

NOTICIAS DE LIBROS

PIERRE AVRIL y JEAN GICQUEL: *Le Conseil Constitutionnel*. Montschrestien, París, 1992; 154 páginas.

Los dos profesores de París ofrecen en esta obra un acercamiento al estudio del Consejo Constitucional francés. Examinan, en concreto, la historia del Consejo, su organización y funcionamiento internos y, finalmente, su labor en el marco de la V República francesa.

En todo el libro late una idea directriz. En el pasado se mantenía que la ley era la expresión de la voluntad soberana de la nación. En la actualidad se asume que la ley es un producto del Parlamento y que éste es un poder constituido en el que no reside la soberanía. Por ello se acepta que «la ley no expresa la voluntad general más que en el respeto de la Constitución» (Decisión 85-197, de 23 de agosto). El control constitucional de las leyes se residencia en el Consejo Constitucional francés, órgano que desde esta óptica se convierte en regulador del sistema político francés.

Esta forma de entender el papel del Consejo Constitucional facilita la comprensión de algunas de las afirmaciones formuladas por el propio Consejo. En primer lugar, el Consejo se ha declarado incompetente para examinar la regularidad constitucional de las normas aprobadas directamente por el pueblo (Decisión de 6 de noviembre de 1962). En segundo lugar, el Consejo ha señalado en varias ocasiones que no dispone de «un poder general de apreciación y de decisión idéntico al Parlamento» (Decisión de 15 de enero de 1975, entre otras). Su distinta posición en el sistema institucional francés hace que el Consejo, a diferencia del Parlamento, deba motivar sus decisiones con una argumentación jurídica. En tercer lugar, el Consejo no sólo toma decisiones de validez o no de la norma impugnada, sino que, en ocasiones, realiza sentencias interpretativas o apunta qué modificaciones harían constitucional un precepto que en su redacción actual es, siempre para el Consejo, inconstitucional. Para ejercer su control, el Consejo puede examinar la regularidad del conjunto de la disposición en la que se hallan los preceptos impugnados, pudiendo sentenciar *ultra petita*. El Consejo puede también examinar la constitucionalidad de una ley anterior, aprovechando que se hayan impugnado ante él normas que la modifican.

Es especialmente interesante para el lector español la lectura del capítulo dedicado a analizar la historia del Consejo Constitucional francés. En él se señala cómo no estaba en la mente de los constituyentes de 1958 el crear un órgano concentrado de constitucionalidad, sino un órgano que solventara los roces entre órganos estatales (protegiendo, especialmente, al Consejo de la República). La imagen que del Consejo tienen los políticos y la doctrina se ve alterada con la Decisión del Consejo de 16 de julio de 1971. En la misma, el Consejo declara que la libertad de asociación es uno de los principios fundamentales reconocidos por las leyes en la República, principios citados en el Preámbulo de la Constitución de 1946 y reafirmados por la de 1958. Aunque el contenido de la Decisión no es novedoso desde una óptica puramente lógica, incide socialmente por el intento gubernamental de prohibir una asociación de la izquierda proletaria. El periódico *Le Monde* afirma que el Consejo mantiene su independencia frente al poder gubernamental.

Posteriormente, la Ley Constitucional de 29 de octubre de 1974 va a permitir que, a los órganos que pueden acudir ante el Consejo Constitucional (presidente de la República, primer ministro, presidente de la Asamblea Nacional o presidente del Senado), se le sumen sesenta diputados o senadores (sobre la determinación del número de parlamentarios, véase págs. 56-57). La reforma no fue apoyada por los socialistas (que recelarán del Consejo hasta la Decisión 81-132, en la que el Consejo declara constitucional el principio de nacionalización), y se subestimó por la doctrina. No obstante, la vía del recurso de parlamentarios ha sido muy utilizada (véanse las estadísticas del uso de la vía y de las anulaciones que ha conllevado en la página 65).

Las siguientes páginas se dedican al análisis del Consejo Constitucional como institución. Se compone de nueve miembros nombrados (elegidos por tercios cada tres años, sin que sea posible su renovación, tres a propuesta del presidente de la República, tres del presidente de la Asamblea Nacional y tres del presidente del Senado) y de otros de derecho (los antiguos presidentes de la República). P. Avril y J. Gicquel estiman que debería desaparecer esta última categoría. Examinan los autores a continuación el régimen de inelegibilidades (materia que debe ampliarse en opinión de los autores) e incompatibilidades, así como el estatuto personal de dichos miembros (págs. 86-90).

El presidente de la República designa, de entre los miembros del Consejo, al presidente del mismo que, como tal, en caso de empate tiene voto de calidad. Por otra parte, el Consejo está formado por tres secciones de instrucción (formadas, por sorteo, por tres miembros del Consejo, cada uno nombrado a propuesta de uno de los tres órganos encargados de designar a los miembros del Consejo). El presidente nombra por terna a uno de los miembros, y éste eleva al Pleno un proyecto de decisión. Asimismo, el presidente organiza su Secretaría y su gabinete. Nombra al secretario general y al tesorero y determina el orden del día de las reuniones del Consejo. El secretariado general del Consejo está formado, además de por el secretario general, por un servicio jurídico (compuesto por dos o tres personas), otro de documentación (en el que trabaja una persona) y otro de Derecho comparado (donde trabaja también una persona). Igualmente se nombran diez letrados (*rapporteurs adjoints*) anualmente. Finalmente, debe citarse todo el personal administrativo y de servicios (secretariado general, registro, transporte...).

Dentro del apartado de la institución, los autores analizan también los caracteres del

procedimiento de decisión del Consejo Constitucional. Dicho procedimiento es para los autores: a) *inquisitorial* (el presidente nombra al ponente, cuyo nombre permanece, teóricamente, en secreto y que tiene cierto margen de actuación); b) *escrito*; c) *secreto* (en sus fases de instrucción y deliberación); d) *rápido* (véanse los arts. 41, 37.2 y 61 CF); e) *contradictorio*; f) *colegial* (las Decisiones deben ser aprobadas por la mayoría de los miembros del Consejo, pero casi siempre lo son por consenso), y g) *conclusivo en una Decisión jurisdiccionalmente formulada*.

La última parte del libro analiza la posición que ocupa el Consejo en la V República francesa. La idea de que el Consejo Constitucional es el regulador del sistema político francés instaurado por la Constitución se expresa en una doble manifestación.

De un lado, el Consejo se convierte en un regulador de los poderes públicos. Tal tarea implica controlar, en primer lugar, los órganos constitucionales. A esta idea responde el control de la regularidad de las elecciones de la Presidencia de la República o de las elecciones parlamentarias. También deben controlarse, en segundo lugar, las operaciones del referéndum (art. 60 CF). En tercer y último lugar, el control sobre los órganos alcanza también a las normas y actos que de ellos emanan. Así se explica el control de constitucionalidad de las normas —leyes, adecuación de acuerdos internacionales a la Constitución y Reglamentos parlamentarios— o de las medidas adoptadas en el estado de crisis (art. 16 CF). El Consejo controla por esta vía la actividad legítima de los respectivos órganos que dictan normas o toman concretas medidas para que no vulneren la Constitución.

De otro lado, el Consejo Constitucional garantiza los derechos de los ciudadanos. En este sentido debe señalarse que el Consejo ha desarrollado el complejo sistema de derechos fundamentales en Francia (contenido, como es sabido, en la Declaración de Derechos de 1789, en los principios fundamentales reconocidos por las leyes, en los derechos sociales —Preámbulo de la Constitución de 1946— y en algunos preceptos de la vigente Constitución de 1958). Un listado de las principales Decisiones del Consejo Constitucional en materia de derechos se presenta en la página 132.

La consideración de que el Consejo Constitucional es en la realidad regulador del sistema político francés no debe hacer pensar que actúa como una tercera Cámara legislativa. Es cierto que tiene algo en común con las Cámaras Altas del siglo XIX, y es que asegura una legislación medida. Pero es cierto también que presenta claras diferencias formales y sustanciales respecto de aquellos órganos. Las formales son fundamentalmente dos: a) el Consejo otorga justicia rogada (es decir, actúa a instancia de alguien), mientras que tales Cámaras Altas participan en la elaboración de la ley por ser esta actuación de su competencia, y b) el Consejo no solamente decide, sino que también interpreta de forma vinculante, mientras que el apoyo o no de aquellas Cámaras solamente se expresaría en la votación final del texto legislativo en curso. La diferencia sustancial entre el Consejo Constitucional y los decimonónicos Senados es que la función del primero es, como ha señalado G. Vedel, hacer respetar las exigencias que objetivamente se imponen al legislador (límite jurídico), mientras que las segundas pretenden controlar y evaluar políticamente las decisiones de la mayoría. En la actualidad, las limitaciones que afectan al legislador encuentran su causa en la Constitución (normativa), y se hacen valer a través de la actividad del Consejo Constitucional francés.—*Francisco Javier Matia Portilla*.

CARLOS BLANCO DE MORAIS: *A autonomia legis ativa regional —Fundamento: das relações de prevalência entre actos legislativo, estaduais e regionais—*, L. sboa, Faculdade de Direito, 1993; 689 páginas.

El desconocimiento que en nuestro país existe sobre los aspectos jurídicos de Portugal no es un mero tópico recurrente, sino verdad clara. Una verdad que llama tan o más la atención cuanto que el territorio del vecino país es continuación geográfica del nuestro, sin prácticamente fronteras naturales, lo que, en principio, debiera conllevar fluidez entre uno y otro lado de la hoy, a estas alturas de la Unión Europea, extremadamente fina línea fronteriza entre uno y otro país. De todos es sabido que la cercanía es condición idónea para la rivalidad, pero en este caso ni siquiera rivalidad existe porque queda solapada por la indiferencia, sin duda más acusada en la dirección de acá hacia allá que a la inversa. Como siempre existen excepciones, y posiblemente de las más relevantes sea la revista jurídica hispanolusa *Estado e Direito*, a cargo del mismo organismo que edita la presente. Difícilmente cabría buscar a la indiferencia aludida un fundamento; a lo sumo en todo caso, podría hallar alguna justificación aparente si el panorama jurídico de aquel país fuera yermo o manifiestamente insuficiente. Quien va a dar la noticia de esta obra no puede contrastar su juicio en otras áreas (aunque ha oído hablar del nivel de los penalistas lusos o de la buena técnica de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo de aquel país, por ejemplo), pero sí cree tener algún elemento para pronunciarse en el campo que esta revista cubre: el Derecho constitucional. Y, desde luego, tras haber tenido que consultar ciertas obras, le parece estar en disposición de afirmar que el nivel de las mismas poco tiene que envidiar, y en algunos aspectos incluso algo que enseñar, a las que se editan en otros lugares, incluido nuestro país. Entre otras razones, por la muy simple de que la formación de parte de su doctrina y las fuentes de las que se nutre son similares a las de acá.

El caso del trabajo que hoy se trae a colación es paradigmático en este sentido. Se trata de una extensa y completa monografía cuyo tema principal, como su título indica, es la autonomía legislativa regional. En concreto, y hasta donde nosotros sabemos, no hay en nuestro panorama bibliográfico del Derecho autonómico una publicación de estas características, si bien, como es natural, el tema de la legislación autonómica y más en concreto el de las relaciones de prevalencia entre el Derecho estatal y el regional es tratado con el detenimiento que merece en los manuales de Derecho autonómico, en las obras específicas sobre fuentes y en aquellas partes de las obras generales (en particular, los tratados y manuales de Derecho administrativo), cuyo objeto son las fuentes del Derecho y sus relaciones entre ellas. Todo ello, sin embargo, no parece que supla la conveniencia de un estudio monográfico como el que aquí se presenta, donde se sitúe la autonomía legislativa regional en un contexto más amplio compuesto por precedentes, principios constitucionales y Derecho comparado. En este sentido, llama la atención que tal estudio no se haya producido aquí, donde todas las Comunidades Autónomas gozan de potestad legislativa, y se haya dado en Portugal, donde sólo dos regiones, insulares y lejanas por más señas (pero que, precisamente por ello, suscitan un muy especial interés en el Portugal continental, como puso fehacientemente de manifiesto el constituyente de 1976), son las que poseen este tipo de potestad.

Por tanto, el objeto de la obra es la potestad legislativa regional, pero —pasando ya al objeto real de esta nota, que es dar cuenta del contenido de una obra que, además, no se encuentra publicada por las editoriales al uso— no es el único que en ella se aborda, pues- to que, como fácilmente se comprende, para aproximarse a tal tema resulta imprescindible hacer referencia a las normas superiores del ordenamiento regional, esto es, a los estatutos. Y la referencia que el autor hace a éstos no es un simple trazo obligado, sino que, tras una parte introductoria que versa sobre premisas generales (organización, política territorial, autonomía y soberanía o tipos de descentralización territorial), acomete un análisis bastante completo de la norma estatutaria, a la que dedica toda la primera parte de la obra. Desde las cuestiones más generales, que son presupuesto de la misma (precedentes del regionalismo en el Estado de Derecho, autonomía, naturaleza jurídica y formas de regionalización), pasando por un detallado estudio de la norma en su calidad de estructura organizatoria y garantía de las regiones, pasando asimismo por su concepción en el Derecho comparado más similar al nuevo sistema portugués de 1976 en este aspecto (esto es, la Europa meridional: Italia y España), hasta el análisis de las propias normas estatutarias portuguesas, que como se ha dicho, son sólo las que corresponden a los archipiélagos de Azores y Madera.

La segunda parte, más extensa, es dedicada por completo al análisis de la ley regional, sus límites y su operatividad. En ella sigue el mismo esquema que en la parte anterior, subdividiéndola en otras tres: una, en la que aborda las relaciones jurídicas entre actos legislativos estatales y regionales; otra, en la que da cuenta de la cuestión en el Derecho comparado (es decir, en la Europa meridional), y la última, en la que se analiza con exhaustividad el tema objeto de la monografía: la ley regional en el sistema constitucional portugués. Este análisis de la ley regional ocupa por sí solo un tercio de la obra, y se compone a su vez de un estudio de los principios constitucionales presentes en la descentralización política y administrativa portuguesa (la Constitución divide el territorio continental en regiones administrativas, división que aún no se ha llevado a cabo), del análisis pormenorizado del tratamiento que la Norma Fundamental portuguesa realiza de la función legislativa regional (distribución horizontal y vertical de las competencias legislativas regionales) y, final y detalladamente, de los límites a dicha potestad, distinguiendo entre límites de legalidad (mejor quizá cabría decir de *legittimità*, en terminología italiana, dado que la expresión es más amplia, pues, además de los estatutos, las leyes orgánicas, las leyes generales de la República, las de bases y las de delegación, incluye también la Constitución, y el Derecho comunitario y el internacional) y de oportunidad. Como bien afirma Rebelo de Sousa en el breve prefacio con que abre la obra al dar alguna nota de la simbiosis entre teoría y práctica que representa, es esta parte, en la que se analizan las competencias legislativas regionales y estatales y el modo de resolución de conflictos entre leyes de una y otra procedencia, la que mejor pone de relieve la utilidad real del trabajo del que damos noticia para los operadores jurídicos.

En fin, la obra se cierra con varias e interesantes «Observaciones finales», la veintena de páginas que ocupa la bibliografía citada (en la que, por cierto, se echa en falta numerosas veces el número y el año de edición de las obras), pese a que llama la atención que las notas a pie de página no sean numerosas, más bien lo contrario y, finalmente, un buen *abstract*.—César Aguado Renedo.

PABLO MENÉNDEZ: *Las potestades administrativas de dirección y coordinación territorial* (Prólogo de Sebastián Martín-Retortillo), Madrid, Civitas/Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993; 236 páginas.

Con carácter previo, creemos que es necesario justificar un estudio sobre la directriz administrativa y, en general, sobre las potestades administrativas de dirección y coordinación territorial. Desde nuestra posición, no hay duda que el libro de Pablo Menéndez contiene a la vez un elemento clásico y un elemento innovador.

Siempre se ha admitido que la emanación de directrices desde la cúpula de la Administración no deja de ser una consecuencia tradicional de la reserva de dirección política que corresponde al ejecutivo (López Guerra). No es posible un verdadero *incórrizto político* si no prevalecen los criterios materiales del ente director. En el fondo, este condicionamiento político de la Administración —que, como afirma Forsthoff, sólo está presente en la función de dirección, referida siempre a asuntos propios y no en la de supervisión, que es de asuntos ajenos— y, en general, la necesaria coordinación de la actividad administrativa es lo que justifica la existencia en la Administración de relaciones de jerarquía y subordinación.

Ahora bien, ha sido la pluralidad del Estado social, en base a dos hechos, lo que ha posibilitado una nueva funcionalidad de la directriz administrativa, mostrándose así esta vieja categoría con una nueva y más amplia configuración. Estos dos hechos han sido: por un lado, las nuevas funciones asumidas por los poderes públicos en el Estado social, que han obligado, por razones de buena administración (Parejo), a la creación de una Administración institucional, de entes de gestión, dotados en algunos casos de personalidad jurídica pública o mercantil, en lo que se ha considerado (Sala) una auténtica huida al Derecho privado y del Derecho en general; por otro lado, la aparición de las Comunidades Autónomas y la consagración de la autonomía local.

En primer lugar, las directrices son un instrumento de dirección de las Administraciones territoriales respecto a las organizaciones de la Administración institucional. La creación de entes de gestión no supone —como afirma el art. 8 LEEA— una desvinculación de los departamentos ministeriales a los que están adscritos y de los que son una pieza instrumental. La nueva configuración de la directriz como categoría administrativa permite compatibilizar la segregación funcional y organizativa —la desconcentración— de estos entes y al mismo tiempo su situación de sujeción a la Administración territorial. Es por este camino de la progresiva desconcentración —creando administraciones diferenciadas sin alcanzar la ruptura con el poder ejecutivo—, que, en el fondo no viene a ser más que el camino de la adaptación de la objetividad administrativa a las circunstancias del Estado social, por donde aparece en el horizonte la neutralización política de enteros sectores, a través de lo que se ha denominado, Administraciones independientes (Sala y más recientemente Betancor).

En segundo lugar, nos encontramos también con la utilización de las directrices para la necesaria coordinación territorial de Comunidades Autónomas y municipios. Como afirmó la STC 214/1989, las relaciones de coordinación se diferencian de la simple colaboración en que atribuyen al sujeto coordinador una cierta configuración material para realizar una función coactiva, mientras que las relaciones inspiradas en los principios de

colaboración y cooperación sólo pueden justificar órganos de carácter consultivo. De esta forma adquieren también así las directrices una nueva operatividad.

Es en este contexto económico y político donde aparece redimensionada la directriz administrativa como un instrumento apto y flexible para que la Administración pueda cumplir adecuadamente sus funciones y, por tanto, es también ese mismo contexto el que justifica este estudio.

En la primera parte de la obra el autor analiza la figura de la directriz en la Administración del Estado y más concretamente en el seno de las relaciones interorgánicas, donde la directriz se ha erigido en una técnica que restringe la actividad discrecional de los órganos destinatarios de la misma. Posteriormente —todavía en la primera parte—, superando el ámbito inteorgánico, el autor penetra en el ámbito intersubjetivo donde analiza el papel fundamental desarrollado por la directriz en la relación entre el Gobierno y los entes de gestión.

En la segunda parte, manteniéndose en el ámbito intersubjetivo, el profesor Menéndez contempla la figura de la directriz dentro de un modelo estatal descentralizado por el hecho regional y la autonomía local como expresión del principio de coordinación. Todavía le queda tiempo al autor para, terminado el análisis de las directrices de coordinación territorial, introducirse en la problemática de las denominadas directrices de planeamiento urbanístico.

Sin miedo a caer en referencias hagiográficas, hay dos aspectos en la obra que ahora presenta Pablo Menéndez que merecen sin duda ser destacados. Por un lado, la dificultad de la materia. Acostumbrados a leer otros estudios que se refieren a aspectos puntuales y laterales del Derecho, este libro del profesor Menéndez se encuadra en sus aspectos centrales: el problema de la discrecionalidad administrativa, las normas de autoorganización, la potestad reglamentaria y en general la problemática de la teoría de las fuentes en el Derecho administrativo. Por otro lado, el libro contiene un trabajo madurado, iniciado años atrás bajo la dirección del profesor Vandelli. Habitados ya a la inflación de libros y revistas jurídicas, y asumiendo en alguna medida la polémica afirmación de Bork —«en el campo del Derecho, y a diferencia de la física o la medicina, la abundancia de publicaciones no es un motivo para ser optimista ni un indicio de vigor en la investigación, sino que, frecuentemente, es todo lo contrario»—, no nos queda más que reflejar la afirmación que Sebastián Martín Retortillo hace en el prólogo: «Cuando la frivolidad y la ligereza son monedas de uso común en las investigaciones jurídicas, estamos ante una obra pensada y reposada. Obra pensada, he dicho; no quedan cabos sueltos».—Antonio Troncoso Reigada.

LUCIANO PAREJO ALFONSO: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Madrid, Tecnos, 1993; 136 páginas.

El autor propone en esta excelente (y un tanto provocadora) monografía un debate científico amplio, abierto y serio en torno a la situación actual del Derecho público en general y del administrativo en particular. Un debate de problemas, no de personas. Y de ahí la oportunidad de este libro, ya que algunas reacciones doctrinales a su libro anterior, *Cri-*

sis y renovación del Derecho público (1991) —que llegan a calificar (i) justa si no absurdamente) la posición de Parejo como de «preocupante» para el Estado de Derecho— ni identifican los problemas ni han ponderado seria y objetivamente los argumentos. En el Preámbulo expone, pues, Parejo los dos argumentos que justifican el trabajo: 1) clarificar los términos del objeto de discusión (situándolo en el contexto constitucional, más que en el histórico general), y 2) concretar el diseño del control judicial del poder público administrativo. El *iter* argumental del libro es claro: después de exponer a) los términos de la cuestión y de describir; b) la situación actual del control judicial de la discrecionalidad administrativa, y c) reexamina el problema a la luz del nuevo orden constitucional.

a) *Los términos de la cuestión.* La Administración está sujeta hoy, en razón del principio del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), a un control judicial total y pleno (artículos 24.1, 103.1 y 106.1 CE). Esta plenitud del control judicial abre espacio a cuestiones de perfeccionamiento como las que giran en torno a la consecución de la función del control judicial como parte del sistema de controles del Estado social y democrático de Derecho. Ante el preocupante fenómeno del activismo judicial es preciso preguntarse sobre *los límites del control judicial del poder administrativo* (cuyo desbordamiento trastocaría el sistema constitucional de división de poderes —no hay que olvidar, además, que el juez es también un poder del Estado—). La posición tradicional ve en el control jurídico-judicial de la Administración la culminación del proceso histórico europeo continental de conquista del poder por el Derecho. Pero este planteamiento se desautoriza porque desconoce la decisiva incidencia del orden constitucional vigente. Veamos en qué argumentos apoya Parejo esta opinión.

b) *La situación actual del control judicial de la discrecionalidad administrativa.* Si bien el control judicial del poder discrecional administrativo continúa respondiendo a los logros consolidados por la jurisdicción contencioso-administrativa, recientemente se han producido innovaciones importantes que suscitan el problema de los límites. En este sentido, Parejo muestra cómo la evolución en Francia, Estados Unidos, Alemania y España se encamina a sustituir los pronunciamientos de la Administración por los del juez. En nuestro país, de un modo más radical, si cabe, sobre todo a partir de los años ochenta, en temas como las calificaciones y los juicios de índole técnica y en la planificación y ordenación urbanística (en los que la jurisprudencia ha controlado y sustituido la decisión discrecional administrativa apelando a principios generales del Derecho, «atmósfera en la que respiramos jurídicamente» —STS de 1 de diciembre de 1986—, de manera especial el Estado de Derecho (llegándose a hablar del «genio expansivo» del mismo en la sentencia citada). La argumentación del Supremo es ésta: 1) el principio de interdicción de arbitrariedad postula la racionalidad del servicio por la Administración de los intereses generales, es decir, equivale a una medida o valor de «buena administración»; 2) la legitimidad del ejercicio de una potestad discrecional deriva de la racionalidad del contenido en que se haya traducido aquel ejercicio; 3) en consecuencia, el juez administrativo puede sustituir a la Administración en sus pronunciamientos cuando exista base para ello en los Autos.

c) *El necesario reexamen de la cuestión a la luz del nuevo orden constitucional.* A partir de la plenitud de control que introduce la Constitución, la cuestión no puede formularse tradicionalmente como conquista del poder administrativo por el Derecho, sino

más bien como determinación de los términos de realización del Derecho. La posición doctrinal establecida proclama el replanteamiento de la cuestión, pero no lo lleva a cabo. Parejo propone como ejemplo el estudio de T. R. FERNÁNDEZ *Arbitrariedad y discrecionalidad*, en el que las líneas de mejora sobre *La lucha contra las inmunidades del poder* de GARCÍA DE ENTERRÍA son cuatro: 1) El punto de partida es el principio general de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Discrecionalidad no puede ser arbitrariedad. 2) La motivación es el primer criterio de distinción entre lo discrecional y lo arbitrario. 3) La necesidad de justificación objetiva de la decisión administrativa es el segundo y decisivo criterio. 4) Concluye que la distinción entre legalidad y oportunidad es un falso dilema. Pero, a juicio de Parejo, el principio de interdicción de la arbitrariedad es demasiado general y abstracto como para hallar en él demasiadas concreciones; el criterio de la motivación es válido, pero no aporta nada a la solución de la cuestión que nos ocupa; en el criterio de la necesidad de la justificación objetiva aflora el riesgo de la sustitución indebida de la Administración por el juez, riesgo que se convierte en realidad cuando se presenta la diferencia entre legalidad y oportunidad como un falso dilema. Por consiguiente, es necesario el reexamen de la cuestión. Y es tanto más necesario cuanto la instancia administrativa y el control judicial tienen ámbitos de actuación necesariamente distintos, que se delimitan recíprocamente de forma negativa. El control judicial es la comprobación (con la extracción de las correspondientes consecuencias jurídicas) de si existe o no contradicción entre la decisión administrativa previa y el ordenamiento jurídico. La legitimación del juez para adoptar una decisión propia, distinta de la administrativa, depende directa y totalmente de la efectiva comprobación de una tal contradicción, de suerte que le corresponde legalmente la carga de la acreditación de ésta. El juez contencioso-administrativo es «administración negativa» (Chr. Gusy). Y, por tanto, la afirmación de la sustituibilidad por el juez de las decisiones de la Administración no se sostiene por sí misma.

En el reexamen de la cuestión hay que tener en cuenta, además, la transformación contemporánea del Estado, que ha repercutido en las categorías de «ley» y de «reserva de ley». La ley formal no garantiza ya por sí sola y en todos los casos una programación o vinculación positiva, tipo estándar u homogénea de la Administración en todos los órdenes y sectores de la vida social. Sobre todo en los sectores sociales más complejos y variables (urbanismo, economía, medio ambiente, consumidores, etc.), la ley renuncia a la decisión de fondo y establece criterios materiales de ponderación, fines, objetivos, modelos de referencia, etc. Asistimos a un tránsito desde una vinculación positiva de la Administración a una estratégica. Y aquí la solución judicialista, basada en la apelación a los últimos principios, es aparente, pero falsa: ¿por qué —se pregunta Parejo— ha de quedar en manos del juez la última palabra, en sustitución de la Administración, cuando una decisión simplemente se ha deslegalizado, siendo así que si la decisión hubiera sido tomada directamente por el legislador habría quedado fuera del alcance del juez? No justifican por sí solos una solución judicialista ni el argumento del Estado de Derecho, pues el poder y la actuación administrativos no son contrarios a su realización, ni la mayor garantía de la intervención judicial.

La Administración no es sólo un poder público dotado de un régimen jurídico específico (caracterizado por las exorbitancias del Derecho común requirentes de mecanismos

requilibradores en garantía del ciudadano); es, sobre todo y en primer lugar, un poder que, dotado de legitimación democrática propia (aunque indirecta), se agota en la satisfacción del interés general, lo que le presta la correspondiente legitimación por los medios y el fin. Pero, además, es el poder público más idóneo para la decisión en contextos sociales complejos, tecnificados y variables. Por ello está llamado a contar con un *ámbito sustantivo de decisión*. El camino correcto es, en opinión de Parejo, no el de intentar «reducir» la discrecionalidad, sino el contrario: reivindicarla (entendida en sentido estricto —Parejo dedica varias páginas a definir a qué concepto de discrecionalidad se refiere, concluyendo que es el espacio entregado a la decisión administrativa para la *Rechtsfindung*, la determinación del Derecho: la creación de la regla jurídica aplicable al caso; no es la discrecionalidad habilitación para actuar según el propio criterio, pero tampoco un ámbito de decisión administrativa puramente provisional, recaída siempre a reserva de la posibilidad de otra definitiva y distinta por el juez—).

La realidad de los ordenamientos estatales es la existencia de normaciones clásicas (con peligro de rigidez) y normaciones flexibles de nuevo cuño (con peligro de inseguridad jurídica). En esta situación, la realización del Estado de Derecho requiere una *respuesta diferenciada*: a) cuando la acción administrativa es una mera interpretación-aplicación de reglas preexistentes, el control judicial puede y debe ser capaz de reproducir, no sólo de anular, la decisión, sino también la de sustituir ésta por otra judicial, y b) cuando la acción administrativa implique la traslación a la Administración de la competencia misma para la creación, dentro de ciertos márgenes, de la regla jurídica, el control judicial no puede reproducir exactamente la actividad administrativa; debe limitarse a reproducir los aspectos reglados, es decir, estrictamente jurídicos, con la imposibilidad de sustitución de la decisión administrativa por otra judicial.—*Fernando Rey Martínez*.