

LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ¿LOS HECHOS COMO ÁMBITO EXENTO DEL CONTROL JUDICIAL?

GERARDO GARCÍA ALVAREZ

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA COMENTADA: LOS HECHOS Y SU TRATAMIENTO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE OCTUBRE DE 1993. 1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las resoluciones de Tribunales y Comisiones de calificación de concursos y oposiciones. 2. La jurisprudencia actual como reminiscencia histórica. 3. Posibles razones procesales del estado de la jurisprudencia sobre control de concursos y oposiciones. II. EL CONTINUISMO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 34/1995, 6 DE FEBRERO. 1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la discrecionalidad técnica. 2. Examen crítico de la argumentación de la sentencia 34/1995. III. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA COMO ÁMBITO DE INMUNIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE DISCRECIONALIDAD Y DISCRECIONALIDAD TÉCNICA. 1. La posición constitucional de la Administración. 2. La presencia de un derecho fundamental. V. CONCLUSIONES.

Tanto la Sala tercera del Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional vienen consagrando las decisiones de Tribunales y Comisiones de oposiciones o concursos en el ámbito de la función pública como un ámbito de exención de control jurisdiccional o al menos de control restringido. La razón esgrimida para ello es que se trata de supuestos de discrecionalidad "técnica", es decir, de actividad pericial o técnica que estaría reservada a determinados órganos administrativos. No cabe duda de que para ello puede haber razones puramente prácticas, como son las dificultades reales para enjuiciar una actividad pericial desarrollada por un órgano altamente especializado, probablemente más cualificado que un eventual perito judicial.

En este contexto, la sentencia 34/1995 tiene un carácter aparentemente anodino. Sin embargo, se trata de una muestra de gran valor, pues resuelve un caso casi de laboratorio: aplica la doctrina de la discrecionalidad técnica a unos hechos en los que el saber técnico implicado, el que había que utilizar antes de calificarlos jurídicamente, era precisamente el saber jurídico, concretamente el Derecho procesal. En consecuencia, este caso permite separar claramente lo que pueden ser apreciaciones meramente pragmáticas de los Tribunales ante la imposibilidad de formarse una idea cabal de los hechos que tienen que enjuiciar y una autorrestricción de los poderes del Juez basada en la idea que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se hacen del papel que corresponde a los órganos judiciales en el control de la Administración.

Los órganos jurisdiccionales, entendiéndolo comprendido en este concepto al Tribunal Constitucional en cuanto juez de amparo, equiparan exactamente la discrecionalidad "técnica" con la discrecionalidad "a secas". La única especialidad de la discrecionalidad técnica es que se situaría en la libertad conferida a la Administración para apreciar y calificar los hechos y no en la libertad para configurar el contenido del acto administrativo en función de consideraciones políticas o de oportunidad. Sin embargo, esta postura es insostenible en determinados casos y de ello son un buen ejemplo los hechos resueltos por la sentencia comentada. En ocasiones, la Administración puede estar habilitada para seleccionar a su personal conforme a criterios de pura discrecionalidad, pero esto no será nunca el caso cuando esa selección se haga con base en un examen de tipo test. En éste y muchos casos similares nos encontramos ante una cuestión de hecho, no de Derecho, que deberá ser resuelta conforme a las reglas que regulan la prueba ante los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

I. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA COMENTADA: LOS HECHOS Y SU TRATAMIENTO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE OCTUBRE DE 1993.

El supuesto de hecho de la sentencia 34/1995, de 6 de febrero, es desgraciadamente bastante típico. Una opositora al Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia es suspendida en el segundo examen y recurre la lista definitiva de aprobados. Confirmada la resolución en vía administrativa, acude al Tribunal Superior de Justicia de Murcia que entra en el fondo del asunto y da la razón a la recurrente. Este órgano jurisdiccional verifica las preguntas del test en que consistía el segundo ejercicio y comprueba que en

la pregunta número 20, relativa a Derecho procesal, en ningún caso podía estimarse como correcta la respuesta preconizada como tal por la Comisión calificadora, sino la seleccionada en su día por la recurrente. Como quiera que sumando una respuesta acertada más a la calificación de la recurrente, ésta llegaba a la calificación necesaria para entender superado el examen y, en consecuencia, la oposición, en la sentencia subsiguiente, de 2 de febrero de 1991, se estima la demanda.

Interpuesto recurso de apelación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo iba a estimar la apelación por medio de la sentencia de 8 de octubre de 1993 (1). En esta sentencia, muy breve, se invoca el hecho de que la Sala "ha sentado la doctrina (...) de la discrecionalidad técnica que el Tribunal u Organo Calificador de la prueba selectiva tiene" (2), lo que situaría sus resoluciones a salvo de todo control, "sea constituido bien por la Administración al resolver los recursos o incluso por los Tribunales de Justicia". Por otra parte, y este párrafo es también citado en el antecedente segundo e) de la sentencia del Constitucional, "si se admitiera que, a través de una prueba pericial se pudiera impedir ese control del Organo Calificador (sic), que quedaría sustituido por el del perito, y por la apreciación del Organo judicial al valorar la pericial". Pese a la sintonía de la sentencia de 8 de octubre de 1993 con el resto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la apelada entendió infringidos el principio de igualdad, su derecho de acceso a cargos y funciones públicas con arreglo a los principios de mérito y capacidad y, finalmente, su derecho a una tutela judicial efectiva, por lo que acudió al Tribunal Constitucional. Sin embargo, éste iba a denegar el amparo solicitado.

Antes de entrar en el examen de la sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, es preciso examinar brevemente algunos aspectos: primero, la inserción de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1993 en un contexto jurisprudencial en el que no constituye ninguna excepción. Segundo, el peso de una tradición aplicativa que respondía a las competencias jurisdiccionales anteriores a la LJ, pero que sin embargo carece en la actualidad de soporte normativo. Por último, las razones procesales que pueden estar en el fondo de la decisión del Tribunal Supremo y que justifi-

(1) Ar. 7228. Sala 3ª sección 7ª. Ponente don Enrique Cacer Lallanne.

(2) Se citan por el Tribunal Supremo las sentencias de 8 de noviembre de 1990 (Ar. 8691), de 21 y 24 de enero y 20 de julio de 1991 (Ar. 1321, 430 y 5614) y las de 8 de marzo y 30 de septiembre de 1993 (Ar. 2108 y 6564). Todas estas sentencias se refieren a pruebas selectivas de acceso al Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia.

carían su decisión, al menos parcialmente, aunque suponga mantenerse ape-
gado a una argumentación que ya no tiene cabida en el ordenamiento actual.

1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las resoluciones de Tribunales y Comisiones de calificación de concursos y oposiciones.

Es preciso reconocer que, efectivamente, la sentencia de 8 de octubre de 1993 es representativa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (3). La jurisprudencia liga a la “discrecionalidad técnica” la estricta limitación del control judicial a los “supuestos extremos de desviación de poder o notoria arbitrariedad” (4). A ello se añade el control estricto de los aspectos “reglados” contenidos en las bases de una convocatoria (5) y de los aspectos formales, notablemente el procedimiento (6). Por último, la característica más relevante de la “discrecionalidad técnica” de los órganos competentes en materia de personal es que en caso de apreciación de la concurrencia de un vicio invalidante, el juez no sustituye su resolución, sino que ordena la retroacción de las actuaciones (7). Es decir, que se equipara el tratamiento de la discrecionalidad técnica al que se da a la discrecionalidad administrativa ordinaria, punto por punto. Sin embargo, no se trata de una construcción jurisprudencial que no presente algunas grietas: en alguna sentencia se admite la prueba pericial, conforme al principio de libre valoración de la prueba (8). No obstante, la posición casi uniforme del Tribunal Supremo puede resumirse en los términos empleados en la sentencia de 11 de octubre de 1994 (Ar. 7987)

(3) Lo que no obsta para que en ocasiones los Tribunales de lo contencioso-administrativo se hayan mostrado mucho más audaces. En este sentido, la jurisprudencia comentada por J. SUAY RINCON, “El control de la actividad discrecional de la Administración: el error en la apreciación de los hechos (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de julio de 1988 y del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990)”, en *Revista de Administración Pública* núm. 124, 1991, p. 249 y ss)

(4) Sentencias de 8 de noviembre de 1989 (Ar. 7829) y de 27 de abril de 1990 (Ar. 3568). Se refieren también a la desviación de poder las sentencias de 5 de julio de 1993 (Ar. 6026) y 19 de septiembre de 1994 (Ar. 7226).

(5) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1992 (Ar. 2107). No obstante, es destacable que la existencia de un baremo “no excluye la discrecionalidad técnica del órgano calificador en la valoración de los méritos” (sentencia de 19 de febrero de 1991, Ar. 1329).

(6) En este sentido, la sentencia de 11 de noviembre de 1992 (Ar. 9118).

(7) Pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1990 (Ar. 10139) ó 1 de julio de 1993 (Ar. 5613).

(8) Es un ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1985 (Ar. 2854).

“la valoración de la calidad intrínseca de méritos y aptitudes de los concursantes a pruebas selectivas pertenece en exclusiva al tribunal calificador, en uso de una discrecionalidad técnica no revisable jurisdiccionalmente”

El elemento fundamental de la “discrecionalidad técnica” parece radicar en la calidad de los miembros del órgano administrativo y en su proximidad al supuesto enjuiciado (9). Argumento que también es empleado por el Tribunal Constitucional, aunque en la argumentación de este último tengan más peso otras consideraciones, como veremos. Esta consideración lleva al Tribunal Supremo a hacer un control incluso mucho más relajado del que aplica a otros supuestos de discrecionalidad (10).

2. La jurisprudencia actual como reminiscencia histórica.

Aparte del concepto mismo de discrecionalidad técnica, que constituye el objeto de este comentario, hay un elemento especialmente discutible en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1993. Según esta sentencia, uno de los elementos configuradores y requisito para que pueda considerarse que existe discrecionalidad técnica sería el efecto vinculante que tendrían las decisiones de determinados órganos calificadores para la propia Administración pública, lo que excluiría la revisión judicial (11). Evidentemente, se trata de un error de juicio sobre el alcance de los poderes

(9) Es decir, en “la presumible imparcialidad de sus componentes, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas” (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1993, Ar. 2876).

(10) Puede compararse lo expuesto con la decidida posición del Tribunal Supremo en el control de la potestad de planeamiento urbanístico, expuesta en J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993.

(11) En el mismo sentido parece pronunciarse la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1990 (Ar. 10139): “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”. Se trata de un error en que incurre cierta jurisprudencia minoritaria, pero que tiene un carácter casi tradicional. En un supuesto algo distinto, la sentencia de la antigua Sala cuarta de 29 de enero de 1974 confirmó una resolución del Consejo de Ministros al entender que la Administración no podía modificar una zona verde contra la opinión expresada en un dictamen del Consejo de Estado. Como señaló GARCIA-TREVIJANO al comentar esta sentencia, de haberse generalizado esta doctrina, habría supuesto la conclusión inaceptable de que los órganos judiciales quedaban vinculados por el dictamen del Consejo de Estado, lo que es inadmisibles (J. A. GARCIA-TREVIJANO FOS, “Dictámenes vinculantes del Consejo de Estado y recurso contencioso-administrativo”, en el vol. col. *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1977, p. 319 y ss). Por otra parte, este pronunciamiento del Tribunal Supremo sería incompatible con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se ha reseñado.

de los Tribunales de Justicia y sobre el monopolio jurisdiccional que les atribuye la Constitución y, desde luego, no constituye ni mucho menos una doctrina unánime (12). El tratamiento de estos supuestos por el Tribunal Supremo presenta grandes similitudes con el reservado en el Derecho francés a las "Jurisdicciones administrativas especiales", que en la mayor parte de los casos no están sujetas al recurso por exceso de poder, sino sólo a un recurso de casación ante el Consejo de Estado (13). Sin embargo, es evidente que un tal reconocimiento de poderes jurisdiccionales a la Administración contraría frontalmente el monopolio jurisdiccional reservado a Juzgados y Tribunales por el art. 117.3 CE. Los órganos calificadoros son órganos administrativos y la regulación de su propuesta como vinculante no supone sino que el ordenamiento jurídico les atribuye la competencia para resolver sobre el fondo, aunque se reserve al órgano formalmente autor de la resolución unas facultades de control más o menos amplias. Ahora bien, la atribución de la competencia para decidir en un determinado asunto a uno u otro órgano administrativo o el establecimiento de una competencia compartida no puede en ningún caso crear una inmunidad de la Administración.

En realidad, la construcción jurisprudencial de la discrecionalidad "técnica", más que a bases actuales, parece responder más bien al estado del Derecho inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 y de ahí que se haya calificado de "reminiscencia histórica" en el encabezamiento del presente epígrafe. No obstante, el concepto actual de discrecionalidad técnica no sólo supone una pervivencia de un estado del Derecho dis-

(12) En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1985 (Ar. 2854), que confirma el fallo pero corrige los fundamentos de la sentencia de instancia, afirmando que se debe "matizar la afirmación (...) referente a remisión de la Sala sentenciadora a los juicios técnicos del Tribunal calificador en cuanto que compuesto por especialistas en la materia, pues entendida dicha afirmación en su sentido literal conduciría a la incorrecta conclusión de sometimiento del Juzgador a las apreciaciones del órgano administrativo cuyo acto calificador es precisamente el objeto de la revisión contencioso-administrativa, lo que en el nivel pragmático implicaría claro quebranto de la tutela judicial efectiva asegurada por el artículo 24.1 de la Constitución ...". Esta sentencia fue comentada, positivamente, por E. COCA VITA, "También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los tribunales", en la *Revista de Administración Pública* núm. 108, 1985, p. 105 y ss. En el mismo sentido, J. L. PIÑAR MAÑAS, "El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones", cit., p. 143-144.

(13) Las características de las jurisdicciones administrativas especiales es que son creadas por Ley -su creación por Decreto es causa de nulidad- y no están sometidas a un poder jerárquico, pero no se sujetan a un proceso formalizado, debiendo respetar simplemente el carácter contradictorio de la instrucción y el deber de motivar sus resoluciones (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrétien, París, 1995 (quinta edición), p. 65 y ss, esp. p. 75 y 88).

tinto del actual, sino que también supone una cierta mistificación o corrupción de una construcción doctrinal y jurisprudencial en su momento plenamente coherentes.

Al parecer, el término "discrecionalidad técnica" habría comenzado a utilizarse por la jurisprudencia en la década de 1930 (14). Sin embargo, la doctrina científica de una época casi inmediatamente posterior empleaba el concepto de "discrecionalidad técnica" en términos más restrictivos que los actuales, para referirse a la circunstancia de que ni la Ley ni el Reglamento aplicables a un concurso u oposición, ni tampoco la convocatoria, establecieran normas para celebrar alguno de los ejercicios (lo dejaran "como discrecional"), en cuyo caso "es función del Tribunal reglamentar dicho ejercicio, que debe darse a conocer a los interesados con la antelación precisa, así como también la resolución de las dudas que en la práctica de alguno de ellos pudiese suscitarse". En estos casos también correspondía al Tribunal de la oposición o concurso la concreción del contenido del ejercicio (15). Es decir, que el concepto ha sido utilizado tradicionalmente entre nosotros para referirse a un supuesto de discrecionalidad administrativa en sentido estricto, aunque otorgada a un órgano técnico en atención a su condición de tal.

Entrando en el control de las decisiones de los Tribunales de oposiciones, sobre cuya actuación se elaboró el concepto de discrecionalidad técnica, al recibir la propuesta de resolución elevada por el Tribunal del concurso u oposición, el órgano de la Administración competente para realizar el nombramiento tenía la facultad verificar la corrección formal del procedimiento, la aplicación de las bases de la convocatoria y la capacidad legal de los propuestos antes de proceder al nombramiento, pero "no tiene competencia para revisar el juicio formulado por los Tribunales. El ámbito de la delegación de facultades se concreta en la calificación de la capacidad técnica de la idoneidad profesional de los aspirantes", por lo que sería inválido rehusar el nombramiento de un candidato propuesto basándose en su insuficiente capacitación profesional o intelectual (16). Es decir, que el Tribunal de la oposición era competente en cuanto al fondo, aunque su decisión requiriese la aproba-

(14) A. SANCHEZ BLANCO, "La discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos", en la *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 30, 1981, p. 563.

(15) E. SERRANO GUIRADO, *El régimen de oposiciones y concursos de funcionarios*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 176-178.

(16) E. SERRANO GUIRADO, *El régimen de oposiciones y concursos de funcionarios*, cit., p. 235-237. Vid. también, del mismo autor, "Los actos del procedimiento de selección de funcionarios", en la *Revista de Administración Pública* núm. 8, 1952, p. 103 y ss, esp. p. 173 y ss.

ción superior para su eficacia, una aprobación que sólo podía negarse por motivos reglados. No obstante, la doctrina reseña que en ocasiones la legislación permitía a la Administración ejercer un control discrecional sobre el “juicio pericial”, control que el obligatorio cuando se trata de aspectos reglados como la capacidad legal de los candidatos (17).

A este orden de cosas en la fase previa correspondía el reparto de las competencias de control entre órganos jurisdiccionales y administrativos. Los Tribunales contencioso-administrativos sólo podían conocer de las posibles infracciones de la Administración en materia de procedimiento o de forma, pero “el juicio pericial sobre el mérito o aptitud de los aspirantes corresponde a la Administración o a sus Tribunales o Comisiones examinadoras” y en consecuencia su revisión correspondía a la “jurisdicción de agravios”, es decir, al Ministro competente previo dictamen del Consejo de Estado. Específicamente, estaban fuera de la competencia de los Tribunales la distinta clasificación de méritos o el emitir juicios de comparación de méritos. Parece que constituían una excepción los supuestos en que “se alega y se prueba la actuación con dolo, prevaricación de los examinadores, carentes de libertad para emitir su fallo, por coacción, violencia o error originados por tercero”, en cuyo caso los Tribunales contencioso-administrativos recuperaban la competencia (18).

En consecuencia, los aspectos sustantivos correspondían hasta 1956 a la potestad discrecional de la Administración y recuérdese que en el Derecho español anterior a la entrada en vigor de la LJ la discrecionalidad suponía exención del control jurisdiccional. Ahora bien, la pervivencia del concepto de discrecionalidad técnica en la actualidad resulta doblemente contradictoria: primero, por haber desaparecido las instancias y los procedimientos administrativos de control que constituían la denominada jurisdicción de agravios y, segundo, por ser radicalmente incompatible con la actual concepción de discrecionalidad. Existirá discrecionalidad en cuanto el ordenamiento deje a un órgano administrativo la determinación de la forma de examen y del contenido de éste, y exclusivamente respecto a tales aspectos. La aplicación de máximas de experiencia derivadas o no de un saber técnico no es una cuestión discrecional y la corrección y calificación de los ejercicios debe basarse en reglas verificables. Lo contrario supondría situar al administrado,

(17) E. SERRANO GUIRADO, “Los actos del procedimiento de selección de funcionarios”, cit., p. 174-175.

(18) E. SERRANO GUIRADO, *El régimen de oposiciones y concursos de funcionarios*, cit., p. 300-302. Sobre la jurisdicción de agravios puede consultarse A. PEREZ HERNANDEZ, *El recurso de agravios*, Publicaciones del Estudio General de Navarra, Pamplona, 1954.

tras la entrada en vigor de la LJ y de la Constitución vigente, en una situación peor que la que hubiese tenido en 1956.

3. Posibles razones procesales del estado de la jurisprudencia sobre control de concursos y oposiciones.

No obstante, también hay razones de orden práctico, relacionadas con las normas procesales, que han podido influir en la conformación de esta jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estas razones son probablemente la causa última de la diferencia de tratamiento que se da a la cuestión de la valoración de los meritos en el acceso a la función pública respecto a otros supuestos de actividad pericial o técnica de la Administración.

Para empezar, téngase en cuenta que el principio de unidad del acto administrativo convierte en cuestionable que se puedan modificar los criterios de corrección o de valoración de méritos de un candidato sin realizar también la operación con todos los candidatos concurrentes y que fueron calificados mediante la misma resolución, ya que en estos casos estamos ante un acto administrativo único y no ante tantos actos como candidatos admitidos o rechazados. Es indudable que la nueva valoración de todos los candidatos presenta dificultades técnicas, pero sobre todo plantea el gravísimo problema de que ello supondría extender los efectos de una sentencia a quien no ha sido parte en el proceso, lo que podría dar lugar a situaciones de indefensión. No obstante, no se trata de una dificultad insalvable si se tiene en cuenta que se debería citar como codemandados a los candidatos aprobados (art. 29.1.b LJ).

Otra dificultad deriva la prohibición de los “aprobados sin plaza” bajo pena de nulidad radical (19). Si se incluye por medio de sentencia judicial un nuevo aprobado en la lista y ya había tantos candidatos aprobados como plazas a cubrir, este precepto obligará a la Administración a proceder a la revisión de oficio de la lista de aprobados, procediendo de hecho a valorar de nuevo a candidatos ya admitidos para excluir al que tuviese menor puntuación, con la salvedad del incluido en la lista de aprobados en virtud de sentencia judicial, incluso si se trataba del que tenía menos méritos de todos los admitidos (la cosa juzgada constituye un límite para las facultades de revisión de oficio de la Administración) (20). Es evidente este desenlace sería inaceptable.

(19) Art. 18, párrafo quinto, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública.

(20) En este sentido, sentencia de 30 de noviembre de 1984 (Ar. 6560).

Sin embargo, las dificultades anteriores no son oponibles en puridad sino a la sustitución por el órgano jurisdiccional de las facultades correspondientes al órgano administrativo, pero no a una simple anulación del acto administrativo con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la valoración, con el consiguiente deber para el órgano administrativo de volver a valorar con iguales criterios a todos los aprobados. Ciertamente, la sentencia judicial afectaría de este modo a quienes podían no haber sido parte en el proceso, pero no de manera irreversible, de forma que puede estimarse que en estos casos no se produciría indefensión. Esta solución tiene evidentes ventajas prácticas: si un órgano judicial ordena esta nueva valoración, las discrepancias que surjan como consecuencia de ello entre la Administración y el particular son solventables mediante un incidente de ejecución de sentencia, sin que sea preciso un nuevo proceso contencioso-administrativo (21). Por otra parte, el órgano judicial no estará obligado a encomendar la nueva valoración a la misma Comisión que la realizó en su día, sino que podrá disponer el nombramiento de una nueva, de acuerdo con criterios equivalentes a los de la primera para la designación de sus miembros y siguiendo un procedimiento similar (22).

II. EL CONTINUISMO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 34/1995, DE 6 DE FEBRERO (23).

La doctrina se ha centrado en el estudio específico de la discrecionalidad técnica en el ámbito del acceso y avance en la función pública (24). De he-

(21) En este sentido, sentencia del Tribunal Constitucional 148/1989, de 21 de septiembre, fto. jco. séptimo.

(22) En este sentido J. L. PIÑAR MAÑAS, "El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones", en *Documentación Administrativa* núm. 220, 1989, p. 135 y ss, esp. p. 157-158. Un planteamiento general sobre los poderes de sustitución de los órganos contencioso-administrativos en M. BELTRAN DE FELIPE, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, *passim*.

(23) Ponente don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

(24) Vid. A. SANCHEZ BLANCO, "La discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos", en la *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 30, 1981, p. 563 y ss; J. A. TARDIO PATO, *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986; J. L. PIÑAR MAÑAS, "El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones", en la revista *Documentación Administrativa* núm. 220, 1989, p. 135 y ss; J. M. PEÑARRUBIA IZA, "La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica", en la *Revista de Administración Pública* núm. 136, 1995, p. 327 y ss; J. M. ALEGRE AVILA, "Discrecionalidad técnica y control judicial: la revisión jurisdiccional de los juicios técnicos de los Tribunales y Comisiones de selección para el acceso a la función pública", en la *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 42, 1995, p. 267 y ss.

cho, éste "ha sido en la práctica el único ámbito en el que en España se ha teorizado acerca de la discrecionalidad técnica" (25). Por otra parte, ello es coherente con la jurisprudencia que de forma mayoritaria se ha ocupado de la discrecionalidad técnica en relación con estos temas. Es preciso señalar que no sólo la sentencia 34/1995, sino la totalidad de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la "discrecionalidad técnica" de la Administración se han producido en el ámbito de la función pública, concretamente en supuestos de impugnación de decisiones Tribunales o Comisiones encargadas de juzgar oposiciones o concursos de ingreso en la función pública o de avance en la carrera administrativa. Por ello, ha de hacerse un breve resumen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este tema, antes de examinar la argumentación de la sentencia 34/1995 en concreto.

1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la discrecionalidad técnica.

De acuerdo con algún autor, sería apreciable una evolución en la posición del Tribunal Constitucional sobre la discrecionalidad técnica, que habría pasado de considerarla como un ámbito exento del control judicial a estimar que no existe ninguna exención, sino simplemente una especialidad del control (26). Sin embargo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída sobre esta cuestión cabe apreciar una notable unidad, con la excepción de algún auto en el que el Tribunal no matiza su posición en la medida en la que lo hace en sus restantes pronunciamientos (27).

(25) M. BELTRAN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 142.

(26) J. M. PEÑARRUBIA IZA, "La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica", en la *Revista de Administración Pública* núm. 136, 1995, p. 327 ss, concretamente p. 342.

(27) El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la existencia de discrecionalidad técnica, en todos los casos en sentido afirmativo, en la sentencia 39/1983, de 16 de mayo (clasificación de un Coronel de Infantería de Marina por el Consejo Superior de la Armada en una mala posición para el ascenso a General, comentada en E. COCA VITA, "Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica", en la *Revista de Administración Pública* núm. 100-102, vol. segundo, p. 1039 y ss); en el auto 274/1983, de 8 de junio (suspensión en oposiciones a Auxiliar administrativo); en el auto 681/1986, de 30 de julio (suspensión en oposiciones a Secretario de Administración local de tercera categoría); en la sentencia 97/1993, de 22 de marzo (resolución de la Junta de Clasificación del Cuerpo de Suboficiales de la Armada, denegatoria de la condición de personal profesional y permanente, comentada en J. M. PEÑARRUBIA IZA, "El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar", en la *Revista de Administración Pública* núm. 133, 1994, p. 287 y ss); en la sentencia 353/1993, de 22 de noviembre (suspensión en oposiciones al Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia) y en la sentencia 34/1995, de 6 de febrero (también un suspensión en oposiciones al Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia).

El Tribunal Constitucional caracteriza la “discrecionalidad técnica” como una “presunción de razonabilidad o certeza” que supone determinadas modulaciones en el control judicial de la actuación administrativa (28), derivados del reconocimiento a la Administración de un “margen de discrecionalidad” (29). Esto concuerda punto por punto con una de las caracterizaciones dogmáticas de la discrecionalidad como “una presunción de que es la Administración la que debe definir los intereses generales, y aunque esta presunción no pueda ser destruida cuando el Juez tenga una opinión distinta, sí puede y debe serlo cuando el órgano judicial reúna los suficientes elementos de juicio (prueba) como para llegar al convencimiento de que dicha apreciación no es conforme a Derecho”, definición que además puede decirse que expresa el sentir mayoritario de la doctrina (30). En consecuencia, parece que discrecionalidad y discrecionalidad técnica serían indistinguibles, por más que repugne la admisión de una potestad discrecional en el núcleo de un derecho fundamental como pueda ser el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Quizá consciente de esta dificultad, el Tribunal Constitucional se ha cuidado de afirmar que esta limitación del control judicial sería perfectamente compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y con el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho (31), además de referirse en alguna ocasión la definición refiriéndose a la discrecionalidad técnica como “recurso interpretativo” (32).

En cuanto a la justificación de esta “modulación” del control judicial, de acuerdo con el Tribunal Constitucional es triple. Primero, el carácter exclusivamente jurídico del control ejercido sobre la Administración por los Tribunales de Justicia, ya que los Tribunales están limitados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos (33). Segundo, el carácter “especiali-

(28) Sentencias 353/1993, fto. jco. tercero, y 34/1995, fto. jco. tercero.

(29) Sentencia 353/1993, fto. jco. quinto.

(30) S. DEL SAZ, “Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Sn reserva constitucional”, en C. CHINCHILLA, B. LOZANO y S. DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 195.

(31) Sentencia 39/1983, fto. jco. cuarto, sentencia 97/1993, fto. jco. segundo, sentencia 353/1993, fto. jco. tercero, y sentencia 34/1993, fto. jco. tercero. En esta última el Tribunal examina con mayor detenimiento la cuestión, admitiendo que el art. 103.1 CE contiene “una prohibición generalizada de áreas de inmunidad”, de la que sólo cabe excluir los casos de “prohibición legal expresa y fundada en motivos suficientes”, lo que sin embargo es compatible con la “legitimidad del respeto a lo que se ha llamado “discrecionalidad técnica” de los órganos de la Administración”.

(32) Sentencia 34/1995, fto. jco. tercero.

(33) Sentencia 34/1983, fto. jco. tercero y cuarto, auto 274/1983, sentencia 97/1993, fto. jco. segundo, y sentencia 353/1993, fto. jco. tercero, la que más abunda en este punto.

zado” de los órganos administrativos que realizan la valoración (34). Tercero, la discrecionalidad técnica es compatible con la Constitución en cuanto contribuye a “salvaguardar el ámbito de competencia legalmente atribuido a la Administración, eliminando posibles controles alternativos, no fundados en la estricta aplicación de la Ley, de parte de los órganos judiciales” (35).

El contrapeso de esta construcción sería que, como ha afirmado el propio Tribunal Constitucional en otros supuestos, “la resolución de un concurso de méritos para cubrir una plaza vacante de funcionarios ha de hacerse conforme a un criterio estrictamente técnico, valorando exclusivamente el mérito y la capacidad del aspirante a la plaza de que se trate, conforme establece el art. 103.3 de la Constitución” (36), lo que parece que con mayor motivo será aplicable también al ingreso en la función pública.

Sin embargo, las consecuencias del reconocimiento de la “discrecionalidad técnica” son, en primer lugar, que el administrado recurrente está constreñido a probar que la Administración ha incurrido en desviación de poder (37), en arbitrariedad entendida como “error grave o manifiesto” (38), que la resolución carecía de base fáctica (39) o que el criterio empleado no era razonable (40). Además, los Tribunales de Justicia habrán de limitarse a censurar la exis-

(34) Sentencia 39/1983, fto. jco. cuarto, sentencia 97/1993, fto. jco. segundo, y sentencia 34/1995, fto. jco. segundo. En una ocasión se añade también al criterio de la “imparcialidad” junto a la especialización (sentencia 353/1993, fto. jco. tercero).

(35) Sentencia 34/1995, fto. jco. tercero.

(36) Sentencia 193/1987, de 9 de diciembre, fto. jco. quinto. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado por un funcionario preterido en el concurso a la plaza de Secretario del Ayuntamiento de León, celebrado conforme al antiguo sistema de ternas, pese a ser el que había alcanzado mayor puntuación.

(37) La desviación de poder es mencionada por la sentencia 353/1993, fto. jco. tercero, y la sentencia 34/1995, fto. jco. tercero. La sentencia 39/1983 se limita a aludir a “todas las posibilidades que han sido incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico” (fto. jco. cuarto), referencia que ha de entenderse a los métodos de reducción de la discrecionalidad, entre los que por supuesto se cuenta la desviación de poder, pero también los que a continuación se relacionarán en el texto.

(38) Se entiende por “error grave o manifiesto” el que quepa “presuponer fundado en malicia del juzgador o en desconocimiento inexcusable de la materia juzgada” (sentencia 353/1993, fto. jco. cuarto). Sin embargo, la sentencia 34/1995 se refiere simplemente a “patente error” (fto. jco. tercero).

(39) Según la sentencia 97/1993, “la discrecionalidad técnica es compatible con la exigencia de una *base fáctica*, ya que el juicio técnico (...) ha de realizarse sobre unos datos objetivos (...) y la existencia de ese mínimo fundamento fáctico debe ser comprobada por el órgano judicial” (fto. jco. tercero).

(40) La presunción de razonabilidad se desvirtuaría “si se acredita la infracción o desconocimiento de *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*” (sentencia 353/1993, fto. jco. tercero).

tencia de un error y en su caso anular la resolución, ordenando la retroacción de las actuaciones, pero no podrán sustituir los criterios del órgano administrativo por los suyos propios y dictar una resolución en su lugar (41). Doctrina que no deja de ser contestable. A propósito de la sentencia 39/1983, DEL SAZ ya había señalado que “el Tribunal Constitucional ha abierto la vía de negar el control jurisdiccional de los actos técnicos de la Administración impidiendo que los tribunales puedan controlar incluso los elementos reglados de los actos discrecionales, lo que en nuestra opinión se opone tajantemente al art. 106 de la propia Constitución” (42).

Además, el Tribunal Constitucional olvida que el control jurídico de la actividad administrativa se extiende necesariamente a la comprobación de los hechos, que no son otra cosa que los presupuestos de hecho de las normas que la Administración pretende haber aplicado. Es evidente además que es inconcebible que ese control sobre los hechos se limite a su calificación jurídica, dejando de lado su efectiva realización.

2. Examen crítico de la argumentación de la sentencia 34/1995.

Este es el contexto de la sentencia 34/1995 que, como era de esperar, denegó el amparo solicitado (43). Dejando de lado la contestación del Tribunal Constitucional a las alegaciones de la demandante de amparo sobre la vulneración del principio de igualdad y sobre la improcedencia de la admisión de un recurso de amparo en materia de personal, en la sentencia se dedican a la discrecionalidad técnica los fundamentos jurídicos tercero y cuarto. El Tribunal Constitucional comienza por reconocer en el fundamento jurídico

(41) La más explícita en este sentido es la sentencia 34/1995, que no sólo justifica la discrecionalidad técnica como una “salvaguarda del ámbito de competencia legalmente atribuido a la Administración” (fto. jco. tercero), sino que justifica la anulación por el Tribunal Supremo de la decisión de la sentencia de instancia que daba la razón al demandante y ordenaba su inclusión en la lista de aprobados, precisamente en que la demandante no sólo pretendía que se censurase la actuación administrativa, sino que se sustituyese el criterio de calificación de la Comisión calificadora por otro más adecuado. “Esta solicitud (...) excedía con mucho del control jurídico que incumbe realizar a Jueces y Tribunales (...), pues traía consigo la sustitución del criterio del órgano judicial al (sic) del órgano calificador” (fto. jco. cuarto). No obstante es común la referencia a un juicio “que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración” (sentencia 39/1983, fto. jco. cuarto, sentencia 97/1993, fto jco segundo, sentencia 353/1993, fto. jco. tercero, y en parecidos términos, auto 274/1983 y auto 681/1986).

(42) S. DEL SAZ, “Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional”, en C. CHINCHILLA, B. LOZANO y S. DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 194-195.

(43) La sentencia 353/1993, de 22 de noviembre, había resuelto un supuesto casi idéntico.

tercero que la argumentación del Tribunal Supremo “llevaba al máximo las consecuencias de la doctrina sobre la discrecionalidad técnica” y que el art. 103.1 CE contiene una “prohibición generalizada de áreas de inmunidad”, lo que comporta que “salvo exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes -que en todo caso corresponde valorar a este Tribunal-, no se producen exenciones en la regla general de sujeción de aquélla al control y fiscalización de los Tribunales de Justicia”.

Pese a estos inicios, en la sentencia se reconoce acto seguido y sin solución de continuidad la “legitimidad del respeto a lo que se ha llamado discrecionalidad técnica” cuando un órgano administrativo aplica “criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados”. Con amplias citas de la sentencia constitucional 353/1993, la discrecionalidad técnica se concreta en “las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional” y que se justifican por “una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa” debida a la “especialización” y la “imparcialidad” de los Tribunales calificadores, aunque sea una presunción *iuris tantum*. Pero esta especialidad en el control judicial de la Administración

“en cuanto recorta las facultes de control del Juez, sólo puede considerarse compatible con el diseño constitucional antes descrito en la medida en que contribuya a *salvaguardar el ámbito de competencia legalmente atribuido a la Administración*, eliminando posibles controles alternativos, no fundados en la estricta aplicación de la Ley, de parte de los órganos judiciales”.

Es decir, el Tribunal Constitucional parte del carácter extrajurídico de la discrecionalidad técnica como uno de sus postulados básicos, lo que sitúa este tipo de actuación administrativa a salvo del control judicial. Por otro lado, hay que admitir que el postulado teórico de que parte el Tribunal cuenta con algún apoyo en la doctrina (44). Lo que quizá no termina de estar claro, al menos en mi opinión, es el por qué las cuestiones de hecho deben quedar

(44) Concretamente por PIÑAR, quien va más lejos que el Tribunal Constitucional en la caracterización de la discrecionalidad técnica como ámbito exento de control, aunque discrepe sobre el supuesto concreto. Este autor señala que las medidas de control propias de la discrecionalidad, aplicables en función de que ésta debe basarse necesariamente en la valoración del interés público, no podrán aplicarse en los casos de discrecionalidad técnica, en los que los juicios son puramente “técnicos”, mientras que el Tribunal Constitucional sí parece admitir en estos casos ñe trata de un *obiter dictum* técnicas de control como la desviación de poder o el error manifiesto de apreciación. Hay que advertir sin embargo que PIÑAR considera que la actividad calificadora de Tribunales y Comisiones es de carácter discrecionalidad y, en consecuencia, no inscribible en el ámbito de la discrecionalidad técnica (J. L. PIÑAR MAÑAS, “El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones”, cit., p. 148-149).

sustraídas del conocimiento de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos, al menos una vez abandonada la tesis del ministro-juez.

En la primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional recurrió a la tesis de la discrecionalidad técnica para justificar la denegación de un amparo -la 39/1983, de 17 de mayo-, se afirma que “no se precisa en dicha demanda cuáles son las cuestiones de legalidad relativas al fondo del asunto” y que “dado que no se aduce ninguna otra posible causa de anulación de la clasificación impugnada, como podría ser, por ejemplo, la desviación de poder, hay que concluir que el juicio sobre el puesto que en la relación de elegibles mereció el recurrente al Consejo Superior de la Armada no es una cuestión de legalidad, sino una cuestión técnica, y escapa, por tanto, al control jurisdiccional” (fto. jco. tercero). El Tribunal Constitucional afirma claramente que ni el art. 24.1, ni el 103.2 ni el 106.1 de la Constitución se aplican a “cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa, por su propia naturaleza, al control jurídico” (fto. jco. cuarto). Dada la época -1983-, la materia -ascenso al generalato- y los términos literales de la sentencia, da más la sensación de que el Tribunal Constitucional estuviese creando algo similar a un nuevo campo del “acto político”. Pero para conseguir ese efecto le habría bastado acogerse a la existencia de una potestad discrecional con implicaciones evidentemente políticas (45). Sin embargo, el Tribunal Constitucional vacila a la hora de reconocer potestades discrecionales en el acceso o la promoción dentro de la función pública, por lo que recurre a la figura ambigua de la discrecionalidad “técnica”, que en realidad es tan discrecional como la otra. Por otra parte es evidente que si el recurrente no probó la existencia de un error de apreciación, la resolución de un órgano imparcial y técnicamente cualificado merece más crédito que la mera afirmación del interesado, lo que también afirma el Tribunal Constitucional cuando considera que el problema se reduce a una “discrepancia del interesado respecto a la valoración de sus circunstancias para su valoración” (fto. jco. cuarto). Pero también es evidente que si la competencia de los Tribunales de Justicia se circunscribiera a las cuestiones de legalidad y dejase de lado las cuestiones de hecho, los Tribunales contencioso-administrativos se verían muy aligerados de tra-

(45) Como afirma PIÑAR, “el supuesto de los ascensos militares en absoluto es identificable con el del acceso a la función pública en virtud de los principios de mérito y capacidad” (J. L. PIÑAR MAÑAS, “El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones”, cit., p. 152).

bajo, mientras que el orden jurisdiccional civil podría suprimirse, simplemente, con el consiguiente ahorro presupuestario.

La sentencia 39/1983 fundó un fallo justo en una doctrina errónea. La sentencia 34/1995 aplicó una doctrina errónea y llegó a un fallo injusto. Por intentar camuflar un supuesto de discrecionalidad en un ámbito en que es perfectamente admisible, como es el ascenso al generalato, se llega a configurar como discrecional una operación que es perfectamente reglada, aunque requiera determinados conocimientos técnicos, como es la corrección de un examen de tipo test. ¿Qué tiene que ver el ascenso al generalato con el ingreso en el Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia?

En el fundamento jurídico cuarto de la sentencia comentada, el Tribunal Constitucional le echa un poco de imaginación al asunto e intenta salvar la extrema parquedad de la argumentación del Tribunal, como cuando afirma que la desestimación de la pretensión de la demandante se hizo “no sólo con fundamento en la acrítica invocación de la discrecionalidad técnica de la Comisión, sin mayores precisiones, sino valorando la naturaleza de la actividad de control que la actora requería del órgano judicial”. Desgraciadamente para la credibilidad de esta afirmación, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1993 puede encontrarse en los repertorios al uso. Por otra parte, la culpa de la denegación la habría tenido la demandante al solicitar de los Tribunales contencioso-administrativos no sólo la anulación de la resolución administrativa, sino también el reconocimiento de su situación jurídica por medio de la alteración de la calificación, lo que “excedía con mucho del control jurídico que incumbe realizar a Jueces y Tribunales (...), pues traía consigo la sustitución del criterio del órgano judicial al del órgano calificador”.

No obstante, cuesta trabajo pensar que un demandante pida la sustitución de una resolución administrativa sin pedir también -y previamente- su anulación. Por otra parte, sería difícil justificar con apoyo en la LJ esto que podríamos denominar la “regla del todo o nada”: si se pide algo más que la simple anulación del acto, o se otorga el *petitum* en su totalidad o se deniega en su totalidad. Como regla para prevenir peticiones infundadas probablemente sería muy eficaz, pero no se acaba de encontrarle el apoyo normativo.

Por último, hay que recordar que ya en otras sentencias anteriores el Tribunal Constitucional se había referido como un supuesto de control de la discrecionalidad técnica a la existencia de “error grave o manifiesto” (sentencia 353/1993, fto. jco. cuarto), criterio aceptado por la sentencia 34/1995 que se refiere simplemente a “patente error” (fto. jco. tercero). Sin embargo,

en la sentencia no llega a plantearse si un error como el que cometió la Administración al corregir el examen que está en el origen del problema fue o no "patente". Es decir, que el Tribunal Constitucional no sólo caracteriza con todos los atributos de lo discrecional un supuesto que es claramente reglado, sino que ni siquiera obra en consecuencia y exige de los órganos jurisdiccionales el control de los hechos determinantes.

III. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA COMO AMBITO DE INMUNIDAD DE LA ADMINISTRACION.

En términos estrictos, el principal reproche que cabe hacer a la sentencia comentada es su ambigüedad, que le lleva a modificar profundamente la argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo recurrida, pero sin decirlo expresamente; es más, pretendiendo confirmarla pese a forzar la interpretación hasta límites inaceptables. La sentencia del Tribunal Supremo afirma sin más una limitación en el control judicial de la Administración, incluso en un supuesto aparentemente claro de error material por parte de la Comisión calificadora, es decir, una zona de inmunidad; el Tribunal Constitucional por el contrario parece limitar esa modulación del control a la imposibilidad de sustituir la resolución administrativa, algo que, dicho sea de paso, no justifica suficientemente. Estamos, otra vez, ante una grave falta de calidad técnica en una sentencia del Tribunal Constitucional.

Hay que plantearse un cuestión adicional, ¿por qué la insistencia en calificar determinados supuestos como "discrecionalidad técnica" para luego entender aplicables los mismos criterios y técnicas de control que en la "discrecionalidad" a secas? La respuesta está probablemente en la definición usual de la discrecionalidad como ámbito de decisión en el que es posible una pluralidad de decisiones justas. Resultaría un poco demasiado fuerte pretender que resulta igualmente justo seleccionar a un candidato o a otro.

¿Qué consecuencias tiene la discrecionalidad técnica? De acuerdo con el Tribunal Constitucional, no es posible hallar la famosa "única solución justa" en los supuestos de discrecionalidad técnica. Sin embargo, en la doctrina SAINZ MORENO ha señalado la proximidad entre la técnica de origen italiano de la "discrecionalidad técnica" y los "conceptos jurídicos indeterminados" (46). Es bien sabido que la calificación de determinados supuestos de discrecionalidad como técnica fue una técnica empleada por la doctrina ita-

liana para poder aplicar un control judicial más estricto en estos casos. De esta forma, se convertía una decisión política intangible por esencia en una cuestión técnica en la que el error de la Administración podía ser objeto de prueba y dar lugar a la anulación de la decisión. Por el contrario, en la sentencia 34/1995 el Tribunal Constitucional utiliza la existencia de elementos técnicos en una decisión para configurar como discrecional una decisión que el legislador ha considerado reglada y además en una materia que cae dentro del núcleo de un Derecho fundamental.

Por otra parte, en uno de los trabajos pioneros en nuestro Derecho, NIETO había utilizado un supuesto bastante semejante al que nos ocupa como ejemplo de concepto jurídico indeterminado: la selección para un puesto determinado del funcionario con "mayores méritos" (47). Como es evidente, la consecuencia teórica de un concepto jurídico indeterminado es la existencia de una única solución justa y, por consiguiente, un control judicial pleno, consecuencia que está muy lejos de las extraídas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en materia de discrecionalidad técnica.

No obstante, es forzoso reconocer que la conversión de los supuestos de discrecionalidad técnica en conceptos jurídicos indeterminados no impediría la existencia de un "halo del concepto", de un "margen de apreciación" reconocible a la Administración, en este caso a los Tribunales calificadoros de concursos y oposiciones (48). Es preciso recordar, como lo ha hecho en alguna ocasión el Tribunal Supremo, que "la estimación es casi siempre un ejercicio valorativo con gran carga subjetiva" (49). Es evidente que no tiene mucho sentido sustituir el elemento subjetivo de la valoración efectuada por

(47) NIETO distingue entre "vinculación absoluta" (por ejemplo, si se establece que el nombramiento debe recaer sobre el funcionario más antiguo del escalafón), la "discrecionalidad" (la plaza será asignada libremente) o el "concepto jurídico indeterminado" (será nombrado el funcionario que reúna mayores méritos). Los criterios que separan la vinculación absoluta y el concepto jurídico indeterminado de la discrecionalidad es que en los dos primeros casos sólo hay una solución justa, jurídicamente posible, y que en ellos la Administración no ha de realizar sino una operación de "juicio", mientras que en el segundo caso las soluciones jurídicamente posibles son varias y la actuación de la Administración es de volición (A. NIETO, "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia administrativa", en la *Revista de Administración Pública* núm. 44, 1964, p. 147 y ss, esp. p. 154).

(48) A "margen de apreciación" se refiere GARCIA DE ENTERRIA (E. GARCIA DE ENTERRIA, "La lucha contra las inmunidades del poder en Derecho administrativo", cit., p. 174, en nota). La referencia al "halo del concepto" como contrapuesto a "núcleo" o "zona de certeza" puede encontrarse en F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, p. 197.

(49) Sentencia de 4 de julio de 1995, referida a las resoluciones de los Jurados Provinciales de Expropiación.

(46) F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, cit., p. 267-272.

el órgano administrativo que tiene atribuida *ex lege* la competencia por el elemento subjetivo de la valoración efectuada por un perito judicial (50). Pero fuera de ese margen de apreciación, no debería haber ningún límite teórico basado en la mera discrecionalidad técnica, a las posibilidades de control, ni de sustitución, de los Tribunales contencioso-administrativos, aunque evidentemente el que sea precisa una previa apreciación técnica antes de calificar jurídicamente un hecho es algo que dificulta enormemente esta tarea.

Además, la calificación de un supuesto de discrecionalidad técnica como concepto jurídico indeterminado supone convertir una cuestión de hecho, como pueda ser la cualificación de un opositor, en una cuestión de Derecho y en consecuencia librada a la apreciación de los Tribunales con arreglo a criterios hermenéuticos. Es decir, convertir una cuestión de prueba en una cuestión de aplicación del Derecho. Sin embargo la discrecionalidad judicial plantea todavía más problemas que la administrativa.

Por el contrario, la discrecionalidad técnica es utilizada por la jurisprudencia como una forma de autolimitación de las facultades del juez (51). Que esta autolimitación está basada en una cuestión teórica y no en una dificultad práctica se aprecia claramente en un caso en el que los Tribunales de Justicia no se enfrentaban a conocimientos de ingeniería o de psicología, sino a la averiguación si una pregunta de Derecho procesal estaba bien contestada o no. Por otra parte, no faltan en la doctrina opiniones muy calificadas que aplauden esta prudencia que por lo general observan los Tribunales de Justicia (52).

(50) Sentencia de 17 de julio de 1995 (Ar. 5698). El Tribunal Supremo rechaza el informe pericial por insuficientemente motivado.

(51) Ciertamente, el Tribunal Supremo ha declarado en alguna ocasión que, incluso en una materia de reconocida "discrecionalidad técnica" como es la de los Tribunales calificadores de oposiciones y concursos, para evitar el "quebranto de la tutela judicial efectiva asegurada por el art. 24.1 de la Constitución al quedar así de hecho inimpugnables las estimaciones técnicas del tribunal calificador, (...) tales apreciaciones pueden ser desvirtuadas por elementos probatorios, periciales o no, que es a la parte recurrente a quien corresponde aportar, (...) sin posibilidad de confundir, por tanto, valoración de conjunto de las pruebas, con sujeción de la Sala a juicios técnicos" (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1985, Ar. 2854). El supuesto era la cobertura de una plaza de personal médico de la Seguridad Social. Pese a su afirmación de principio, que es una corrección de los fundamentos de la sentencia de instancia, el Tribunal Supremo la confirma en cuanto al fallo. No obstante, es preciso señalar que se trata de una sentencia aislada, incluíble en el mejor de los casos en una línea jurisprudencial minoritaria (vid. J. M. PEÑARRUBIA IZA, "La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica", cit., p. 332 y ss).

(52) Puede citarse a MUÑOZ MACHADO: "hay Tribunales que, extralimitando el sentido de su función renovadora, se meten de lleno en reductos administrativos en los que la Administración debe seguir siendo soberana. Este es el caso de la discrecionalidad técnica (en el

Es indudable que en la discrecionalidad hay un elemento político, es más, la discrecionalidad es la técnica de imbricación de la función de dirección política en las potestades administrativas (53). Por ello suele considerarse que la "discrecionalidad técnica" no es una auténtica discrecionalidad: aunque suponga un "espacio de libertad", está conferido en atención a la mayor posibilidad de la Administración de dotarse de medios técnicos, no de la necesidad de tomar decisiones políticas caso por caso (por otra parte, sería un poco fuerte reconocer esa libertad de decisión política caso por caso en una materia indudablemente circunscrita en el contenido esencial de un derecho fundamental).

No obstante, también puede considerarse que la discrecionalidad técnica, al menos en algunos supuestos, es una auténtica discrecionalidad y no un concepto jurídico indeterminado. En la caracterización de GARCIA DE ENTERRIA, "la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativa igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsistir en una categoría legal (configurada no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas" (54). Es decir, que en un caso estamos ante una cuestión de hecho y en otro ante una cuestión de Derecho. Claro que la cuestión se complica si tenemos en cuenta que los que ahora consideramos como conceptos jurídicos indeterminados, un ejemplo sería la "cuidadosa vigilancia", que en épocas recientes "podía ser un concepto de la vida corriente -no de la ciencia jurídica- y una *quaestio facti*, pero no era de las cuestiones fácticas concretas y determinadas, éstas sí sustraídas al control de la casación, sino e las *quaestiones facti* que se responden con *máximas de experiencia* (de una experiencia común en este caso)" (55). Es decir, que la frontera entre la dis-

que pretendió entrar la Audiencia Territorial de Valencia aceptando enjuiciar las calificaciones dadas por los Tribunales de oposiciones; jurisprudencia corregida por la Sala de Revisión del Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de diciembre de 1986)" (S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de Jurisdicción*, Editorial La Ley, Madrid, 1989, p. 108).

(53) Un resumen de la doctrina sobre este punto en M. BELTRAN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, p. 46-49.

(54) E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995 (séptima edición), p. 447.

(55) A. DE LA OLIVA SANTOS, "Nota a la segunda edición de la traducción española" de F. STEIN, *El conocimiento privado del Juez*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. XI.

crecionalidad técnica, entendida como una auténtica discrecionalidad, y la cuestión de hecho controlable por el Juez estaría en el carácter de conocimiento común o especializado del saber técnico aplicado por la Administración.

En realidad, éste planteamiento no resuelve nada. ¿Puede considerarse que estamos ante un conocimiento común -por tanto ante una cuestión de hecho controlable por el Juez y no ante un supuesto de discrecionalidad- cuando el saber técnico especializado es precisamente el jurídico?. La respuesta del Tribunal Supremo es negativa y el Tribunal Constitucional confirma su decisión, aunque se guarda mucho de decir ni una cosa ni la contraria. Entonces, ¿cual es el valor en el proceso contencioso-administrativo de la prueba pericial, admitida por el art. 74.4 LJ, que se remite a la LEC?. Parece que los Tribunales contencioso-administrativos lo determinan caso por caso, realizando una auténtica labor normativa: el valor será máximo en el caso de los Jurados de Expropiación (56), e inexistente en el caso de las Comisiones calificadoras de concursos y oposiciones. Desde este punto de vista parece exacta la afirmación de que no existe la discrecionalidad como categoría jurídica unitaria sino "discrecionalidades" (57).

Ahora bien, si la discrecionalidad "es un caso típico de remisión legal: la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a un estimación administrativa, sólo que no realizada (...) por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizada a la vez que procede el proceso aplicativo" (58), tal y como afirma la mejor doctrina, ¿es admisible la discrecionalidad en el ámbito de un derecho fundamental como es el acceso en condiciones de igualdad a la función pública?

(56) En caso de discordancia entre el informe pericial y la valoración del Jurado de Expropiación, el órgano jurisdiccional valorará libremente la prueba, conforme a lo que el Tribunal Supremo califica de "sana crítica" en consonancia con el art. 632 LEC, y en consecuencia podrá fijar un nuevo justiprecio, "sin que por ello se convierta en un órgano administrativo de valoración", como se señala en la sentencia de 28 de junio de 1991 (Ar. 5225) y, en términos similares, en las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio y 15 de octubre de 1991 (Ar. 4611 y 7627), entre otras muchas.

(57) M. PEREZ OLEA, "La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial", en *Revista de Estudios de la Vida Local* núm. 173, 1972, p. 41 y ss, esp. p. 65.

(58) E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, cit., p. 443.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE DISCRECIONALIDAD Y DISCRECIONALIDAD TÉCNICA.

Desde un punto de vista fenomenológico, la discrecionalidad administrativa se ha definido usualmente como un "margen de independencia o autodeterminación de la Administración frente a los poderes legislativo y judicial", es decir, que "la actividad discrecional no está previamente programada por el legislador o por el Derecho o lo está debilmente" (59). A partir de aquí, este margen puede deberse a motivos técnicos o prácticos, pero también a la posición constitucional del Gobierno y la Administración. No obstante, la posibilidad de que un derecho fundamental se vea afectado -la igualdad en el acceso a cargos y funciones públicas-, es un elemento que condicionará la interpretación de la norma que confiera una determinada potestad y el control de la discrecionalidad.

1. La posición constitucional de la Administración.

La discrecionalidad administrativa, es decir, la libertad de actuación de la Administración en un ámbito material completo puede concebirse como una consecuencia inevitable pero indeseable de la falta de capacidad de la norma jurídica para preverlo todo y de la falta de medios y de conocimientos especializados del juez. Pero también puede pensarse como una plasmación concreta del principio constitucional de división de poderes.

Primero, el margen de autodeterminación de la Administración puede deberse a motivos técnicos, ser una consecuencia inseparable del carácter abierto del ordenamiento jurídico, secuela inevitable de la función de conformación social de la Administración contemporánea, a lo que viene a e carácter no formalizado del lenguaje jurídico. La incorporación de valores al ordenamiento jurídico conlleva el reconocimiento a la Administración de un margen de apreciación, de una "sociologización" de la aplicación del Derecho (60). Tendríamos una "discrecionalidad técnica" no sólo en las dis-

(59) BELTRAN caracteriza en otro momento la discrecionalidad como un "ámbito de libertad, de juicio, de autodeterminación, etc., que el ordenamiento atribuye (tal vez incluso garantiza o reserva) a la Administración" (M. BELTRAN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 35, 45 y 37, respectivamente).

(60) Estos aspectos han sido estudiados para el supuesto concreto de la legislación de menores, en especial la "declaración de desamparo", por T. PICONTO NOVALES, "Política y Derecho en la aplicación de la normativa aragonesa de protección de menores", en el núm. 2 de esta REVISTA, 1993, p. 313 y ss, esp. p. 319 y ss.

ciplinas “científicas” o técnicas más tradicionales, sino también en materia de ciencias sociales.

Pero, segundo, puede deberse también a la posición constitucional del Gobierno y de la Administración, con apoyo en la cual la Constitución, la Ley o el propio Gobierno a través de un Reglamento (cuando no concurra reserva de Ley) pueden legítimamente establecer márgenes de apreciación reservados a la Administración y situados fuera del campo de acción de los Tribunales.

La consecuencia no será baladí. Si el margen de apreciación responde a motivos técnicos, la existencia de discrecionalidad, de margen, habrá de apreciarse en el caso concreto. Con arreglo a los hechos concurrentes, los Tribunales de Justicia podrán considerar que en un determinado caso no podía concurrir más que una única solución justa, que coincidirá o no con la contenida en la resolución administrativa, que podrá ser anulada e incluso sustituida. Esto con independencia de que se trate de una cuestión de hecho -serán admisibles todas las pruebas contempladas en la LEC, incluida la pericial- o de Derecho. En consecuencia, en los casos concretos de existencia de una única solución justa los órganos judiciales recuperarán eventualmente la plenitud de sus facultades de control, aunque en la norma jurídica aplicable se dejase un amplio margen para el intérprete y el aplicador, y ello porque la existencia de discrecionalidad se examinará con respecto al caso concreto. Por el contrario, si el margen de discrecionalidad no responde a motivos técnicos, sino a una decisión voluntaria y constitucionalmente legítima del Legislador, los Tribunales de Justicia tendrán que mantener en todo caso una cierta autorrestricción en su control y, desde luego, no podrán sustituir la decisión de la Administración por la propia. La existencia de discrecionalidad será un dato normativo indisponible para los órganos judiciales.

En consecuencia, la posición constitucional de la Administración ha podido ser un elemento que haya pesado en la decisión del Tribunal Constitucional o, al menos, así se trasluce de su invocación de la necesidad de “salvaguardar el ámbito de competencia legalmente atribuido a la Administración”. Es preciso comenzar por reseñar que en la sentencia se hace referencia a un ámbito de competencia “legal”, no “constitucional”. En nuestro Derecho hay autores que se han mostrado partidarios del reconocimiento de una cierta “reserva de Administración” (61). Sin embargo, parece mejor

(61) En este sentido, L. M. DIEZ-PICAZO JIMENEZ, “Concepto de Ley y tipos de leyes (¿Existe una concepción unitaria de ley en la Constitución española?)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 24, 1988, p. 47 y ss, esp. p. 54-55, 87 y 91; F. GARRIDO FALLA, “Dictamen: sobre posible inconstitucionalidad de la Ley 1/1991, del Parlamento de las

fundada constitucionalmente la tesis que mantiene que “en la Constitución no hay tal reserva de Administración, por ser el legislador 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” (62). En este sentido cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional 166/1986, de 19 de diciembre, que admitió con carácter general la viabilidad constitucional de las llamadas leyes *ad hoc*, aunque supeditándolas al respeto del principio de igualdad, a la concurrencia de un supuesto de hecho excepcional y al respeto a los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la tutela judicial efectiva (63).

Al margen de las tesis extremas que mantienen la reserva de Administración, hay tesis más moderadas que sin embargo defienden la necesidad de un amplio campo de actuación de la Administración y una aligeración del control judicial. Por un lado, pesaría la superior preparación y competencia técnica de la Administración frente a los Tribunales y, en consecuencia, la voluntad de no hacer prevalecer “la decisión de un ignorante frente a la de un experto” (64). Pero no se trataría sólo de un argumento pragmático. De acuerdo con PAREJO el activismo judicial no puede ser el mismo bajo un régimen autoritario que cuando se trata de controlar a la Administración de un Estado social y democrático de Derecho (65).

Islas Baleares (la reserva del Ejecutivo)”, en *Revista de Administración Pública* núm. 126, 1991, p. 513 y ss. Sobre los orígenes alemanes de esta doctrina, vid. A. JIMENEZ BLANCO, “La función legislativa y la reserva de Administración: notas sobre un concepto”, en el vol. col. *Las Cortes Generales*, tomo II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, p. 1441 y ss; A. EM-BID IRUJO, “La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana”, en *Revista de Administración Pública* núm. 115, 1988, p. 403 y ss, esp. 415-418.

(62) M. BELTRAN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, p. 183. En este sentido se había pronunciado con anterioridad M. J. MONTORO CHINER, “La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo”, en *Revista de Administración Pública* núm. 110, 1986, p. 263 y ss, esp. p. 283-290; I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 165; J. A. MONTILLA MARTOS, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994, p. 190-192; J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, 1995, p. 173 en nota.

(63) Sobre este tema, recientemente, J. A. MONTILLA MARTOS, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, cit.; C. MARTINEZ-CARRASCO PIGNATELLI, *Naturaleza jurídica de las leyes “ad hoc”*, Civitas, Madrid, 1995.

(64) La expresión es de V. HERNANDEZ MARTIN, *Independencia del juez y desorganización judicial*, Civitas, Madrid, 1991, p. 81.

(65) L. PAREJO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 97.

Lo cierto es que éste argumento ofrece un flanco a la crítica. Como señala BELTRAN, al vincular cambio político con cambio en el control de la Administración “parece estarse confundiendo la *legalidad* de la actuación de un poder público con su *legitimidad*, cuando se trata de cosas claramente distintas” (66). En palabras de este autor, la “servicialidad” y la “objetividad” en la “satisfacción del interés general” en la que PAREJO funda otra de las fuentes de legitimación de la Administración (67), “no son características innatas y apriorísticas de toda decisión administrativa sino que se han de constatar en Derecho” (68). Desde el punto de vista de los principios, GARCIA DE ENTERRIA ha mostrado recientemente la debilidad de los argumentos que sostienen la necesidad de un control aligerado en las Administraciones “democráticas” (69). No obstante, es preciso tener en cuenta que la eliminación del margen de libertad propio de una potestad discrecional o incluso de un concepto jurídico indeterminado supone en muchos casos su sustitución de hecho por la discrecionalidad judicial (70). No cabe duda de que la discrecionalidad judicial es de mucho más difícil justificación constitucional que la administrativa y, sobre todo, de más difícil control (71). Por otra parte están las críticas que pueden hacerse desde una perspectiva pragmática. Según FERNANDEZ RODRIGUEZ, este argumento partiría del hecho discutible de que bajo un régimen democrático las ilegalidades y arbitrariedades del poder son menores, por lo que no sería necesario ni legítimo ejercer el mismo control judicial que bajo un régimen autoritario (72).

(66) M. BELTRAN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, cit., p. 227.

(67) L. PAREJO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, cit., p. 97.

(68) M. BELTRAN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, cit., p. 230.

(69) E. GARCIA DE ENTERRIA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, *in toto*.

(70) Ch. F. EDLEY Jr., *Administrative Law. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, Yale University Press, New Haven-Londres, 1990, p. 3 y 98 (cito por M. BELTRAN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, cit., p. 63). Hay traducción española, *Derecho administrativo. Reconocer el control judicial de la Administración pública*, INAP, Madrid, 1994.

(71) HERNANDEZ MARTIN contrapone la discrecionalidad administrativa, inserta dentro del “margen relativamente estrecho permitido por las normas administrativas y legales” con la mucho más amplia discrecionalidad judicial que se mueve “dentro de las casi ilimitadas posibilidades que brindan los abstractos principios y normas constitucionales”, además con el inconveniente práctico de la “peor organización” y “menor autocontrol” que caracterizarían a los jueces (V. HERNANDEZ MARTIN, *Independencia del juez y desorganización judicial*, Civitas, Madrid, 1991, p. 80 y 95).

(72) T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994, p. 120 y ss.

Al margen de lo anterior, desde la perspectiva del administrado que ha sufrido una injusticia, saber que su caso es de una rareza excepcional sería probablemente un pequeño consuelo. Además, el apoyar la discrecionalidad administrativa en la legitimación democrática de la Administración posconstitucional tiene un problema: en la “democracia de partidos”, el control parlamentario del Gobierno y de la Administración dista mucho de ser eficaz como medio de defensa de la legalidad administrativa o como salvaguardia de los derechos de los ciudadanos, y esto a pesar del desarrollo de nuevas técnicas de control como pueda ser la previsión constitucional de órganos auxiliares como el Defensor del Pueblo o el Tribunal de Cuentas. Por otra parte, el comportamiento de los Ayuntamientos democráticos parece desmentir que el control democrático directo tenga el más mínimo efecto positivo sobre el respeto a la legalidad.

En realidad, la admisión del fundamento constitucional de la discrecionalidad administrativa no excluye la existencia de ese otro tipo de “discrecionalidad” o margen de apreciación, basado simplemente en el carácter de lenguaje no formalizado de los términos jurídicos y de la incorporación de valores al ordenamiento. Desde esa perspectiva sería preciso distinguir entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados (73). La valoración de los candidatos conforme a los criterios de “mérito y capacidad” para su ingreso en la función pública o el desarrollo de la carrera administrativa supone la aplicación de un concepto jurídico indeterminado que ha tenido que ser desarrollado en la legislación funcional y en las correspondientes relación de puestos de trabajo y convocatoria, no un supuesto de discrecionalidad. Si aceptamos la caracterización que hace NIETO de la discrecionalidad, refiriéndola a la voluntad, mientras que los conceptos jurídicos indeterminados se relacionarían con juicios (74), no cabe otra posibilidad (75). Por otra parte, si el fundamento de la “discrecionalidad” responde a la necesidad de que de-

(73) De acuerdo con ATIENZA, “la diferencia entre discrecionalidad y conceptos indeterminados estriba en que ésta es el resultado de regular de una cierta forma la conducta (lo que se opone a discrecionalidad es conducta reglada) y los conceptos jurídicos indeterminados un elemento fin rasgo de un cierto tipo de normas (que obviamente se opone a los conceptos jurídicos determinados, esto es, carentes de vaguedad)” (M. ATIENZA, “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 85, p. 5 y ss, esp. p. 22-23).

(74) A. NIETO, “Reducción jurisdiccional de la responsabilidad en materia disciplinaria”, en la *Revista de Administración Pública* núm. 44, 1964, p. 154 y ss, esp. p. 155.

(75) Sobre otras caracterizaciones concomitantes o parcialmente coincidentes con la de NIETO, vid. M. BELTRAN DE FELIPE, “Discrecionalidad administrativa y Constitución”, p. 41-42.

terminadas decisiones se inserten en la esfera de la política, “la cual es ilusorio pretender desplazar del gobierno de la comunidad” (76), a esa esfera de decisión política se le podrá dar mayor o menor amplitud, pero es evidente que el resultado de las oposiciones al Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia está fuera de ella.

2. La presencia de un derecho fundamental.

Se ha hecho ya referencia a la proximidad de las remisiones normativas no recepticias y los apoderamientos a la Administración de potestades discrecionales, en relación con la limitación que pudiese suponer la presencia de un derecho fundamental como el contemplado en el art. 23.2 CE (77). Ciertamente, la admisión de remisiones normativas en las materias reservadas a la Ley es un dato tópico en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (78). En el mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que admite la presencia de reglamentos en el ámbito reservado a la ley cuando media una remisión legal “debida y obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables”, por exigencias inexcusables, porque “sería ilógico exigir al legislador una previsión casuística”, por el “carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias” o porque “en el ámbito reglamentario las consideraciones de oportunidad pueden hacer necesaria una relativa rápida variación de criterios de regulación” (79). El Tribunal Constitucional se ha limitado a señalar que la reserva de ley produce “ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la

(76) E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, cit. p. 444.

(77) Ciertamente, el art. 23.2 CE sólo hace referencia expresa a la “igualdad” en el acceso a funciones y cargos públicos, pero “la necesaria relación recíproca entre ambos preceptos que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones necesarios para aspirar a los distintos cargos y funciones públicas, el art. 23.2 impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados principios de mérito y capacidad” (sentencia del Tribunal Constitucional 50/1986, de 23 de abril, fto. jco. cuarto).

(78) Pueden citarse entre otras muchas las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1991 (Ar. 4874) o de 2 de abril de 1992 (Ar. 2835).

(79) Esta esquematización de las razones del Tribunal Constitucional está sacada de A. NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994 (segunda edición), p. 263.

regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley” (80). Ciertamente, “las relaciones de sujeción especial producen una minoración de la vigencia de los derechos fundamentales” (81) y la funcio-narial es una de las relaciones de sujeción especial clásicas (82). Sin embargo, la existencia de una relación de sujeción especial no es en sí título suficiente para introducir una limitación a un derecho fundamental (83); por el contrario, es preciso encontrar un enganche en la Constitución para los límites que se establezcan (84). Si como señaló el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias el contenido esencial de un derecho es aquella parte que resulta “absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”, lo que resulta vulnerado cuando se le somete a limitaciones que “lo despojan de la necesaria protección” (85), ¿es esto compatible con que la única garantía resida en la imparcialidad del órgano administrativo calificador, sin que haya control judicial fuera de los aspectos formales? Por otra parte, esta imparcialidad no es ni mayor ni menor que la de cualquier otro órgano administrativo, puesto que se aplican las normas generales de abstención y recusación.

Desde esta perspectiva, la posición del Tribunal Constitucional es inaceptable como principio aunque por razones prácticas y de política jurisprudencial los Tribunales de Justicia debiesen en la mayor parte de los casos llegar a fallos similares, limitándose a declarar el derecho a una nueva valoración y fijar los criterios conforme a los cuales deba efectuarse, difiriendo la eventual admisión a un trámite de ejecución de sentencia.

(80) Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1991, de 13 de mayo, fto. jco. tercero. En esta sentencia se cita la 83/1984, de 24 de junio, cuyo contenido se reproduce parcialmente.

(81) I. LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, p. 397.

(82) Por otra parte así se reconoce en la sentencia 234/1991, de 10 de diciembre, en la que se admite la imposición de una sanción administrativa a un funcionario de policía condenado por un delito doloso no relacionado con el servicio.

(83) “Las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa” (STC 232/1991, fto. jco. segundo).

(84) I. LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de sujeción especial*, cit., p. 371.

(85) Sentencia 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico octavo. No obstante, véase la crítica del concepto de “contenido esencial” en I. LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de sujeción especial*, cit., p. 380 y ss.

La sustitución podía no ser posible y el fallo del Constitucional sería justo en este punto, pero su argumentación no es correcta. La sustitución probablemente no era posible por un problema procesal, evitar la indefensión de los concursantes aprobados. Pero entonces sobra el resto de la argumentación sobre la "discrecionalidad técnica" y la competencia legalmente reconocida a la Administración. Además, la sustitución hubiera sido perfectamente posible si los concursantes hubiesen sido dos y el aprobado hubiese sido codemandado en el proceso (86).

Resulta más interesante la caracterización de la actividad de las Comisiones calificadoras que hace MOZO SEOANE. Este autor distingue entre los elementos de la calificación algunos reglados y otros discrecionales, aunque existiría un *tertium genus*, compuesto por elementos de valoración reglada pero con arreglo a conocimientos técnicos especializados y con problemas de determinación, lo que en realidad supone conferir un margen de apreciación a la Comisión. Sin embargo, en casi todas las convocatorias se ordena a la Comisión proceder a una valoración de conjunto de los méritos de los candidatos, lo que en realidad convierte su actividad en muy difícilmente fiscalizable (87). Ahora bien, del reconocimiento de la dificultad de fiscalizar la discrecionalidad técnica a estimar que la legislación ha impuesto un ámbito parcialmente exento de control judicial existe un gran paso que el Tribunal Constitucional ha franqueado con una gran tranquilidad de espíritu. Por otra parte, en el caso concreto no existía ninguna discrecionalidad posible. La Administración tenía una facultad discrecional a la hora de seleccionar las preguntas, discrecionalidad "técnica" en cuanto es difícil buscarle un contenido político y que nadie le ha discutido, pero esa discrecionalidad no llega

(86) Vid. la reflexión apuntada por BELTRAN acerca de la bilateralidad, trilateralidad o multilateralidad de los procedimientos administrativos como condicionante del poder de sustitución de los Tribunales contencioso-administrativos (M. BELTRAN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, cit., p. 153-159).

(87) A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración pública en España*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1985, p. 328. Un probable reflejo jurisprudencial de este análisis puede encontrarse en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1989 (Ar. 6848), en la que se afirma que es a "los órganos administrativos a quien corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública, gozando de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación del valor de los méritos aportados o ejercicios realizados", lo que "no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración", entre ellos los "Principios Generales del Derecho, entre los que en estos casos cobran especial relieve los de mérito y capacidad, expresamente señalados al efecto por el artículo 103 de la Constitución".

a la decisión libre de cual sea la respuesta correcta: la discrecionalidad se agota con la selección de las preguntas y la Administración se autovincula por esa decisión.

La conclusión inevitable es la falta de fundamento teórico a la posición del Tribunal Constitucional, aunque puedan buscársele explicaciones desde un punto de vista estrictamente pragmático. En esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece subyacer una confusión entre actividad técnica de la Administración y la llamada "discrecionalidad técnica". Un ejemplo claro de actividad técnica será la determinación de un diagnóstico en un establecimiento hospitalario público, diagnóstico que deberá comunicarse al paciente y a sus familiares o allegados de forma completa (art. 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad). Es evidente que no nos encontramos ante un acto que afecte a la posición jurídica del ciudadano, que por consiguiente no es un "acto ejecutivo" y no cae como tal bajo el control de la Jurisdicción contencioso-administrativa (88). No obstante, también es evidente que la corrección material de ese diagnóstico puede ser un elemento relevante para dilucidar una eventual demanda de responsabilidad y, que si ésta se produce, los Tribunales contencioso-administrativos no podrán sustraerse de una cierta forma de control de la actividad de diagnóstico y del diagnóstico mismo sin caer en una denegación de justicia. Por el contrario, aunque en la calificación de los méritos de un concursante o en la valoración de las pruebas realizadas haya una actividad técnica, ello no constituye sino el sustrato fáctico de un acto jurídico, que incide directamente sobre la posición jurídica de uno o de varios ciudadanos, y que ha de ser ineludiblemente controlado por los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos cuando sea recurrido.

En estos casos, la especialización técnica de los órganos administrativos es un dato de hecho -en ningún caso un dato jurídico- que habrá de influir a la hora de valorar la prueba. En principio no cabe dudar de la imparcialidad del órgano administrativo, por lo que, acreditada la calificación profesional de sus miembros, parece lógico que la carga de la prueba deba recaer en el recurrente. De ahí presunciones de acierto como la que atribuyen tradicionalmente nuestros Tribunales contencioso-administrativos a los Jurados de Expropiación. Ahora bien, esto no puede traducirse en la creación de un espacio de inmunidad. Como ha señalado GARCIA DE ENTERRIA a propósito de los conceptos jurídicos indeterminados, nos encontramos ante un supuesto de "dificultad de control" debido a las dificultades de prueba

(88) Vid. J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, 1995, p. 35 y ss, esp. p. 38.

derivadas de que se trata de un supuesto en que “han de integrarse en una sola apreciación conjunta aspectos y valores diversos”, a lo que se une una “presunción de razonabilidad” debida al “contacto directo con los hechos” de la Administración, a sus “medios técnicos” y a la “multiplicidad de aspectos y valores que ha tenido que integrar en su decisión” (89). Pero esa presunción de hecho no pasa de ser una “máxima de experiencia” o “presunción de hecho del juez” que por consiguiente ni siquiera invierte la carga de la prueba como lo haría una presunción normativa *iuris tantum* y esa dificultad de control no puede transformarse en una “exención de control”.

V. CONCLUSIONES.

De todas formas, todo lo anterior es en cierto modo relativizable. Nuestro Derecho vive una situación paradójica. El desarrollo de numerosas técnicas jurídicas de control de la actividad administrativa y el aumento correlativo de las posibilidades de control del juez administrativo, al menos de las posibilidades teóricas, ha llevado a lo que en alguna ocasión se ha descrito como una judicialización de la relación entre Administración y ciudadanos y, más grave, a una Administración que corre el riesgo de verse maniatada por un control demasiado agresivo. Sin embargo, la situación lamentable del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, cuyos órganos están nutridos muy mayoritariamente por magistrados no especialistas en Derecho administrativo y que en consecuencia en muchos casos no conocen los teóricos “medios de control” de los que la doctrina y (en menor medida) el Legislador se han empeñado en proveerles, la falta de suficientes poderes de instrucción y la falta de posibilidades materiales de ejercer aquéllos de que dispone, la no creación diez años después de haber sido previstos en la LOPJ de unos Juzgados de lo contencioso que actuasen conforme a un procedimiento poco formalizado y a los que los ciudadanos pudiesen acudir sin necesidad de la Administración ni asistencia letrada, lo recalcitrante de la actitud de la Administración empeñada en ejercitar en todo caso los recursos contra las sentencias, la ausencia práctica de condenas en costas a una Administración que en muchos casos ni siquiera contesta los recursos administrativos, etc, todo esto son otras tantas circunstancias que dejan a los pies de los caballos al ciudadano sin grandes medios económicos. Una de las características de la cultura jurídica española es su carácter “nomocéntrico”: a falta de adoptar medidas efectivas en los terrenos de la organización o del personal, se hacen leyes. A falta de

(89) E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, cit. p. 450.

reclamar unos jueces competentes y una organización judicial coherente, la doctrina se empeña ora en dotar a los Tribunales de todavía más poderes meramente teóricos, ora de echar abajo los que tiene en la actualidad en nombre de los ocasionales excesos.

En el campo de los Tribunales y Comisiones de concursos y oposiciones la discrecionalidad, aunque “técnica”, se da exclusivamente en el ámbito de la concreción del tema y de la forma del ejercicio, de la selección de los temas o de las preguntas, cuando no han sido previamente determinados en la normativa aplicable o en la convocatoria (90). En estos casos puede hablarse de discrecionalidad “técnica” en cuanto confiada a un órgano “técnico” y no político como es usual, pero se trata de la consabida idea de la valoración del interés público, aunque el hecho de ser una discrecionalidad configurada como técnica por el ordenamiento comportará unas determinadas exigencias en la composición del órgano que ha de aplicarla, exigencias que deberán ser controladas por los órganos judiciales. Fuera de este caso, sólo en supuestos excepcionales, como la selección del tema de examen para favorecer a un candidato, serían aplicables técnicas de control de la discrecionalidad como la desvación de poder. Sin embargo, en la corrección de los exámenes o en la valoración de los méritos hay una actividad pericial, no de discrecionalidad técnica.

En estos casos, los Tribunales de Justicia parecen partir de una “presunción normativa” de imparcialidad y competencia de los Tribunales o Comisiones administrativas de calificación (91). Esta presunción normativa puede

(90) Recuérdese que éste era el sentido que le daba SERRANO GUIRADO en la década de 1950 (E. SERRANO GUIRADO, *El régimen de oposiciones y concursos de funcionarios*, cit., p. 176-178).

(91) La doctrina iuspublicista francesa suele distinguir entre presunciones legales y presunciones jurisprudenciales, clasificación recogida en los art. 1349 a 1353 del *Code civil*. Las presunciones son definidas en el art. 1349 conforme a una fórmula al parecer tomada de DOMAT y, a través de él, del Derecho intermedio; se trataría de una mera trasposición de la definición canonista según la cual *praesumptio est argumentum ad credendum unum factum surgens ex probatione alterius facti*. Los artículos 1350 a 1352 están consagrados a las “presunciones establecidas por la ley” y el artículo 1353 a las *présomptions qui ne sont point établies par la loi*. Al parecer estos preceptos se inspiran en POTHIER quien, él también, se habría mantenido fiel a la doctrina del Derecho intermedio (L. DE GASTINES, *Les présomptions en droit administratif*, LGDJ, París, 1991, p. 11 y ss). La diferencia principal reside en la mayor libertad del legislador: mientras que las presunciones del juez o jurisprudenciales habrán de estar fundadas sobre la “probabilidad”, esta limitación no jugará para el legislador. Téngase en cuenta que el juez administrativo no puede “sustraerse a su obligación normal, que es la investigación de la verdad” sino en supuestos excepcionales [J. RIVERO, “Fictions et présomptions en droit public français”, en Ch. PERELMAN (director), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruselas, 1974, p. 107]. Sin embargo, junto a las presunciones legales o normativas y a las pre-

considerarse como *iuris tantum*, al menos así se deduce de las declaraciones de principios de los órganos judiciales o del Tribunal Constitucional incluidas en *obiter dicta*, pero parece que la única forma de desacreditarla sería a través de la técnica de la desviación de poder, por lo que resultaría inútil la utilización de la técnica procesal del dictamen pericial. Sólo cuando un órgano colegiado de estas características sufre una erosión en su credibilidad, como ha ocurrido con los Jurados de Expropiación tras las expectativas generadas por su introducción en 1954, los Tribunales contencioso-administrativos admiten con normalidad la prueba pericial (92). Sin embargo, cuando el demandante consiga llevar la duda al espíritu del juez acerca de la cualificación de los miembros de una Comisión o sobre la fundado de su valoración, éste deberá recurrir a la prueba pericial o bien dirigir una *injonction* a la Administración para que emita un informe adicional justificando sus criterios (93), o ambas cosas.

Presunciones jurisprudenciales o “de hecho del juez” o presunciones de hombre, aparecen las presunciones “cuasi-legales”, cuya naturaleza y papel en la fundamentación de las decisiones las hace muy próximas a las presunciones legales (vid. F. LLORENS-FRAYSSE, *La presumption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, LGDJ, París, 1985, p. 10 y ss). El origen del término “presunciones cuasi-legales” se halla también en la doctrina civil, concretamente en un trabajo de MIMIN, magistrado de la “jurisdicción judicial”, que las definía como aquellas que “se imponen al juez, al menos en tanto que este no encuentra nada para invertir las (...) La jurisprudencia las enuncia como principios, y a menudo la Corte de casación ha anulado sentencias que las trataban como simples presunciones de hecho y creían poder descartarlas sin prueba contraria. Nosotros las llamaremos presunciones cuasi-legales porque, no escritas en la ley, tienen sin embargo fuerza de ley” (P. MIMIN, “Les présomptions quasi-legales”, *JCP-La semaine juridique*, 1946, ed. G, núm. 578). Entre las presunciones “cuasi-legales” pueden encontrarse incluso presunciones *iuris et de iure*, cuya influencia sobre la regla jurídica de fondo no sería cualitativamente diferente sino simplemente más intensa que la de cualquier otra presunción legal o cuasi legal (F. LLORENS, *La presumption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, cit., p. 62).

(92) En un principio, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril, 9 de junio, 3 de diciembre y 10 de diciembre de 1959 (Ar. 1808, 2854, 4195 y 4307) invocan la jurisprudencia que atribuía una presunción de certeza a los peritos de designación judicial para aplicarla a los nuevos Jurados Provinciales de Expropiación. Por el contrario, la jurisprudencia actual no duda en sustituir las valoraciones de los Jurados, en función de la valoración libre de la prueba, conforme a lo que el Tribunal Supremo califica de “sana crítica” en consonancia con el art. 632 LEC (entre otras muchas, sentencias de 4 de junio de 28 de junio y 15 de octubre de 1991 (Ar. 4611, 5225 y 7627).

(93) Es la técnica empleada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de julio de 1988, confirmada por la del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990. Es preciso reconocer que estas sentencias no tenían nada que ver con el ingreso en la función pública, sino con la construcción de una carretera, aunque la técnica empleada en la solicitud de un informe a la Administración para que justifique su elección de un determinado trazado sea de aplicación general. Estas sentencias están comentadas en J. SUAY RINCON, “El control de la actividad discrecional de la Administración: el error en la apreciación de los hechos”, en la *Revista de Administración Pública* núm. 124, 1991, p. 249 y ss.

En definitiva, el Tribunal Supremo no sólo ha creado una “presunción de imparcialidad y cualificación” de los órganos colegiados de valoración, sino que ha restringido las pruebas en contrario admisibles, circunscribiéndolas al indicio o hecho probado. En consecuencia, se limita a examinar si por parte del órgano calificador ha existido “desviación de poder” u otro vicio que perjudique su credibilidad. Sin embargo, en el campo de las actuaciones periciales de la Administración no debería haber sino una “presunción de hecho del juez” o “de hombre”, basada en una “máxima de experiencia”, es decir, una mera convicción apoyada en la habitualidad de un determinado fenómeno (las Comisiones de calificación habitualmente aciertan), pero que no requiere prueba en contrario sino solamente la aportación de indicios que perturben el indicio o hecho que debe ser probado, en este caso por la defensa de la Administración (que la resolución emana de un órgano calificador imparcial y cualificado técnicamente y que es formalmente correcta), siendo también admisible la prueba en contrario del hecho presunto (el acierto en la calificación), aunque en este último caso es necesaria una prueba plena y no una simple contrapueba (94).

En los casos en los que existe una auténtica discrecionalidad, se ha creado “normativamente” un espacio de libertad de la Administración y se ha operado una correlativa reducción de los poderes del juez, que se traduce en la inexistencia de un poder judicial de sustitución y también en una presunción *iuris tantum* de acierto cuando se hayan cumplido todas las obligaciones formales. La llamada “discrecionalidad técnica” es un concepto abusivo que abarca desde supuestos de auténtica discrecionalidad, aunque confiada a órganos técnicos, a supuestos puramente reglados pero en los que la actividad administrativa es técnica o pericial. En algunos casos, el tratamiento judicial de estos últimos tendrá que aproximarse forzosamente al tratamiento de la discrecionalidad, pero el motivo serán dificultades de hecho, no la existencia de un ámbito legalmente reservado a la Administración.

GERARDO GARCÍA ÁLVAREZ

(94) Vid. J. CARRERAS, “Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones”, en M. FENECH y J. CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1962, p. 335-413, esp. p. 349-350.