran que no debía haber aceptado el Tribunal Constitucional estas exenciones de control jurisdiccional, y menos con una doctrina tan vaga como la que fundamenta el fallo, es decir, la de la discrecionalidad técnica, «poniendo de manifiesto, por otro lado, claras influencias de las sentencias del Tribunal Supremo que la han mantenido» (14). Desde el punto de vista de su aplicación doctrinal específica al ámbito militar, GARCÍA BALLESTER ha comentado también esta sentencia en un sentido semejante al de las opiniones reseñadas. Para este autor, la solución que adopta el Tribunal Constitucional no es cerrada, «en el sentido de que ese ámbito de discrecionalidad sea infranqueable para los órganos jurisdiccionales (...) porque en otro caso, y por lo que se refiere a las clasificaciones determinadas por el suceder de la carrera profesional del militar, la situación legal sería equivalente a los límites restringidos impuestos por la legislación derogada, esto es, todo se reconduciría a los defectos de forma que, subsanados, posibilitarían una nueva clasificación, como sucedía con anterioridad» (15).

III. DE NUEVO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECURRE A LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA: LA SENTENCIA 97/1993, DE 22 DE MARZO

1. *Antecedentes de hecho*

Un Cabo 1.º de la Armada solicita, conforme a la Ley de 21 de julio de 1973, su selección para permanecer como militar profesional con carácter permanente, lo cual le es denegado por el órgano con competencia para ello, que es la Junta de Clasificación del Cuerpo de Suboficiales de la Armada, que le declara «no apto». El Almirante Jefe de Personal del Cuartel General de la Armada ratificó en vía de recurso esta declaración y, posteriormente, desestimó el recurso de reposición interpuesto por el interesado.

Debemos señalar que la normativa aplicable en este supuesto está constituida por la Ley de Especialidades de la Armada, de 21 de julio de 1973; el Decreto de 31 de mayo de 1974, de desarrollo de la Ley anterior, y la Orden del Ministerio de Defensa, que aprobó el Reglamento de Especialistas de la Armada, de 3 de noviembre de 1981. Había declarado por entonces el Tribunal Supremo, en un supuesto de hecho muy semejante a

(11) Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Arbitrariedad y discrecionalidad», en *Homenaje a GARCÍA DE ENTERRÍA*, tomo III, Madrid, 1991, págs. 2256 a 2316. En especial, págs. 2265 a 2273.

(12) TARDÍO PATO, *op. cit.*

(13) José Luis PIÑAR MAÑAS, *El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones*, «DA», núm. 220, octubre-diciembre de 1989, págs. 135 a 178.

(14) TARDÍO PATO, *op. cit.*, pág. 160.

(15) Pascual GARCÍA BALLESTER, «Algunos aspectos de las clasificaciones de Jefes y Oficiales...», *op. cit.*, págs. 689 y 690.

éste, que, con arreglo a la legislación vigente en aquel momento, «para obtener la condición de personal profesional permanente, aparte del requisito, no discutido en este caso, de que el Cabo 1.º especialista lleve seis años de servicios, es necesario que tras su solicitud sea seleccionado por la Junta de Clasificación del Cuerpo de Suboficiales, resolución que ésta debe realizar, según lo dispuesto en los artículos 14.4 del Decreto y 78.1 de la Orden, como resultado del estudio y análisis del conjunto de fuentes de información que se detallan en el artículo 14.3 del primer texto citado y 97 del segundo» (16). Es de tener en cuenta en la actualidad que estas normas no están vigentes, puesto que han venido a ser sustituidas por la nueva Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.

Pues bien, interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de Madrid, afirmó el interesado en la demanda que se le había producido indefensión, por cuanto la única argumentación dada por la Administración militar había sido un certificado expedido por la Sección de Informes del Departamento de Personal del Cuartel General de la Armada acerca de los informes personales sobre el recurrente, extractados y de autor desconocido, en los cuales, de dieciséis conceptos de los que constan, había sido calificado en tres de ellos con nota «D», teniendo en cuenta que las posibilidades de calificación van, en orden de más a menos favorable, desde la «A» hasta la «E», respectivamente.

Alega en la demanda que esos informes no le habían sido comunicados en cuanto interesado y, en consecuencia, solicitaba el recibimiento a prueba con la remisión de los informes y todas sus circunstancias al Tribunal.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 30 de noviembre de 1989, en la que desestimó el recurso contencioso-administrativo, por dos consideraciones:

a) En primer lugar, que la Junta de Clasificación debe disponer, además de las calificaciones personales, de otras fuentes de información, conforme a sus normas reguladoras.

b) Además, la decisión emana de un órgano especializado de la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad técnica, que no puede someterse a un control judicial, que debe limitarse a la verificación de la adecuación de la actividad administrativa a la normativa vigente.

Es interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por cuanto considera el interesado que se ha vulnerado el artículo 24 de la Constitución. Así, en primer lugar, estima que se le ha provocado indefensión, porque no se le han comunicado los informes personales, a pesar de que por ellos se pueda producir la expulsión de la Armada y se ha vulnerado el artículo 24.1 CE. En segundo lugar, la sentencia, al dar por supuesto que la Junta ha tenido en cuenta otras fuentes de conocimiento distintas

(16) STS de 20 de enero de 1992 (R. Ar. 86).

de los informes que no son mencionadas, ni mucho menos aportadas, equivale a una condena sin pruebas, basada tan sólo en las sospechas o imaginaciones del tribunal, lo cual vulnera la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE.

2. *El fallo del Tribunal Constitucional*

Desestima de plano la alegación de vulneración de la presunción de inocencia el Tribunal Constitucional, por cuanto dice en el Fundamento Jurídico I que: «La invocación de la presunción de inocencia carece manifiestamente de fundamento, porque no nos encontramos ante un caso de imposición de sanciones, sino ante un procedimiento de selección de personal», en el que «el recurrente fue declarado no apto». No se trata, pues, de una condena penal ni tampoco de una sanción administrativa.

Por ello, concluye el Tribunal, «sólo hemos de examinar si se causó indefensión al recurrente por desestimar su recurso contencioso-administrativo apelando a la discrecionalidad técnica de la Junta de Clasificación competente» (FJ I, *in fine*).

«Este Tribunal ha afirmado que la discrecionalidad técnica como ámbito exento de control judicial no es contraria al artículo 24.1 CE», y cita expresamente la STC 39/1983 (FJ II). «El juicio técnico sobre la capacidad de un aspirante ha de realizarse sobre unos datos objetivos que permitan deducir la aptitud o inaptitud del mismo, y la existencia de ese mínimo fundamento fáctico, debe ser comprobada por el órgano judicial», como estima que se hizo en este caso (FJ III).

Sobre los informes personales, se pronuncia el Constitucional en el sentido de que «no compete a este Tribunal emitir juicio alguno, pues dicho juicio se sitúa en el plano de la legalidad ordinaria ajeno al amparo constitucional» (FJ III).

Por todo ello desestima el Tribunal Constitucional el recurso de amparo.

3. *Consideraciones críticas*

Aparte del pronunciamiento sobre la presunción de inocencia, que pertenece al ámbito del Derecho sancionador —como se afirma en el Fundamento de derecho primero—, podemos distribuir las declaraciones que contiene esta sentencia del Tribunal Constitucional en tres grandes grupos, referidos a las siguientes materias: al recurso de amparo en relación con la actuación administrativa y la arbitrariedad judicial, a la cuestión de la discrecionalidad técnica y, finalmente, lo relativo a los informes personales.

A) *El recurso de amparo en relación con la actuación administrativa.*

Sobre el primer aspecto, el relativo a la cuestión del recurso de amparo, declara el Tribunal que no corresponde al amparo constitucional revisar la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria realizada por los Tribunales. Ciertamente, ésa es función propia del recurso de casación, que fue concebido por los revolucionarios franceses con la intención de que fuera lo más uniforme posible la interpretación jurisdiccional de las normas jurídicas, como precisamente al tratar de un supuesto de ascensos militares ha declarado el Tribunal Supremo, diciendo que la casación «tiene la finalidad ostensible de homogeneizar y unificar los criterios judiciales dispersos y discrepantes, para convertirlos en doctrina legal, dentro de la función complementaria del ordenamiento jurídico que a la jurisprudencia asigna el Código civil y en beneficio del principio de seguridad jurídica, clave en un Estado de Derecho como el nuestro, cuya Constitución lo garantiza con su nombre y por algunos de sus elementos (legalidad, irretroactividad, jerarquía normativa...) en su artículo 9.º». De este modo, concluye el Tribunal Supremo, la jurisprudencia «es dotada por la Ley de un valor normativo» (17). Sin embargo, por medio del recurso de amparo sí se tiene capacidad de hacer esa revisión de la interpretación y aplicación de las normas cuando se produce una vulneración de la Constitución en lo que se refiere a los derechos fundamentales.

Desde luego, lo que sí entra en el ámbito del amparo constitucional, es el caso de que el órgano jurisdiccional ordinario haya dictado sentencia manifiestamente arbitraria. «Es posible encontrar ya supuestos en los que el Tribunal Constitucional estima que el poder de apreciación judicial debe ser rectificado; en los que, en una palabra, desde fuera se está contrastando y ponderando la discrecionalidad judicial», se pudo decir ya en 1983 (18). Y así lo declara también la sentencia que nos ocupa. La cuestión es, entonces, qué es lo que habrá de entenderse por sentencia manifiestamente arbitraria, a lo cual responde el propio Tribunal Constitucional diciendo que consiste esta arbitrariedad en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en «dar por buena, sin más, la decisión administrativa, sin realizar el exigible control de la misma que impone el artículo 24.1 y el artículo 106 de la Constitución».

B) *La discrecionalidad técnica.*

Después de esa genérica declaración de control de la actividad administrativa añade, sin embargo, el Tribunal Constitucional que tiene decla-

(17) Vid. STS de 12 de junio de 1991 (R. Ar. 8643), FJ 1.º.

(18) Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial*, núms. 100-102 de esta REVISTA, enero-diciembre de 1983, pág. 1088.

rado que la discrecionalidad técnica no es contraria al artículo 24.1 de la Constitución, lo cual es, evidentemente, cierto, puesto que lo contrario al derecho de acceso a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales no es la existencia de potestades discrecionales, sino la falta de control jurisdiccional de esas potestades (19), por difícil que éste sea (20). Es entonces cuando el Tribunal Constitucional reitera expresamente el aspecto más criticado de la STC 39/1983, es decir, la conclusión de que la discrecionalidad técnica es un ámbito exento de control jurisdiccional. Pero como esta declaración realizada independientemente, sí que podría ser contraria al artículo 24.1 de la Constitución, el Tribunal la matiza diciendo que si bien el control jurisdiccional debe ser lo más amplio y efectivo posible, puede encontrar en algunos casos límites determinados. No hay, pues, exención, sino un límite. Estos límites son descritos por el Tribunal Constitucional con argumentos que ya utilizó en la sentencia de 1983 y a los que frecuentemente recurre el Tribunal Supremo, como cuando habla de:

- Cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico (21).
- Organismo especializado de la Administración (22).
- Juicio que escapa por su propia naturaleza al control jurídico, único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales (23).

Sin embargo, la discrecionalidad técnica no es una doctrina aplicable exclusivamente a estos supuestos de acceso a la Función pública y de promoción en la carrera administrativa, aunque en España, de hecho, sea así, por cuanto así lo estima la jurisprudencia en muchas ocasiones en las que se pronuncia sobre estas cuestiones. Lo cual no deja de ser sorprendente, por cuanto la jurisprudencia entra sin problemas en las cuestiones de licitud y oportunidad de otros juicios que igualmente tienen un carácter exclusivamente técnico y que pertenecen, en consecuencia, al ámbito de la discrecionalidad técnica, según esta doctrina fue elaborada por los autores italianos (24). El concepto de la «discrecionalidad técnica» pertenece a una

(19) Cfr. Fernando GARRIDO FALLA, *El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa*, núm. 13 de esta REVISTA, enero-abril de 1954, págs. 143 y ss.

(20) Cfr. T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*

(21) Cfr. las SSTs de 13 de marzo de 1991 (R. Ar. 2279), 30 de abril de 1991 (R. Ar. 3364), 20 de octubre de 1992 (R. Ar. 8485, FJ 3.º), 11 de noviembre de 1992 (R. Ar. 9118, FJ 4.º) y 9 de diciembre de 1992 (R. Ar. 10147, FJ 4.º).

(22) Cfr. el FJ 3.º de las sentencias del TS de 17 de diciembre de 1986 (R. Ar. 7471), de 18 de julio de 1988 (R. Ar. 5639), de 16 de marzo de 1989 (R. Ar. 2102) y de 28 de septiembre de 1989 (R. Ar. 6374).

(23) Vid. las SSTs anteriormente citadas y la de 12 de febrero de 1990 (R. Ar. 2281).

(24) Cfr. Fernando SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, 364 págs. Dice este autor que: «En el Derecho administrativo italiano, los problemas que plantean los conceptos jurídicos indeterminados se han tratado de resolver mediante la distinción entre "discrecionalidad administrativa" y "discrecionalidad técnica".» «Si se examinan los ejemplos que GIANNINI propone en su introducción a la explicación de la "discrecionalidad técnica", se advierte que todos ellos son ejemplos de "conceptos jurídicos indeterminados" (...). Pero otros autores consi-

doctrina surgida en Italia para el supuesto de que la norma exija adoptar un juicio técnico o científico por parte de la Administración distinto, en todo caso, de los juicios de oportunidad o de legalidad (25), como ocurre con la adecuación del justiprecio en una expropiación, o la valoración de una obra de arte, o la declaración de ruina de un bien inmueble (26). ¿No será, en definitiva, una cuestión de dificultad, como ha puesto de manifiesto T. R. FERNÁNDEZ? (27). Precisamente la jurisprudencia ha entrado en el fondo de asuntos en los cuales fiscalizaba las decisiones administrativas, a pesar del componente técnico de las mismas, incluso con la declaración expresa de la concurrencia de discrecionalidad técnica, como ha hecho en lo que se refiere a las decisiones del Tribunal Marítimo Central (órgano administrativo) en materia de abordajes, salvamentos y remolques en la mar, del que ha dicho que «la preparación técnica que concurre en los miembros de dicho tribunal son presunción de acierto en sus resoluciones», por lo que «dada su especialización difícilmente se puede dar lugar a una impugnación eficaz» (28), aunque «una valoración de conjunto (...) permite a la Sala el rectificar» la decisión del tribunal administrativo (29). Otras sentencias hablan de «presunción de acierto que por su especial preparación técnica y especialización, es preciso reconocer al Tribunal Marítimo Central» (30), presunción que es «*iuris tantum* y naturalmente no impide a la Jurisdicción examinar los hechos para valorarlos» (31). Declaraciones semejantes ha realizado el Tribunal Supremo en materia de fijación del justiprecio en las expropiaciones, como cuando afirma que si bien «es cierto

deran que no se trata de una verdadera discrecionalidad, sino de una pseudodiscrecionalidad en la que el juicio tiene un contenido científico» (págs. 267 y 268).

(25) Cfr. Juan Carlos CASSAGNE, *La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial*, «REDA», núm. 67, julio-septiembre de 1990, págs. 349 a 358. Clasifica este autor las potestades discrecionales en típicas, atípicas y atenuadas, del siguiente modo (págs. 354 y 355):

1. Discrecionalidad típica: El órgano administrativo puede escoger entre varias posibilidades igualmente justas.

2. Discrecionalidad atípica: Se halla acotada por un concepto jurídico indeterminado, que si bien, en principio, admite una solución justa única, puede conceder a la Administración un cierto margen de valoración. En esta categoría podría encuadrarse la llamada discrecionalidad técnica, caso de que se admita su naturaleza de potestad discrecional.

3. Discrecionalidad atenuada: Se limita a la facultad de elegir alguna de las soluciones previstas en la ley.

(26) Sólo citaremos, como ejemplo, algunas sentencias de entre las más recientes, referidas a declaraciones de ruina, todas de 1993: SSTs de 25 de enero (R. Ar. 51, 52 y 53), 26 de enero (R. Ar. 40, 41, 43, 45 y 46), 1 de febrero (R. Ar. 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576 y 577), 2 de febrero (R. Ar. 581, 582, 583, 584, 585 y 586) y de 8 de febrero (R. Ar. 591).

(27) *Arbitrariedad y discrecionalidad*, op. cit., pág. 2267. Critica este autor que, cuando la cuestión técnica es de fácil apreciación, los Tribunales entran en el fondo del asunto, pero no cuando tiene cierta complejidad.

(28) STS de 20 de abril de 1979 (R. Ar. 1588).

(29) STS de 18 de enero de 1982 (R. Ar. 347).

(30) STS de 10 de mayo de 1983 (R. Ar. 2922).

(31) Vid. SSTs de 15 de febrero de 1988 (R. Ar. 1137) y de 19 de enero de 1990 (R. Ar. 53).

que la Jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente declarado que las resoluciones de los Jurados Provinciales de Expropiación gozan de una presunción de legalidad y acierto que está basada en la competencia y preparación que concurren en sus componentes, cuya selección combina el conocimiento del Derecho con el de la realidad económica (...), la presunción de veracidad y acierto de los acuerdos de los Jurados, por ser de naturaleza *iuris tantum*, es susceptible de quedar desvirtuada por prueba en contrario» (32).

Volviendo a la sentencia que nos ocupa, continúa el Tribunal Constitucional su argumentación en esta materia, añadiendo que la discrecionalidad técnica no es contraria a la Constitución, en concreto a su artículo 24.1 (lo cual, así dicho, es cierto, como vimos), porque habría superposición del juicio discrecional del Tribunal sobre el del órgano técnico. Pero, a pesar del carácter revisor de los Tribunales del orden contencioso-administrativo, al cual alude con frecuencia el Tribunal Supremo (33), en esta jurisdicción es totalmente normal que exista esa superposición cuando los Tribunales revisan las decisiones o los actos de la Administración en cualesquiera otras actividades, por cuanto anular o dejar sin efecto un acto administrativo no es más que realizar un juicio sobre el mismo y superponer el criterio del Tribunal al del autor de ese acto. Aunque, desde luego, no puede suponer que se realice un cambio de la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial (34). Los Tribunales deben aplicar las normas jurídicas y controlar la actividad de la Administración en lo que se refiere a su ajuste a esas normas y a los fines que justifican su existencia (el servicio público).

Concluye el Tribunal que no cabe hacer censura alguna a que el control judicial de la actividad administrativa no alcance la revisión de «lo que propiamente sea discrecionalidad técnica». Pero, entonces, lo que ocurre es que el Tribunal debería aclarar qué es propiamente la discrecionalidad técnica, lo cual no es tarea fácil, por cuanto esta doctrina no es solamente aplicable a los supuestos que, como el presente, se refieren a cuestiones relativas a problemas de selección de personal, sino a cualesquiera otros que

(32) Vid. la STS de 6 de julio de 1993, FJ 2.º (R. Ar. 5465). El FJ 3.º de la STS de 8 de julio de 1993 (R. Ar. 5497) habla también de «presunción de legalidad y acierto» que puede ser desvirtuada por la «prueba practicada en fase jurisdiccional, en especial la prueba pericial».

(33) «Los juicios técnicos que emiten estos órganos vinculan a la Administración y por ello no pueden ser sustituidos por una decisión de ésta, ni de los Tribunales de este orden jurisdiccional, en razón del carácter revisor de sus potestades» (STS de 7 de diciembre de 1990, R. Ar. 10139, FJ 2.º). «Sin que el juicio que ha emitido pueda ser sustituido por la Corporación Provincial ni por los Tribunales de este orden jurisdiccional en el ejercicio de su potestad revisora» (STS de 27 de marzo de 1992, R. Ar. 2107, FJ 3.º).

(34) Cfr. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial*, op. cit. En este sentido, GARRIDO FALLA cree que en los supuestos de discrecionalidad técnica la ley determina de forma categórica la solución procedente, por lo que no es una discrecionalidad frente a la ley; pero, aunque en teoría es ésta la que predetermina la elección a realizar, en la práctica la Jurisdicción no puede subrogarse en la apreciación de los criterios tenidos en cuenta por los órganos técnicos de la Administración. Cfr. su *Tratado*, vol. I, Madrid, 1989, pág. 182.

requieran un juicio para el cual sea necesaria una formación científica o técnica, y en las cuales ni el Tribunal Supremo ni el Constitucional suelen aludir a esta discrecionalidad técnica de la Administración, sino que lo normal, lo lógico y natural es que se pronuncien sobre el fondo de estos asuntos sin problema alguno por carecer de conocimientos técnicos, como lo demuestra la jurisprudencia citada en párrafos anteriores. Es más, ni siquiera su existencia y alcance son cuestiones pacíficas en la doctrina, puesto que, como pone de manifiesto MOZO SEOANE, «se trata de un concepto discutido, que mientras por unos se vincula a los casos-límite o de dificultad de control de la indeterminación normativa, por otros se niega y se repudia, o se señala que, por el contrario, actividad técnica y actividad discrecional se oponen, siendo lo técnico un límite de lo discrecional» (35).

Hasta aquí el Tribunal Constitucional reitera la doctrina sentada por la sentencia de 1983, pero atiende también las críticas que a la misma realizaron algunos autores en el sentido de que no cabe excluir *a priori* estos asuntos del conocimiento de los órganos jurisdiccionales. Así se expresaba COCA VITA, para quien lo que hizo la sentencia de 1983 fue «excluir del control judicial las cuestiones materiales de las clasificaciones militares para ascenso, lo mismo que pasaba antes de la Constitución» (se refiere al artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción), por cuanto «si algo hay en el actuar de la Administración insustituible por el juicio de un Tribunal de Justicia será porque así se diga, demuestre y razone por este Tribunal tras un proceso absolutamente abierto y lleno de todas las garantías que en términos agotadores y universales proclama y consagra nuestra Constitución» (36). Esta doctrina es de gran importancia, sobre todo por la influencia evidente que ha tenido en la jurisprudencia posterior, que se ha esforzado por no inadmitir, con contadas excepciones, estos asuntos y entrar de algún modo en el fondo de estas cuestiones, sobre todo cuando se ha logrado acreditar por el actor la desviación de poder o la actuación arbitraria de la Administración. Consecuente con ello, sienta el Tribunal Constitucional en esta sentencia de 1993 que no cabe la inadmisión de plano sino que se debe hacer, al menos, un «mínimo enjuiciamiento», dice el Tribunal, para evitar la situación en la que dejó la sentencia de 1983 las clasificaciones militares de excluidas de todo control judicial.

Manifestación de esta doctrina es que cada vez admite con mayor amplitud la jurisprudencia del Tribunal Supremo la posibilidad de revisión, aun cuando haga suya la doctrina de la discrecionalidad técnica. Así, admite generalmente la jurisprudencia «el control normal de la discrecionalidad referido a la existencia de hechos determinantes, competencia del órgano, procedimiento, o en su caso la desviación de poder por indebida uti-

(35) ANTONIO MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España (Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983)*, Prólogo del Profesor GALLEGO ANABITARTE, Editorial Montecorvo, Madrid, 1985, 606 págs. (págs. 335 y 336).

(36) COCA VITA, *Legalidad constitucional, exclusión de control jurisdiccional y discrecionalidad técnica*, op. cit., págs. 1076 a 1080.

lización de las potestades en atención a los fines públicos, e incluso, en último término, por el juego de los principios generales del derecho, entre el que se encuadra el de interdicción de la arbitrariedad» (37). Cuando estima el Tribunal Supremo que la Administración ha obrado con arbitrariedad, realiza el normal control de la misma (38), igual que ocurre cuando se ha producido desviación de poder (39), entendiendo también la jurisprudencia en varias sentencias que la arbitrariedad se produce cuando se conculcan los principios de mérito y capacidad (40). Se refiere específicamente al ámbito militar la STS de 16 de julio de 1985 (R. Ar. 4181). La argumentación de esta sentencia con respecto a la discrecionalidad técnica es muy semejante a la de las que se pronuncian sobre la Función pública civil, en el sentido de que es exclusiva de aquellos órganos de la Administración que tienen carácter especializado, de tal modo que la clasificación expresa, dice el Tribunal, «el resultado de un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración, como ha declarado para un supuesto similar el Tribunal Constitucional en sentencia de 16 de mayo de 1983». También hace esta sentencia afirmaciones sobre la desviación de poder que se asemejan a la doctrina jurisprudencial sentada sobre esta materia en la Función pública en general, ya que cuando el interesado afirma que la decisión del Consejo Superior está viciada por desviación de poder, el Tribunal Supremo argumenta que por el carácter técnico del órgano y, por tanto, de sus decisiones, no basta con que el interesado esté en desacuerdo con las apreciaciones de ese órgano, sino que es preciso que «se acreditara su desviación del interés general concreto que le imponía la norma jurídica y los principios de la institución puesta en juego, que no eran otros que los de seleccionar a los más aptos para el ascenso». Posteriormente, la sentencia de 3 de abril de 1992 (R. Ar. 2711), afirmó que se podría apreciar desviación de poder si se probara que la Administración militar no concedió un ascenso porque persiguió «un fin distinto al del ordenamiento jurídico que rige la selección y promoción del personal militar en relación con el mejor funcionamiento de sus cuerpos y escalas».

Pues bien, tras ese Fundamento de Derecho segundo y el primer párrafo del tercero de la sentencia de 22 de marzo de 1993 que nos ocupa, en los cuales declara el Tribunal Constitucional que la discrecionalidad técnica es un ámbito excluido de control jurisdiccional, se sienta una doctrina de fundamental importancia: deberá hacerse, en cualquier caso, un mínimo enjuiciamiento. Ya no podrá aducirse la absoluta exención, no cabe recha-

(37) Así se pronuncia la STS de 19 de febrero de 1991 (R. Ar. 1329). Es manifiesta la influencia que, en ésta y en otras muchas SSTs, ha tenido el clásico trabajo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, en esta REVISTA, núm. 38, págs. 183 y ss.

(38) Como en la Sentencia de 11 de noviembre de 1992 (R. Ar. 9118).

(39) Como en las sentencias de 7 de diciembre de 1990 (R. Ar. 10139) y de 30 de noviembre de 1992 (R. Ar. 9316, FJ 3.º).

(40) Vid. las SSTs siguientes: 14 de marzo de 1989 (R. Ar. 2301), 27 de marzo de 1990 (R. Ar. 2514), 9 de diciembre de 1992 (R. Ar. 10147) y otra de idéntica fecha (R. Ar. 10146).

zar de plano la admisión de estas cuestiones técnicas como objeto del recurso contencioso-administrativo, no hay ámbitos totalmente excluidos del conocimiento de los Tribunales, sino que éstos habrán de realizar, al menos, un «mínimo enjuiciamiento». Pero ese enjuiciamiento no es tan mínimo, según lo establece el Tribunal Constitucional, por cuanto lo extiende a todo lo que se refiere a los «fundamentos fácticos» y a los «datos objetivos» que permitan «deducir la aptitud o inaptitud de un aspirante», lo cual es, evidentemente, la base sobre la que se asienta el juicio técnico que realiza el órgano igualmente técnico de la Administración. Luego si, por un lado, el juicio técnico está exento de control y, por otro, los Tribunales están obligados a entrar en el fondo del asunto, al menos en lo relacionado con los hechos y las circunstancias objetivas que dan lugar a ese juicio de carácter técnico, la conclusión es evidente: la exclusión no es total, sino que una buena parte de esta actividad administrativa es controlable judicialmente, distinguiéndose ya entre la parte objetiva, que será siempre revisable, y la subjetiva o de juicio de valor, que será discrecional (41), pero sin que puedan los Tribunales dar por buena, sin más, la decisión administrativa, porque esto sería incurrir en arbitrariedad judicial, conforme declaró el más Alto Tribunal en el Fundamento de Derecho primero de esta misma sentencia. Por ello, el órgano jurisdiccional debe llegar al convencimiento de que la potestad administrativa fue correctamente utilizada y comprobar que ese mínimo fundamento fáctico concurre en el caso concreto, lo cual hace que cuando esa actividad probatoria se haya realizado deba estimarse o desestimarse el recurso, en función de su resultado, pero no en virtud de una genérica exclusión jurisdiccional.

En este sentido, respecto a esos elementos objetivos susceptibles de revisión jurisdiccional, también admite el Tribunal Supremo el control de la aplicación de «criterios objetivos y matemáticos», lo cual se refiere a los baremos como términos objetivos opuestos a los juicios de discrecionalidad técnica, puesto que: «El Tribunal Supremo en reiterada doctrina, distingue a los efectos de controlar los actos de selección realizados por un tribunal aquellos méritos en los que se precisa una valoración del nivel científico de los conocimientos del opositor o concursante, en la cual el tribunal se mueve dentro de un amplio margen de discrecionalidad, y aquellos otros cuya valoración viene predeterminada por criterios objetivos y matemáticos en la cual el tribunal se limita a aplicar datos numéricos incompatibles con cualquier juicio de discrecionalidad» (42). Aunque acepta la existencia de la discrecionalidad técnica, el Tribunal Supremo encuentra un límite a la misma en la existencia de estos datos objetivos que exigen las normas reguladoras, como cuando declara que: «tal discrecionalidad administrativa se halla limitada, a salvo la desviación de poder, por las normas que la convocatoria establece sobre los méritos evaluables, los

(41) Cfr. las SSTs de 15 de marzo de 1993 (R. Ar. 2113, FJ 3.º) y de 19 de febrero de 1991 (R. Ar. 1329, FF.JJ. 4.º y 5.º).

(42) STS de 14 de diciembre de 1991 (R. Ar. 9516), FJ 2.º de la sentencia apelada, que el Tribunal Supremo acepta.

puntos a otorgar por cada uno de ellos, y el procedimiento que debe seguirse para la apreciación de las condiciones exigidas a los aspirantes y la resolución de las pruebas selectivas» (43). Esos datos objetivos son otras veces identificados por el Alto Tribunal con los concursos, en cuyo caso no concurre la discrecionalidad técnica y los Tribunales podrán pronunciarse. Así, declara la sentencia de 15 de marzo de 1993 lo siguiente: «La discrecionalidad técnica impide a los órganos jurisdiccionales sustituir las valoraciones de las comisiones calificadoras de las pruebas selectivas para acceder a la función pública, cuando dichas valoraciones se refieren a los conocimientos específicos que se requieren para superar las pruebas, pero la limitación mencionada no alcanza a determinar si concurren circunstancias que son valorables en la fase de concurso, aspecto sobre el que es plenamente admisible un pronunciamiento jurisdiccional». La consencuencia es, según esta sentencia, que: «una vez llegados a la conclusión de que existe un mérito valorable, sin embargo la cuantificación del mismo debemos encomendarla al propio órgano calificador» (44). Es decir: la apreciación de la existencia de méritos valorables no es una cuestión de discrecionalidad técnica y sobre ella pueden pronunciarse plenamente los Tribunales de Justicia, mientras que sí lo es la valoración de los mismos, que corresponde, por tanto, al órgano administrativo.

A los aspectos objetivos en el ámbito militar se refiere la STS de 23 de junio de 1987 (R. Ar. 4281), que realiza unas declaraciones semejantes a las que acabamos de ver, concretamente cuando se refiere a la discrecionalidad técnica y a la aplicación de los baremos en los concursos, en el sentido de que aquélla se refiere a la valoración de los méritos, pero no a la existencia de los mismos y a la concurrencia de dichos baremos. En efecto, establece el Tribunal Supremo que «si bien la índole de las aptitudes a contemplar, que, como se dijo miran a la competencia y aptitud personal para las misiones militares, atribuye a las potestades valorativas cuestionadas un evidente carácter de discrecionalidad técnica, no fiscalizable jurisdiccionalmente, en su concreta y directa aplicación valorativa, esta consideración no podía excluir la necesidad de que los baremos, en su caso utilizados, pudieran ser revisados judicialmente, si no en su aplicación, sí en su mera existencia y alcance, para medir su concordancia con la normativa legal de directa aplicación», lo cual es trasladar aquí la doctrina jurisprudencial que se refiere a la valoración de los concursos.

Por ello, volviendo al supuesto que nos ocupa, tras examinar el caso concreto, estima el Tribunal Constitucional que no ha habido vulneración del «derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sin indefensión, pues el órgano judicial ha comprobado que la suficiente base fáctica sobre la que se asentó el juicio discrecional del órgano técnico existía en este caso, y cualquier otro aspecto de la cuestión debe reputarse ajeno a esta sede», como dice en el último párrafo del cuerpo de la sentencia. En cierto modo, se trasluce aquí la distinción que, a efectos de posibilidad de control jurisdic-

(43) STS de 27 de marzo de 1992 (R. Ar. 2107), FJ 3.º.

(44) STS de 15 de marzo de 1993 (R. Ar. 2113), FJ 3.º.

cional, realiza TARDÍO PATO entre cuestiones técnicas simples y complejas, siguiendo a CAMMEO. «Cuestiones técnicas simples serían aquellas que no dan lugar a dudas aplicativas y que sólo admiten una solución (...), en las que la revisabilidad judicial es incuestionable. La sujeción de la decisión a estas reglas se convierte en un problema de legalidad estricta». Cuestiones técnicas complejas son el resto de las cuestiones técnicas, aquellas «que no ofrecen una solución sencilla o cuasiautomática. Si rige en ellas la opinabilidad y cierta relatividad, éstas nunca son totales. Las que deben actuar entonces son las opiniones mayoritarias y el mayor número de datos o criterios objetivos utilizables. La propia composición colegiada de los tribunales calificadoros se orienta en este sentido» (45).

C) *Los informes personales: naturaleza jurídica.*

Esos otros aspectos que según el Constitucional son ajenos a esta sede, son los relativos a la cuestión de los informes personales (46). Declara el Tribunal Constitucional que la de los informes personales es una cuestión de mera legalidad y, en consecuencia, ajena al ámbito del amparo constitucional. No obstante, se refiere a ellos para decir que estos informes figuran en el proceso y fueron conocidos por el Tribunal ordinario a través de un certificado en extracto de los mismos, por lo que el actor pudo alegar sobre su existencia y alcance, lo cual hace que estime que no se ha vulnerado el artículo 24 de la Constitución. Pues bien, estos informes personales tienen una extraordinaria función, por cuanto determinan en buena parte las evaluaciones que tanta importancia tienen en el desenvolvimiento de la carrera militar y son parte de ese fundamento fáctico que sí es controlable judicialmente, como hemos visto. Además, con el régimen que establece para todos los militares profesionales la Ley 17/1989, los informes personales han venido a constituirse en materia reservada, incluso para el propio interesado, que no tiene acceso alguno a los mismos, más que en el supuesto de que el superior que los realiza considere que debe orientar al interesado sobre su conducta, pero sólo deberá hacerlo obligatoriamente cuando sean negativos (art. 68.2) (47). Este sistema adoptado por la nueva Ley con carácter general y que es aplicable, por tanto, a todos los miembros de las Fuerzas Armadas, ha sido traído de la anterior regulación parti-

(45) *Op. cit.*, pág. 169.

(46) El concepto de estos informes viene establecido en el artículo 68 de la Ley de 19 de julio de 1989, según el cual: «El informe personal es la calificación realizada por los jefes directos de los interesados de unos conceptos predeterminados que permitan apreciar las cualidades, méritos y aptitudes del militar de carrera así como su competencia y forma de actuación profesional.»

(47) El artículo 68.2 de la Ley de 19 de julio de 1989, dispone: «El calificador es el único responsable de los informes rendidos. Sin dar a conocer el contenido de su informe, podrá orientar al interesado sobre su competencia y forma de actuación profesional y deberá hacerlo si su calificación es negativa.»

cular de la Armada, respecto de la cual se dijo que «dado que no se articula un sistema de recursos similar al organizado en la legislación de ascensos del Ejército, estas calificaciones son efectivas y definitivas, y constituyen, por tanto, un elemento de juicio en cierta manera decisivo para su carrera profesional» (48). Por ello, según GARCÍA BALLESTER, «el interesado en recurrir debería tener acceso al expediente clasificatorio completo, sin perjuicio de su carácter reservado, ya que queda obligado a su mantenimiento —como previene la normativa sobre secretos oficiales—. Este derecho, que se establece con carácter general en los artículos 62 y 63 del Decreto 1408/1966, y que dado el carácter secreto de estos procedimientos aparece excluido durante la tramitación, no debería descartarse en esta fase del recurso, de acuerdo con el principio de audiencia reconocido en el artículo 91 del mismo texto, y con carácter suprallegal, en el artículo 105.c) de la Constitución» (49). Otro factor a considerar como esencial es que los informes personales constituyen una subespecie de evaluaciones de importancia fundamental, sobre todo si se tiene en cuenta que pertenecen a los elementos que han de ser considerados, a veces como únicos, para puntuar según los baremos (a los que la actual Ley Reguladora de 1989 denomina «normas objetivas de valoración», en su art. 90) y que, además, no son conocidos por los interesados, quizá hasta el momento de encontrarse con una clasificación negativa que sea consecuencia de informes del mismo signo, y cuya única posibilidad de modificación podría producirse en vía jurisdiccional, con las graves consecuencias que ello comporta. En esta materia se ha incorporado a nuestro Derecho postconstitucional una regulación propia de la anterior situación, ya que se ha traído a la Ley de 1989 desde la de la Armada de 1968, en la cual sí tenía sentido el secreto, puesto que era prácticamente imposible la impugnación y el control de las clasificaciones, al amparo del artículo 40, apartado f), de la LJCA de 1956. Sin embargo, hoy carece de sentido que el interesado no conozca una circunstancia que puede tener importancia decisiva en el desarrollo de su carrera profesional, ya que la Ley sólo obliga a comunicarle los informes que sean negativos, pero es evidente que desde los informes mejor conceptuados hasta los negativos hay una posibilidad muy grande de graduaciones.

A diferencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1993, que afirma que la de los informes personales es una cuestión de mera legalidad y que es, por tanto, ajena a la vía del recurso de amparo, el Tribunal Supremo sí que entra, porque puede hacerlo, ya que no se encuentra constreñido a un ámbito material específico como es el de los derechos fundamentales, en la cuestión de la naturaleza jurídica de los informes personales, de los que afirma que se caracterizan por una doble circunstancia negativa: no vinculan al órgano de evaluación y no son actos administrativos (50). Ambas cuestiones merecen comentarse.

(48) GARCÍA BALLESTER, *op. cit.*, pág. 659, nota a pie núm. 41.

(49) *Ibidem*, págs. 660 y 661. El Decreto que se cita es el 1408/1966, de 2 de junio, de adaptación de la Ley de Procedimiento a los Departamentos Militares.

(50) STS de 16 de julio de 1985 (R. Ar. 4181), FJ 5.º.

Respecto a la primera de estas cuestiones, es cierto que los informes personales no vinculan ni al órgano de evaluación ni al órgano de clasificación, como también lo es que no son los únicos datos a tener en cuenta por estos órganos en el momento de realizar sus informes o su aprobación de la clasificación, como han destacado tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo, pero, sin embargo, tienen una importancia esencial en esos momentos, por cuanto aunque no vinculen al órgano decisorio, éste, como es lógico, se apoyará de manera fundamental en ellos para establecer las clasificaciones definitivas, con lo cual su importancia no es tan relativa como han dicho los Tribunales. Más discutible es que los informes personales no tengan la naturaleza de actos administrativos, puesto que si así se afirma se está dejando sin posibilidades de control jurisdiccional una parte importante de los criterios a tener en cuenta para realizar las clasificaciones. Lógico sería, pues, declarar que los informes personales son meros actos de trámite, de tal modo que no pueden ser impugnados independientemente, pero sí en el momento de una hipotética revisión jurisdiccional del acto decisorio final.

En este sentido, podemos distinguir, con GARRIDO FALLA, tres tipos de informes, que son: los periciales o integrativos, los informes técnicos contradictorios y los de garantía formal (51). La diferencia entre las dos primeras categorías reside en que en los segundos se debe dar audiencia a los interesados y, con ella, la oportunidad de aportar sus propios criterios técnicos sobre el asunto. Por lo demás, ambos tipos de informes tienen el mismo carácter integrativo, que los diferencia de los consultivos o de garantía formal, por cuanto estos últimos se producen sobre documentos ya aportados, es decir, una vez finalizada la instrucción del expediente administrativo y como anterior a la resolución del mismo por el órgano decisorio, mientras que por el contrario en los integrativos o periciales el informe refleja la opinión personal, de carácter técnico, de alguno de los órganos que participan en la cadena de instrucción del procedimiento, con lo cual forma parte del mismo, se integra en él.

Según esta clasificación, los informes personales a los que nos estamos refiriendo pertenecen a la primera categoría, por cuanto reúnen los tres caracteres que los definen: son periciales, son integrativos y no se da audiencia al interesado. Son periciales puesto que el órgano que realiza los informes se debe basar en criterios técnicos sobre la valoración que le merecen algunos aspectos, tanto profesionales como personales, de aquel militar sobre el que se realizan los mismos. En segundo lugar, son pareceres emitidos por órganos que están situados a lo largo de la línea jerárquica que instruye y prepara el expediente para resolución, por cuanto se realizan durante la tramitación del expediente administrativo y no cuando éste ha sido finalizado y sólo falta la decisión del órgano competente, circunstancia por la que GARRIDO FALLA denomina integrativos a este tipo de informes. Finalmente, no tienen carácter contradictorio, puesto que no sólo no se da audiencia al

(51) Cfr. GARRIDO FALLA, *Informes y dictámenes en el procedimiento administrativo*, «DA», núm. 140, págs. 11 a 40.

interesado, sino que éste ni siquiera conoce su contenido, conforme al artículo 68.2 de la Ley de la Función Militar, como más arriba se vio.

Así perfijada la naturaleza de los informes personales es como debe entenderse lo declarado por el Tribunal Supremo. Los informes personales son actos administrativos, pero no son impugnables por sí mismos, como si fueran actos definitivos, porque son meros actos de trámite que se integran en el conjunto de las actuaciones administrativas que conforman el procedimiento para realizar las evaluaciones y clasificar a los interesados en relación con las vicisitudes de la carrera militar. La consecuencia es que el control jurisdiccional de estos informes puede ser realizado plena y normalmente por los Tribunales, pero no en una impugnación independiente, sino en el momento de recurrir el acto definitivo, que es la clasificación. No hay tampoco exención de control en esta materia, sino sólo una especialidad en cuanto al momento de realizar el mismo que viene determinada por la peculiar naturaleza de estos actos de informes integrativos, producidos durante la tramitación del procedimiento.

Pero ésta es, como dice el Tribunal Constitucional, una cuestión de mera interpretación de las leyes que corresponde, en consecuencia, a los Tribunales ordinarios, que son quienes han de juzgar si se produce en cada caso concreto indefensión para el interesado, aunque quizá deberían realizar un esfuerzo por controlar también aquí la actuación administrativa, puesto que la Ley sustrae del conocimiento de estos informes en vía administrativa, pero no en la jurisdiccional, de modo que podrán reclamar los Tribunales, cuando así lo estimen, tanto esos informes como la comparencia ante ellos de las autoridades que los hicieron con el fin de que se realice prueba testifical, porque así lo impone, además, el artículo 105 de la Constitución y el artículo 35 de la nueva Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo. Que se acepte, en este supuesto concreto, que el órgano jurisdiccional estimara suficiente el extracto de los informes personales, no quiere decir que el Tribunal Constitucional acepte que ésta deba ser la regla general de actuación de los Tribunales, sino solamente si con ello basta a efectos probatorios, pues en caso contrario se estaría produciendo indefensión a la parte, lo cual sí sería contrario a la Constitución. Por esto, lo lógico y lo ajustado al ordenamiento jurídico, es que cuando los Tribunales tengan la más mínima duda de la legalidad de la actuación administrativa reclamen, desde luego, la totalidad de los informes personales, pero también la presencia ante ellos de las autoridades militares que participaron en su elaboración y aprobación. Por ello, la declaración del Tribunal Constitucional no significa que esta regulación sea acorde con la Constitución, sino sólo que la vía oportuna para que así lo pudiera declarar el más Alto Tribunal no era la del recurso de amparo, simplemente. Por eso, deberá establecerse por los Tribunales ordinarios una situación en la cual se llegue a un equilibrio de los dos intereses en juego: el público de tener los mejores mandos militares y el privado de conocer en todo momento cuál es la situación particular en cuanto a las expectativas de carrera, ya que si las mismas no son un derecho subjetivo, según la STC 99/1987 ha perfilado el sistema estatutario, sí lo es la seguridad jurídica.

IV. CONCLUSIÓN

Como conclusión, citaremos a GARCÍA BALLESTER, para quien existe la «imperiosa necesidad, en garantía de las propias finalidades esenciales del sistema de clasificaciones y de los derechos individuales, de naturaleza pública, de los clasificados, que las zonas exentas del control jurisdiccional por razones técnicas, permitan a través de las posibilidades de examen de esa discrecionalidad, y posibiliten, un sistema objetivo, limpio, justo e igualitario que resulte confirmado y asentido por la generalidad de los miembros de las Fuerzas Armadas» (52).

En la Constitución se establece el derecho a la tutela judicial efectiva, como es sabido, lo cual significó la derogación de la exclusión de control jurisdiccional de esta materia, como declaró el Tribunal Constitucional en la sentencia de 16 de mayo de 1983. Pero la derogación del artículo 40, apartado f), de la LJCA y de las Leyes que tuvieran causa en el mismo no significó que los Tribunales no encontraran límites a su función de control en estos asuntos, como ha declarado el Tribunal Constitucional en las dos sentencias que hemos estudiado, límites que venían determinados por la existencia de una potestad discrecional específica, que es la discrecionalidad técnica (como por otra parte había venido declarando el Tribunal Supremo), aunque deba hacerse un «mínimo enjuiciamiento», según establece la sentencia del Constitucional de 22 de marzo de 1993, haciendo una declaración de importancia no sólo para el estricto ámbito al que se refiere esta sentencia, *el del acceso a la Función militar*, sino que es también aplicable tanto al desenvolvimiento de la carrera militar, como a la Función pública civil, en general.

Consecuencia directa de la promulgación de la Constitución es que la primera Ley posterior que reguló estas materias, la Ley de 24 de diciembre de 1981, sobre clasificación de mandos y regulación de ascensos para los militares de carrera del Ejército de Tierra, estableciera tanto un sistema de recursos administrativos que llegaban hasta el Ministro de Defensa, como la posibilidad de acceso a la jurisdicción contenciosa. Posteriormente, ha unificado el régimen jurídico aplicable a toda la Función militar su Ley reguladora, aunque las modificaciones que ha introducido la nueva Ley son de tal importancia, que se puede afirmar que lo que ha hecho es establecer un sistema totalmente distinto de los que existían antes para cada uno de los Ejércitos, aunque traiga causa de ellos. Eso sí, el artículo 112 de esta Ley, al que ya se hizo referencia, permite igualmente tanto los recursos en vía administrativa, como el posterior acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa, con el fin de no vulnerar los preceptos constitucionales, tal y como había sido postulado por la doctrina.

Sin embargo, esta mención expresa de la Ley puede quedar en una mera declaración de intenciones, de efectos puramente formales, que obli-

(52) *Op. cit.*, págs. 691 y 692.

gue solamente a los Tribunales a admitir la interposición del recurso contencioso-administrativo, si éstos se niegan a entrar en el fondo de los asuntos, aduciendo la discrecionalidad técnica o cualesquiera otros criterios semejantes. «El que los jueces rechacen esa posibilidad de control no es otra cosa, en realidad, que una verdadera “autorrestricción jurisprudencial”, pues en absoluto cabe hablar, en este punto, de “restricción legal”», dice PIÑAR MAÑAS (53).

Finalmente, en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en una reciente sentencia, publicada cuando ya había sido entregado este trabajo a la REVISTA: la STC 353/1993, de 29 de noviembre, publicada en el «BOE» del día 29 de diciembre del pasado año.

Después de citar expresamente la SSTC 39/1983 y 97/1993, no se conforma con reiterar los argumentos de la misma, sino que llega a perfilar la doctrina de la discrecionalidad técnica de modo terminante, cuando dice en su FJ 3.º lo siguiente:

«(...) La existencia de un ámbito de discrecionalidad administrativa técnica en determinados supuestos, entre los que se encuentra la calificación de exámenes y pruebas en las oposiciones y concursos, no supone la desaparición del derecho a la tutela judicial efectiva. El acto administrativo de calificación podrá ser objeto de la acción fiscalizadora de los Tribunales de Justicia. Lo que sucede en tales casos es que la revisión jurisdiccional —en cuanto la valoración del Tribunal calificador en lo que de apreciación técnica tenga en sí misma escapa al control jurídico— experimenta determinadas modulaciones o limitaciones que encuentran su fundamento en una “presunción de razonabilidad” o “de certeza” de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Ahora bien, aquella presunción, en tanto que presunción *iuris tantum*, también podrá desvirtuarse si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado.»

Esta importantísima STC declara como jurisprudencia constitucional dos de las ideas fundamentales que se mantienen en el presente trabajo. Por un lado, afirma el Tribunal Constitucional, como hizo en la sentencia 97/1993, que existe una discrecionalidad de carácter técnico en las cuestiones de personal, pero no como un ámbito exento de control jurisdiccional, sino como un aspecto en el cual los Tribunales pueden encontrar «modulaciones o limitaciones» respecto a ese control. En segundo lugar, se dice

(53) José Luis PIÑAR MAÑAS, *El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones*, op. cit., pág. 144.

que en materia de personal no existe una discrecionalidad distinta a la propia de otras cuestiones técnicas, sino que la presunción de legalidad y acierto del órgano técnico de la Administración tiene carácter *iuris tantum*, como en otras cuestiones técnicas venía aceptando la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Si la reciente STC de 22 de marzo de 1993, objeto de los presentes comentarios, supone un avance evidente hacia el control de la discrecionalidad técnica en cuestiones de personal, esta STC, de 29 de noviembre del mismo año, habrá de producir, sin duda, una variación en las decisiones jurisprudenciales que tienda al efectivo control de la actuación administrativa en esta materia, lo cual no es más que un imperativo, como a lo largo de estas páginas se ha afirmado, de la vigencia del ordenamiento constitucional.

