

LA PRÁCTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Un comentario crítico de
*Metodología del Derecho
administrativo. Reglas
de racionalidad para la
adopción y el control de la
decisión administrativa*, de
José María Rodríguez de
Santiago

Lorena Ramírez Ludeña

Universidad Pompeu Fabra*

Sumario: 1. Introducción. 2. Análisis crítico. 2.1. Cuestiones de «metodología». 2.2. Los hechos en el Derecho administrativo. 2.3. La interpretación del Derecho administrativo. 2.4. El Derecho administrativo y la ponderación. 2.5. La discrecionalidad administrativa. 3. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La teorías del Derecho con más aceptación no solo en España, sino también en países como Italia, Reino Unido, Argentina o Estados Unidos, centran su atención en la actuación de legisladores y los jueces¹. La actividad de la Administración, así como las posibilidades de ejercer un control sobre ella, quedan relegadas a un segundo plano, si es que se las considera². Parecería que quienes forman

* Agradezco a Josep M. Vilajosana, Diego M. Papayannis y Alberto Carrio sus comentarios a una versión previa de este trabajo. Quiero agradecer especialmente al Observatorio de la Evolución de las Instituciones-Grupo de investigación del Área de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra (OBSEI-UPF) la oportunidad de comentar el trabajo del profesor Rodríguez de Santiago en el seminario que tuvo lugar en la UPF el 16 de marzo de 2017. Y al profesor Rodríguez de Santiago, por sus ideas esclarecedoras y su extraordinaria predisposición al diálogo entre disciplinas.

parte de la Administración no constituyen ni el objeto de estudio ni un auditorio interesante al que dirigirse para los teóricos del Derecho. Sin embargo, creo que esta situación es difícil de justificar. La actuación de la Administración tiene una gran impacto en el Derecho, particularmente en el que afecta a la vida cotidiana de los ciudadanos, y no solo en aquellos ámbitos en que se confiere expresamente a la Administración un gran margen de discreción. Dado que muchos ciudadanos no elevan normalmente sus pretensiones a la justicia ordinaria —por falta de recursos o con base en otras consideraciones—, la respuesta administrativa agota su relación con el Derecho. La imagen que del Derecho tienen quienes forman parte de la Administración adquiere entonces una gran incidencia para los individuos. A mi juicio, ello amerita que la actuación administrativa constituya uno de los focos de atención principales de los teóricos del Derecho. A estos efectos, resulta muy conveniente tender puentes entre la teoría del Derecho y la dogmática administrativista para que la primera no aborde problemas que no son interesantes sin tomar en cuenta las fundamentales aportaciones de la segunda, y para que la segunda se sirva de las herramientas de la teoría del Derecho a efectos de ofrecer mejores respuestas a los diversos problemas. Considero que el libro del profesor José María Rodríguez de Santiago, *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, publicado en el año 2016 por la editorial Marcial Pons, constituye una magnífica oportunidad para avanzar en esta dirección³.

Este excelente libro del profesor Rodríguez de Santiago nos permite aproximarnos a la práctica del Derecho administrativo y contrastar lo que ocurre en otras ramas del Derecho con la dinámica característica del ámbito administrativo no solo en materia de prueba, sino también de interpretación y aplicación del Derecho. En este sentido, se destaca la discreción de la que dispone la Administración en la construcción de la norma de conducta que rige la actividad administrativa, que no solo depende de consideraciones jurídicas. Esta norma contrasta con la norma de control, esta sí jurídica, con la que los tribunales pueden a su vez controlar la actividad de la Administración.

Siguiendo el orden del libro del profesor Rodríguez de Santiago, analizaré lo que en él se expone no solo en lo que respecta a consideraciones metodológicas generales, sino también en lo que hace a la prueba, la interpretación y la ponderación. Me centraré, finalmente, en la asimetría de la discrecionalidad de Administración y jueces. Sobre cada una de las cuestiones anteriores, y con el objetivo de promover un debate provechoso entre la teoría del Derecho y la dogmática administrativista, describiré primero —de modo breve— qué sostiene el autor del libro, plantearé algunas críticas y señalaré de qué modo creo que la filosofía del Derecho puede ayudar a superar dichas críticas.

2. ANÁLISIS CRÍTICO

2.1. CUESTIONES DE «METODOLOGÍA»

Como se señala en la introducción del libro, este tiene por objeto —fundamentalmente— las reglas de racionalidad que tienen que observarse en el proceso de adopción de decisiones dirigidas por el Derecho por parte de la Administración. Y también se ocupa, aunque secundariamente, de la aplicación judicial del Derecho administrativo cuando el juez lleva a cabo su función de controlar la legalidad de la actuación administrativa. En esta medida, el autor señala que el libro versa sobre la metodología *aplicativa* del Derecho administrativo (14)⁴.

Según se afirma (11 y ss.), el método es una forma rigurosa de proceder para llegar a un resultado que pueda presentarse como racional y, por lo tanto, como intersubjetivamente controlable; en particular, se señala que la metodología jurídica consiste en el discurso sobre las reglas de racionalidad

con las que debe trabajarse mediante el Derecho para llegar a resultados científicamente aceptables. Por otro lado, se apunta que el planteamiento de la cuestión tiene más una intención normativa (la identificación *ex ante* de esas reglas del trabajo racional para asegurar la calidad del resultado) que descriptiva (la reflexión *ex post* sobre lo que realmente sucede en el ámbito de las profesiones jurídicas). El libro se centra fundamentalmente en la metodología normativa y, en este ámbito, el profesor Rodríguez de Santiago sostiene que en ocasiones «la reflexión sobre lo que racionalmente debería suceder utiliza como punto de partida lo que en realidad sucede, y los resultados a los que se llega en esa reflexión sobre el “deber ser” del trabajo con el Derecho han de superar el contraste con lo que de hecho “puede ser” en la práctica» (11).

Lo primero que cabe observar de tales apelaciones al método y a la metodología es que, si bien pueden estar en alguna medida extendidas en el ámbito administrativo, parecen alejadas no solo del discurso iusfilosófico, sino también del uso generalizado, lo que puede dificultar que se genere un genuino diálogo entre las disciplinas. Así, el autor no traza una distinción entre los términos «método» y «metodología», y señala que la Administración y los jueces emplean un método o una metodología característica en sede administrativa, que es el objeto del trabajo. En cambio, fuera del ámbito administrativo parece más adecuado distinguir entre método y metodología; el primero se usa generalmente de un modo más amplio que el segundo.

Normalmente se emplea el término «método» para hacer referencia a un modo de hacer las cosas, sin que se exija que sea una forma rigurosa de proceder que pueda presentarse como racional. Por ello, la definición ofrecida por el autor parece demasiado exigente —y, de hecho, contraintuitiva—, dado que difícilmente podría hablarse entonces de *malos* métodos. Al mismo tiempo, la definición que el autor ofrece de «metodología» es poco exigente: se podría hablar de metodología en cualquier modo de proceder racional cuando en el uso ordinario y en las teorizaciones sobre metodología parece ligada fundamentalmente a estudios teóricos. De este modo, suele diferenciarse entre método y metodología y suele enfatizarse que la metodología es una toma de postura teórica y epistémica que determina una investigación de tipo científico o marca el rumbo de una exposición doctrinal⁵.

Si se toma en cuenta lo anteriormente señalado y su incidencia en el ámbito jurídico, el libro no parece ser un libro de metodología, dado que parece difícil sostener que la Administración y los jueces emplean una metodología. Ahora bien, podría afirmarse que sí adoptan un método y que, por ello, al ser un estudio de ese método, el libro sí versa sobre metodología. Creo, no obstante, que adoptar esa posición resulta contraintuitivo, ya que llevaría a reconocer una cantidad ingente de libros de metodología: cualquier libro que, por ejemplo, versara sobre prueba o interpretación sería un libro de metodología.

Considerando todo lo dicho, y pese al título principal, estimo que este no es un libro que verse centralmente sobre metodología. Es un trabajo sobre las reglas de actuación de unos y otros, pero que adopta una interesante posición metodológica que es importante explicitar, y que, de hecho, se explicita en la introducción y en el primer capítulo: se trata de un estudio normativo que pone el énfasis, para entender el Derecho administrativo, en la construcción de la norma de conducta por la Administración, que en un sentido importante no es controlada por los jueces. En ello difiere del modo de proceder tradicional, que se centra en la aplicación judicial del Derecho. Dicho brevemente, aunque se adoptan interesantes decisiones metodológicas al comienzo del libro, el trabajo no es centralmente de metodología⁶.

Finalmente, no parece haber una correlación entre lo normativo y lo *ex ante*, y lo descriptivo y lo *ex post*. En este sentido, los análisis de tipo normativo pueden llevarse a cabo *ex ante*, como señala el autor, y *ex post*, para evaluar lo ocurrido. Y puede hablarse de lo descriptivo tanto para hacer referencia a la descripción de lo ocurrido como a la predicción *ex ante* de lo que va a ocurrir. Ya he señalado

que el autor enfatiza que lo que debe ser conforme a una metodología normativa está con frecuencia condicionado por lo que puede ser. Aunque esto puede inducirnos a pensar en la distinción entre teorías ideales y no ideales de Rawls⁷, en realidad creo que apunta a la diferencia existente entre dos sentidos de «normativo»: por un lado, lo normativo como lo que es correcto conforme al sistema normativo existente y, por otro lado, lo normativo como lo que viene dado por la mejor respuesta en términos valorativos o morales⁸. Como veremos al analizar ulteriores capítulos, esta distinción cobrará gran relevancia para tratar de esclarecer cuál es la posición del autor en distintos ámbitos, como por ejemplo el de la interpretación del Derecho administrativo.

2.2. LOS HECHOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El segundo capítulo se ocupa de las reglas racionales de elaboración de los hechos por la Administración. En este ámbito, y a diferencia de lo que ocurre con la prueba de hechos en la esfera penal, el autor enfatiza que nos situamos en un plano metodológico distinto al de la discusión sobre la capacidad del juez de acceder a la verdad sobre un hecho pasado. La actividad administrativa consiste en seleccionar, de entre el potencialmente ilimitado cúmulo de circunstancias con que puede describirse la realidad (hecho bruto), el concreto relato fáctico relevante (hecho neto) que se utilizará para adoptar la decisión administrativa, en la que frecuentemente tienen incidencia hechos complejos en los que intervienen múltiples agentes, así como hechos futuros y conocimientos técnicos y científicos que todavía no están consolidados. En esta medida, en el capítulo segundo se abordan cuestiones muy interesantes como la estrecha relación entre los hechos y las normas (35 y ss.), el estándar probabilístico que en general se adopta en el ámbito administrativo (38 y ss.), el principio de investigación de oficio (43 y ss.) o la cuestión de a quién perjudica que no se alcance el grado de certidumbre (45 y ss.).

Me centraré aquí en el análisis de un punto específico del capítulo que me parece particularmente problemático, ligado al estándar probabilístico característico del Derecho administrativo. En el texto se afirma que, con carácter general, el estándar probabilístico del Derecho administrativo exige simplemente que los hechos sean más probables que improbables, a diferencia del Derecho penal, en el que se exige que sean probables más allá de toda duda razonable. Las diferencias en las dinámicas probatorias en los distintos ámbitos jurídicos han llevado a discutir si los mismos hechos pueden existir y dejar de existir a efectos de la aplicación de diferentes normas. Contra lo que suele sostenerse, el autor señala que unos mismos hechos sí pueden existir y dejar de existir para la aplicación de normas distintas, especialmente si las reglas relativas a los grados de certidumbre exigidos al relato fáctico son distintas en uno y en otro (49 y ss.). Como ejemplos de lo anterior señala el estándar de prueba diferente para adoptar la decisión relativa a la prisión preventiva y el relativo al castigo efectivo. El profesor Rodríguez de Santiago sostiene que, desde la perspectiva de la sociología jurídica, no está claro que exista un consenso social sobre la disposición de la sociedad a asumir el riesgo de que, mientras se tramita el proceso, quien parece ser más culpable que inocente deba estar en libertad. El estándar de la presunción de inocencia puede, sin que exista anomalía alguna, obligar a declarar inocente al sujeto con respecto al cual se acordó correctamente una prisión preventiva porque para adoptar esa medida cautelar posiblemente no sea exigible el mismo grado de certidumbre que para condenar.

En segundo lugar, se refiere críticamente a la regulación en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que vincula a la Administración sancionadora al relato fáctico declarado probado por resoluciones penales firmes. El autor sostiene que el hecho de que el órgano penal tenga que

pronunciarse antes que el administrativo no tiene que implicar que el segundo esté vinculado por el relato fáctico del primero.

Creo que los dos ejemplos anteriores pueden cuestionarse. El primero no constituye un ejemplo de que *los mismos hechos* son declarados existentes antes e inexistentes después. Una vez se constata la apariencia de buen Derecho, lo determinante a efectos de decretar la prisión preventiva es que se prueben (el estándar en este punto puede ser distinto que el de «más allá de toda duda razonable») *hechos distintos* de la propia culpabilidad del sujeto, como por ejemplo si hay riesgo de entorpecimiento de la investigación o riesgo de fuga. En esta medida, los hechos que se entienden probados son diferentes a los que después se prueban en el marco del procedimiento penal, por lo que difícilmente puede afirmarse que primero se considera probada la culpabilidad con un estándar menos exigente y luego se constata la inocencia con un estándar más exigente. De hecho, si fuera ese el caso, se estarían vulnerando garantías fundamentales del proceso penal prejuzgándose la inocencia del sujeto con un estándar poco exigente.

Porque pone claramente de manifiesto la existencia de dos estándares de prueba diferentes, es más interesante el segundo caso planteado por el autor, en el que en el ámbito penal se resuelve de un modo y en el ámbito administrativo sancionador debe asumirse —conforme a la normativa actual— la misma solución. Para el autor, precisamente, dado que rigen dos estándares de prueba diferentes, esto puede criticarse. Creo que existen desarrollos en filosofía del Derecho que nos permiten reconstruir de un modo más adecuado lo que ocurre y, en última instancia, entender por qué, contra lo que sostiene el autor, deben tomarse como probados los mismos hechos que han quedado probados en sede penal. En el ámbito penal, la sentencia que absuelve o condena al individuo puede ser interpretada de tres modos diferentes: se declara que el individuo es inocente, se declara que no ha quedado probado que es culpable, o que ha quedado probado que es culpable. Entonces, si con un estándar más exigente se declara probado que el individuo es inocente, o que es culpable, tiene pleno sentido que en sede de Derecho administrativo sancionador, en el que el estándar es menos exigente, se tomen como probados esos mismos hechos: si han quedado probados con un estándar mucho más exigente, ¿cómo no van a quedar probados con el estándar característico del Derecho administrativo? También puede ocurrir que en sede penal solo se declare no probada la culpabilidad, con lo que se absuelve al individuo, que después puede ser castigado en sede administrativa con un estándar menos exigente. No obstante, en este caso los hechos que se han declarado probados son distintos, y no existe una genuina contradicción: si en sede penal se afirma que no se ha probado la culpabilidad según el estándar «más allá de toda duda razonable», en sede administrativa se afirma que la hipótesis según la cual el individuo ha realizado los hechos que se le imputan es más probable que improbable. En todo caso, creo que la caracterización más adecuada de lo que ocurre no es que se está sosteniendo que el mismo hecho existe y no existe al mismo tiempo⁹.

2.3. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En el tercer capítulo del volumen (57 y ss.) el autor señala que hay diferencias notables entre las reglas metodológicas que rigen la interpretación de la norma por los jueces civiles, por ejemplo, y la forma de proceder llamada «construcción de la norma de conducta aplicable» por la Administración, que debe adoptar una decisión dirigida por el Derecho. Si en el ámbito civil contamos con instrumentos para interpretar los textos jurídicos, ello resulta insuficiente para explicar la construcción de la norma aplicable en sede administrativa, en la que generalmente hay una consciente entrega a la Administración de un poder discrecional y existe una gran acumulación de normas de rango diverso que se presentan como una cascada de reglas de naturaleza variada de concreción

creciente en sentido descendente. Con frecuencia, la norma que debe ser completada contiene solo directivas procedimentales y organizativas relativas a quién debe elaborar los criterios adicionales y cómo debe hacerlo, y no es extraño que todo termine concretándose a partir de materiales jurídicos que constituyen *soft law*.

Tras hacer referencia a la compleja interrelación entre los hechos y la construcción de la regla de conducta (63 y ss.), el autor señala que la construcción ha de realizarse en el espacio que permiten los límites que fija el marco semántico de la norma jurídica: lo creativo no puede suponer desvinculación de los límites que fija el Derecho positivo, que derivan, en último término, del poder comprometedor de la palabra y del lenguaje del que se vale la norma jurídica escrita (66).

El autor se refiere primero a la construcción de la norma con los criterios tradicionales de la interpretación jurídica, con un análisis exhaustivo, interesante y rico en ejemplos (70 y ss.)¹⁰. A continuación analiza con la misma profundidad los criterios adicionales para la construcción de la norma de conducta en el marco de una metodología específicamente jurídico administrativa (110 y ss.)¹¹. Una cuestión central que se plantea el autor es la de si hay reglas de precedencia entre los diversos instrumentos, jurídicos y de oportunidad, cuestión a la que se refiere al final del capítulo (124 y ss.). Entre los criterios jurídicos (que, según el autor, prevalecen sobre los de oportunidad) destaca la precedencia de la interpretación teleológica-objetiva. Según Rodríguez de Santiago, descubrir lo que la norma quiere decir es el fin de la tarea hermenéutica; otras formas a las que se recurre para completar el margen de indeterminación del texto no son más que instrumentos al servicio del objetivo de determinar cuál es la intención regulativa del precepto de que se trata (98).

Pese a lo destacable del análisis anterior para aproximarse a la compleja cuestión de la construcción de la norma de conducta por parte de la Administración, considero que, de la lectura del texto, no resulta clara cuál es la relación que según el autor existe entre el criterio teleológico y las palabras de la normativa. Ya hemos visto que confiere precedencia al criterio teleológico, pero al mismo tiempo defiende que las palabras operan como límite. Para ilustrar el problema que quiero señalar, me serviré de un ejemplo que emplea el autor, relativo a la evaluación de los sexenios de los profesores universitarios (65). La normativa señala que la Administración podrá servirse de evaluadores distintos a los del Comité cuando no haya en este expertos del área de conocimiento del solicitante. De acuerdo con el profesor Rodríguez de Santiago, el precepto puede ser entendido en el sentido de que impone una obligación si tenemos en cuenta que el Estado no puede interferir en el desarrollo de la ciencia según la libertad científica prevista en la Constitución. Pero, atendiendo a consideraciones de eficiencia, puede sostenerse que solo resulta conveniente añadir el informe de un especialista externo en ciertos casos en que haya mucha distancia entre las disciplinas del evaluado y de los miembros del Comité. Tras hacer un balance entre libertad de investigación científica y eficiencia, el autor considera preferible la primera interpretación. Pero entonces, ¿en qué medida podemos afirmar que el lenguaje establece un límite? «Podrá» no significa «deberá» en ninguna de sus acepciones. De acuerdo con lo señalado, y conforme al énfasis que el autor pone en el criterio teleológico, hay que ponderar los distintos fines que puede haber detrás de la norma. No obstante, si este es el caso, en esta construcción la letra de la normativa no parece constituir un límite infranqueable¹².

Otro aspecto problemático de la reconstrucción del autor está relacionado con la cuestión metodológica a la que me referí al comienzo de este trabajo. A lo largo del capítulo, en ocasiones el autor hace referencia a consideraciones de tipo descriptivo (cómo operan en la práctica ciertos instrumentos interpretativos): a veces se refiere, por ejemplo, a consideraciones democráticas o de previsibilidad, con lo que su análisis parece ser normativo en el sentido de que invoca valores morales; en otras ocasiones, Rodríguez de Santiago parece apuntar a qué respuesta es la correcta dadas las normas existentes, pese a que estas puedan conducir a soluciones moralmente incorrectas. En

definitiva, no termina de quedar claro qué tipo de análisis lleva a cabo el autor. Esto puede también apreciarse al final de capítulo, donde señala que, cuando hay conflicto entre criterios, hay que conformarse con una modesta regla que remite a la posibilidad de control intersubjetivo: es defendible aquella solución con respecto a la que no se puede demostrar, con otros argumentos convincentes y con carácter general, que una solución alternativa sea mejor que aquella. Pero, ¿«mejor» en qué sentido? ¿Este criterio para definir lo que es mejor se desprende de lo que ocurre en la práctica o de un juicio de corrección moral?

Pese a que, a lo largo del capítulo, el autor parece mostrarse contrario al realismo interpretativo, creo que su posición puede ser esclarecida y ganar en solidez si se la aproxima a lo que sostienen realistas sofisticados como Riccardo Guastini¹³. Guastini hace referencia a la existencia de un marco de interpretaciones posibles que vienen dadas por la existencia de instrumentos interpretativos y elaboraciones dogmáticas, un marco fuera del cual el juez crea Derecho en lugar de interpretarlo. De este modo, siguiendo a Guastini, el profesor Rodríguez de Santiago podría preservar la relevancia de los distintos instrumentos al tiempo que sostiene que no todo tiene cabida en el ámbito interpretativo. A la tesis anterior, el autor añade a lo largo del capítulo otras tesis que no me parecen incompatibles con las de Guastini porque se hallan en un plano diferente de análisis o porque son perfectamente coherentes con su posición. Así, el profesor Rodríguez de Santiago introduce una tesis normativa sobre el instrumento que le parece mejor: el teleológico. Por otro lado, una cuestión diferente del reconocimiento del marco de posibilidades interpretativas es si el juez toma la decisión y luego la justifica (algo a lo que se opone el autor) o a la inversa (operando los criterios adicionales para completar la norma como genuinos criterios)¹⁴. Y asunto todavía distinto es la necesidad de motivar a la que se refiere el profesor Rodríguez de Santiago: el realista podría entender que toma la decisión sobre los casos y luego la justifica, reconociendo la relevancia de la motivación.

Antes de pasar al siguiente capítulo, quiero referirme a un ejemplo que me parece particularmente problemático, pero del que el autor se sirve en diversas ocasiones para mostrar la dinámica característica del Derecho administrativo. Se trata de las acreditaciones del profesorado para ser contratado doctor, con respecto a los cuales la ley solo establece que se otorga una evaluación positiva a quienes aporten méritos docentes e investigadores que cumplan con estándares de calidad suficientes (59 y ss.). Señala el profesor Rodríguez de Santiago que los criterios adicionales que la Administración debe configurar haciendo uso de la discrecionalidad que se le confiere se integran directamente en la norma de conducta que dirige la actividad de la Administración, pero solo indirectamente en la norma de control judicial que se utilizará en un eventual proceso contencioso administrativo en el que se impugne, por ejemplo, la denegación de una acreditación. El incumplimiento en una determinada resolución administrativa de uno de los criterios que ha terminado concretando la ANECA no determina por sí solo la invalidez de la resolución, aunque sí indirectamente si se invoca la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley o de interdicción de la arbitrariedad si la Administración no justifica bien por qué el caso no fue tratado conforme a los criterios generalmente utilizados¹⁵. Sin embargo, creo que puede reconocerse la discrecionalidad de la Administración a efectos de concretar los criterios —en este caso, con la intervención de expertos—, concreción que puede llevar a cabo de distintos modos, al mismo tiempo que se sostiene que, una vez se ha optado por unos criterios —que además son públicos, preservan la seguridad y la igualdad y no parecen suponer un problema en términos de democracia—, los jueces pueden controlar la efectiva aplicación de ellos. Es decir, no es que los jueces tengan que controlar si los criterios adicionales de que se dota la Administración son adecuados, algo que queda en manos de la propia Administración, pero sí su efectiva aplicación una vez que la Administración se ha dotado de ellos. En esta medida, creo que lo más adecuado es sostener que la norma de conducta de la que se dota la Administración sí termina integrando la norma de control por parte de los jueces. Dicho

brevemente: si, como señala el autor al comienzo de su trabajo, estamos en el plano normativo, relativo a cómo deben ser las cosas, creo que lo mejor es reconocer discrecionalidad a la Administración en la configuración de la norma, pero no en su aplicación ulterior. Por lo menos, creo que hace falta un argumento adicional para pasar de sostener que la Administración tiene discreción —y puede dotarse de diferentes criterios— a defender que la aplicación de esos criterios, una vez concretados, no puede ser controlada.

2.4. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA PONDERACIÓN

En lo que respecta al momento mismo de la decisión, el profesor Rodríguez de Santiago sostiene que hay que distinguir entre la dirección de la actividad administrativa a través de programas condicionales —a los que se venía refiriendo en el anterior capítulo, en el que en última instancia se subsume el caso en la norma de conducta—, y a través de programas finales, es decir, de mandatos de optimización que imponen una estructura argumentativa decisoria específica: la ponderación. Pese a la distinción, el autor señala que ambos no se excluyen necesariamente. Ello es así, por ejemplo, cuando en los programas condicionales se recurre a términos con una indeterminación tal que es necesaria la ponderación para su precisión (131 y 132); o, como señala el autor, cuando el paso previo de toda ponderación es constatar que, en el caso examinado, resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna, con lo que se necesita subsumir en el sentido de constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de dos principios que son relevantes para resolver el caso (135 y 136).

En cuanto a las decisiones de la Administración programadas en términos finalistas y a la ponderación, se enfatiza (134 y ss.) la exigencia de adoptar la decisión sobre planificación después de identificar los intereses en juego, de atribuirles la importancia que les corresponde y de establecer prevalencias entre ellos para la más correcta satisfacción de metas o fines. Esta es, según el profesor Rodríguez de Santiago, una forma de imponer racionalidad en el ejercicio de la libertad conformadora y, al mismo tiempo, la vía más adecuada que la hace compatible con el control de dicha actividad administrativa y la protección jurídica del ciudadano. Siguiendo a Alexy, el autor señala que en la tercera fase de la ponderación hay que cumplir con la ley de ponderación (el perjuicio a un principio está justificado por la importancia de dar cumplimiento al otro principio); y que del resultado de la ponderación puede obtenerse una regla de prevalencia condicionada que expresa las condiciones bajo las cuales un principio prevalece sobre el otro y puede ser aplicable a eventuales casos futuros que se planteen en los mismo términos (138).

En la última parte del capítulo, el autor defiende la utilización de los instrumentos del análisis económico del Derecho a efectos de llevar a cabo la ponderación y poder controlarla (139 y ss.): donde resulta imposible atender ilimitada y simultáneamente las exigencias de todos los mandatos de optimización en conflicto, la decisión ponderada es aquella que, tras el análisis de los costes y beneficios que para los principios en pugna se derivan de las soluciones alternativas, encuentra justamente la que presenta un mejor balance. Lo relevante es, sobre todo, la posibilidad que entonces se ofrece de utilizar en ese procedimiento decisorio las herramientas con las que ha trabajado tradicionalmente la economía: las matemáticas y los métodos empíricos de la obtención de datos o información a través de la observación y la experimentación (140).

Considero que las anteriores referencias al análisis económico del Derecho son cuestionables. Así, creo que, aunque las consideraciones de eficiencia son y deben ser importantes en la actuación administrativa, la relevancia que les confiere el autor es excesiva. Además, y poniendo esto en conexión con lo anteriormente señalado a propósito del capítulo relativo a la interpretación, si la

preeminencia del criterio teleológico nos lleva a ponderar diferentes fines en todo caso, y entonces entra en juego el análisis económico, este cobra siempre un papel central en la aplicación del Derecho administrativo. Además de parecerme cuestionable desde el punto de vista de lo que debe ser, considero que esta tesis adolece de problemas de coherencia con el énfasis que el autor pone en los instrumentos interpretativos jurídicos frente a las consideraciones de oportunidad.

Por otro lado, aunque el profesor Rodríguez de Santiago se refiere con frecuencia a los principios como mandatos de optimización, también apunta a otros modos de diferenciarlos de las reglas; por ejemplo, cuando destaca que son normas sin estructura condicional. En la literatura iusfilosófica se hace referencia a distintos criterios para diferenciar reglas y principios, todos ellos problemáticos¹⁶:

1) Según el nivel de abstracción, generalidad o vaguedad de la norma. Pero establecer de este modo la diferencia conduciría a que la diferencia entre reglas y principios fuera solo gradual.

2) Según el grado de importancia. No obstante, este criterio conduce a que la diferencia sea solo gradual.

3) Según el carácter abierto o cerrado de las condiciones de aplicación: se afirma que si en las reglas hay condiciones que deben darse para aplicar la norma, en los principios se ofrecen solo razones *prima facie* a favor de una determinada solución. Sin embargo, este modo de clasificar reglas y principios también plantea problemas, dado que hay reglas con condiciones de aplicación abiertas y que pueden ser derrotadas. Y, como se admite que un principio puede constituir una excepción a una regla, y los principios, por definición, tienen sus condiciones de aplicación abiertas, entonces también puede afirmarse que las reglas tienen las condiciones de aplicación abiertas.

4) Como normas categóricas o hipotéticas, en función de si sus condiciones de aplicación derivan exclusivamente del contenido de la prescripción o si incluyen alguna otra condición adicional. Aquí sí habría una diferencia de categoría, pero entonces habría que enfrentar el problema de que hay principios que tienen estructura de regla hipotética, como el de inviolabilidad del domicilio.

5) Como mandatos de optimización. Así, mientras que las reglas serían normas que solo pueden ser cumplidas o incumplidas, los principios son susceptibles de una aplicación o cumplimiento gradual. Esta distinción parece funcionar bien con directrices que exigen ser concretadas en medidas legislativas específicas y pueden ser satisfechas en distinto grado. Sin embargo, no parece dar cuenta de los derechos fundamentales, en los que la consecuencia es totalmente específica porque si un comportamiento concreto atenta contra el derecho, ese comportamiento —por ejemplo, con respecto al honor y la intimidad— no es aceptado.

Obviamente, si todos los criterios plantean ciertos problemas, no puede exigirse que el autor nos provea de una solución carente de ellos. No obstante, sí considero que sería conveniente una mayor explicitación de la opción escogida, así como una justificación de la elección.

2.5. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Como él mismo enfatiza, en el último capítulo Rodríguez de Santiago hace un esfuerzo de construcción sistemática para integrar la teoría de la ponderación en una teoría general de la discrecionalidad administrativa. De nuevo, resulta crucial a efectos de entender su postura la diferencia entre norma de conducta adoptada por la Administración y de control judicial.

La discrecionalidad administrativa consiste en la facultad atribuida por la norma a la Administración para que complete o integre (conforme a criterios o parámetros decididos o encontrados por ella misma) el supuesto de hecho normativo imperfecto o, en el caso extremo, de crear un supuesto

de hecho normativo inexistente (también conforme a esos criterios) determinante de la aplicación en cada caso de una consecuencia jurídica prevista normativamente. Esto es así tanto cuando, en el supuesto de hecho de la norma que debe aplicar la Administración, esta utiliza conceptos normativos indeterminados como cuando la norma confiere a la Administración discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica, y también en los casos que se han denominado de discrecionalidad planificadora, en los que la actuación administrativa está dirigida por programas finales y no por normas condicionales.

El profesor Rodríguez de Santiago señala que no hay discrecionalidad en la actuación reglada, ya que en estos casos la actuación administrativa está completamente programada por la norma y, por eso, el control del órgano judicial puede ser positivo (170 y ss.). En otros casos, en cambio, se otorga a la Administración discrecionalidad derivada de la utilización de conceptos normativos indeterminados o de discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica. En el caso de la discrecionalidad planificadora, se adoptan decisiones a través de juicios de ponderación entre los mandatos de optimización que dirigen su actividad de forma finalista. La regla de prevalencia condicionada en la que se expresan los requisitos para que prevalezca un principio sobre otro constituye el supuesto de hecho al que se vincula una consecuencia jurídica adecuada al principio que se ha considerado prevalente. En el supuesto de decisiones planificadoras que tienen meramente carácter aplicativo o ejecutivo, la consecuencia jurídica está ya completamente creada por la legislación. Pero en el caso de decisiones de carácter normativo, la consecuencia jurídica es también creada por la Administración en el marco de las consecuencias jurídicas solo genéricamente programadas por la legislación (172 y ss.).

En Derecho administrativo quien toma la primera decisión —conforme a sus propias normas de procedimiento y sus estructuras organizativas, con sus propios canales de obtención de legitimidad democrática y en una situación habitual no de independencia, sino de dirección por el Gobierno, etc.— es el órgano administrativo. El órgano judicial, generalmente a *posteriori*, solo controla conforme a criterios estrictamente jurídicos la actuación administrativa cuando esta se impugna. En este ámbito, el profesor Rodríguez de Santiago enfatiza la diferencia que existe entre la adopción de una decisión y el control de la legalidad de esa decisión (184 y ss.). Así, el órgano judicial *nunca* aplica las normas de conducta dirigidas a la Administración como si él fuera la Administración. Ni siquiera en el caso de que una norma de conducta programe de forma completa materialmente una decisión administrativa (actuación reglada de la Administración) se puede decir que el órgano judicial controla la legalidad de la decisión administrativa adoptando él mismo la decisión y anulando la decisión administrativa si no es igual que la suya. La Administración aplica las normas de conducta directamente; en cambio, los órganos judiciales las aplican indirectamente, en el sentido de que la norma de control siempre impone al órgano judicial realizar un juicio de contraste entre la decisión adoptada por la Administración y la norma de conducta de la que esa decisión es aplicación. Por tanto, la aplicación de la norma de conducta por parte del órgano judicial es siempre indirecta, a través de ese juicio de contraste.

En todo caso, la asimetría entre la norma de conducta y la norma de control se pone claramente de manifiesto en el caso de decisiones discrecionales y, por tanto, de control judicial (generalmente) negativo. En este sentido, el juez puede eliminar la decisión contraria a Derecho, pero no decidir qué es conforme a Derecho. En principio, la norma de conducta ya completada con los criterios adicionales determinados por la Administración se dirige a la obtención de una decisión óptima. Y la norma de control solo permite al órgano judicial eliminar la decisión cuando esta no cumple con un mínimo. Así, Rodríguez de Santiago señala que actualmente la norma de control más habitual es algo similar a «si la decisión administrativa x puede calificarse de inaceptable (por inmotivada

o irracional en el sentido del principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE) como aplicación de la norma A (supuesto de hecho de la norma de control), debe declararse su invalidez (consecuencia jurídica)». El control, en este caso, es negativo: el juez no cuenta con parámetros para imponer a la Administración una concreta decisión como la exigida por el Derecho. Excepcionalmente, sin embargo, puede ocurrir que, a partir de la aplicación de los propios criterios que la Administración ha ido explicitando a lo largo del procedimiento (y de los que queda constancia en el expediente) y de su interacción con las circunstancias fácticas del caso, el margen de discrecionalidad de la Administración se cierre (reducción de la discrecionalidad a cero), de forma que solo una de las decisiones posibles sea aceptable. En estos supuestos, el órgano judicial sí puede imponer esa única solución aceptable a la Administración sin vulnerar la prohibición dirigida al órgano judicial de determinar el contenido discrecional de los actos anulados (sobre todas estas cuestiones, *vid.* 165 y ss.).

A juicio del autor, el control debería ser mayor, utilizando un específico método de control de la ponderación. En los supuestos de discrecionalidad planificadora-aplicativa, debería usarse una norma de control que quede formulada conforme a la regla: «si la decisión a no es ponderada como aplicación de los principios A y B se declara invalidez». Y, para la discrecionalidad planificadora-normativa, la regla: «si la norma N no es ponderada como desarrollo de los principios A y B, se declara la invalidez». El autor describe el paso del control de la arbitrariedad en el resultado de la decisión (situación 1) al control de la arbitrariedad como simple ausencia de motivación (situación 2), y el progresivo avance hacia el control de la ponderación de la decisión (situación 3). Estamos transitando (y, según el autor del libro, es bueno que así sea) de la situación 1 a la 2, con una tendencia hacia la 3. Paso a describir estas situaciones con mayor detenimiento, siguiendo lo señalado por el profesor Rodríguez de Santiago (184 y ss.).

En la situación 1, la carga argumentativa y probatoria de la arbitrariedad recae sobre el recurrente; la irracionalidad o arbitrariedad sobre la que el recurrente ha de argumentar es la que se refiere al resultado de la decisión sobre el planeamiento

Como el debate se centra en la arbitrariedad o irracionalidad del resultado, se dispensa *de facto* a la Administración de explicitar a lo largo del procedimiento los criterios que justifican las decisiones urbanísticas planificadoras y se hace irrelevante la circunstancia de que en el expediente no se encuentre la motivación de esas decisiones; en sus alegaciones en el proceso impugnatorio, se permite a la Administración justificar *ex post* la razonabilidad de decisiones cuya motivación no se encuentra en el procedimiento administrativo; y se acepta que el órgano judicial pueda suplir a la Administración en su función de argumentar que una determinada decisión no es irracional o es racional, de forma tal que el juez reconstruye la motivación originariamente inexistente en el expediente administrativo.

En la situación 2 no recae sobre el recurrente la carga de la argumentación y la prueba de la arbitrariedad de la decisión, sino que es la propia Administración la que debe justificar que la decisión administrativa se ha adoptado conforme a criterios que se encuentran en el expediente. Si no consta expresamente que, a lo largo del procedimiento, la decisión administrativa se ha ido concretando conforme a razones y criterios convincentes, esta simple circunstancia es suficiente para que la decisión se declare inválida y se devuelva a la Administración. Y no es admisible que la Administración pretenda aportar por primera vez en el proceso una motivación con la que no se trabajó en el expediente ni corresponde al órgano judicial reconstruir la decisión administrativa descubriendo en el proceso criterios de motivación que la Administración no explicitó en el procedimiento.

Actualmente, estamos orientándonos (y es bueno que así sea) hacia la situación 3, en la que hay una mayor simetría entre la norma de conducta y de control. Lo que examina el juez no es, en general, si consta en la decisión justificación de los criterios con los que la Administración ha integrado

el supuesto de hecho normativo incompleto, sino, más específicamente, si el supuesto de hecho ha sido creado a través de un juicio de ponderación convincente que vincula al caso (o crea, también, para él) la consecuencia jurídica más adecuada al principio prevalente. Según el Rodríguez de Santiago, no cabe duda de que un control de este tipo es de legalidad, no de oportunidad. Lo que se controla es que los principios con los que se dirige la actividad de la Administración no retrocedan y se desplacen más de lo que quede justificado por un adecuado juicio de ponderación con principios contrapuestos. Si no se admitiera que este control es de carácter jurídico, habría que aceptar que los altos tribunales que actualmente se sirven de la ponderación para controlar la actividad pública hasta del legislador están utilizando criterios políticos en el ejercicio de sus funciones de control.

Creo que, a efectos de clarificar lo que plantea el autor y hacer un análisis crítico, es importante diferenciar, siguiendo a Dworkin¹⁷, tres sentidos de discreción, dos débiles (uno según el cual se exige discernimiento y otro según el cual es una decisión final, no controlable) y uno fuerte (la ausencia de respuesta correcta). Tomando en consideración estos diferentes sentidos de «discreción», y aunque parece claro que el autor considera que en general la Administración tiene discreción en el primer sentido débil —dado que su actuación es muy compleja y en ningún caso mecánica—, no resulta tan claro qué apunta con respecto a los otros sentidos. Con respecto al segundo sentido débil, sí parece señalar —aunque a veces de un modo un tanto dubitativo— que, como cuestión descriptiva, hay un mayor control de la actuación de la Administración y que es bueno que así sea. En cambio, con respecto a la discreción en sentido fuerte, no queda claro si el autor sostiene que hay un único modo de ponderar adecuado —y, en este sentido, la Administración no tiene discreción en sentido fuerte— ni qué elementos (jurídicos y de oportunidad) serían determinantes a efectos de identificar esa respuesta correcta. En este punto, cobran de nuevo importancia las distinciones a las que me referí al comienzo de este trabajo entre el plano descriptivo y los dos planos normativos que diferencié, ya que podrían ayudar a precisar la postura del autor con respecto a la discrecionalidad judicial en el ámbito administrativo.

3. CONCLUSIONES

El libro del profesor Rodríguez de Santiago constituye un instrumento excepcional para adentrarse en la práctica del Derecho administrativo. En él se muestra con gran claridad y agudeza qué tiene de peculiar la dinámica administrativa tanto por lo que respecta a los hechos como a la interpretación y ponderación y, finalmente, a la discrecionalidad administrativa. Por ello, las objeciones expuestas en este trabajo deben ser leídas como consideraciones menores sobre algunos puntos en los que creo que la filosofía del Derecho puede ser útil para clarificar los argumentos del libro. En esta medida, mis comentarios son solo una muestra de lo sugerente que su lectura resulta para un filósofo del Derecho. En todo caso, lo que he señalado no pone en cuestión la trascendencia del análisis llevado a cabo en el libro, que es sin duda una pieza clave para la progresiva aproximación entre la dogmática administrativista y la teoría del Derecho.

NOTAS

1. Por poner solo algunos ejemplos, *vid.* Dworkin (1986); Guastini (2012); o Hart (1994).
2. A esto mismo apunta Vermeule (2016) en su crítica a concepciones como la de Dworkin.

3. Rodríguez de Santiago (2016). A lo largo de este trabajo, las referencias al libro objeto de análisis aparecerán entre paréntesis en el texto principal.
4. De acuerdo con el autor, esta es diferenciable de la académica y la dogmática, de las que no se ocupa el libro (14).
5. Señala por ejemplo, la RAE que el método es un modo de decir o hacer con orden, o un modo de obrar o proceder, hábito o costumbre que cada uno tiene y observa (primera y segunda acepciones). En cambio, la metodología es la ciencia del método, o el conjunto de métodos que se siguen en una investigación científica o en una exposición doctrinal (primera y segunda acepciones).
6. Como se expone en los sucesivos capítulos del libro, esta metodología típicamente administrativa tiene repercusiones relativas a cuestiones de prueba de los hechos, a la interpretación y a la decisión. Es importante advertir que en el primer capítulo se analizan una serie de binomios instrumentales, de gran utilidad en el análisis posterior: a) norma de conducta y norma de control; b) dirección de la actividad administrativa a través de programas condicionales y a través de programas finales; y c) dirección de la actividad administrativa a través de programas materiales y a través de la organización y el procedimiento. Sobre las cuestiones relacionadas con el método y la metodología, *vid.* Cabanchik (2010).
7. Rawls (1971: 9 y 245).
8. La distinción anterior no supone obviar que hay posiciones que, como la de Dworkin, vinculan ambos sentidos de «normativo». *Vid.*, en este punto, Dworkin (1986).
9. A estos efectos, resultan particularmente esclarecedoras las apreciaciones de Ferrer Beltrán (2005) y su distinción entre probado que p, probado que no p, y no probado que p, y de Larry Laudan (2009) y su diferenciación entre ser declarado inocente y no culpable.
10. Aunque no me detendré en esta cuestión, el profesor Rodríguez de Santiago distingue: a) El art. 3.1. C.C. como mandato dirigido a la Administración; b) La construcción de la norma empieza por su texto; c) La interpretación sistemática y los mandatos de interpretación conforme con normas dotadas de supremacía jerárquica o primacía aplicativa; d) La interpretación de la ley (y el reglamento) conforme a la Constitución; e) La interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho de la Unión Europea; f) La interpretación del Derecho interno conforme al Derecho internacional y la interpretación del Derecho internacional; g) La interpretación en relación con los antecedentes históricos y legislativos; h) La interpretación en relación con la realidad social del momento; i) El fin de la interpretación: el espíritu y finalidad de las leyes; j) Criterios específicos para la interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales; y k) El precedente (70 y ss.).
11. En este punto diferencia: a) La genérica referencia a «criterios de oportunidad» (como contrapunto de los de «legalidad») para construir la norma de conducta administrativa ya no es suficientemente expresiva; b) El *soft law* como conjunto de criterios de actuación que se integran directamente en la norma de conducta y solo indirectamente en la norma de control; c) Los criterios de la *lex artis*; y d) Los criterios de la eficacia y la eficiencia (110 y ss.).
12. Para una crítica a la apelación a las razones subyacentes a las normas, *vid.* Schauer (1993). Por otro lado, y como se verá, el autor contrasta la interpretación con la ponderación, en la que se centra en el próximo capítulo. Sin embargo, si la interpretación consiste en ponderar los diversos fines en juego, no se ve en qué medida son dos actividades cualitativamente diferentes.
13. *Vid.*, por ejemplo, Guastini (2012).
14. Un aspecto en el que no me detendré, aunque me parece problemático, es si su posición en este punto es compatible con lo que señala sobre la interrelación entre hechos y Derecho en la construcción de la norma de conducta, ya que aquí parece asumir una clara diferenciación entre los dos ámbitos.
15. El caso muestra, además, que en el ámbito del Derecho administrativo la norma que tiene que ser completada contiene a veces directivas procedimentales y organizativas relativas a quién y cómo debe elaborarlos criterios adicionales para la construcción de la regla aplicable (62).
16. Por ejemplo, Martínez (2010: cap. 4).
17. Dworkin (1989: 83 y ss.).

BIBLIOGRAFÍA

- CABANCHIK, Samuel Manuel (2010): «La cuestión del método en filosofía», en Ó. Nudler (ed.), *Filosofía de la filosofía*, Madrid: Trotta, 255-281.
- DWORKIN, Ronald (1989): *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona: Ariel.
- (1986): *Law's Empire*, Oxford: Hart Publishing.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2005): *Prueba y verdad en el derecho*, Barcelona-Madrid: Marcial Pons.
- GUASTINI, Riccardo (2012): «El escepticismo ante las reglas replanteado», *Discusiones*, 27-57.
- HART, Herbert L. A. (1994): *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- LAUDAN, Larry (2009): *Need verdicts come in pairs?*, SSRN.
- MARTÍNEZ, David (2010): *Metodología jurídica y argumentación*, Barcelona-Madrid: Marcial Pons.
- RAWLS, John (1971): *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.
- RODRÍGUEZ de SANTIAGO, José María (2015): *Metodología del Derecho administrativo*, Barcelona-Madrid: Marcial Pons.
- SCHAUER, Frederick (1993): *Playing by the Rules*, Oxford: Clarendon Press.
- VERMEULE, Adrian (2016): *Law's Abnegation*, Cambridge: Harvard University Press.