

## TAMBIEN LA DISCRECIONALIDAD TECNICA BAJO EL CONTROL ULTIMO DE LOS TRIBUNALES

**SUMARIO:** I. NOTICIA DE UN COMENTARIO ANTERIOR SOBRE DOCTRINA CONSTITUCIONAL.—II. COINCIDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO CON AQUEL COMENTARIO EN SU RECIENTE SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1985: a) *Soporte fáctico del pleito y postura previa de la Audiencia Nacional.* b) *Doctrina de la Sala 4.ª* c) *Balance final: la meta del control pleno de cualquier actividad y la utilidad de la crítica científica.*

### I

En el año 1983, con motivo de la conmemoración de los cien primeros números de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, y bajo el título de *Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica* (1), tuve ocasión de comentar una Sentencia del Tribunal Constitucional denegatoria de un recurso de amparo. Tal Sentencia (2) merecía mi crítica (se entiende científica, naturalmente, y sin perjuicio del acatamiento del fallo) en razón a que permitía excluir del control judicial la actuación administrativa que la doctrina ha venido tradicionalmente calificando de «discrecionalidad técnica» (3). Concretamente en aquel caso se trataba de la decisión de un órgano técnico sobre las circunstancias y condiciones de un funcionario militar a quien se le había denegado la capacidad para su ascenso al almirantazgo.

(1) Números 100-102 de esta REVISTA, enero-diciembre 1983, vol. II, págs. 1039-1081.

(2) La Sentencia núm. 39/1983 de la Sala 1.ª del Tribunal Constitucional, de 16 de mayo de 1983, recaída en recurso de amparo núm. 208/1980, y publicada en la separata del «BOE» especialmente dedicada a esta jurisprudencia, en este caso la del día 17 de junio de 1983.

(3) Sobre el tema de la discrecionalidad, la monografía que considero más completa en nuestra literatura jurídico-administrativa es el libro del profesor SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1976, cuya cita hago por todos los trabajos y estudios que allí están recogidos o mencionados.

También una amplia muestra bibliográfica, seleccionada a propósito de este tema absolutamente fértil para los autores, puede verse al final del capítulo VIII del *Curso de Derecho Administrativo*, de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Ed. Civitas, Madrid, 1986, reimpresión de la 4.ª ed., tomo I, págs. 453-454. Especialmente destaco los clásicos trabajos del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, núm. 38 de esta REVISTA, y edición separada en «Cuadernos Civitas», Madrid, 1974; así como *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, en el núm. 30 de esta REVISTA, e incluido más tarde en su libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1980.

Considero de gran utilidad para entender este comentario jurisprudencial mío de ahora, y para sacarle todo su fruto, la lectura previa de aquel trabajo anterior, en el que se hacía un análisis de lo que de avance había representado la Constitución en el camino de la sumisión plena y total de toda la actividad administrativa al control de los Tribunales sin excepción alguna de ningún tipo. Precisamente se elogiaba en el citado comentario el paso tan importante que había supuesto la eliminación de todas las exclusiones de control, y concretamente de las referentes a situaciones administrativas militares en materia de clasificación para los ascensos.

Se apuntaba, no obstante, la contradicción aparente que se producía entre este avance constitucional (ratificado por numerosas decisiones del propio Tribunal Constitucional) y la Sentencia objeto de comentario, en la que se venía a decir «sí, pero», limitando el control a aquellos aspectos del actuar administrativo que no tuvieran un contenido discrecional técnico.

En definitiva, el comentario de referencia venía a criticar —repeto que desde un plano científico solamente— la postura del Tribunal Constitucional que representaría para una buena parte de los actos administrativos discrecionales (y allí se citaban una serie de ejemplos) la continuación de la exclusión del control judicial y la imposibilidad de revisarlos ante los Tribunales de Justicia, en base a lo que yo llamaba «discrecionalidad técnica como sucedáneo —y motivación— de la legalidad formal excluyente» (4).

---

(4) Me remito a las págs. 1073-1078 de la repetida publicación, núms. 100-102 de esta REVISTA, entresacando ya ahora los siguientes párrafos literales, cuyo conocimiento es indispensable para entender la importancia de este fallo que ahora comento:

*\*A) La discrecionalidad técnica como sucedáneo —y motivación— de la legalidad formal excluyente: Sus consecuencias*

Entiendo, desde luego, que no es correcta la doctrina que sienta la segunda parte de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de mayo de 1983, porque viene a anular y deja sin efecto la primera parte y los otros pronunciamientos anteriores ya operados en este campo: primacía de la Constitución sobre las leyes de exclusión. Nótese que de llegar a una aplicación literal de la segunda y posterior doctrina (exclusión de la discrecionalidad técnica) tendríamos, no la desaparición o reducción del ámbito de zonas infiscalizables consagradas por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sino que habríamos llegado paradójicamente a una ampliación de las mismas. Por las propias razones cabría con tal teoría excluir de la impugnación contencioso-administrativa otros muchos y muy variados supuestos, fácilmente imaginables y de los que enuncio algunos, como reservados a la valoración o juicio de los «órganos de la Administración especializados para ello»: *el resultado de las pruebas selectivas del personal*, la adjudicación de concursos de obras y suministros, las denegaciones de autorización y licencias, los nombramientos de todos los cargos de libre designación en la Administración pública, la ordenación de cualquier cuestión de tráfico, la organización de los servicios sanitarios, etc.

## II

No sé si a consecuencia de aquel artículo, por pura coincidencia de puntos de vista o como fruto de la misma dinámica del avance de la ciencia jurídica, pero lo cierto es que una reciente Sentencia del Tribunal Supremo (*la de 2 de abril de 1985 de la Sala 4.ª*, publicada en el *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi bajo número 2854*, y de la que fue ponente el magistrado excelentísimo señor don *Aurelio Botella Taza*), ha venido a sentar una doctrina que coincide casi a la letra con la tesis por mí sostenida en el trabajo de los números 100-102 de esta REVISTA a que me vengo refiriendo.

La Sentencia del Tribunal Supremo es, desde luego, bastante más progresista que la del Tribunal Constitucional en orden a los principios de sumisión íntegra de la Administración a los Tribunales, garantía del principio de defensa plena e interdicción de la arbitrariedad de toda la actuación administrativa. Basta conocer de su existencia y tomar conciencia de la repercusión que puede tener en el avance hacia la revisión jurisdiccional *total* de los actos administrativos, como para que merezca un comentario, si no profundo, sí por lo menos lo suficiente como para que sea conocida y divulgada, porque supone —si no estoy

---

Yo me pregunto ante esta contradicción —y, por qué no decirlo, sorpresa que me ha deparado el Tribunal Constitucional— si no era precisamente este reducto de discrecionalidad técnica infiscalizable el motivo en este caso concreto de la exclusión preconstitucional del control judicial contencioso-administrativo, puesto que todos los demás aspectos formales sí podían ser fiscalizados y lo que la ley excluyente pretendía era hacer inmune al juez el criterio, el juicio valorativo y la decisión, en suma, de la calidad militar de un clasificado para el ascenso a general, como potestad de matiz técnico reservada por razones de especialización a la propia Administración militar.

Estaríamos, pues, de llevar esta doctrina a sus últimas consecuencias, en las fases anteriores a la Constitución y, aún más, estaríamos dando peligrosísimas armas a la Administración para escurirse en sus potestades discrecionales técnicas en el afán de eludir recursos y, sobre todo, para defenderse masivamente en una gran cantidad de litigios, en los que estamos seguros que se va a invocar pródigamente esta peligrosísima doctrina, equívoca, ambigua y contemporizadora, que ha sentado el Tribunal Constitucional probablemente sin medir sus consecuencias ni su alcance, cuando no sus contradicciones intrínsecas con otra anterior, clara y contundente, que estimo urgente reafirmar y hacer prevalecer.

En otro caso, también estaríamos dando facilidades a jueces y Tribunales para despachar asuntos por la más cómoda y natural vía de la inadmisibilidad previa o principal, sin otros problemas que plantearse en el litigio: el escudamiento en la naturaleza singularmente especializada de la actividad técnica de la Administración no puede favorecerse lo más mínimo; de así hacerse, nos puede aparecer una segunda versión corregida y aumentada de la exclusión formal por ley, que puede llegar a ser un obstáculo procesal parangonable en su dimensión y en su temida aplicación al nunca mucho criticado “carácter revisor” de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.\*

equivocado— el primer paso en lo que debe ser un camino firme y seguro.

La base del asunto está constituida por el problema de la impugnación del resultado de unas pruebas selectivas de acceso a una escala médica de la Seguridad Social, y el tema objeto de debate es el de la extensión de la soberanía, absoluta o no, del Tribunal calificador en sus estimaciones técnicas; en otras palabras, si de algún modo estos juicios, por muy técnicos que sean, pueden ser objeto de revisión ante el Tribunal de Justicia, como sucede con todas las demás cuestiones de tipo técnico o científico para cuyo análisis y enjuiciamiento los Tribunales se amparan en dictámenes periciales y otras pruebas.

a) En resumen, el soporte fáctico del pleito motivador de la Sentencia objeto de consideración es el siguiente:

Una Delegación Provincial del antiguo INP, hoy INSALUD, anunció convocatoria para la provisión de una plaza de jefe de sección dentro de los servicios jerarquizados de la Seguridad Social en una determinada residencia sanitaria, solicitando participar en dicho concurso el que luego sería recurrente. La Delegación del INP, tras los trámites oportunos y el curso normal de las pruebas selectivas, dictó resolución adjudicando la plaza a un determinado aspirante por considerarlo con mejor derecho que otro. Este otro, no estando de acuerdo con la decisión, procedió a impugnar por la vía legal la resolución que adjudicó la plaza a su contrincante. Tal recurso fue desestimado por la Delegación General del INP, que confirmó la resolución recurrida. A su vez, esta última resolución confirmatoria fue recurrida ante el órgano competente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien igualmente desestimó la alzada y confirmó las previas resoluciones provincial y general del INP. Interpuesto recurso contencioso-administrativo por el recurrente en vía administrativa, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 19 de noviembre de 1982, lo desestimó confirmando todas las resoluciones impugnadas por ser ajustadas a derecho. La desestimación se fundaba en el siguiente:

«CONSIDERANDO: Que básica cuestión a decidir en la presente *litis* es la referente a si la puntuación otorgada al recurrente es, o no, la legalmente correcta atendiendo al baremo aplicable en el concurso libre de méritos convocado el 2 de enero de 1979, por la Delegación Provincial del Instituto Nacional de Previsión de Alava, para proveer en propiedad la plaza de Facultativo en los Servicios Jerarquizados de la Residencia Sanitaria «ORTIZ DE ZÁRATE», de Vitoria, en la especialidad de NEUROLOGÍA, Jefe de Sección, con las inherentes consecuencias que de una tal decisión puedan derivarse; pues bien, así centrado el tema a resolver, se aprecia que por el apartado 7 de los del baremo establecido al efecto por el artículo 4.º del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad So-

cial, aprobado por Decreto de 23 de diciembre de 1966, no cabe adjudicar al recurrente puntuación alguna, al exigir tal apartado la cualidad de «Médico adjunto... en la especialidad de que se trate», pues ciertamente *tal como lo aprecia el Tribunal calificador, cuyos conocimientos técnicos en la materia no pueden ser suplidos por los meramente jurídicos de esta Sala de Justicia*, la especialidad de «ELECTRODIAGNÓSTICO» acreditada por el recurrente no se corresponde con la de «NEUROLOGÍA» objeto de provisión; en lo que se refiere a la pretensión de que se puntúen los servicios alegados por el recurrente, en el apartado 13, 1, del mismo baremo, a la lectura de éste resulta que el mismo exige que como Médico «Residente» se hayan cumplido TRES AÑOS, para que pueda otorgarse la puntuación en él prevista; esto dicho como quiera que el número de años acreditados por el hoy recurrente como Médico «Residente» en la especialidad que nos ocupa, no alcanza tal cifra, de ahí que tampoco por este apartado puede obtener la puntuación que desea; en relación con el apartado 20 del citado baremo, *la puntuación del Tribunal calificador se exige que se produzca valorando en conjunto las aportaciones científicas y los méritos que en él se mencionan, por lo que tampoco le cabe a esta Sala de Justicia alterar el criterio técnico del Tribunal calificador*; quedando, por último, por examinar las alegaciones del recurrente en relación con el n.º 22.7 de los del baremo, respecto del cual no puede olvidarse que los años de servicio que a su tenor se puntúan han de ser prestados no sólo en la Especialidad de NEUROLOGÍA, al ser propietario de plaza, ciertamente, pero en la Especialidad de ELECTRODIAGNÓSTICO, como previamente dicho quedó; todo lo cual determina la desestimación del recurso, con la paralela confirmación de las Resoluciones recurridas, al ser ajustadas a Derecho en cuanto a las motivaciones impugnatorias alegadas.»

Lo importante para el fin que persigue este comentario no es que el Considerando de la Sentencia de la Audiencia Nacional razone confirmando o no confirmando el juicio técnico y la decisión objeto de recurso. Lo importante es únicamente saber que, alineándose en la doctrina tradicional sobre el problema, la Audiencia Nacional vino a decir de nuevo que los conocimientos técnicos del Tribunal calificador en la especialidad de que se trate no pueden ser superados por los meramente jurídicos de la Sala, es decir, que se consagra una vez más la tesis de una imposibilidad por parte de los Tribunales de Justicia de revisar las actuaciones administrativas que estén teñidas de discrecionalidad técnica.

b) Pues bien, apelada la Sentencia, llegó el asunto a conocimiento de la Sala 4.<sup>a</sup> de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, quien en su *Sentencia de 2 de abril de 1985 confirmó el fallo de la Audiencia Nacional*, y, por tanto, no produjo ninguna rectificación del pronunciamiento de fondo ni de la solución dada al problema por la Sala de Instancia. *Pero lo importante no es esto*, que constituye una cuestión accidental en este momento a los fines de nuestro comentario. *Lo importante es saber la doctrina que se contiene en uno de los Considerandos del fallo del Tribunal Supremo*, fallo que si bien no rectifica el pronunciamiento final del anterior recurrido en apelación, sin embargo, rectifica de manera contundente y clara la tesis doctrinal de la Audiencia Nacional, rectificando también a la vez la tradicional e inveterada doctrina del Tribunal Supremo sobre el control de la discrecionalidad técnica. Es decir, y cogiendo el hilo de lo apuntado al principio, en los Considerandos de una Sentencia del Tribunal Supremo se vienen a plasmar aquellas propuestas mías y a dar acogida a las tesis defendidas en mi anterior comentario crítico con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que venían a sostener opiniones distantes y no acordes, a mi modo de ver, con los principios constitucionales sobre control judicial, recurribilidad de todo lo actuado por la Administración y plenitud de defensa del administrado frente a los poderes públicos (5).

El Considerando de la Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo que merece la pena reflejar y que resulta digno de elogiar es el siguiente:

(5) En este sentido, puedo destacar la siguiente cita de mi otro trabajo ya citado (págs. 1075-1076):

«Juicio y conclusión que no comporta eximir de control la discrecionalidad técnica —eso nunca puede suceder—, sino que convierte en difícil la posición del recurrente puesto que, salvo que acredite y demuestre que el criterio de la Administración ha infringido alguna norma o principio jurídico o incurrido en la arbitrariedad proscrita por el artículo 9.<sup>o</sup>3 de la Constitución, el recurso no podrá estimarse. Pero desde luego por mucha discrecionalidad técnica que exista, si el recurrente acredita el error de apreciación o la mala conceptualización o calificación, o la arbitrariedad formal o de fondo, el recurso ha de estimarse. Cabrá decir que es difícil ver los supuestos precisos para que un recurso sobre esta materia prospere, pero nunca imposible. Son perfectamente imaginables casos límites —y no tan límites— en los que, o bien por la infracción de los “elementos reglados” de la decisión discrecional, o bien por la arbitrariedad del juicio de fondo que ésta implica, o bien por la conversión de la discrecionalidad en una aplicación de “conceptos jurídicos indeterminados”, como es hoy la tendencia general, será perfectamente posible acreditar la ilegalidad (incluso por relación a su fin: artículo 106.1 de la Constitución) cometida por los órganos administrativos, y en tales casos la invocación de una discrecionalidad técnica con facultades exclusivas de apreciación, no podrá excusar la nulidad del acto, que deberán declarar los Tribunales. Lo que no significa ni supone dejar de reconocer que el recurrente tiene la peor posición por cuanto le toca acreditar y probar que el juicio, el criterio y el uso de una discrecionalidad técnica ha sido desacertado. En otro caso no podrá ver estimado su recurso.»

«CONSIDERANDO: Que la sustancial aceptación aquí hecha de las consideraciones que amparan el fallo desestimatorio del recurso contencioso-administrativo, requiere matizar la afirmación en aquéllas contenida 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 del 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 al quedar así de hecho inimpugnables las estimaciones técnicas del mencionado Tribunal calificador, tanto en el orden cualitativo del encuadramiento de las especialidades médicas, como en el cuantitativo de puntuación con referencia a los méritos de los concursantes; razones que inducen a atribuir a la afirmación de precedente cita el sentido de apreciación jurisdiccional de suyo análoga (art. 4.º, 1, del Código Civil) a la de los dictámenes periciales no vinculantes para el Juzgador y sometidos a la sana crítica de conformidad con el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, en un nivel o campo de planteamiento de estas cuestiones estructurado por la lógica y asequible al principio jurídico de non liquet, ajeno y excluyente del sometimiento del Tribunal o apreciaciones técnicas del Tribunal calificador que llenaron un vacío normativo; antes bien, tales apreciaciones pueden ser desvirtuadas por elementos probatorios, periciales o no, que es a la parte recurrente a quien corresponde aportar para que, en definitiva, el Juzgador pueda pronunciarse en valoración conjunta de la prueba y con arreglo a criterios lógicos; sin posibilidad de confundir, por lo tanto, valoración del conjunto de las pruebas, con sujeción de la Sala de justicia a juicios técnicos, procedan éstos de órganos de la Administración demandada o bien del recurrente en su también calidad de técnico, ya directamente o a virtud de documentos o dictámenes aportados o que hubiere podido aportar al proceso.»

c) Como balance podríamos decir que el Tribunal Supremo apuesta ya definitivamente por el control pleno de cualquier actividad de la Administración por muy discrecional que sea, incluso la de discrecionalidad técnica, lo que hace poco podría haber resultado impensable, casi utópico. Esto, naturalmente, no quiere decir que los Tribunales de Justicia se vayan a poner en el lugar de los Tribunales calificadores, pero sí que aquéllos pueden hacer una apreciación jurisdiccional de suyo análoga

a la que hacen inveteradamente de los más variados dictámenes periciales no vinculantes y sometidos a la sana crítica del juez según el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, «en un campo de planteamiento de estas cuestiones estructurado por la lógica y asequible al principio jurídico de *non liquet*», ajeno y excluyente del sometimiento del Tribunal a apreciaciones técnicas del Tribunal calificador. Apreciaciones que indiscutiblemente pueden ser desvirtuadas por elementos probatorios, periciales o no, que la parte recurrente tiene que aportar para que, en definitiva, el juzgador, en éste como en tantos otros casos, proceda a una valoración conjunta de la prueba con arreglo a criterios lógicos. Lo contrario, es decir, la sumisión ciega de la Sala de Justicia a los juicios técnicos del órgano administrativo supondría tanto como la irrecurribilidad de tales juicios, consecuencia totalmente proscrita por el artículo 24.1 de la Constitución y denunciada vivamente en mi otro comentario a que vengo refiriéndome. Otra cosa distinta es que sea fácil imaginar supuestos en los que estos condicionamientos puedan darse y que realmente el muestrario de fallos técnicos rectificadas por fallos judiciales no vaya a constituir nunca un número significativo. Pero ello no significa que no sea posible, cosa bien distinta.

Nótese que en este caso no se produjo una rectificación del juicio del órgano técnico calificador, pero lo importante es saber que la Sala entró en su enjuiciamiento y podía haberse producido de darse los condicionamiento, con lo que en base a esta Sentencia bien puede decirse que en el futuro queda ampliado el campo de impugnaciones —y posibles estimaciones— también a las decisiones de contenido técnico, siempre y cuando se den las circunstancias que la doctrina sentada en la Sentencia apunta. En definitiva, no estaríamos ni más ni menos que ante un caso igual a otros muchos que se someten a la decisión de los Tribunales de Justicia y en los que los jueces adoptan una u otra solución, en las más variadas materias técnicas, en base a valoraciones conjuntas de las pruebas con que cuentan o que les ofrecen las partes, dentro de las más diversas ramas de la ciencia y la cultura, de la técnica y del arte, pero que, en definitiva, es a ellos, a los jueces, a quienes toca apreciarlas en su conjunto y valorarlas en una situación de prueba contradictoria y abierta a todas las partes, que no sólo se reduce a medios periciales, por importantes que sean, sino que abarca o puede abarcar cualesquiera otros.

Bien es verdad que normalmente no habrá lugar a rectificaciones de los juicios técnicos de los Tribunales calificadores, como tampoco normalmente los jueces se inclinan por soluciones diferentes de aquellas que proponen los peritos en cuestiones muy técnicas (accidentes de tráfico, construcciones, deslindes topográficos, etc.), pero lo que no se puede de ninguna forma sostener como axioma de valor absoluto es que la soberanía en la apreciación técnica de un Tribunal calificador de un concurso de méritos o cualquier otra prueba selectiva sea total y absoluta, de modo que esté por encima de la soberanía judicial, con lo que nos pondríamos en el límite de lo absurdo, en cuanto a que hoy, que ni siquiera el mismo Poder Legislativo está exento en ocasiones de su

control judicial, un simple e ínfimo órgano administrativo, como sería un Tribunal de un concurso, disfrutaría del privilegio de inmunidad al control judicial, que a nadie reconoce la Constitución. Muy al contrario, constituiría una violación de la misma Constitución (art. 24.1) privar de defensa a los administrados, afectados por decisiones de este tipo, es decir, con contenido técnico discrecional, que es lo que una y otra vez me esforzaba en señalar como inadmisibles en el comentario jurisprudencial de los núms. 100-102 de esta REVISTA.

Son de celebrar de esta Sentencia dos cosas:

La primera, que se abre una línea de doctrina jurisprudencial totalmente novedosa que puede aportar muchos frutos en la lucha continua por el control de cualquier actuación administrativa discrecional, y que por ello debería consolidarse con nuevas Sentencias en la misma dirección.

La segunda cosa a celebrar, aunque sólo sea personalmente por mí, es el hecho de que, a menos de dos años de publicar un comentario sosteniendo esta solución, su propuesta y las conclusiones a que llegaba se hayan visto recogidas en una Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, con lo que uno no pierde nunca la confianza en que lo que escribe tenga alguna utilidad, y esto, aunque sin duda sea poco frecuente, supone un acicate y un aliciente para seguir escribiendo críticamente (6).

(6) En el tan repetido comentario mío anterior decía como colofón que había de dejarse a salvo el posible control de la discrecionalidad técnica, al escribir lo siguiente (págs. 1079-1081):

«C) *La definitiva necesidad de descartar otra conclusión por el retroceso que comportaría en el enjuiciamiento de la Administración: Indiscutible control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica*

Sólo desde la perspectiva que queda apuntada antes puede y debe entenderse, valorarse e interpretarse la Sentencia del Tribunal Constitucional que comento. En otro caso, nos encontraríamos con que lejos de mantener (y menos ampliar) las garantías jurisdiccionales ya existentes en virtud de otros fallos constitucionales previos, estaríamos ante una nueva excepción, genérica y capaz de irradiarse como motivo de exclusión de control judicial a todos los sectores y materias por bloques o en aspectos concretos: la discrecionalidad técnica es un concepto expansivo perfectamente predicable en mayor o menor grado de casi todas las actuaciones discrecionales de la Administración pública, que están desde hace mucho tiempo (y sin discusión doctrinal alguna ya de nadie) sometidas al pleno control judicial en todos aquellos elementos reglados que el ejercicio de toda actividad discrecional comporta. Lo peor que podría pasar es que el Tribunal Constitucional diera el menor pie a la Administración, a sus defensores y a los Tribunales, así como a los detractores doctrinales del sistema, para poner en marcha una operación expansiva de la inmunidad y la indefensión, haciendo olvido incluso de que, *en último extremo* —y no puedo dejar de recordarlo con todo énfasis preciso—, *para llegar a decidir si una potestad está imbutida o no de elementos de discrecionalidad técnica debe seguirse sobre ello un proceso judicial abierto, completo y libre*. Lo que nunca puede suceder, ni es posible imaginar siquiera, es que llegue a cuestionarse el acceso a los Tribunales de las cuestiones de discrecionalidad técnica (aunque en su uso se denuncie la arbi-

triedad) porque habríamos dado un paso de gigante ¡hacia atrás! y es imposible admitir eso hoy día, menos aún con cualquier atisbo de apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional, a quien no cabe hacer tan flaca labor al Derecho, a la Constitución y al progreso jurídico. Por tanto, se hace urgente y necesario que el Tribunal Constitucional precise, en cuanto tenga la menor oportunidad, el alcance de la doctrina que sustenta su fallo en el recurso de amparo que comento, dejando claro que con el artículo 24.1 de la Constitución en la mano no hay, NADA EN ABSOLUTO, que pueda escapar a la posibilidad de entablar un juicio de fondo contra la Administración, y que si algo hay en el actuar de ésta insustituible por el juicio de un Tribunal de Justicia será porque así se diga, demuestre y razone por este Tribunal tras un proceso absolutamente abierto y lleno de todas las garantías que en términos agotadores y universales proclama y consagra nuestra Constitución. En tal proceso el recurrente tendrá la difícil posición de acreditar el error, el desacierto o la arbitrariedad en el juicio técnico de la Administración, nunca la imposibilidad *a priori* de lograrlo ni intentarlo, sobre todo, si lo que viene a denunciar es el abuso o la arbitrariedad en el ejercicio de una competencia por mucho que se arrope con el calificativo de discrecional o técnica e incluso por más que realmente concurren en ella tales condiciones, siempre orientadas al bien público, en este caso la mejor organización de los ejércitos para la defensa nacional y del orden constitucional.

Entiéndase bien, yo no digo que sean los jueces los que nombren y asciendan generales (ni, menos aún, lo pretendía el recurso contencioso-administrativo que dio lugar a la Sentencia recurrida en amparo). Digo que la clasificación, elección y ascenso a general tiene que poder ser objeto de un proceso judicial completo sobre fondo y forma, en todos sus aspectos y cuestiones, y que este derecho no cabe negarlo a ningún funcionario militar postergado que debe tener la posibilidad legal de probar, o bien la arbitrariedad de su postergación, en términos estrictamente jurídicos, o bien incluso el desacierto del juicio técnico emitido sobre él o sobre sus compañeros que le afecte. Si está derogado el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y disposiciones correlativas de la Ley 78/1968, de 5 de diciembre, en absoluto puede sostenerse que la condición de discrecionalidad técnica de la decisión recurrida nos lleve al mismo resultado práctico: acceso cerrado al juez para discutir la clasificación y sus razones. Si así fuera, la Administración habría encontrado la fórmula perfecta para autotutelarse en un porcentaje de actuaciones a *todas luces más grande que el que se excluía por virtud del artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* y las escasas leyes dictadas a su amparo. Para la Administración, entonces, no habría supuesto el artículo 24.1 de la Constitución nada más que el cambio de un camino por otro para llegar al mismo resultado de escabullirse de los sistemas de control jurisdiccional. A tal consecuencia en absoluto puede llegarse, ni cabe siquiera imaginar que es a lo que pretenda llegar el Tribunal Constitucional. Su Sentencia de 16 de mayo de 1983, pues, debe calificarse, al menos, de confusa y peligrosa, cuando no como un error, en términos científicos y doctrinales, naturalmente, que constituyen los únicos aspectos en los que la critico yo, sin otro objetivo que hacer ver la necesidad de su rectificación, o, al menos, de la determinación precisa de su alcance y consecuencias.»

Eduardo COCA VITA