

Teoría y Método

Revista de Derecho Público

www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/

Volumen 9 | 2024

© **MARCIAL PONS**
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
<http://www.revistamarcialpons.es/revistaderechopublico/>
ISSN: 2695-7191
DOI: 10.37417/RPD/vol_8_2024
Fotocomposición: Ene Estudio

La *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* es una publicación científica electrónica, abierta, gratuita y de carácter semestral dirigida a la comunidad académica internacional interesada en Derecho público. Como seña de identidad, la *Revista* prioriza la publicación de estudios teóricos y metodológicos que trasciendan de los concretos ordenamientos estatales.

Los artículos, una vez evaluados por dos expertos anónimos y aceptados por el Comité de Dirección, se publican directamente en abierto y se abren a posibles comentarios a través de un foro electrónico de discusión. Todos los artículos publicados de forma paulatina y en abierto integran la composición final del número, al que también se añaden aquellos comentarios que, por su especial valor académico, merecen acompañar al artículo comentado.

Se publica bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (BY-NC): se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

COMITÉ DE DIRECCIÓN

M. Mercè Darnaculleta Gardella
Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Girona.

María Amparo Salvador Armendáriz
Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Navarra.

José María Rodríguez de Santiago
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad
Autónoma de Madrid.

Benito Aláez Corral
Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad de Oviedo.

COMITÉ EDITORIAL

Rosa Inés Fernanda Gómez González
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de los Andes

Dolores Utrilla Fernández-Bermejo
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Elisa Moreu Carbonell
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

José María Porras Ramírez
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

Luis Medina Alcoz
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Diana-Ucrania Galetta
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Milán

Martin Burgi
Catedrático de Derecho Público
Universidad de Múnich

COMITÉ ASESOR

François Blanc
Professeur en Droit public
Université St. Joseph de Beyrouth (Liban)

Benoît Delaunay
Professeur en Droit Public
Université Paris II

Martina Conticelli
Professore Associato di Diritto Pubblico
Tor Vergata Università degli Studi di Roma

José Esteve Pardo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

Pedro Costa Gonçalves
Professor de Direito
Universidade de Coimbra

Laurie Reynolds
Research Professor
University of Illinois. College of Law

Pedro Cruz Villalón
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

Susan Rose-Ackerman
Henry R. Luce Professor Emeritus of Law and Political
Science. Yale University

Eberhard Schmidt-Assmann
Professor für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht
Universität Heidelberg

ÍNDICE

Gabriel Doménech Pascual, <i>La estructura del control de la discrecionalidad ..</i>	7
Isabel Lifante Vidal, <i>Sobre el ejercicio y el control de la discrecionalidad.....</i>	39
Marisa Iglesias Vila, <i>Deferencia y tribunales internacionales de derechos humanos</i>	61
Maribel Saez Lacave, <i>Delegación y deferencia: reflexiones desde una perspectiva económica del Derecho de sociedades</i>	87
Jordi Ferrer Beltrán, <i>La doble instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa y el principio de inmediación: una deferencia mal entendida al juzgador de primera instancia</i>	109
Luis Arroyo Jiménez, <i>Control judicial y deferencia en el derecho administrativo</i>	125
Juli Ponce Solé, <i>Inteligencia Artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia?.....</i>	171

LA ESTRUCTURA DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD*

Gabriel Doménech Pascual
Catedrático de Derecho Administrativo
Universitat de València

RESUMEN: El presente artículo pretende poner de manifiesto, en primer lugar, que el control de la discrecionalidad es un fenómeno que aparece en diversas esferas del ordenamiento jurídico, tanto en el Derecho público como en el Derecho privado, y que presenta en todas ellas aspectos y problemas comunes, que requieren y de hecho suelen recibir soluciones jurídicas análogas. El artículo trata también de hacer ver que, por esa razón, es posible y útil elaborar una teoría general (o un conjunto de teorías generales relativas a determinados aspectos) del control de la discrecionalidad, válida para cualquier sector del ordenamiento jurídico. En el artículo se esbozan a modo ilustrativo las líneas principales de una posible teoría general tal desde la perspectiva del análisis económico del Derecho.

PALABRAS CLAVE: Discrecionalidad administrativa; discrecionalidad legislativa; discrecionalidad judicial; control judicial; derecho societario; problema de agencia; delegación.

ABSTRACT: This article aims to show, in the first place, that the review of discretionary decisions is a phenomenon that appears in various spheres of the legal system, both in public and private law, and that it presents common aspects and problems in all of them, which require and indeed often receive analogous legal solutions. The article also seeks to show that, for this reason, it is useful to develop a general theory (or a set of general theories pertaining to specific aspects) of said review, applicable to any sector of the legal system. The article outlines the main lines of a possible such general theory from the viewpoint of Law and Economics.

KEYWORDS: Administrative discretion; judicial discretion; legislative discretion; delegation; agency problem; corporate law; judicial review; self-restraint.

* Este artículo ha sido elaborado al amparo del proyecto de investigación PROMETEU/2021/009, financiado por la Generalitat Valenciana. Agradezco enormemente los comentarios de Maribel Sáez Lacave y dos revisores anónimos. Los errores subsistentes son de mi exclusiva responsabilidad.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. POSIBILIDAD Y UTILIDAD DE UNA TEORÍA GENERAL DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD.— 2. LA DELEGACIÓN.— 3. EL CONTROL DE LAS DECISIONES ADOPTADAS POR DELEGACIÓN: 3.1. Concepto; 3.2. Tipos de control; 3.3. Beneficios del control; 3.4. Costes del control.— 4. LA DEFERENCIA DEL SUPERVISOR Y LA DISCRECIONALIDAD DEL AGENTE: 4.1. Concepto; 4.2. Beneficios de la deferencia; 4.3. Costes de la deferencia. 4.4. Factores determinantes del grado óptimo de deferencia: 4.4.1. Capacidad para decidir acertadamente; 4.4.2. Divergencia de intereses; 4.4.3. Plausibilidad sustancial de la decisión objeto de control; 4.4.4. Medidas de cuidado adoptadas para tomar una decisión acertada. Procedimiento y motivación; 4.4.5. Relevancia de los intereses en juego; 4.5. La determinación del grado de deferencia.— 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. INTRODUCCIÓN. POSIBILIDAD Y UTILIDAD DE UNA TEORÍA GENERAL DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

Se han publicado numerosas obras académicas relativas a la discrecionalidad administrativa¹, la discrecionalidad del legislador², la discrecionalidad judicial³, la discrecionalidad de los administradores de sociedades mercantiles⁴, etc. En cambio, son muy escasos los trabajos en los que se trata de elaborar y presentar una teoría general de la discrecionalidad, con vocación de dar cuenta de los fenómenos jurídicos mencionados en el párrafo anterior y otros semejantes, válida para el Derecho público y el privado⁵.

En este artículo se trata de poner de manifiesto que una teoría (o, más exactamente, un conjunto de teorías, que analicen diversos aspectos del control) de la discrecionalidad en general es posible, útil e incluso necesaria. Y lo es por las siguientes razones:

(i) Los mencionados fenómenos presentan aspectos y problemas comunes, que están sujetos o requieren regulaciones jurídicas análogas. Es posible por ello elaborar una teoría general (o conjunto de teorías generales) que ponga de manifiesto la existencia de esos problemas comunes, así como la eventual conveniencia de darles soluciones semejantes.

(ii) Una buena teoría general del control de la discrecionalidad también permite explicar las diferencias existentes entre distintos tipos de este control, así como las

¹ *Vid.*, entre otros, BELTRÁN DE FELIPE (1995); RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016); DOMÉNECH PASCUAL (2018 y 2021); BACIGALUPO (1997 y 2023); ARROYO JIMÉNEZ (2024); PONCE SOLÉ (2024).

² *Vid.*, entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1998); FERRERES COMELLA (2021); DA SILVA MOREIRA (2019).

³ *Vid.*, entre otros, DWORKIN (1963); IGLESIAS VILA (1999 y 2024); NIETO (2000); KIM (2007); FERRER BELTRÁN (2021 y 2024).

⁴ *Vid.*, por todos, SÁEZ LACAVE (2024).

⁵ *Vid.*, por ejemplo, SHAVELL (2007); STEIN (2024); LIFANTE (2002); HART (2013), aunque en estos dos últimos trabajos no se contempla el ejercicio de discrecionalidad por parte de sujetos privados.

razones por las cuales hay que someterlos en algunos puntos a diferentes regímenes jurídicos.

(iii) Una teoría tal satisface mejor que las «subteorías» que se han ocupado de concretos tipos de discrecionalidad ciertos criterios que las teorías científicas deberían poseer idealmente⁶. Aquella es más *amplia*, pues sus explicaciones y predicciones pueden extenderse más allá de las observaciones para las que dichas subteorías se elaboraron inicialmente e incluso pueden aplicarse a otras parcelas de la realidad que todavía no han sido objeto de un análisis teórico específico. Es más *fecunda*, pues desvela semejanzas, diferencias y relaciones no observadas entre realidades jurídicas distintas. Es más *simple*, pues permite ordenar fenómenos que, sin ella y tomados uno por uno, quedarían aislados y, en su conjunto, confusos. Y, en fin, tiene una mayor capacidad unificadora, pues muestra que una serie de fenómenos aparentemente independientes pueden ser explicados en términos de un principio superior.

(iv) En suma, dicha teoría general del control de la discrecionalidad permite comprender y explicar mejor las realidades jurídicas objeto de su análisis.

Para elaborar esa teoría conviene tener muy en cuenta, por un lado, los hallazgos de las subteorías jurídicas específicas que se han ocupado de distintos tipos de discrecionalidad y, por otro lado, las teorías elaboradas en el seno de disciplinas científicas no jurídicas que han analizado las decisiones e interacciones sociales que se producen en relación con el fenómeno de la discrecionalidad en general. Aquí destaca la teoría económica de la agencia⁷, que ha tenido una enorme influencia en varias ciencias sociales⁸ y que, en particular, ha sido utilizada con notable éxito para analizar los problemas que plantea la discrecionalidad en el ámbito del Derecho societario⁹ y, sobre todo, en el del Derecho público¹⁰. Esta teoría económica tiene una doble utilidad a estos efectos. En primer lugar, explica y puede ser empleada para hacer predicciones relativamente fiables acerca de cómo reaccionarán las personas que se ven envueltas en la adopción de decisiones discrecionales frente a las distintas normas jurídicas que regulan dicha adopción. En segundo lugar, permite determinar los costes y beneficios de estas normas y, por lo tanto, evaluarlas y precisar cuáles son las que mejor satisfacen los intereses del conjunto de la sociedad.

En las páginas que siguen se presenta un esbozo de una teoría general de la discrecionalidad desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, sin pretensión alguna de analizar de manera exhaustiva todos los numerosos problemas que aquí se plantean.

⁶ Vid. KUHN (1977: 320 y ss.); WENDEL (2011: 1052 y ss.).

⁷ Vid., entre otros muchos, ROSS (1973); JENSEN y MECKLING (1976);

⁸ Vid., entre otros, KISER (1999); BENDOR y MEIROWITZ (2004); SHAPIRO (2005).

⁹ Vid., por ejemplo, SÁEZ LACAVE (2024).

¹⁰ Vid., por ejemplo, ARNOLD (1987); STEPHENSON (2006c); GAROUPA y MATHEWS (2014); COOTER y GILBERT (2022).

2. LA DELEGACIÓN

Llamemos delegación al acto en virtud del cual se otorga a una o varias personas —denominadas agentes— el poder de tomar decisiones que afectan a los intereses de otra persona o personas —denominadas principales— con el fin de satisfacer dichos intereses.

Las autoridades legislativas, administrativas y jurisdiccionales pueden considerarse en este sentido agentes de los ciudadanos, que son los principales; el tutor de una persona discapacitada, un agente de esta; y los administradores de una sociedad mercantil, agentes de los accionistas. A todos ellos se les ha conferido el poder de tomar decisiones que afectan a sus correspondientes principales, es decir, decisiones de las que pueden derivarse costes y beneficios para estos. Y a todos ellos se les ha conferido ese poder para que lo ejerzan en beneficio de sus principales.

Dicho poder puede haber sido otorgado al agente directamente por el principal o por otro sujeto, que normalmente es también agente del principal. Como ejemplo del primer caso puede servir el administrador de una sociedad mercantil que es nombrado como tal por los accionistas. Ejemplos del segundo caso serían el nombramiento judicial del tutor de un menor y la habilitación legislativa efectuada en favor de una Administración pública para que ejecute mediante reglamentos o actos singulares lo dispuesto en una norma de rango de ley. Tanto el juez como el tutor pueden ser considerados agentes del menor; el legislador y la Administración, agentes de la ciudadanía.

En ocasiones, la aceptación de la delegación es voluntaria para el agente, que normalmente puede negociar, en mayor o menor medida, sus términos con el delegante. Así ocurre, por ejemplo, cuando se nombra a los administradores de sociedades mercantiles. La voluntariedad de la delegación y la posibilidad de negociar sus condiciones tienden a asegurar que esta es beneficiosa tanto para el agente como para el principal¹¹. En otros casos, el agente está obligado a aceptar la delegación. Así ocurre, por ejemplo, cuando el legislador impone a una autoridad administrativa o judicial la realización de una determinada actividad.

Es posible que una misma persona sea agente de varios principales y, viceversa, que un mismo principal tenga varios agentes. Nótese, por ejemplo, que las autoridades legislativas, administrativas y judiciales son agentes de toda la ciudadanía. Es decir, cada ciudadano tiene muchos agentes públicos; y cada uno de estos últimos, numerosísimos principales.

Las delegaciones sucesivas o «cadenas de delegación» constituyen un caso particular de pluralidad de agentes. En estas cadenas, uno o varios agentes realizan sucesivas delegaciones en favor de otros agentes. Las cadenas de delegación son especialmente largas y complejas en el ámbito público.

¹¹ COOTER y GILBERT (2022: 291, 292 y 205).

La razón fundamental que justifica y explica la delegación es que el agente se encuentra mejor situado que el delegante y el principal para tomar decisiones que satisfacen más adecuadamente los intereses de este último. Las causas pueden ser varias. Es posible que el agente posea en mayor medida que el principal y el delegante la capacidad o los recursos necesarios para tomar dichas decisiones: tiempo, información, conocimientos, experiencia, medios materiales, etc.

La dificultad que ciertos grupos de personas encuentran para coordinarse en la gestión de asuntos de interés común explica y justifica que se delegue en uno o varios agentes el poder de gestionarlos. Cuanto mayor es el tamaño de esos grupos, más costosa se vuelve dicha coordinación y, en consecuencia, más beneficiosa resulta la delegación. De ahí que, en la esfera jurídico-pública, donde los grupos con intereses comunes están integrados por un número muy elevado de individuos cuyas preferencias no son siempre coincidentes, las delegaciones sean especialmente necesarias y frecuentes.

La delegación y la especialización se alimentan mutuamente. Por un lado, delegar en un sujeto el poder de adoptar determinadas decisiones favorece que este se especialice en su adopción. Cuanto más específicas son las delegaciones efectuadas en favor de diversos agentes, mayor es el grado de especialización que estos pueden alcanzar al decidir por delegación. Por otro lado, la especialización de ciertos individuos en la realización de determinadas tareas propicia que puedan realizarlas más eficientemente y, en consecuencia, que se les delegue el poder de llevarlas a cabo.

La delegación, sin embargo, también tiene inconvenientes. Esta se vuelve especialmente problemática cuando existe incertidumbre e información asimétrica, es decir, cuando: (i) las personas involucradas en la delegación no pueden predecir *ex ante*, en el momento de producirse esta, qué decisiones debería tomar el agente en el futuro por ser las mejores para el principal; y (ii) el agente tiene mejor información que el principal a los efectos de precisar cuáles son las decisiones que el primero debería adoptar o haber adoptado con dicho fin¹². En tal situación, existe el riesgo de que el agente actúe en un sentido que no es el más conveniente para los intereses del principal. Este riesgo será tanto mayor cuanto: (i) mayor sea la divergencia entre los intereses del principal y los del agente; (ii) más costoso le resulte al principal (o a sus agentes) verificar en qué medida las decisiones que el agente en cuestión ha tomado o podría haber tomado sirven a los intereses del principal; (iii) más costoso resulte incentivar, mediante «castigos» o «recompensas», al agente que ha adoptado decisiones perjudiciales o beneficiosas para el principal; (iv) más difícil sea revocar la delegación, etc.

Los costes de la delegación (o agencia) dependen, entre otros factores, del número de principales afectados. Cuanto mayor sea este número: (i) más difícil y costoso

¹² En el Derecho privado anglosajón, las relaciones en las que se plantea un problema de principal-agente se denominan fiduciarias. *Vid.* FRANKEL (2010). Sobre la estructura económica del *Fiduciary Law*, *vid.*, entre otros, COOTER y FREEDMAN (1991); EASTERBROOK y FISCHER (1993); SITKOFF (2011).

resultará para los principales coordinarse entre sí para supervisar las decisiones de sus agentes, castigarlos, premiarlos y, en su caso, revocar la delegación que se les otorgó; y (ii) menores serán, *ceteris paribus*, sus incentivos para controlarlos. Adviértase que dichas actividades de control generan externalidades positivas para el conjunto de los principales, lo que propicia que no sean realizadas en la medida en que sería óptima para todos ellos. Por lo general, quienes las realizan soportan todos los costes de desarrollarlas, pero sólo obtienen una parte de sus beneficios, pues de ellas suelen aprovecharse también los restantes principales afectados, aunque no las hayan realizado. Esto puede dar pie a que algunos o todos ellos se comporten como «gorriones» (*free riders*), es decir, que eludan contribuir a la supervisión de los agentes, confiando en que otros principales contribuirán. Cuanto mayor sea el número de principales, menores serán los incentivos que cada uno de ellos tendrá para controlar a los agentes y más elevado será el riesgo de gorroneo.

3. EL CONTROL DE LAS DECISIONES ADOPTADAS POR DELEGACIÓN

3.1. Concepto

A fin de reducir los referidos costes de delegación (o agencia) se pueden establecer y de hecho se establecen, en primer lugar, normas dirigidas a determinar quiénes actuarán como agentes. Con ellas se trata de asegurar que estos tienen la capacidad necesaria para servir óptimamente los intereses de sus principales, así como de reducir las divergencias existentes entre los intereses de unos y otros. Con este objetivo, en muchas ocasiones, se reconoce a los principales libertad para escoger a sus agentes. Por ejemplo, los socios de las sociedades mercantiles eligen a los administradores; los vecinos de un Municipio, a los concejales; los ciudadanos, a los miembros del parlamento, etc. En otras ocasiones, se observan reglas diferentes, más o menos complejas. Piénsese, por ejemplo, en cómo se determina quién es tutor de un menor o accede a la función pública.

En segundo lugar, también pueden establecerse normas que regulen cómo deben actuar los agentes¹³. El deber fundamental de todo agente es el de tomar, en el marco de su actividad de agencia, las decisiones más convenientes para los intereses del principal. Es frecuente que el legislador consagre explícitamente este deber abstracto¹⁴ y, adicionalmente, regule en términos más concretos otros deberes derivados de aquel. Los administradores de sociedades mercantiles, por ejemplo, están obligados a obrar «en el mejor interés de la sociedad» y, además, a: no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que les han sido concedidas, guardar en principio

¹³ Vid., por ejemplo, el art. 1719.I del Código civil.

¹⁴ Vid., por ejemplo, los arts. 154 del Código civil; 227.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de julio (en adelante, LSC); y 103.1 de la Constitución española.

secreto sobre la información a la que hayan tenido acceso en el desempeño de su cargo, abstenerse de participar en decisiones en las que tengan un interés propio, evitar ponerse en una situación de conflicto de interés, llevar la diligencia de un ordenado empresario, actuar con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado, etc.¹⁵ Las autoridades administrativas y judiciales están sujetas a deberes muy semejantes. En el Derecho público, no obstante, la conducta de los agentes suele estar regulada también mediante normas más concretas que las utilizadas para ordenar la actividad de los agentes en el Derecho privado. En este último ámbito, hay menos reglas y, por lo tanto, la importancia relativa de los estándares es mayor¹⁶.

A fin de asegurar el cumplimiento de estos deberes y, por lo tanto, de garantizar que la actividad del agente satisface óptimamente los intereses del principal, es prácticamente imprescindible someter dicha actividad a algún mecanismo de supervisión o control. En virtud de estos mecanismos, se otorga al principal o a otro de sus agentes: (i) el poder de verificar si y hasta qué punto la actuación del agente se ha producido de acuerdo con las normas que regulan dichos deberes; y (ii) el poder de adoptar diferentes medidas en función de si la actividad examinada ha respetado o no las referidas normas (medidas de restablecimiento de la legalidad, restitución del enriquecimiento injusto, exigencia de responsabilidad civil, imposición de sanciones, otorgamiento de premios, etc.).

Una de las funciones que pueden cumplir estas medidas de control es incentivar el cumplimiento de los mentados deberes. Al implicar costes para el agente que los ha infringido o beneficios para el que los ha satisfecho, inducen su cumplimiento. Tales medidas incrementan los costes o los beneficios esperados que para el agente en cuestión implica actuar de una manera u otra. De este modo, los intereses del principal tienden a alinearse con los del agente; las decisiones cuya utilidad esperada para el principal es negativa (o positiva) tienden a tener para el agente que las toma una utilidad esperada igualmente negativa (o positiva). Por ejemplo, las sanciones penales y disciplinarias que a los jueces se les puede imponer si cometen ciertas infracciones en el ejercicio de sus funciones desincentivan dicha comisión, que lesiona gravemente el interés de la ciudadanía¹⁷. El incremento retributivo al que tienen derecho los jueces que superen en un 20 por ciento el objetivo correspondiente a su destino¹⁸ incentiva que estos sean más productivos en su actividad jurisdiccional, lo que se supone redundará en beneficio de los justiciables.

¹⁵ *Vid.* los arts. 225-232 LSC y PAZ-ARES (2015). Respecto de los deberes de los socios, *vid.* SÁEZ LACAVE (2016).

¹⁶ Sobre la distinción entre estándares y reglas, *vid.*, por todos, KAPLOW (1992); KOROBIKIN (2000).

¹⁷ *Vid.*, por ejemplo, los artículos 446-449 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁸ Art. 9.1 de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal.

3.2. Tipos de control

A veces, el principal ejerce directamente un cierto poder de control sobre su agente. Los accionistas de las sociedades mercantiles siempre tienen la posibilidad de supervisar la actuación de sus administradores y revocar sus nombramientos. En las sociedades democráticas, los ciudadanos pueden ejercer un control semejante sobre sus gobernantes a través de las elecciones.

Muy frecuentemente, sin embargo, el control es ejercido por otro agente o agentes. Los tribunales, por ejemplo, pueden controlar en determinadas circunstancias la actividad de: los administradores de las sociedades mercantiles; los tutores; las autoridades administrativas; las autoridades legislativas; otros tribunales, etc.

El control puede ser ejercido por uno o varios sujetos, que denominaré supervisores. En este último caso, el control puede ser unilateral o cooperativo. Cuando es unilateral, cada uno de los supervisores ostenta el poder de examinar la licitud de las actuaciones del agente y disciplinarlo. Cuando es cooperativo, el ejercicio del poder de control requiere el acuerdo de todos los supervisores¹⁹. También caben soluciones intermedias, con arreglo a las cuales un subconjunto más o menos amplio de los supervisores puede hacer uso de dicho poder sin necesidad de contar con el acuerdo de los restantes. Obviamente, cuanto mayor sea el número de los supervisores cuyo acuerdo se requiere para controlar al agente, más difícil y costoso les resultará controlarlo y, por lo tanto, mayor será la discrecionalidad que este tenga *de facto*.

El control de las actuaciones del agente puede situarse en diferentes momentos. A veces, tiene lugar antes de que estas comiencen a llevarse a cabo efectivamente. Sirvan como ejemplos la autorización judicial de actos de disposición de bienes pertenecientes a menores y personas con discapacidad²⁰ y la autorización judicial de ciertas medidas administrativas que implican la restricción de derechos fundamentales (entradas domiciliarias efectuadas para ejecutar forzosamente un acto administrativo, medidas dirigidas a proteger la salud pública, etc.)²¹. Otras veces, la supervisión se lleva a cabo *ex post*, después de que la actuación haya comenzado a realizarse o ya se haya producido. Es el caso del control de la actividad administrativa ejercido por los tribunales con ocasión de la interposición de recursos contencioso-administrativos. El control puede tener lugar antes o después de que la actividad en cuestión haya causado un daño al principal. No vamos a analizar aquí las ventajas y desventajas que se derivan de situar el control en un momento u otro²².

¹⁹ COOTER y GILBERT (2022: 278).

²⁰ *Vid.* los arts. 166 y 187 del Código civil.

²¹ *Vid.* el art. 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

²² *Vid., mutatis mutandis*, DOMÉNECH PASCUAL (2017).

3.3. Beneficios del control

Estos controles pueden cumplir principalmente dos funciones o, dicho de otra manera, generar dos grandes tipos de beneficios. En primer lugar, permiten corregir ciertas situaciones lesivas de los intereses del principal. Tras comprobar que el agente ha creado ilícitamente una de estas situaciones, el supervisor puede tomar medidas dirigidas a corregirla o a mitigar sus efectos lesivos.

En segundo lugar, incrementan la probabilidad de que el agente controlado realice en el marco de su relación de agencia actuaciones beneficiosas para el principal (que en adelante denominaré «lícitas» o «acertadas») y se abstenga de realizar actuaciones perjudiciales para este (que en adelante llamaré «ilícitas» o «desacertadas»). Esos beneficios pueden producirse a través de tres mecanismos:

El primero es el de los *incentivos*, ora negativos ora positivos. El hecho de que un sujeto pueda supervisar la actividad de sus agentes y, en función de su licitud, adoptar medidas que les favorecen («recompensas») o les perjudican («sanciones») incentiva que estos traten de tomar decisiones lícitas y no adoptar decisiones ilícitas.

La posibilidad de controlar la actividad del agente y «sancionarlo» por la realización de actuaciones ilícitas engendrará así un efecto disuasorio sobre estas, que será tanto más potente: cuanto mayores sean (i) la probabilidad de que el agente sea sancionado por ellas y (ii) el coste que para el agente tienen las correspondientes sanciones; y cuanto menores sean (iii) el beneficio que para el agente se deriva de actuar ilícitamente y (iv) la probabilidad de que el supervisor cometa errores al verificar la licitud o ilicitud de la actividad del agente.

Recompensar las actuaciones lícitas tendrá, por el contrario, un efecto alentador sobre estas, que será tanto más potente: cuanto mayores sean (i) la probabilidad de recibir una recompensa por ellas y (ii) la magnitud de esa recompensa; y cuanto menores sean (iii) el beneficio que al agente le reportaría actuar ilícitamente; y (iv) la probabilidad de que el supervisor cometa errores al examinar la licitud o ilicitud de las actuaciones del agente.

El segundo mecanismo es la *pura prevención o incapacitación*. Después de constatar que el agente va a desarrollar o seguir desarrollando una actividad ilícita, perjudicial para los intereses del principal, el supervisor puede tomar medidas que impidan que esta se realice o siga realizándose. De esta manera se interrumpe la producción de perjuicios para el principal. Obviamente, los controles previos permiten cumplir esta función mejor que los controles posteriores.

El tercer mecanismo es el de la *información*. Al examinar si un agente ha actuado lícita o ilícitamente, el supervisor produce información acerca de cómo debía haber actuado dicho sujeto. Por ejemplo, cuando resuelven casos en los que se discute si ciertas actuaciones administrativas o societarias son o no conformes a Derecho, los tribunales generan información valiosa acerca de cómo deben ser interpretadas y aplicadas las normas jurídicas que regulan esas actuaciones, clarificando su alcance, colmando sus eventuales lagunas, resolviendo sus contradicciones, etc. Esta informa-

ción podrá ser utilizada luego en casos análogos por el mismo u otros agentes para tratar de actuar lícitamente, así como por el mismo u otros supervisores con el fin de controlar actuaciones similares.

La cantidad, la calidad y la utilidad de esa información dependerán, obviamente, de la capacidad del supervisor para analizar los problemas planteados y determinar cuál es en cada caso la solución que mejor satisface los intereses del principal.

3.4. Costes del control

Controlar la actividad del agente conlleva varios costes para el principal. El primero es el *coste de los errores* en los que el supervisor puede incurrir al examinar si las actuaciones del agente son lícitas o ilícitas y tomar las correspondientes medidas. El supervisor puede cometer un falso positivo (considerar erróneamente que la actuación en cuestión es ilícita) o un falso negativo (concluir erróneamente que dicha actuación es lícita). Estos errores pueden causar diversos perjuicios:

(i) Las medidas adoptadas por el supervisor después de considerar erróneamente ilícitas las decisiones del agente pueden menoscabar de manera directa los intereses del principal. Imaginemos, por ejemplo, que un tribunal anula una norma reglamentaria que incrementaba en términos netos el bienestar de la ciudadanía.

(ii) Los falsos positivos son casi siempre costosos para el agente, en tanto en cuanto minan su reputación, impiden la realización de actividades acordes con sus preferencias o favorables para sus intereses, le obligan a invertir esfuerzo y tiempo en la realización de actividades alternativas, etc. En la medida en que son efectivamente costosos para el agente, tales errores producen sobre este una suerte de efecto desalentador (*chilling effect*): reducen sus incentivos para tomar decisiones lícitas, que satisfacen óptimamente los intereses del principal, pues el agente sabe que existe el riesgo de que estas decisiones sean erróneamente calificadas como ilícitas y él sufra un perjuicio por haberlas adoptado. Este efecto será tanto más intenso y pernicioso para el principal cuanto mayores sean: a) la probabilidad de que el supervisor considere erróneamente que las decisiones del agente son ilícitas, lo que dependerá a su vez de otros factores (como la capacidad y los incentivos del supervisor para juzgar acertadamente la licitud de las actuaciones del agente); y b) la magnitud del perjuicio causado al agente como consecuencia del error.

(iii) Los falsos negativos son, por el contrario, casi siempre beneficiosos para el agente, al ahorrarle los perjuicios que hubiera sufrido si el supervisor no se hubiera equivocado al enjuiciar la ilicitud de sus decisiones. De ahí que estos errores tiendan a alentar la realización de actividades ilícitas: incrementan los incentivos que el agente tiene para llevarlas a cabo, a la vista de que pueden ser erróneamente calificadas como lícitas, lo que redundará en su beneficio. Este efecto alentador será tanto más potente y negativo para el principal cuanto mayores sean: a) la probabilidad de que el supervisor cometa un falso negativo, probabilidad que dependerá a su vez de otros factores (tales como la capacidad y los incentivos del supervisor para enjuiciar acer-

tadamente la licitud de las decisiones cuestionadas); y b) los perjuicios que el agente se ahorra como consecuencia del error.

En segundo lugar, el control puede disuadir al agente de tomar decisiones beneficiosas para el principal, aun cuando el supervisor no cometa errores al ejercer sus funciones. Imaginemos que el agente puede o bien buscar poca información para resolver el caso planteado y adoptar la solución A o bien buscar mucha información y adoptar la solución B o la C. Si el agente se decanta por la primera alternativa, la solución A será considerada lícita en un eventual control, pues a la vista de la información disponible el supervisor no será capaz de saber que hay soluciones más beneficiosas para el principal (B y C). Si el agente decide buscar mucha información, la solución B será considerada ilícita en un eventual control y en su lugar se establecerá la solución C. Los beneficios netos que para el principal y el agente se derivan de cada solución se detallan en la siguiente tabla.

	A	B	C
Para el principal	20	30	40
Para el agente	2	4	1

Nótese que, en ausencia de control, el agente buscará mucha información para resolver el caso planteado y adoptará la solución B, que es la que más le favorece y la segunda más beneficiosa para el principal. En cambio, si sus decisiones son controladas, se decantará por no buscar información y adoptará la alternativa A, que es la peor para el principal de las tres posibles.

Un resultado similar puede producirse si existe un elevado riesgo de que las soluciones que *ex ante* parecen más beneficiosas para el principal e incluso para el agente sean consideradas luego ilícitas por el supervisor y este adopte a continuación medidas costosas para el agente. Imaginemos que el agente puede tomar la decisión «conservadora» X, que con total certeza será considerada lícita en un eventual control, o la decisión «arriesgada» Z, que en el caso de ser controlada se considerará ilícita con una probabilidad 0,6, en cuyo caso el agente sufrirá un perjuicio de 5. Los beneficios netos esperados que para el principal y el agente se derivan de ambas decisiones en ausencia y en presencia de control se detallan respectivamente en las dos siguientes tablas:

	X	Z
Para el principal	20	30
Para el agente	2	4

	X	Z
Para el principal	20	30
Para el agente	2	$4 - (0,6 \cdot 5) = 1$

Nótese que, si sabe que su decisión será controlada, el agente se decantará por la alternativa X, pues los beneficios esperados que esta le reporta (2) son superiores a los de la alternativa Z (1), que el agente escogería si su decisión no fuera objeto de control y cuyos beneficios para el principal (30) exceden de los de X (20).

En tercer lugar, la realización de las actividades de control tiene *costes de procedimiento*. Para llevarlas a cabo, el supervisor y a veces también el agente controlado han de invertir recursos (tiempo, esfuerzo, etc.) que ya no podrán dedicar a otros usos alternativos beneficiosos para el principal. En la tramitación de los procedimientos a través de los cuales los tribunales controlan la actividad administrativa, por ejemplo, se emplea una considerable cantidad de medios que en última instancia sufragan los ciudadanos.

4. LA DEFERENCIA DEL SUPERVISOR Y LA DISCRECIONALIDAD DEL AGENTE

4.1. Concepto

La discrecionalidad del agente y la deferencia del supervisor son las dos caras de la misma moneda. Que la persona encargada de controlar la actividad de un agente se muestre deferente al ejercer este control significa que aquella considera lícitas las actuaciones controladas de este que se mantienen dentro de un cierto espacio en el que caben varias soluciones. La deferencia es tanto mayor cuanto mayor amplitud tiene dicho espacio, es decir, cuanto más numerosas y distintas son las soluciones que pueden ser adoptadas por el agente y consideradas lícitas por el supervisor. La deferencia puede verse como una limitación de la intensidad del control que el principal o sus agentes ejercen sobre la licitud de la actuación de otros agentes en el marco de sus relaciones de agencia. No existe deferencia alguna cuando el conjunto de decisiones que pueden ser adoptadas por el agente y consideradas lícitas por el supervisor sólo tiene un elemento.

La discrecionalidad es el reflejo de la deferencia. Decimos que un agente tiene discrecionalidad para decidir cuando la persona encargada de controlar sus decisiones muestra o debe mostrar una cierta deferencia hacia ellas, es decir, cuando aquel tiene *de facto* la posibilidad (el poder) de elegir entre varias soluciones que han de considerarse lícitas por el supervisor. A mi juicio, no es muy acertado llamar a dicho poder libertad, pues este último término se utiliza normalmente para designar un poder de elegir entre varias alternativas de actuación otorgado a una persona para que esta satisfaga sus propios intereses. La discrecionalidad, en cambio, es un poder de elección que se confiere a un sujeto (el agente) para servir los intereses de otro sujeto (el principal).

Algunos autores consideran que «el ejercicio de una potestad discrecional permite... optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del

Derecho»; «la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección... entre indiferentes jurídicos»²³.

En nuestra opinión, el hecho de que un agente tenga *de facto* la posibilidad de elegir entre varias soluciones que han de ser consideradas lícitas por el supervisor no significa necesariamente que esas soluciones sean jurídicamente indiferentes, ni tampoco es lógicamente incompatible con la circunstancia de que, *de iure*, aquel tenga o pueda tener el deber de adoptar la mejor decisión posible para el principal en el marco de su relación de agencia²⁴.

Este deber jurídico puede haber sido establecido de manera explícita²⁵ o implícita. Por ejemplo, de varios preceptos de la Constitución española se infiere que los poderes públicos están obligados a tomar las decisiones que mejor satisfacen los intereses de la ciudadanía, también cuando disponen de un cierto margen de discrecionalidad para decidir.

(i) En virtud de los principios de economía y eficiencia (art. 31.2 CE), no basta que los poderes públicos actúen al servicio de los intereses generales, sino que han de hacerlo eficientemente, maximizando la utilidad social de sus escasos recursos. Una decisión no puede considerarse eficiente si hay otra alternativa que sirve mejor tales intereses, bien porque esta incrementa la satisfacción de al menos alguno de ellos sin perjudicar ninguno (en la jerga de los economistas, es eficiente en el sentido de Pareto), bien porque dicha alternativa consigue elevar la satisfacción de algunos intereses públicos en la medida suficiente como para compensar el menoscabo que supone para otros (es, por lo tanto, eficiente en sentido Kaldor-Hicks²⁶).

(ii) El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) también da soporte al referido deber. Resultaría injustificable racionalmente y, por ende, arbitrario, por ejemplo, que una autoridad escogiera una de las alternativas comprendidas dentro de su margen de actuación discrecional a pesar de estimar y manifestar que hay otras soluciones, también incluidas allí, que sirven mejor los intereses generales.

(iii) Si los principios jurídicos que la Constitución consagra constituyen mandatos de optimización, que ordenan a los poderes públicos la realización de ciertos valores en la mayor medida de lo posible, habida cuenta de las limitaciones fácticas y

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2022: cap. VIII, IV.2).

²⁴ En sentido similar, LIFANTE VIDAL (2002: 433-434) considera que los poderes discrecionales están regulados por «normas de fin», que obligan a optimizar los recursos disponibles para maximizar la satisfacción de un fin. En la doctrina española, han afirmado el deber de las Administraciones públicas de tomar en cada caso la decisión que mejor satisface el interés general, entre otros, ALONSO MAS (1998: 361 y ss.); PONCE SOLÉ (2016: ap. 3; 2022: 143); RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 172 y ss.).

²⁵ *Vid.* el art. 227.1 LSC.

²⁶ *Vid.* KALDOR (1939); HICKS (1939).

jurídicas existentes²⁷, entonces dichos poderes están obligados a actuar en el sentido que maximice, que mejor satisfaga, efectivamente tales principios.

Además, hay una importante razón pragmática para afirmar la existencia de un deber tal. Como varios estudios empíricos han evidenciado, el hecho de que una norma jurídica establezca el deber de observar cierta conducta determina que muchas personas la lleven a cabo efectivamente, aun cuando la inobservancia de esa norma no sea fiscalizable ni sancionable por los tribunales²⁸. Es posible que muchos destinatarios de semejante norma tiendan a cumplirla: (i) porque perciben que esta refleja el contenido de reglas, usos y preferencias de la comunidad y estiman que su incumplimiento puede desencadenar la imposición de costosas «sanciones sociales» —v. gr., reputacionales—; (ii) porque para ellos respetar el Derecho vigente resulta intrínsecamente valioso; (iii) por la natural querencia de los individuos a imitar lo que hacen otros, etc.²⁹

La discrecionalidad puede haber sido otorgada por el delegante de manera inequívoca o equívoca. Esto último puede suceder, por ejemplo, cuando los requisitos de licitud de las decisiones del agente no han sido específicamente regulados por el delegante, o lo han sido en términos contradictorios, imprecisos o ambiguos.

Algunos autores, sin embargo, vienen a considerar que en el segundo caso no existe genuina discrecionalidad³⁰. De acuerdo con la teoría —de origen alemán— de los «conceptos jurídicos indeterminados», las potestades discrecionales no han de ser confundidas con las potestades regladas mediante tales conceptos. Estos aluden a «una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados» en el enunciado de la ley, pero que «admite ser precisada en el momento de la aplicación» de la norma legal. Entonces sólo hay una solución: o se da o no se da en la realidad el concepto; «la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto». Los tribunales, en consecuencia, pueden «verificar si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite», a diferencia de lo que sucede cuando nos encontramos con una decisión realmente discrecional, en cuya «entraña» hay un espacio de libre elección que no es fiscalizable judicialmente.

Ello no quita, según dichos autores, que las autoridades encargadas de ejercer esas potestades regladas mediante conceptos jurídicos indeterminados gocen de un cierto «margen de apreciación» a la hora de interpretarlos y aplicarlos. En la estructura de todo concepto indeterminado son identificables: un núcleo fijo o «zona de certeza positiva», referida a las realidades claramente comprendidas por el concepto; una «zona de certeza negativa», referida a las realidades excluidas con seguridad del

²⁷ ALEXI (1994: 75 y 76); LOPERA MESA (2004).

²⁸ *Vid.*, entre otros, FISMAN y MIGUEL (2007); GALBIATI y VERTOVA (2014).

²⁹ *Vid.* COOTER (2006); TYLER (2006); SHAVELL (2012).

³⁰ *Vid.*, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2022: cap. VIII, IV.2), de donde se extraen las frases entrecomilladas que siguen.

concepto; y una zona intermedia o de incertidumbre o «halo del concepto», donde no estaría claro ni lo uno ni lo otro. Pues bien, habida cuenta de «la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa», habría que reconocer que la Administración, en los casos que caen dentro de ese halo, en particular cuando se trata de conceptos que implican «juicios de valor», dispone de un cierto margen de apreciación, de una suerte de «beneficio de la duda», si bien sólo «puramente cognoscitivo e interpretativo de la ley en su aplicación a los hechos». Aquí, «el juez deberá normalmente conformarse con un control de los límites o de los excesos en que la Administración haya podido incurrir».

Esta teoría ha merecido justas críticas³¹. Resulta incongruente sostener que los jueces pueden fiscalizar plenamente la aplicación administrativa de los conceptos jurídicos indeterminados y verificar si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución lícita, al tiempo que se estima que los jueces han de reconocer a la Administración un «margen de apreciación» en su aplicación.

En segundo lugar, de la distinción entre los márgenes de apreciación que implican tales conceptos y los márgenes de genuina discrecionalidad no se siguen consecuencias prácticas cualitativamente diferentes. Los jueces deben actuar de la misma manera en los dos casos. En ambos han de mostrar una cierta deferencia frente a las decisiones administrativas revisadas.

En tercer lugar, la tesis de que ambos márgenes difieren en cuanto a su naturaleza —volitiva o cognitiva— es cuestionable. Si, como hemos visto, todos los poderes públicos deben tomar siempre las decisiones más convenientes para el interés general, entonces nunca son enteramente libres para optar y tanto sus márgenes de discrecionalidad como los de apreciación tienen siempre una índole cognitiva. Lo que justifica que los tribunales se muestren deferentes hacia determinadas decisiones de la Administración es precisamente que esta se encuentra mejor situada que aquellos para *conocer* y establecer la solución que satisface óptimamente dicho interés.

Ello no quita que el hecho de que el delegante haya otorgado un poder discrecional de manera explícita o inequívoca tenga relevancia. Como luego veremos, este otorgamiento limita la discrecionalidad del supervisor para determinar el grado de deferencia que han de recibir las decisiones del agente.

4.2. Beneficios de la deferencia

La deferencia limita la intensidad del control ejercido por el supervisor sobre la actividad del agente y, por consiguiente, tanto los costes como los beneficios que tendría controlar «plenamente» esta.

³¹ *Vid.*, entre otros, SÁNCHEZ MORÓN (1994: pp. 116 y ss.); BACIGALUPO (1997: 157 y ss.; 2023: § 5.58); CIRIANO VELA (2000: 126 y ss. y 442 y ss.); MUÑOZ MACHADO (2015: 246 y ss.); RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 173 y 174); DOMÉNECH PASCUAL (2018 y 2021). En relación con el Derecho de la Unión Europea, MENDES (2017).

(i) La deferencia disminuye la probabilidad de que el supervisor incurra en un falso positivo (considere erróneamente que la actuación en cuestión es ilícita) y, por lo tanto, reduce los costes esperados de los errores de este tipo. Recordemos que las medidas adoptadas por el supervisor después de cometer un falso positivo pueden menoscabar directamente los intereses del principal. Y que, en tanto en cuanto son costosos para el agente, los falsos positivos minan los incentivos de este para tomar decisiones lícitas, que satisfacen óptimamente los intereses del principal. Semejante efecto desalentador será tanto más intenso cuanto mayores sean: la magnitud del perjuicio causado al agente como consecuencia del falso positivo; y la probabilidad de que se cometa un error de este tipo, lo que dependerá a su vez de factores tales como la capacidad y los incentivos del supervisor para juzgar acertadamente la licitud de las actuaciones del agente.

(ii) La deferencia reduce la probabilidad de que el supervisor estime que el agente ha actuado ilícitamente y tome medidas costosas para este, que minarían sus incentivos para esforzarse, buscar información, innovar y adoptar soluciones más beneficiosas para el principal que las que adoptaría en presencia de un control pleno.

(iii) La deferencia reduce los costes de procedimiento en que hay que incurrir para llevar a cabo el control. De un lado, porque revisar deferentemente una decisión requiere menos tiempo, esfuerzo e información que revisarla plenamente. En este último caso, el supervisor debe determinar cuál es la solución, de entre todas las posibles, que satisface óptimamente los intereses del principal. En el primer caso, en cambio, el supervisor no necesita averiguar cuál es la solución óptima, sino sólo precisar si la adoptada se encuentra dentro de un cierto margen. De otro lado, al reducir la probabilidad de que la decisión objeto de control sea declarada ilícita, la deferencia disminuye los incentivos que las personas interesadas en que se declare esa ilicitud tienen para poner en marcha el correspondiente procedimiento de control y, por consiguiente, cabe esperar que se tramiten menos procedimientos de este tipo. Imaginemos, por ejemplo, que los tribunales se muestran extraordinariamente deferentes respecto de ciertas decisiones administrativas, hasta el punto de que nunca las consideran ilegales. Conscientes de esta práctica judicial, los afectados por dichas decisiones muy difícilmente las impugnarán ante los tribunales, pues la nula probabilidad de que sean declaradas ilegales hará que el beneficio esperado de recurrirlas sea casi siempre inferior a sus costes³². En suma, cuanto mayor es la deferencia, menor es tendencialmente el número de procedimientos de control y menos cuesta tramitar cada uno de ellos.

³² En determinadas circunstancias, sin embargo, puede producirse el resultado contrario. Un aumento de la deferencia puede propiciar que la Administración adopte decisiones más cuestionables y perjudiciales para los interesados, lo que a su vez puede incrementar el número de ocasiones en que estos las recurren ante los tribunales. *Vid.* GIVATI (2009).

4.3. Costes de la deferencia

La deferencia incrementa la probabilidad de que el supervisor incurra en un falso negativo, es decir, que dé por lícita una actuación que en realidad es ilícita y no satisface de manera óptima los intereses del principal. Este incremento tiene cuando menos tres efectos perjudiciales para el principal:

(i) En la medida en que los falsos negativos reducen los costes esperados que para el agente implica actuar ilícitamente, dichos errores *alientan la adopción de decisiones ilícitas*, cuyo número, en consecuencia, tenderá a incrementarse. Imaginemos, por ejemplo, que los tribunales se vuelven extremadamente deferentes al revisar las adjudicaciones de contratos públicos. Esta circunstancia reduce la probabilidad de que los tribunales anulen los contratos adjudicados ilegalmente por las autoridades administrativas en su propio beneficio y a costa de los intereses de la ciudadanía. Dado que la anulación de estos contratos tiene consecuencias costosas para las autoridades que los adjudicaron, dicha reducción aumentará los beneficios esperados de cometer tales ilegalidades, lo que a su vez provocará que el número de estas tienda a incrementarse.

Este efecto alentador de actuaciones ilícitas derivado de la deferencia será tanto más potente y negativo para los intereses del principal cuanto mayores sean (a) el beneficio que el agente puede obtener si actúa ilícitamente y (b) los costes esperados que para el agente tendría su actuación ilícita si esta fuera controlada plenamente, y que el agente se ahorra de resultados de la deferencia. Tales costes, a su vez, estarán en función creciente de (c) la probabilidad de que una actuación ilícita del agente sea declarada como tal si se la somete a control pleno y de (d) la magnitud de la «sanción» impuesta al agente por actuar ilícitamente.

(ii) Los falsos negativos *impiden que el supervisor adopte medidas preventivas* dirigidas a evitar que se desarrollen o sigan desarrollándose actividades ilícitas y contrarias a los intereses del principal. Imaginemos que los tribunales se vuelven extremadamente deferentes al autorizar actos de disposición de los bienes de personas menores de edad o discapacitadas. Este cambio jurisprudencial incrementará el número de los actos de disposición ilícitos, que perjudican los intereses de estas personas, con independencia de la influencia que además pueda tener sobre los incentivos de sus representantes legales para solicitar la autorización de un mayor número de esos actos.

(iii) Los falsos negativos *impiden que el supervisor adopte medidas correctivas* dirigidas a eliminar o mitigar los efectos lesivos para los intereses del principal de la situación creada por la correspondiente actuación ilícita.

Además, la deferencia *reduce la información generada en los procedimientos de control* acerca de cómo tienen que actuar los agentes para que sus decisiones sean lícitas y conformes con los intereses del principal. De un lado, y como ya hemos visto, porque la deferencia disminuye en determinadas circunstancias el número de casos en los que se controla la actuación de los agentes y se produce información al respec-

to. De otro lado, porque en los procedimientos de control deferente no es necesario examinar cuál es la solución, de entre todas las posibles, que satisface óptimamente los intereses del principal, sino sólo responder a una cuestión de alcance mucho más limitado: la de si la solución revisada se encuentra dentro del referido espacio. Es decir, cuanto mayor es la deferencia, menor es tendencialmente el número de procedimientos en los que se podría generar esa información y menos información produce cada uno de ellos.

4.4. Factores determinantes del grado óptimo de deferencia

A fin de maximizar la satisfacción de los intereses del principal, debería reconocerse un cierto margen de deferencia al agente si y en la medida en que los beneficios esperados que para el principal se derivan ello superen a sus costes. A estos efectos conviene tener en cuenta que unos y otros dependen crucialmente de varios factores³³, principalmente de los siguientes.

4.4.1. Capacidad para decidir acertadamente

El primer factor es la diferencia existente entre la capacidad del agente y la del supervisor para tomar decisiones que satisfacen óptimamente los intereses del principal. La capacidad para efectuar este juicio depende de varias circunstancias, tales como el tiempo, los recursos materiales, la experiencia y los conocimientos de que disponen las personas encargadas de decidir, su legitimidad, la cercanía de estas personas respecto de los hechos relevantes para tomar una u otra decisión, etc.

Esta capacidad es un factor relevante principalmente porque determina la probabilidad de incurrir en errores a la hora de precisar qué decisiones satisfacen mejor los intereses del principal. Cuanto más elevada sea la capacidad de una persona para decidir acertadamente, menos probable será *ceteris paribus* que cometa un error en este punto. Además, la mayor capacidad puede tener también otras ventajas, como la de facilitar que las decisiones correspondientes sean aceptadas por las personas afectadas.

La diferencia existente entre la capacidad del agente y la del supervisor para precisar cuáles son las mejores soluciones para el principal determina la probabilidad de que el supervisor incurra en falsos positivos o falsos negativos. Supongamos que la capacidad del agente es muy elevada, hasta el punto de que siempre acierta; y la del supervisor, muy baja, hasta el punto de que siempre se equivoca. Así las cosas, la probabilidad de que este último cometa un falso positivo al controlar plenamente las decisiones del

³³ Cfr. CRAIG (2022); ARROYO JIMÉNEZ (2024). Otros autores, en cambio, consideran que el único factor determinante de la intensidad del control judicial de la actividad administrativa debería ser la densidad con la que esta ha sido programada por el ordenamiento jurídico. *Vid.* BACIGALUPO (2023: § 5.4-6).

agente es elevadísima (igual a 1: siempre yerra), mientras que la probabilidad de cometer un falso negativo al mostrarse deferente es reducidísima (igual a 0: nunca yerra). En estas circunstancias, es obvio que el supervisor debería ser siempre deferente frente a las decisiones del agente. En general, cuanto mayor sea la diferencia (positiva) existente entre la capacidad del agente y la del supervisor para decidir acertadamente, más deferente debería ser este último, pues la probabilidad de cometer un falso positivo es más elevada; y la de incurrir en un falso negativo, menor.

Esto explica por qué los tribunales suelen conceder a las autoridades administrativas una amplia discrecionalidad para tomar decisiones que requieren efectuar complicadas evaluaciones económicas o sociales o apreciaciones de hechos técnicamente complejas, y/o respecto de los cuales existe una gran incertidumbre científica³⁴. Por lo general, las administraciones públicas cuentan con mejores conocimientos y están mejor pertrechadas que los jueces para decidir acertadamente sobre estas cuestiones.

Cuanto mayor es la diferencia de capacidad entre las administraciones públicas y los jueces para decidir acertadamente, más amplio suele ser el margen de apreciación que estos reconocen a las primeras. De ahí que, por ejemplo: (i) el control judicial de las decisiones administrativas sobre acceso al empleo público es normalmente más incisivo cuando se revisa la evaluación de conocimientos jurídicos, respecto de los cuales los jueces son expertos, que cuando se hace lo propio con saberes de distinta índole³⁵; (ii) la deferencia de los jueces tiende a ser mayor cuanto mayor es su carga de trabajo, pues entonces tienen menos tiempo para estudiar cada uno de los casos sometidos a su juicio y, por lo tanto, la referida diferencia de capacidad se acentúa³⁶.

Análogamente, los tribunales internacionales de derechos humanos reconocen un «margen de apreciación» a las autoridades nacionales para resolver los problemas planteados en relación con la protección de estos derechos. Al encontrarse «en relación directa y permanente con las fuerzas vivas de su país, las autoridades nacionales están en principio en mejor posición que un tribunal internacional para evaluar las necesidades y el contexto locales»³⁷. Para tomar decisiones acertadas en esta materia, hay que analizar, a la vista de las peculiaridades de cada caso, la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos cuestionadas. Y

³⁴ *Vid.*, entre otras, la STS de 16 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5341); las SSTJUE de 21 de enero de 1999 (*Upjohn*, C-120/97, § 34), 15 de octubre de 2009 (*Enviro Tech*, C-425/08, § 47) y 8 de julio de 2010 (*Afton Chemical Limited*, C-343/09, § 28); y las SSTEDH de 8 de julio de 2003 (*Hatton y otros c. Reino Unido*, 36022/97, §§ 97 y ss.), 10 de febrero de 2011 (*Dubetska y otros c. Ucrania*, 30499/03, § 142) y 9 de abril de 2024 (*Verein Klimasenioren Schweiz y otros c. Suiza*, 53600/20, § 449). En la doctrina, *vid.*, entre otros, CIRIANO VELA (2000: 359 y ss.); ÉSTEVE PARDO (2009); HERNÁNDEZ (2011); RUIZ PALAZUELOS (2018); RODRÍGUEZ PONTÓN (2019). En relación con el Derecho de la Unión Europea, *vid.* FRITZSCHE (2010); NEHL (2019).

³⁵ En sentido similar, GARCÍA ÁLVAREZ (2012: 1208 y 1215).

³⁶ *Vid.* COAN (2012); DOMÉNECH-PASCUAL, MARTÍNEZ-MATUTE y MORA-SANGUINETTI (2021); y, *mutatis mutandis*, en relación con la revisión de resoluciones judiciales por tribunales superiores, HUANG (2011); LAVIE (2016).

³⁷ SSTEDH de 25 de septiembre de 1996 (*Buckley c. Reino Unido*, 20348/1992, § 75) y 9 de abril de 2024 (*Verein Klimasenioren Schweiz y otros c. Suiza*, 53600/20, § 449).

las autoridades domésticas están normalmente mejor situadas que los jueces internacionales para efectuar semejantes análisis, pues suelen tener un mejor conocimiento de las circunstancias en las que se plantean los correspondientes conflictos y que determinan si las medidas enjuiciadas son adecuadas, necesarias y proporcionadas³⁸.

Este margen de apreciación resulta especialmente amplio cuando: hay que «apreciar en qué podría consistir la política óptima en [un] campo social y técnico difícil»³⁹; «lo que se encuentra en juego son cuestiones de política general sobre las que pueden razonablemente existir profundas divergencias en un Estado democrático»⁴⁰; o «no existe consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa ni sobre la importancia relativa del interés en juego ni sobre el mejor medio de protegerlo, en particular cuando el caso plantea cuestiones morales o éticas delicadas»⁴¹. En los tres supuestos, el problema es sustancialmente el mismo: la cuestión planteada es muy compleja y hay una elevada incertidumbre (científica, técnica, económica, moral, etc.) acerca de cuál es la mejor manera de resolverla. Y en los tres supuestos cabe pensar que las autoridades domésticas están mejor situadas que los jueces internacionales para encontrar la solución óptima.

4.4.2. *Divergencia de intereses*

Otro factor relevante es el de la medida en que los intereses del agente divergen de los del principal, es decir, el del coste neto esperado que para el principal implica que el agente tome la decisión más acorde con sus propios intereses. Si, como cabe razonablemente suponer, el agente trata de actuar en el sentido que más le conviene, dicha divergencia implica por definición el riesgo de que este adopte decisiones lesivas para los intereses del principal. A mayor divergencia, mayor riesgo. Y, obviamente, cuanto más elevado sea este riesgo, más costosa y desaconsejable será la deferencia.

Esto explica por qué la deferencia del juez hacia los administradores de las sociedades mercantiles «será esperable que se produzca si hay alineamiento entre las preferencias del juez [que podemos suponer están aproximadamente alineadas con las de los socios] y las que este atribuye al agente»⁴². De hecho, los tribunales estadounidenses utilizan para revisar dichas decisiones un estándar especialmente estricto (*entire fairness standard*) cuando estas se adoptaron en presencia de un conflicto de intereses⁴³. En sentido similar, el artículo 226.1 de la Ley española de Sociedades de Capital excluye la aplicación de una regla de amplia «discrecionalidad empresarial» cuando el administrador actuó con «interés personal en el asunto objeto de decisión».

³⁸ GERARDS (2011: 85). *Vid.*, también, IGLESIAS VILA (2024).

³⁹ STEDH de 21 de febrero de 1990 (*Powell y Rayner c. Reino Unido*, 9310/1981, § 44).

⁴⁰ SSTEDH de 8 de julio de 2003 (*Hatton y otros c. Reino Unido*, 36022/1997, § 97) y 9 de abril de 2024 (*Verein Klimasenioren Schweiz y otros c. Suiza*, 53600/20, § 449).

⁴¹ STEDH de 4 de abril de 2023 (*A. H. c. Alemania*, 7246/2020, § 112).

⁴² SÁEZ LACAPE (2024).

⁴³ STEIN (2024).

De ahí también que el Tribunal Supremo español reconozca a las administraciones públicas un margen de apreciación especialmente ancho cuando el órgano que ha adoptado la resolución impugnada goza de una singular imparcialidad⁴⁴, sus miembros vienen «adornados» por las cualidades de la objetividad y la independencia⁴⁵ o son «ajenos a los intereses» afectados por la decisión⁴⁶. Las garantías de imparcialidad, objetividad, independencia y ajenidad tienden a reducir las divergencias entre los intereses del agente (las personas titulares del órgano administrativo decisor) y los del principal (los ciudadanos afectados) y, por lo tanto, minoran el riesgo de que dicho órgano tome decisiones lesivas para la ciudadanía.

Análogamente, los tribunales suelen mostrarse más deferentes con las decisiones adoptadas por las autoridades cuya legitimidad democrática es mayor (es decir, cuya relación representativa con el pueblo es más estrecha). Normalmente son más deferentes con el legislador que con las autoridades administrativas, y tanto más deferentes con estas cuanto más legitimado democráticamente está el órgano artífice de la actuación revisada. Así, una de las razones por las cuales el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) suele reconocer a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación para proteger tales derechos es que dichas autoridades «gozan de una legitimidad democrática directa»⁴⁷. La razón de la relevancia que en este punto tiene el factor democrático salta a la vista. Cabe razonablemente suponer que cuanto mayor es la legitimidad democrática de una autoridad, más alineados están sus intereses con los de la ciudadanía y, por lo tanto, menor es el riesgo de que tomen medidas lesivas para esta.

4.4.3. *Plausibilidad sustancial de la decisión objeto de control*

La plausibilidad de una decisión puede definirse como la probabilidad percibida por el supervisor, a la vista de su contenido, de que esta satisfaga óptimamente los intereses del principal. Cuanto menos plausible sea la decisión controlada, menos deferente hacia ella debería mostrarse el supervisor, obviamente⁴⁸.

4.4.4. *Medidas de cuidado adoptadas para tomar una decisión acertada. Procedimiento y motivación*

El agente puede y normalmente debe tomar ciertas medidas de cuidado dirigidas a garantizar el acierto de sus decisiones. Cabe razonablemente pensar que su adop-

⁴⁴ STC 353/1993, de 29 de noviembre.

⁴⁵ STS de 16 de julio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:5358).

⁴⁶ *Vid.*, las SSTs de 9 de marzo de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:19825) y 9 de diciembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:7981).

⁴⁷ SSTEDH de 8 de julio de 2003 (*Hatton y otros c. Reino Unido*, 36022/1997, § 97) y 9 de abril de 2024 (*Verein Klimasenioreninnen Schweiz y otros c. Suiza*, 53600/20, § 449).

⁴⁸ STEPHENSON (2006b).

ción eleva la probabilidad de que se produzca efectivamente dicho resultado. Estas medidas consisten principalmente en: buscar, obtener y procesar información acerca de las circunstancias relevantes para decidir y, muy especialmente, acerca del impacto que las distintas alternativas de actuación pueden tener sobre los intereses del principal; analizar, a la vista de esa información, los costes y beneficios esperados de cada una de las referidas alternativas; determinar cuál es la que mejor satisface dichos intereses; explicar las razones por las que se ha llegado a dicha solución; y, en el caso de recabar la colaboración de otros sujetos para llevar a cabo dichas tareas, asegurar que estos reúnen ciertos requisitos de capacidad y objetividad.

De hecho, las autoridades legislativas, administrativas y judiciales están normalmente obligadas a observar un determinado procedimiento antes de tomar decisiones que afectan a los ciudadanos. Es decir, están obligadas a realizar un conjunto de actividades de obtención, procesamiento, evaluación y comunicación de información encaminadas a garantizar el acierto de las correspondientes decisiones. También están obligadas a motivar estas decisiones, a explicar las razones de hecho y derecho que las justifican. En el ámbito privado, los agentes deben tomar medidas de cuidado análogas, aunque no siempre estas han sido determinadas y reguladas con detalle por el legislador. Los administradores de sociedades de capital, por ejemplo, deben actuar «con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado»⁴⁹.

La adopción de estas medidas de cuidado constituye un factor de importancia crucial a la hora de precisar el grado de deferencia que conviene reconocer al agente desde el punto de vista de los intereses del principal. Cuanto menor (mayor) sea el nivel de cuidado que el agente haya adoptado para decidir, menor (mayor) será la deferencia que merecen sus decisiones. O, dicho de otra manera, cuanto mayor sea el margen de discrecionalidad otorgado al agente, más elevado será el nivel de cuidado con el que este debería actuar⁵⁰. Y ello por varias razones:

En primer lugar, la adopción de medidas de cuidado aumenta la probabilidad de que el agente tome una decisión conveniente para los intereses del principal y, en consecuencia, incrementa también la probabilidad de que el supervisor cometa un falso positivo al verificar la licitud de las actuaciones del agente, lo que justificaría aumentar la deferencia en este punto.

En segundo lugar, si el hecho de que el supervisor declare ilícita la actuación del agente tiene consecuencias costosas para este, exigir como condición indispensable para mostrar deferencia y no declarar esa ilicitud que el agente cumpla las referidas medidas de cuidado incentiva evidentemente su cumplimiento. Por ejemplo, el hecho de que las autoridades administrativas sepan que sus actos serán anulados si no han sido preparados a través de un determinado procedimiento, unido a la circunstancia de que su anulación tendrá considerables costes para ellas, propiciará

⁴⁹ *Vid.* el art. 226.1 LSC; GUERRERO TREVIJANO (2015); ALFARO ÁGUILA-REAL (2015); SÁEZ LACAVE (2024).

⁵⁰ En sentido similar, FRITZSCHE (2010: 398); RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 69 y ss.); NEHL (2019: 190); HOFMANN (2019: 91); PONCE SOLÉ (2022: 137); ARROYO (2024).

que observen ese procedimiento, lo que previsiblemente redundará en beneficio de la ciudadanía.

En tercer lugar, la adopción de esas medidas de cuidado, que normalmente tienen un coste significativo para el agente, puede servir para indicar o señalar de manera creíble que las decisiones resultantes son acertadas y valiosas tanto para el agente como para el principal, por lo que su declaración de ilicitud menoscabaría los intereses de ambos, lo que justificaría que los tribunales mostraran cierta deferencia hacia ellas, por las razones antes expuestas⁵¹.

La adopción de medidas de cuidado será especialmente necesaria, a los efectos de que el supervisor se comporte deferentemente, cuando existe un elevado riesgo de que la decisión examinada menoscabe los intereses del principal, por ejemplo, porque hay una cierta divergencia entre estos y los del agente⁵² o porque dicha decisión es muy implausible. Nótese que, por esta razón, la plausibilidad sustantiva de una decisión y las garantías procedimentales observadas para dictarla tienden a ser sustitutivas o intercambiables. Cuanto más sospechoso o endeble sea el contenido de la decisión, más rigurosas deberán ser esas garantías a los efectos de que el supervisor la considere lícita⁵³.

En la práctica, los tribunales tienden a actuar de acuerdo con estos criterios al revisar decisiones administrativas. Así, por ejemplo, «la posición del Tribunal Supremo sobre el rigor exigible a la motivación [suele] depender de las dudas sobre la justicia material de la resolución administrativa recurrida... las sombras de duda... llevan a alzar la exigencia de motivación»⁵⁴. Cabe citar a título ilustrativo el caso del nombramiento del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. El Consejo General del Poder Judicial había escogido a un candidato que había obtenido peor puntuación que otro respecto de los méritos susceptibles de mayor objetivación, y sólo había superado a este en el mérito cuya valoración entrañaba mayor subjetividad. Así las cosas, el Tribunal Supremo considera que «en un supuesto como el actual en que la valoración de los elementos objetivos de la recurrente se impone tan claramente sobre los del candidato designado, se revela como exigencia insoslayable un plus de motivación... que justifique debidamente la significativa relevancia concedida al resto de los requisitos anunciados... en la convocatoria». Y ello «a fin de despejar cualquier sospecha de posible arbitrariedad o desviación de poder»⁵⁵. De hecho, después de que el acuerdo fuera anulado por no contener ese «razonamiento especialmente cuidado», el Consejo volvió a escoger al mismo candidato, pero esta vez con una motivación más robusta que una ulterior sentencia del Tribunal Supremo consideró suficiente⁵⁶.

⁵¹ *Vid.* STEPHENSON (2006a y 2006b).

⁵² En sentido similar, PONCE SOLÉ (2022: 137).

⁵³ STEPHENSON (2006b).

⁵⁴ GARCÍA ÁLVAREZ (2012: 1202).

⁵⁵ STS de 10 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2039).

⁵⁶ STS de 27 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2487).

Por una razón análoga, el legislador español exige una motivación reforzada para las decisiones administrativas que «se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos»⁵⁷. Esa separación constituye un «indicio de arbitrariedad en la actuación administrativa», una circunstancia que mina su plausibilidad y que debe ser contrarrestada mediante una explicación particularmente rigurosa de las razones que la sustentan⁵⁸.

El artículo 190.3 de la Ley de Sociedades de Capital establece una regla de procedimiento dirigida a enervar el riesgo de que la junta adopte acuerdos lesivos para el «interés social», en casos en los que este riesgo es particularmente elevado. Los socios que se encuentran en determinadas situaciones de conflicto de interés y no se abstienen de votar corren con la carga de probar la conformidad con el interés social del acuerdo impugnado, si su voto fue decisivo. La precaución procedimental consistente en abstenerse, por consiguiente, permite «relajar la intensidad del escrutinio *ex post*»⁵⁹.

Al enjuiciar leyes, el Tribunal Constitucional también condiciona a veces su deferencia a la adopción de medidas de cuidado análogas. La STC 140/2016, de 21 de julio (FFJJ 8, 11 y 13), por ejemplo, consideró que el legislador tenía que «justificar los criterios conforme a los cuales fija el importe de cada una de las tasas» judiciales impugnadas, así como su proporcionalidad. En ausencia de una justificación suficiente a este respecto, que no constaba en la memoria del análisis de impacto normativo del proyecto de ley, el Tribunal estimó que la tasa cuestionada era contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.

En varias sentencias relativas a restricciones impuestas a la implantación de grandes establecimientos comerciales, el Tribunal Constitucional anula sendas disposiciones autonómicas por contravenir la legislación estatal básica que supeditaba esas restricciones al cumplimiento de ciertos requisitos, tales como su idoneidad y necesidad para lograr determinados objetivos legítimos. Pero, para declararlas inconstitucionales, el Tribunal no afirma que las restricciones cuestionadas eran inidóneas o innecesarias a esos efectos, sino sólo que el legislador no había aportado razones que justificaran suficientemente su idoneidad y necesidad⁶⁰, y que no había proporcionado «los datos precisos en los que se justifica la adopción de la medida limitativa de acuerdo con tales razones»⁶¹.

En sentido similar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha considerado que las instituciones de la Unión deben adoptar medidas de cuidado semejantes cuando dictan decisiones administrativas discrecionales de carácter singular o general, así como cuando ejercen su discrecionalidad legislativa⁶². En general, deben

⁵⁷ Art. 35.1.c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁵⁸ En relación con el precedente administrativo, *vid.* DÍEZ SASTRE (2008: 65 y 268 y ss.).

⁵⁹ SÁEZ LACAVE (2016: 48).

⁶⁰ *Vid.* las SSTC 26/2012, de 1 de marzo (FJ 5); 193/2013, de 21 de noviembre (FFJJ 6-8); 73/2016, de 14 de abril (FJ 6); y 128/2016, de 7 de julio (FJ 3).

⁶¹ STC 157/2016, de 22 de septiembre (FJ 9).

⁶² SSTJUE de 8 de junio de 2010 (*Vodafone y otros*, C-58/08, § 55); 12 de mayo de 2011 (*Luxemburgo c. Parlamento Europeo y Consejo*, C-176/09, § 65) y 13 de marzo de 2019 (*Polonia c. Parlamento*

«examinar minuciosa e imparcialmente todos los elementos relevantes del asunto de que se trata», garantizar «el derecho del interesado a expresar su punto de vista» y motivar «la decisión de modo suficiente»⁶³. En materia económica, en particular, el juez comunitario puede verificar no sólo «la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también... si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos»⁶⁴. Una doctrina análoga ha sentado el TJUE en relación con las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales. Así, por ejemplo, «las razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación»⁶⁵.

El TEDH, por su parte, ha declarado que, cuando el Estado aborda «cuestiones complejas de política ambiental y económica, el proceso decisorio debe, en primer lugar, comportar la realización de investigaciones y estudios apropiados, a fin de prevenir y evaluar previamente los efectos de las actividades que pueden atentar contra el ambiente y los derechos de los ciudadanos, permitiendo de esa manera el logro de un justo equilibrio entre los diversos intereses concurrentes»⁶⁶. En segundo lugar, los individuos afectados deben tener la posibilidad de participar en el proceso decisorio, lo que incluye la posibilidad de acceder a la información relevante disponible y de impugnar efectivamente las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales⁶⁷. En tercer lugar, el Estado debe justificar, «utilizando datos detallados y rigurosos», las decisiones adoptadas⁶⁸. Si no se han tomado estas medidas de cuidado dirigidas a determinar dicho justo equilibrio, no cabe presumir que este ha sido alcanzado.

En sentido similar, los tribunales de los Estados Unidos de América aplican, para revisar las decisiones de las agencias administrativas y las de los administradores de sociedades mercantiles, cánones más deferentes cuando estas han sido preparadas con observancia de ciertas reglas de procedimiento⁶⁹.

Europeo y Consejo, C-128/17, §§ 45, 100 y 136). *Vid.*, también, MENDES (2016); HOFMANN (2019).

⁶³ STJUE de 21 de noviembre de 2021 (*Technische Universität München*, C-269/19, § 14).

⁶⁴ STJUE de 15 de febrero de 2005 (*Tetra Laval*, C-12/03 P, § 39).

⁶⁵ SSTJUE de 22 de diciembre de 2008 (*Comisión c. Austria*, C161/07, § 36) y 24 de marzo de 2011 (*Comisión c. España*, C-400/08, § 83).

⁶⁶ STEDH de 10 de noviembre 2004 (*Taşkın y otros*, 46117/99, §§ 115 y ss.).

⁶⁷ STEH de 10 de febrero de 2011 (*Dubetska y otros c. Ucrania*, 30499/03, § 143).

⁶⁸ STEH de 10 de febrero de 2011 (*Dubetska y otros c. Ucrania*, 30499/03, § 145).

⁶⁹ En relación con la revisión de decisiones administrativas, *vid. Christensen v. Harris County*, 529 U.S. 576, 587 (2000). En relación con la revisión de actuaciones de administradores de sociedades mercantiles, *vid. Corwin v. KKR Fin. Holdings LLC*, 125 A.3d 304, 312-13 (Del. 2015). En la doctrina, *vid. STEIN* (2024).

4.4.5. *Relevancia de los intereses en juego*

El TEDH ha declarado en alguna ocasión que, cuando las medidas estatales enjuiciadas «atenta[n] contra uno de los aspectos más íntimos de la vida privada de una persona», el margen de apreciación que ha de reconocerse a los Estados es reducido⁷⁰. Uno podría sentirse tentado a generalizar esta doctrina y afirmar que el supervisor debe mostrar siempre escasa deferencia hacia las medidas enjuiciadas que afectan gravemente a los intereses del principal.

Debe notarse, sin embargo, que la relevancia de los intereses del principal afectados por la correspondiente decisión juega un papel ambivalente⁷¹. Cuanto mayor es esta relevancia, más graves son los perjuicios ocasionados al principal por los falsos negativos cometidos por el supervisor al mostrarse deferente y considerar lícitas decisiones que en realidad son ilícitas. Pero, por otro lado, más graves son también los perjuicios que al principal pueden ocasionar los falsos positivos cometidos por el supervisor al declarar equivocadamente la ilicitud de las decisiones del agente y, por lo tanto, más aconsejable resultará que el supervisor se muestre deferente.

Así las cosas, la solución óptima para los casos en los que los intereses afectados revisten una gran trascendencia consistirá normalmente en que los supervisores muestren un elevado grado de deferencia, siempre que los agentes tengan mayor capacidad de decidir acertadamente y con la condición de que extremen el cuidado a la hora de tomar una decisión y justificarla.

En la práctica, suele observarse esta solución. Por ejemplo, en asuntos referidos a cuestiones complejas de política general en los que las medidas estatales afectan gravemente a los derechos humanos, el TEDH ha reconocido a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación, pero sólo si estas han observado ciertas exigencias de procedimiento dirigidas a lograr un justo equilibrio entre todos los intereses afectados⁷². En el ámbito societario, «los jueces mercantiles evitan por lo general entrar en el fondo del asunto o de la disputa, y tratan de amparar sus decisiones en el cumplimiento de procedimientos formales y en la corrección técnica, más que sustantiva o de contenido, de la decisión»⁷³.

4.5. **La determinación del grado de deferencia**

El delegante tiene la primera palabra en la determinación del grado de deferencia que el supervisor debe mostrar hacia las decisiones del agente o, lo que es lo mismo, en la delimitación del margen de discrecionalidad que corresponde a este último.

⁷⁰ STEDH de 8 de julio de 2003 (*Hatton y otros c. Reino Unido*, 36022/1997, § 102).

⁷¹ En sentido similar, COOTER y GILBERT (2022: 316 y 317).

⁷² Vid. las SSTEDH de 8 de julio de 2003 (*Hatton y otros c. Reino Unido*, 36022/1997, § 116-130) y 10 de noviembre de 2004 (*Taskin y otros c. Turquía*, 46117/1999, §§ 116-126).

⁷³ SÁEZ LACAVE (2024).

Sin embargo, por lo general, resulta difícil que el delegante sea capaz de precisar de antemano y con absoluta exactitud el grado óptimo de deferencia, sobre todo cuando este es amplio.

Habida cuenta de que dicho grado óptimo puede variar notablemente en función de las circunstancias del caso concreto, el supervisor estará normalmente mejor situado que el delegante para determinarlo. Aquel puede evaluar más acertadamente la influencia que en cada caso tienen algunos de los factores analizados en epígrafes anteriores, factores que pueden tomar valores muy diferentes en cada ocasión. Piénsese en: la plausibilidad sustancial de la concreta decisión enjuiciada; las concretas medidas de cuidado adoptadas por el agente para asegurar el acierto de su decisión; la relevancia de los intereses en juego; la existencia de posibles conflictos de interés entre el principal y el agente, etc.

Si, además, no existe una gran divergencia entre los intereses del principal y los del supervisor y este adopta normalmente medidas de cuidado suficientes para asegurar su acierto, parece razonable que el supervisor disponga de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el grado de deferencia que ha de reconocerle al agente.

De hecho, el supervisor tiene usualmente la penúltima palabra a este respecto. Digo penúltima y no última porque a veces sus decisiones son revisables por otro u otros supervisores y porque, en el caso de que el supervisor actúe por delegación, el delegante siempre puede controlar su actividad y eventualmente revocar, modificar o condicionar la delegación al menos para los casos futuros.

El delegante puede limitar de dos maneras la discrecionalidad del supervisor para determinar el grado de deferencia que ha de reconocerse al agente. La primera consiste en disponer explícita o al menos inequívocamente que el agente goza de discrecionalidad para adoptar ciertas decisiones, lo que significa que el supervisor debe mostrar deferencia hacia estas. Por ejemplo, la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, establece que: los órganos administrativos encargados de evaluar las pruebas de acceso a este cuerpo funcional «actuarán con plena independencia y discrecionalidad técnica» (art. 28.5); «la libre designación consiste en la apreciación discrecional, por el órgano competente, de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto de trabajo» (art. 47.5); y «los Policías Nacionales que hayan obtenido un puesto de trabajo por el procedimiento de libre designación podrán ser cesados del mismo con carácter discrecional». Al dejar sentado que estas decisiones son discrecionales, el legislador obliga a los jueces a mostrarse ampliamente deferentes con ellas. El legislador limita así la discrecionalidad de los jueces para determinar el grado de deferencia que deben mostrar al revisarlas. Cabe razonablemente entender, sin embargo, que tampoco excluye del todo la discrecionalidad judicial, pues los tribunales siguen teniendo un cierto margen para apreciar en algunos casos la ilegalidad de las correspondientes decisiones⁷⁴, por ejem-

⁷⁴ Sobre las posibilidades de control de la llamada «discrecionalidad técnica», *vid.*, entre otros, DESDENTADO DAROCA (1997); GARCÍA ÁLVAREZ (2012); RIVERO YSERN y RIVERO OR-

plo, cuando el correspondiente órgano administrativo ha incurrido en un «patente error»⁷⁵ o en una desviación de poder⁷⁶.

Esta discrecionalidad explícitamente atribuida al agente no es, por lo tanto, absoluta, sino que tiene límites. En la medida en que estos no han sido predeterminados por el delegante con absoluta exactitud, el supervisor dispone de un cierto margen de discrecionalidad para modular su deferencia respecto de la actuación del agente. Pero ello no quiere decir que la atribución explícita de discrecionalidad carezca de relevancia. Con ella el delegante deja claro que el supervisor debe mostrarse ampliamente deferente. A falta de ella, la discrecionalidad del supervisor en este punto sería mucho mayor.

La segunda manera de limitar la discrecionalidad del supervisor consiste en que el delegante predetermine de manera precisa las condiciones de licitud de las decisiones del agente. Nótese que esta solución arroja como resultado que tanto el agente como el supervisor tienen escasa discrecionalidad. Al quedar predeterminado con un elevado grado de detalle y exactitud cómo ha de actuar el agente, este dispone de un escaso margen para actuar lícitamente y, correlativamente, el supervisor no tiene más remedio que ser poco deferente con él.

Para otorgar al supervisor un amplio margen de discrecionalidad dirigido a precisar el grado de deferencia que este ha de reconocer al agente, el delegante no necesita otorgárselo explícitamente. El delegante puede conseguir el mismo resultado regulando en términos contradictorios, silentes o imprecisos —mediante «conceptos jurídicos indeterminados»— las condiciones de licitud de las actuaciones del agente. Nótese que la utilización de tales términos en la regulación de la actividad del agente no significa necesariamente que este goce de discrecionalidad, sino sólo que el supervisor tiene en principio una cierta discrecionalidad para determinar si y en qué medida dicho agente puede actuar discrecionalmente.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Robert ALEXANDER (1994), *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1994.
- Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2015), «Artículo 226», en Javier JUSTE MENCÍA (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, Civitas, Cizur Menor, pp. 325-360.
- María José ALONSO MAS (1998), *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- R. Douglas ARNOLD (1987), «Political Control of Administrative Officials», *Journal of Law, Economics and Organization*, 3(2), pp. 279-86.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ (2024), «Control judicial y deferencia en el Derecho administrativo», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9.

TEGA (2012); SÁNCHEZ MORÓN (2015); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015); MAURI MAJÓS (2019).

⁷⁵ STS de 16 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5341).

⁷⁶ STS de 21 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4688).

- Mariano BACIGALUPO (1997), *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid.
- Mariano BACIGALUPO (2023), «La vinculación de la Administración Pública a la ley y al Derecho», en Francisco VELASCO CABALLERO y Mercè DARNACULLETA GARDELLA (eds.), *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, pp. 133-152.
- Miguel BELTRÁN DE FELIPE (1995), *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid.
- Jonathan BENDOR y Adam MEIROWITZ (2004), «Spatial Models of Delegation», *American Political Science Review*, 98(2), pp. 293-310.
- César David CIRIANO VELA (2000), *Administración económica y discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid.
- Andrew COAN (2012), «Judicial Capacity and the Substance of Constitutional Law», *Yale Law Journal*, 122, pp. 422-458.
- Robert COOTER (2006), «The Intrinsic Value of Obeying a Law: Economic Analysis of the Internal Viewpoint», *Fordham Law Review*, 75, pp. 1275-1286.
- Robert D. COOTER y Bradley FREEDMAN (1991), «The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences», *New York University Law Review*, 66, pp. 1045-1075.
- Robert D. COOTER y Michael D. GILBERT (2022), *Public Law and Economics*, Oxford University Press, Oxford.
- Paul CRAIG (2022), «Varying intensity of judicial review: a conceptual analysis», *Public Law*, 3, pp. 442-462.
- Pedro DA SILVA MOREIRA (2019), *Deferencia al legislador. La vinculación del juez a la ley en el Estado constitucional*, CEPC, Madrid.
- Eva DESDENTADO DAROCA (1997), *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid.
- Silvia DÍEZ SASTRE (2008), *El precedente administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2017), «¿Mejor antes o después? Controles públicos previos vs. controles públicos posteriores», *Papeles de Economía Española*, 151, pp. 47-62.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2018), «Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 100, pp. 131-164.
- Gabriel DÓMENECH PASCUAL (2021), «El juego del Legislador, la Administración y el Juez», en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (eds.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, vol. I, pp. 861-934.
- Gabriel DÓMENECH-PASCUAL, Marta MARTÍNEZ-MATUTE y Juan S. MORA-SANGUINETTI, (2021), «Do fee-shifting rules affect plaintiffs' win rates? A theoretical and empirical analysis», *International Review of Law and Economics*, 65.
- Ronald DWORKIN, «Judicial discretion», *Journal of Philosophy*, 60 (21), pp. 624-638.
- Franck H. EASTERBROOK y Daniel R. FISCHER (1993), «Contract and Fiduciary Duty», *Journal of Law & Economics*, 36(1), pp. 425-446.
- José ESTEVE PARDO (2009), «La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional», en Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (dirs.), *Regulación Económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, pp. 881-921.
- Tamar FRANKEL (2010), *Fiduciary Law*, Oxford University Press, Oxford.
- Alexander FRITZSCHE (2010), «Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European law», *Common Market Law Review*, 47, pp. 361-403.
- Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1998), *De la arbitrariedad del legislador*, Civitas, Madrid.
- Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2005), *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid.
- Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2015), «La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece», *Revista de Administración Pública*, 196, pp. 211-227.
- Jordi FERRER BELTRÁN (2021), «El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: intermediación e inferencias probatorias», *Revista Cubana de Derecho*, 1(1), pp. 244-273.

- Jordi FERRER BELTRÁN (2024), «La doble instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa y el principio de inmediación: una deferencia mal entendida al juzgador de primera instancia», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9.
- Víctor FERRERES COMELLA (2021), *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid.
- Raymond FISMAN y Edward MIGUEL (2007), «Corruption, Norms, and Legal Enforcement: Diplomatic Parking Tickets», *Journal of Political Economy*, 115(6), pp. 1020-1048.
- Roberto GALBIATI y Pietro VERTOVA (2014), «How laws affect behavior: Obligations, incentives and cooperative behavior», *International Review of Law and Economics*, 38, pp. 48-57.
- Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ (2012), «El declive de la inmunidad judicial de las decisiones de los tribunales de oposiciones (análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre “discrecionalidad técnica”)», en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA (eds.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, vol. 1, pp. 1193-1221.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2022), *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, t. I.
- Nuno GAROUPA y Jud MATHEWS (2014), «Strategic Delegation, Discretion, and Deference: Explaining the Comparative Law of Administrative Review», *American Journal of Comparative Law*, 62, pp. 1-33.
- Janneke GERARDS (2011), «Pluralism, Deference, and the Margin of Appreciation Doctrine», *European Law Journal*, 17(1), pp. 80-120.
- Yehonatan GIVATI (2009), «Strategic Statutory Interpretation by Administrative Agencies», *American Law and Economics Review*, 12(1), pp. 95-115.
- Cristina GUERRERO TREVILJANO (2015), «La protección de la discrecionalidad empresarial en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre», *Revista de Derecho Mercantil*, 298, pp. 147-182.
- H. L. A. HART (2013), «Discretion», *Harvard Law Review*, 127(2), pp. 652-665.
- Juan Carlos HERNÁNDEZ (2011), *El régimen jurídico-administrativo de las concentraciones de empresas en el derecho comunitario. Test sustantivo y control judicial*, Aranzadi, Cizur Menor.
- John HICKS (1939), «The Foundations of Welfare Economics», *Economic Journal*, 49(196), pp. 696-712.
- Herwig C. H. HOFMANN (2019), «The Duty of Care in EU Public Law – A Principle Between Discretion and Proportionality», *Review of European Administrative Law*, 13(2), pp. 87-112.
- Bert I. HUANG (2011), «Lightened Scrutiny», *Harvard Law Review*, 124, pp. 1109-1151.
- Marisa IGLESIAS VILA (2024), «Deferencia en los tribunales internacionales de derechos humanos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9.
- Michael C. JENSEN y William H. MECKLING (1976), «Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure», *Journal of Financial Economics*, 3(4), pp. 305-360.
- Nicholas KALDOR (1939), «Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility», *Economic Journal*, 49:195, pp. 549-552.
- Louis KAPLOW (1992), «Rules versus Standards: An Economic Analysis», *Duke Law Journal*, 42, pp. 557-629.
- Pauline T. KIM (2007), «Lower Court Discretion», *New York University Law Review*, 82, pp. 383-442.
- Edgar KISER (1999), «Comparing Varieties of Agency Theory in Economics, Political Science, and Sociology: An Illustration from State Policy Implementation», *Sociological Theory*, 17(2), pp. 146-170.
- Russell B. KOROBKIN (2000), «Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited», *Oregon Law Review*, 79, pp. 25-59.
- Thomas S. KUHN (1977), *The Essential Tension. Selected Studies in Scientific Tradition and Change*, University of Chicago Press, Chicago.
- Shay LAVIE (2016), «Appellate Courts and Caseload Pressure», *Stanford Law and Policy Review*, 27, pp. 57-99.
- Isabel LIFANTE VIDAL (2002), «Dos conceptos de discrecionalidad jurídica», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 25, pp. 413-439.
- Isabel LIFANTE VIDAL (2024), «Sobre el ejercicio y el control de la discrecionalidad», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9.

- Gloria Patricia LOPERA MESA (2004), «Los derechos humanos como mandatos de optimización», *Doxa*, 27, pp. 211-246.
- Joan MAURI MAJÓS (2019), «Deferencia judicial y control de la discrecionalidad técnica en la selección del personal para el ejercicio de funciones públicas», en Elisenda MALARET (ed.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 325-357.
- Joana MENDES (2016), «Discretion, care and public interests in the EU administration: Probing the limits of law», *Common Market Law Review*, 53, pp. 419-452.
- Joana MENDES (2017), «Bounded discretion in EU Law: A Limited Judicial Paradigm in a Changing EU», *Modern Law Review*, 80(3), pp. 443-472.
- Santiago MUÑOZ MACHADO (2015), *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, BOE, Madrid, t. III.
- Hanns Peter NEHL (2019), «Judicial Review of Complex Socio-Economic, Technical, and Scientific Assessments in the European Union», en Joana MENDES (ed.), *EU Executive Discretion and the Limits of Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 157-197.
- Alejandro NIETO (2000), *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona.
- Cándido PAZ-ARES (2015), «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 39, pp. 43-65.
- Juli PONCE SOLÉ (2016), «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175, pp. 57-84.
- Juli PONCE SOLÉ (2022), *Manual de fonaments del Dret administratiu i de la gestió pública*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Juli PONCE SOLÉ (2024), «Inteligencia artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿Indiferencia, insuficiencia, deferencia?», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9.
- Enrique RIVERO YSERN y Ricardo RIVERO ORTEGA (2012), «¿Acaso existe la discrecionalidad técnica? A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010», en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA (eds.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, vol. 1, pp. 2063-2078.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016), *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid.
- Francisco José RODRÍGUEZ PONTÓN (2019), «El control judicial en el ámbito de la regulación económica», en E. Malaret (ed.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 47-212.
- Stephen A. ROSS (1973), «The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem», *American Economic Review*, 63(2), pp. 134-139.
- Nuria RUIZ PALAZUELOS (2018), *El control jurisdiccional de la discrecionalidad de los organismos reguladores. Un análisis de casos en los ámbitos de la energía y las telecomunicaciones*, Aranzadi, Cizur Menor.
- Maribel SÁEZ LACAVE (2016), «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», *InDret*, 1/2016.
- Maribel SÁEZ LACAVE (2024), «Delegación y deferencia. Reflexiones desde una perspectiva económica del Derecho de sociedades», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN (1994), *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN (2015), «Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica», *Revista de Administración Pública*, 197, pp. 209-222.
- Susan P. SHAPIRO (2005), «Agency Theory», *Annual Review of Sociology*, 31, pp. 263-284.
- Steven SHAVELL (2007), «Optimal Discretion in the Application of Rules», *American Law and Economics Review*, 9(1), pp. 175-194.
- Steven SHAVELL (2012), «When Is Compliance with the Law Socially Desirable?», *Journal of Legal Studies*, 41, pp. 1-36.

- Robert H. SITKOFF, «The Economic Structure of Fiduciary Law», *Boston University Law Review*, 91, pp. 1039-1049.
- Tomer S. STEIN (2024), «Judicial Review in Public and Private Governance», *Washington University Law Review*, 102(2).
- Matthew C. STEPHENSON (2006a), «A Costly Signaling Theory of “Hard Look” Judicial Review», *Administrative Law Review*, 58(4), pp. 753-813.
- Matthew C. STEPHENSON (2006b), «The Strategic Substitution Effect: Textual Plausibility, Procedural Formality and Judicial Review of Agency Statutory Interpretations», *Harvard Law Review*, 119, pp. 1035-1070.
- Matthew C. STEPHENSON (2006c), «Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk and the Choice between Agencies and Courts», *Harvard Law Review*, 119, pp. 1035-1070.
- Tom R. TYLER (2006), *Why People Obey the Law*, Princeton University Press, Princeton.
- W. Bradley WENDELL (2011), «Explanation in Legal Scholarship: The Inferential Structure of Doctrinal Analysis», *Cornell Law Review*, 96, pp. 1035-1074.

SOBRE EL EJERCICIO Y EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD*

ON THE EXERCISE AND CONTROL OF DISCRETION

Isabel Lifante Vidal
Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

RESUMEN: Este trabajo ofrece una aproximación general al tema de la discrecionalidad en el Derecho, tomando como caso paradigmático el de los poderes discrecionales de la administración. En primer lugar, se plantea cómo entender la caracterización clásica de la discrecionalidad como margen de libertad para hacerla compatible con los presupuestos de un Estado constitucional de Derecho. En segundo lugar, se aborda la cuestión de en qué ocasiones existe discrecionalidad, o cuál es su origen normativo (que se vincula a la regulación de la conducta a través de las normas de fin). En tercer lugar, se plantea la cuestión acerca de cómo debe ejercerse la discrecionalidad, analizando para ello las peculiaridades de los deberes vinculados a responsabilidades. En cuarto lugar, se propone una distinción entre dos tipos de discrecionalidad (la técnica y la política). Y, por último, se analiza la posibilidad de establecer controles sobre el ejercicio de la discrecionalidad. Es en este último apartado en el que surge la cuestión de la deferencia, que en opinión de la autora ha de ser entendida como un principio regulativo del ejercicio de dicho control.

PALABRAS CLAVES: discrecionalidad; deferencia; discrecionalidad técnica; discrecionalidad política; arbitrariedad; Estado de Derecho.

* 5/12/2023. Una versión previa de este trabajo fue presentada al XIX Seminario de Teoría y Método del Derecho Público (STEM), que se celebró en Valencia del 25 al 26 de mayo de 2023. Agradezco a los asistentes a ese seminario sus atinadas observaciones a este texto, y los estimulantes debates sobre el tema de la discrecionalidad y la deferencia en el Derecho. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Argumentación, constitucionalismo jurídico y derechos", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España (PID2021-125387NB-I00).

ABSTRACT: This paper offers a general approach to the topic of legal discretion, taking as a paradigmatic case that of the discretionary powers of the administration. Firstly, it considers how to understand the classic characterization of discretion as a margin of freedom to make it compatible with the assumptions of a constitutional State of Law. Secondly, it addressed the question of when discretion exists, or what is its normative origin (which is linked to the regulation of conduct through final norms). Thirdly, the question of how discretion should be exercised is raised, analyzing the peculiarities of duties linked to responsibilities. Fourthly, a distinction is proposed between two types of discretion (technical and political). And finally, the possibility of establishing controls over the exercise of discretion is analyzed. It is in this last section that the question of deference arises, which in the author's opinion must be understood as a regulative principle of the exercise of said control.

KEYWORDS: discretion; deference; technical discretion; political discretion; arbitrariness; rule of law.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. ¿EN QUÉ CONSISTE LA DISCRECIONALIDAD? LA DISCRECIONALIDAD COMO MARGEN DE “LIBERTAD” EN LA TOMA DE DECISIONES.— 3. ¿CUÁNDO HAY DISCRECIONALIDAD? LA REGULACIÓN FINALISTA DE LA CONDUCTA.— 4. ¿CÓMO SE DEBE EJERCER? PECULIARIDADES DE LOS DEBERES-RESPONSABILIDAD.— 5. TIPOS DE DISCRECIONALIDAD: DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y DISCRECIONALIDAD POLÍTICA.— 6. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD Y LA DEFERENCIA AL ÓRGANO DECISOR.— 7. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo pretendo ofrecer una aproximación “general” al tema de la discrecionalidad en el Derecho. Para ello es imprescindible elegir un nivel de abstracción en el que situar el discurso; uno que sea válido para los distintos ámbitos en los que hablamos de discrecionalidad jurídica, pero que al mismo tiempo permita decir algo relevante sobre el fenómeno analizado; pero ambos propósitos no siempre son reconciliables. Con este fin, tomaré como caso paradigmático el de los poderes discrecionales de la administración. Se trata de uno de los supuestos centrales de discrecionalidad jurídica y, por tanto, creo que resulta más apropiado que en el que nos solemos centrar los filósofos del Derecho: el de la “discrecionalidad” (a veces llamada “discreción”) judicial, que se situaría en la zona de penumbra de aplicación del concepto¹. Pero mi análisis, o al menos la mayor parte de él, pretende ser válido para toda discrecionalidad jurídica en el ámbito público, es decir, aquella que se predica de órganos jurídicos o autoridades (bien sean judiciales, administrativas o legislativas). Es más, creo que gran parte de esta caracterización será también aplicable a la discrecionalidad en el ejercicio de poderes heterónomos (los que afectan unilateralmente a otros) en el ámbito del Derecho privado, tales como la representación de un

¹ Véase en este sentido el exhaustivo trabajo de Iglesias Vila (1999), centrado en la discrecionalidad judicial. Aunque también encontramos buenos ejemplos de análisis iusfilosóficos de la discrecionalidad desde una perspectiva más general, como el de Añón (1994).

menor por parte de su tutor, o la actividad de un administrador concursal, aunque no descarto que en algún punto convenga realizar alguna precisión que no abordaré. Lo que definitivamente quedará fuera de mi discurso será, por un lado, las acciones de particulares que no pueden verse como ejercicio de poderes (como cocinar) y, por otro lado, el ejercicio de los poderes autónomos, es decir, en la gestión de los propios intereses del sujeto que actúa (tiendo a pensar que no hablaríamos aquí de “discrecionalidad”, sino directamente de libertad; pero no entraré aquí a discutirlo).

Mi metodología será reconstructiva: partiendo de las caracterizaciones usuales de este fenómeno, trataré de redefinirlo para hacerlo encajar con los presupuestos normativos de nuestros Estados constitucionales: imperio de la ley (democrática), separación de poderes, legalidad de la Administración y garantía de los derechos². Para ello, la estrategia expositiva que seguiré es la siguiente. En primer lugar, me plantearé cómo entender la caracterización clásica de la discrecionalidad como margen de libertad; en segundo lugar, abordaré la cuestión de en qué ocasiones existe (cuál es su origen normativo, que vincularé a la regulación de la conducta a través de las normas de fin); en tercer lugar, trataré de contestar a la pregunta acerca de cómo debe ejercerse la discrecionalidad, analizando para ello las peculiaridades de los deberes vinculados a las responsabilidades; en cuarto lugar, propondré una distinción entre discrecionalidad técnica y política; y, por último, analizaré la posibilidad de establecer controles sobre el ejercicio de la discrecionalidad. Será en este último apartado en el que surja la cuestión de la deferencia, que en mi opinión ha de ser entendida como un principio regulativo del ejercicio de dicho control.

2. ¿EN QUÉ CONSISTE LA DISCRECIONALIDAD? LA DISCRECIONALIDAD COMO MARGEN DE “LIBERTAD” EN LA TOMA DE DECISIONES

La discrecionalidad suele ser presentada como un “margen de libertad” en la toma de decisiones, remarcando la idea de que se trata de una libertad que no es absoluta, sino que está limitada por un “perímetro normativo”. Ésta es precisamente la idea a la que Dworkin aludió con su ya famosa metáfora de la rosquilla: sólo tiene sentido referirse al agujero (el margen de libertad) en presencia de la masa (el perímetro normativo). Pero más allá de sugerir una imagen, la metáfora poco ayuda a desentrañar en qué consiste la discrecionalidad entendida como un margen de “libertad”; ello no

² Un Estado constitucional se caracteriza no sólo por rasgos formales (la existencia de una constitución rígida y normativa), sino también por la asunción de los fines y valores del constitucionalismo político, y que se conectan con la limitación del poder político y la garantía de los derechos. En este mismo sentido, ya la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, decía en su art. 16: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. El listado de presupuestos normativos que aquí recojo lo tomo de la clásica caracterización del concepto de Estado de Derecho que realizó Elías Díaz en su obra de 1966 (Díaz, 1992, p. 31).

es de extrañar dado que este concepto (el de libertad) no es unívoco ni claro ni siquiera cuando se predica de los individuos (que constituirían su ámbito de referencia primario); por lo que mucho menos lo será cuando se predica de órganos jurídicos: jueces, autoridades administrativas o legisladores. Veamos cómo han entendido esta idea los juristas.

Una de las caracterizaciones más frecuentes de la discrecionalidad la identifica con la existencia de varias opciones igualmente válidas para el Derecho, entre las cuales el órgano decisor tendría que elegir³. La discrecionalidad es así caracterizada como la *facultad* de elegir entre dos o más cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como permisible por el sistema de referencia del que se trate; en nuestro caso, el Derecho⁴. Si la discrecionalidad es la libertad de elegir entre varias alternativas acordes con el Derecho, para su existencia tendrá que haber más de una, pero el número de alternativas disponibles puede ser muy diverso, de modo que la discrecionalidad sería —desde esta perspectiva— un fenómeno graduable en función del número de alternativas disponibles⁵.

Otras veces la discrecionalidad se define como la ausencia de estándares jurídicos que guían la toma de decisión y así en ocasiones se habla de discrecionalidad en términos de elección entre diferentes alternativas *sobre la base de criterios extrajurídicos* (Desdentado Daroca, 1997). La discrecionalidad haría referencia, pues, a la adopción de decisiones de forma desvinculada del ordenamiento jurídico. Este tipo de aproximación se plasma en afirmaciones del tipo “donde termina el Derecho, empieza la discrecionalidad” (Davis, 1969, p. 3). Ésta es también la idea que según algunos subyace a la clásica contraposición entre potestades regladas y discrecionales de la Administración: los poderes discrecionales —según esta aproximación— serían aquellos cuyo ejercicio no está regulado jurídicamente.

Por último, también en ocasiones se sostiene que la discrecionalidad implica la ausencia de enjuiciabilidad o el carácter último de la decisión. Aunque pocos autores la definen a partir de este rasgo⁶, el mismo suele verse como consecuencia, si no nece-

³ Cfr. García de Enterría y Fernández, 1995, p. 447; y Sáinz Moreno, 1976, p. 304.

⁴ Definiciones o aproximaciones de este tipo pueden encontrarse, por ejemplo, en Barak, 2021, pp. 28-29; o Bell, 1992, p. 92. Y también en la jurisprudencia; véase por todas la STS de 19 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:968), donde, citando a su vez la doctrina establecida en numerosas sentencias anteriores, se dice: “Esta libertad de elección, entre indiferentes jurídicos, entre soluciones igualmente justas, es lo que denominamos discrecionalidad administrativa”.

⁵ Así, por ejemplo, Barak (2021, pp. 30-31) lleva a cabo una distinción entre “discrecionalidad estrecha”, cuando el número de opciones entre las que se puede elegir son pocas, y “discrecionalidad amplia”, cuando hay disponibles muchas opciones.

⁶ Para Dworkin (1989) uno de los sentidos débiles del término discrecionalidad hace referencia precisamente a que la decisión de alguien es definitiva, en el sentido de que ninguna autoridad superior puede revisarla y anularla, como la decisión del juez de línea de si un jugador está fuera de juego. Pero se trata de un sentido independiente de los rasgos anteriores. Y también hay análisis que lo toman en cuenta para realizar clasificaciones. Así, algunos (Davis, 1969 y Goodin, 1986) proponen hablar de discrecionalidad “provisional” cuando un funcionario público es libre para tomar una elección entre posibles cursos de acción, pero esta decisión está sujeta a revisión y posible anulación por otro órgano;

saría, al menos bastante plausible, de los anteriores: si un órgano decisor puede elegir entre alternativas permisibles, entonces “normalmente” otros no estarán autorizados a revisar, modificando o anulando, las decisiones previamente adoptadas; lo que vendría a configurar el modo en que algunos autores entienden la obligación de deferencia respecto a las decisiones discrecionales. Ésta es también la opinión de muchos administrativistas, para los cuales, si la potestad discrecional supone la atribución a la Administración de una cierta libertad de decisión a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso, entonces un poder tal parece rechazar, por hipótesis, cualquier tipo de control sobre el aspecto discrecional de la decisión (sobre los aspectos reglados por supuesto sí se admite el control) que, de admitirse, desmentiría la libertad que el término ‘discrecional’ proclama⁷. No habría nada que controlar o revisar desde el punto de vista del Derecho, puesto que éste no regula esa toma de decisión.

Se trata de una observación seria, y que parece entrar en conflicto con una de las exigencias del ideal valorativo del Estado de Derecho (el sometimiento pleno de los poderes del Estado al Derecho), pero la misma sólo es correcta si la discrecionalidad se entiende efectivamente como un permiso para elegir entre indiferentes jurídicos. Sin embargo, creo que ésta no es una caracterización adecuada de la discrecionalidad. Para aclarar este punto voy a valerme de la clásica distinción de Berlin (1988) entre los sentidos negativo y positivo de libertad. En su concepción negativa, la libertad es simplemente el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros, y haría referencia a un concepto relacional: un sujeto es libre o no, en relación con otro determinado sujeto y una determinada acción⁸. El segundo sentido, el de “libertad positiva”, se conecta con la idea de autonomía; se trata de poder ordenar las acciones de acuerdo con normas que el sujeto se dicta a sí mismo. ¿A cuál de ellos nos referimos cuando se caracteriza a la discrecionalidad como un margen de libertad? Los juristas parecen tener en mente, como hemos visto, la idea de libertad negativa (que en términos jurídicos podemos traducir en la idea de permiso), pero ello plantea serios problemas (como la dificultad para encajar esta concepción de la discrecionalidad con la idea de un control “jurídico” sobre su ejercicio). Sin embargo, creo que hay otra manera de caracterizar a la discrecionalidad que resulta mucho más promisoria. Se trata de alejarse de la idea de libertad negativa (o permiso), y aproximarse a la idea de libertad positiva, que nos reenvía al concepto de responsabilidad, remarcando que es al sujeto que posee la discrecionalidad al que le corresponde determinar qué curso de acción emprender, concretando para ello los estándares o normas que guían la toma de decisión. La discrecionalidad así entendida no implica necesariamente la existencia de varias opciones igualmente válidas para el Derecho entre las que hay que elegir (aunque esto suele ocurrir, pero no es lo “definitorio”), ni tampoco la ausencia de estándares que guían la toma de decisión

y de discrecionalidad “absoluta” o “última” cuando ninguna otra autoridad puede revisar la elección hecha, incluso si es arbitraria o irrazonable.

⁷ Esta intuición es puesta de manifiesto por Tomás Ramón Fernández, quien trata de desmarcarse de la misma (Fernández, 1995, p. 2517 y ss.).

⁸ Cfr. Oppenheim, 1961.

(aunque estos estándares tendrán una naturaleza específica). Y por supuesto tampoco hay nada en esta caracterización de la discrecionalidad que imposibilite el control “jurídico” de su ejercicio⁹.

Para terminar esta primera aproximación, quiero llamar la atención sobre el riesgo que implica hablar en términos de “libertad” para caracterizar a la discrecionalidad: cuando la libertad se predica de los individuos, la misma se conecta con ideales personales (la elección del plan de vida o el desarrollo de la autonomía personal), de modo que aquí para justificar una acción puede bastar con señalar que cae en el margen de libertad reconocida. Sin embargo, en los casos en los que la “libertad” se predica de órganos jurídicos (o, más en general, de sujetos que no gestionan sus propios intereses), no hay ninguna razón para pensar que la existencia de un margen de actuación “libre” o discrecional sea algo valioso en sí mismo, sino que la concesión de esta libertad y su ejercicio habrán de ser valorados y justificados siempre de manera instrumental. A los órganos jurídicos se les confiere poderes no para que persigan sus propios fines, sino fines públicos; en consecuencia, no rige el principio de autonomía, sino el del interés público. Es por ello que, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de actuaciones de sujetos privados, donde las consecuencias no son tenidas en cuenta más que de manera excepcional, en los casos de los poderes públicos las consecuencias juegan un papel central, en el sentido de que el hecho de que se produzcan ciertas consecuencias es precisamente lo que justifica que se haya establecido una regla confiriendo a tal órgano un determinado poder; la regulación de las consecuencias ya no se hará por tanto únicamente —como en el caso de los poderes privados autónomos— de modo negativo (el poder se podrá ejercer siempre y cuando no se aproveche para lograr cierto estado de cosas ulterior que aparezca como inaceptable), sino que la caracterización de las consecuencias es de carácter positivo: los poderes se conceden para que, por medio de su ejercicio, se obtengan ciertos estados de cosas positivamente determinados¹⁰.

⁹ La calificación de algo como “jurídico” o “extrajurídico” depende de la concepción del Derecho que se sostenga. En este sentido, para el positivismo normativista el Derecho es visto como algo dado: un conjunto de normas que pueden ser identificadas por su *pedigree* (las consideraciones técnicas o morales, que deban ser tenidas en cuenta para la aplicación del Derecho son aquí consideradas como “extrajurídicas”). Pero esta concepción me parece que induce a una visión distorsionada del Derecho, pues oculta su dimensión de práctica social: el Derecho es una empresa o actividad orientada a la consecución de fines valiosos, lo que implica verlo como un fenómeno en permanente construcción y que necesariamente se imbrica con otras prácticas sociales. Desde esta segunda concepción (no positivista) no tendría sentido considerar que la toma en consideración de argumentos morales para interpretar un término valorativo incluido en el Derecho (como el de dignidad) implica acudir a criterios “extrajurídicos”.

¹⁰ Cfr. Atienza y Ruiz Manero (2000, pp. 91 y ss.). En un sentido similar, Chinchilla afirma: “En toda actuación administrativa hay (...) un *por qué* y un *para qué*. La Administración actúa *porque* una norma la ha apoderado en ese sentido, *para que* cumpla una finalidad de interés público concreta. El sometimiento al fin que justifica su potestad es un elemento más de la legalidad de su actuación” (Chinchilla, 1989, p. 50. La cursiva es de la autora).

3. ¿CUÁNDO HAY DISCRECIONALIDAD? LA REGULACIÓN FINALISTA DE LA CONDUCTA

Los análisis de la discrecionalidad jurídica también se suelen ocupar de su origen, de cómo se genera la discrecionalidad. En este sentido, Bell señala que una caracterización adecuada de la discrecionalidad debe contener, junto al elemento de cierta libertad de elección, una referencia al modo en que esa libertad es generada; no basta con que se dé una elección, sino que es necesario que se trate de una decisión legítima y en su opinión esta legitimación puede darse de dos maneras: puede aparecer o bien como consecuencia de conferir un poder, o bien como resultado de alguna ausencia o indeterminación de los materiales jurídicos (Bell, 1992, pp. 92-97). Y, en efecto, la mayoría de las aproximaciones suelen mencionar estas dos fuentes¹¹, aunque también hay quien considera que la auténtica discrecionalidad se vincula sólo con una de ellas (con la delegación de un poder, explícito o implícito). En este sentido, resulta ya clásica —aunque no unánime¹²— la contraposición entre, por un lado, el mero margen de apreciación provocado por el uso de los conceptos jurídicos indeterminados y, por otro lado, la auténtica discrecionalidad, propuesta en España por Sáinz Moreno (1976).

Ahora bien, si consideramos que la delegación de un poder discrecional puede hacerse también tácitamente, quizás uno de los mecanismos para ello sea la “indeterminación del Derecho”. De nuevo necesitamos aclarar a qué nos referimos con esta expresión, dado que parece que abarca dos fenómenos distintos: la imprecisión (dudas respecto la aplicabilidad de una determinada norma a un caso) y la cualidad de aquello que aún no ha sido establecido¹³.

¹¹ Para Kelsen (1986) la relación entre una grada superior y una inferior del ordenamiento es una relación de determinación. Pero esta determinación nunca puede ser completa, existiendo siempre un margen de discrecionalidad para el órgano aplicador. Kelsen considera que la indeterminación puede ser intencional o no intencional. La primera hace referencia a los casos en que las normas (por voluntad de sus creadores) *facultan*, expresa o implícitamente, a los órganos a los que corresponde su aplicación a cubrir esa indeterminación, pero el mismo efecto tendrían, en su opinión, los casos en que la indeterminación se genera de manera no intencional, debido a los defectos que afectan a las normas jurídicas.

Por su parte, para Hart (1990) la indeterminación es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales; no sería posible (y ni siquiera deseable) una situación en la que las reglas fueran tan detalladas que, de antemano, estuviera siempre resuelto si son o no aplicables a cada caso particular. En su opinión, puede distinguirse la inevitable indeterminación semántica, de una indeterminación “más radical”, que sería aquella en la que *se quiere dejar* un margen de discrecionalidad a los órganos inferiores, porque se considera imposible prever, siquiera aproximadamente, las circunstancias que podrán afectar al caso concreto y que deberán ser consideradas a la hora de adoptar la decisión.

Otros autores establecen clasificaciones dentro de la discrecionalidad atendiendo a si ha sido originada por la delegación explícita de un poder de decisión (“formal” o “fuerte”); y la que surge de la imprecisión del Derecho (“informal” o “instrumental”). Cfr., entre otros, Luzzati (1990, pp. 132 y ss.), Atienza (1995) y Desdentado Daroca (1997a).

¹² Véase el minucioso análisis de Bacigalupo sobre las distintas reconstrucciones (1997). Un ejemplo reciente del rechazo de esta contraposición se encuentra en Doménech Pascual (2018).

¹³ Estos dos sentidos equivalen a la distinción entre derivación por conclusión y derivación por determinación o especificación, que Tomás de Aquino señala como los dos modos en que pueden derivarse

Veamos el primero de estos sentidos en que hablamos de indeterminación del Derecho. En la operación de subsunción de hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales, se produce inevitablemente la dualidad entre un núcleo de certeza y una zona de penumbra, en la cual podemos decir que está “indeterminado” si la norma se debe aplicar. Esta indeterminación surge, por tanto, a la hora de establecer la aplicabilidad de una norma a un caso y puede deberse a cualquiera de los problemas que afectan a la interpretación del Derecho (ya sean lingüísticos, sistemáticos, teleológicos o valorativos). Aquí, decir que el Derecho está “indeterminado” equivale a decir que es impreciso, que no está claro si resulta o no aplicable en relación con un caso; y para precisarlo necesitaremos interpretarlo. El objetivo de esta actividad interpretativa es calificar estados de cosas de acuerdo con el Derecho existente, y esta tarea estará por tanto orientada hacia el pasado, en el sentido de que implica una reconstrucción del Derecho preexistente. Aquí, la argumentación necesaria para justificar la actuación debida según el Derecho termina con un razonamiento subsuntivo (por supuesto, para ello es posible que previamente hayamos tenido que realizar ponderaciones de principios, juicios evaluativos, etc.). Es en este ámbito en el que cobra sentido la tesis de la existencia de una única respuesta correcta. Pensemos en la norma que regula los supuestos de hecho en los que el gobierno está habilitado para decretar el estado de alarma (art. 4 de la LO 4/1981) y en la discusión que se planteó en 2010 (con el Real Decreto 1673/2010) respecto a si la huelga encubierta de los controladores aéreos encajaba en alguno de ellos.

El segundo sentido de indeterminación, que es el que creo que se conecta centralmente con la discrecionalidad, opera de manera distinta. Pensemos en el ejemplo de Kelsen de lo que considera “indeterminación intencional”: una ley sanitaria establece que, al estallar una epidemia, el órgano administrativo deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la expansión de la enfermedad. De lo que aquí se predica la indeterminación no es de la aplicabilidad de una norma a un caso; sino de cuál es la conducta debida según la norma. Será el destinatario el que, a la luz de las circunstancias del caso, deberá determinar la conducta que debe realizarse en ese caso; y en este sentido se dice que opera como la delegación de un poder discrecional. Lo que está indeterminado es lo que la norma exige para los casos —todos— en que ella es claramente aplicable. Esta indeterminación no podrá ser superada por una mera actividad interpretativa del Derecho. En el ejemplo de Kelsen, la norma puede haber indicado, sin dejar lugar a dudas, que el órgano administrativo tiene el deber de adoptar medidas para evitar la expansión de la epidemia, y puede que nos encontremos con un caso claro de epidemia en el que no dudemos de que la norma resulta aplicable. Por mucho que interpretemos o precisemos el significado de la norma, la misma seguirá sin decirnos qué medida concreta adoptar frente a la epidemia. La justificación de la

las normas positivas de la ley natural: “hay normas que se derivan de los principios comunes de la ley natural por vía de conclusión; y así, el precepto «no matarás» puede derivarse a manera de conclusión de aquel otro que manda «no hacer mal a nadie». Y hay otras normas que se derivan por vía de determinación; y así, la ley natural establece que el que peca sea castigado, pero que se le castigue con tal o cual pena es ya una determinación añadida a la ley natural” (Suma Teológica I-II q. 95, a. 2).

decisión de adoptar una medida concreta (una cuarentena, p. ej.) debe estar orientada —a diferencia de lo que ocurre con las interpretaciones— hacia el futuro, hacia las consecuencias previsibles. Por seguir con el ejemplo anterior: una cosa es determinar si la huelga encubierta encaja en los supuestos del art. 4 de la LO 4/1981 (problema de interpretación); y otra determinar las medidas “estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad” (según exige el art. 1 de la propia LO 4/1981) a adoptar en ese estado de alarma decretado.

Ahora bien, lo que genera este segundo sentido de indeterminación no es la ausencia de regulación jurídica; la conducta del órgano administrativo en caso de epidemia está regulada, pero lo está por un tipo especial de regulación jurídica: una regulación finalista, que no pretende establecer la concreta conducta a realizar, sino que fija el objetivo que ha de ser perseguido a través de normas de fin¹⁴. Eso implica que estas normas atribuyen a su destinatario la responsabilidad de determinar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, la medida o medidas a adoptar para perseguir el objetivo. El concepto clave para entender la discrecionalidad es por tanto el de responsabilidad en la determinación de la conducta debida.

4. ¿CÓMO SE DEBE EJERCER LA DISCRECIONALIDAD? PECULIARIDADES DE LOS DEBERES-RESPONSABILIDAD

Siguiendo a Hart, podemos decir que cuando hablamos de “responsabilidades” hacemos referencia a un tipo especial de deberes que se asignan precisamente para “promover el bienestar o impulsar de manera específica las metas o propósitos de la organización social en la que se ocupa determinado rol o estatus social” (Hart, 1968, p. 212). No calificamos a todos los deberes que puede tener un sujeto como responsabilidades (si a un soldado se le ordena mantener limpio el campamento, diríamos que tiene esa “responsabilidad”; pero si lo que se le manda es que recoja un papel del suelo, simplemente diríamos que tiene el “deber” de hacerlo). Las responsabilidades —nos decía Hart— son de un tipo relativamente complejo y amplio, que requieren cuidado y atención a lo largo de un prolongado período de tiempo (frente a los deberes de corta duración o de tipo simple, relativos a hacer o no hacer algo en una ocasión particular). Y si nos fijamos, lo que parece caracterizar a estos deberes-responsabilidad es precisamente que se definen por su conexión con la promoción de determinados fines o estados de cosas considerados valiosos, que sería lo que justificaría la exigencia de prestarles “cuidado y atención”. Por ello, las responsabilidades exigen deliberación¹⁵: es necesario “pensar sobre ellas y hacer serios esfuerzos para

¹⁴ Tomo esta categoría de Atienza y Ruiz Manero (1996). Estos autores realizan una doble distinción dentro de las normas regulativas o deónticas. Por un lado, entre reglas y principios (atendiendo a si las condiciones de aplicación están cerradas o abiertas) y, por otro lado, entre normas (bien sean reglas o principios) de acción y normas de fin, atendiendo a si obligan a realizar una determinada acción o a perseguir un determinado fin.

¹⁵ Cfr. Richardson, 1999. También Goodin remarca la idea de que una responsabilidad siempre requiere preocupación por parte del sujeto, y no basta con que el estado de cosas perseguido se produzca;

satisfacerlas” (Hart, 1968, 213). Y eso es así porque pretenden la consecución de ciertos estados de cosas, y no la mera realización de acciones determinadas *a priori*. Nos encontramos ante situaciones que podríamos definir con el siguiente esquema “*X debe procurar Y*”. Ahora bien, lo más normal es que *Y* sea un estado de cosas que no esté completamente bajo el control del agente *X*¹⁶. Puede que requiera la actuación de un agente distinto al que tiene la responsabilidad de que se produzca ese resultado (serían las llamadas por Goodin “responsabilidades de supervisión”), pero también suele ocurrir que se atribuya a un sujeto la responsabilidad de que se produzca un estado de cosas que no sea directamente el resultado de la acción de nadie en particular, aunque sí la consecuencia de una combinación de factores, entre los cuales podemos encontrar acciones de sujetos y hechos naturales (como el mantenimiento del buen estado de la red de carreteras).

En este sentido, la atribución de responsabilidades implica la regulación de la conducta de una manera peculiar que consiste en no determinar de antemano la acción o acciones a realizar, sino en atribuir al destinatario (al sujeto responsable) el poder —y deber— de determinar la conducta a realizar o las medidas a adoptar para la persecución del fin o consecución del resultado a obtener¹⁷. Se trata por tanto de una regulación a través de un tipo específico de normas, las “normas de fin”, que se contrapondrían (tal y como señalan Atienza y Ruiz Manero, 1996) a las “normas de acción”. Mientras que estas últimas califican deónticamente (como obligatoria, prohibida o permitida) una acción, las normas de fin operan en mi opinión como mandatos de optimización¹⁸: obligan a perseguir un determinado fin, delegando en el destinatario el poder discrecional o la “responsabilidad” de seleccionar el medio considerado óptimo para ello (aquella medida que, a la luz de las circunstancias del caso concreto y atendiendo a las posibilidades fácticas y deónticas, maximice el fin con el menor coste posible en términos de lesión de bienes y valores protegidos). Aunque, por supuesto, lo normal es que el sujeto al que se le atribuye la responsabilidad también se vea sometido a muchas otras normas (éstas sí de acción) que sí le impongan o prohíban acciones determinadas, y en ese sentido limiten el ámbito de su discrecionalidad.

de modo que —en su opinión— si el estado de cosas se produjera por azar, la responsabilidad se habría desatendido (Goodin, 1995, pp. 81 y ss.).

¹⁶ Cfr. González Lagier (1997), quien distingue entre estados de cosas que están completamente bajo el control del destinatario de la norma y estados de cosas que lo están sólo parcialmente.

¹⁷ Véase en este mismo sentido Larrañaga (2001).

¹⁸ Dentro de las normas de fin, Atienza y Ruiz Manero distinguen entre dos categorías: las reglas de fin y las directrices (que sería la proyección de su distinción entre reglas y principios). Sólo en el caso de las directrices estos autores hablan de optimización de un fin, mientras que en el caso de las reglas de fin consideran que en su consecuente encontramos la calificación deóntica de un “estado de cosas” (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 7), pero no me gusta esta caracterización porque parece dar a entender que el estado de cosas está completamente bajo el control del destinatario de la norma y entonces, como ha señalado González Lagier (2001), no habría diferencia entre dictar una norma obligando a realizar una acción o la obtención de un estado de cosas (que sería el resultado de una acción). Por eso opto por hablar en ambos casos de optimización de fines.

Lo interesante es que la dinámica del cumplimiento de las responsabilidades, o deberes impuestos por las normas de fin, es distinta a la del cumplimiento de los deberes fijados por las normas de acción. En este último caso nos encontramos con una lógica binaria: si se ha realizado la acción debida se ha cumplido con el deber y en caso contrario se ha incumplido. Sin embargo, en el caso de los deberes vinculados a las responsabilidades la situación es distinta. Esto es así por la peculiar manera en que operan las razones finalistas: son razones de carácter fáctico, orientadas hacia el futuro y que presentan un aspecto de graduabilidad. Las dos primeras características presuponen una relación causal que es en la que se basa la predicción. Ello puede hacernos considerar que, aunque en el momento de la toma de decisión, una razón finalista tenga mucha fuerza a favor de una determinada actuación, y por ello justifique su adopción, finalmente con dicha actuación no se llegue a conseguir el fin previsto (o en la medida prevista). Pensemos en algunas de las medidas adoptadas para atajar la pandemia de la Covid-19 antes de conocer exactamente los modos de transmisión de este virus. Por último, la graduabilidad hace que aquí opere la lógica de la maximización o, mejor dicho, de la optimización¹⁹. Hay ocasiones en las que el grado de cumplimiento de un objetivo puede estar determinado en la norma (el ejemplo que ponen Atienza y Ruiz Manero de que el 50% de los profesores de una Universidad hablen un determinado idioma), de modo que —al menos en principio— admitirían un cumplimiento total; sin embargo, en la mayoría de las ocasiones nos encontraremos con objetivos que apuntan a un estado ideal que nunca puede ser completamente obtenido, sino sólo por aproximación. En estos casos el esquema de la norma no sería tanto “*X debe procurar Y (un estado de cosas determinado)*”, como “*X debe velar por Y (un fin valioso)*”²⁰. Este fin no sólo puede lograrse en distintos grados, sino que una vez que se obtiene un determinado nivel de satisfacción de los mismos, la responsabilidad no se agota, sino que exigiría seguir avanzando en el logro del objetivo (podríamos decir que el objetivo a alcanzar se va desplazando). Por lo tanto, para evaluar el grado de consecución del fin perseguido habrá que tener en cuenta no solo el grado de cumplimiento del fin perseguido, sino también el punto de partida, los medios disponibles, el conocimiento existente sobre las relaciones de causalidad, etc.

Pero, en realidad, a la hora de evaluar el grado de cumplimiento de una responsabilidad podemos distinguir dos dimensiones: una objetiva, centrada en los resultados obtenidos (y que como hemos visto puede depender de factores ajenos al sujeto, tales como los medios o el conocimiento disponible, o la aparición de circunstancias imprevisibles)²¹; y otra subjetiva, centrada en el cumplimiento de los deberes por

¹⁹ Opto por hablar de “optimización”, en lugar de “maximización”, pues no se trata sólo de conseguir el máximo de ese objetivo, sino de hacerlo afectando lo menos posibles a otros bienes y valores protegidos por el sistema normativo de referencia. Aunque el resultado obtenido sea el mismo, la selección de uno u otro medio puede no ser indiferente para el sistema.

²⁰ Goodin (1995, pp. 85-86) habla de “responsabilidades de objetivo fijo” para referirse a las primeras y de “responsabilidades de objetivo variable” [*receding-targets*] para las segundas.

²¹ Estas consideraciones parece que no fueron tenidas en cuenta por la STS 1271/2020, de 8 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3024), que estimó parcialmente un recurso contra la inactividad del Ministerio de Sanidad, por haber generado una lesión de los derechos fundamentales a la protección de

parte del sujeto y que dependerá de la calidad de la deliberación que le lleva a adoptar una concreta medida. En este sentido, creo que pueden distinguirse una serie de incumplimientos típicos de una responsabilidad: 1) casos en los que el sujeto actúa persiguiendo fines distintos a aquéllos por los que ha de velar en el desempeño de su función pública (pensemos en los casos de desviación de poder o corrupción); 2) los casos de formalismo, en los que el sujeto se desentiende de los fines perseguidos y se centra en el cumplimiento burocratizado del procedimiento; 3) los casos en los que el sujeto no presta la debida atención a la determinación de la medida adecuada para la consecución de los fines (serían supuestos de desidia); y 4) aquellos casos en los que el sujeto selecciona, por incompetencia, medios inadecuados para la persecución de los fines encomendados²².

5. TIPOS DE DISCRECIONALIDAD: DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y DISCRECIONALIDAD POLÍTICA

Tradicionalmente se ha considerado que lo que caracteriza a la actividad política es ser definidora de nuevos objetivos sociales o promotora de valores aún no incorporados al ordenamiento jurídico. De este modo, la función del órgano legislativo, como paradigma de órgano político, sería precisamente la de innovar el ordenamiento, incorporando al mismo esos nuevos objetivos o valores. Sin embargo, esta concepción de la actividad política ya no encaja completamente en el paradigma jurídico del constitucionalismo contemporáneo²³: Si se toma en serio a la constitución como fuente de Derecho, y se considera que su finalidad es la de configurar una práctica jurídica que vaya concretando y garantizando los derechos y valores constitucionales,

la salud y la vida de los profesionales sanitarios, dado que, al inicio de la pandemia, carecieron de los medios de protección necesarios contra la Covid-19. Sin embargo, la sentencia había argumentado que los medios disponibles en aquel momento a nivel mundial eran claramente insuficientes para que la Administración hubiera podido proteger adecuadamente a los sanitarios del riesgo de contagio. Lo que la sentencia parece indicar al estimar parcialmente el recurso es que el resultado obtenido no consigue realizar los fines perseguidos por el art. 12.4 del Real Decreto 463/2020 (por el que se declaró el Estado de Alarma). Ahora bien, lo que dicho artículo establece que se deberá garantizar "*la mejor distribución* en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de esta crisis sanitaria" [la cursiva es mía]. La sentencia parece olvidar que calificar a una distribución de medios como mejor o peor ha de hacerse atendiendo a las posibilidades de acción, medios disponibles, etc. con los que contaba la Administración en ese momento, y no exclusivamente estableciendo que el fin valioso perseguido por dicha distribución (la satisfacción de las necesidades de protección para los sanitarios) no se consiguió. Y el propio TS establece que dicho fin era inalcanzable para la Administración en aquel momento, dado que no había ningún curso de acción posible para evitar o mitigar ese riesgo. En mi opinión no hubo incumplimiento de dicha responsabilidad (ni en sentido objetivo ni subjetivo) y no se entiende por tanto que la sentencia declare que se ha producido una "lesión" de esos derechos fundamentales atribuible a la actuación (en este caso, omisión) de la Administración (en este caso, del Ministerio de Sanidad).

²² En un trabajo anterior, caractericé estos cuatro tipos de incumplimientos en el ámbito de la función pública. Cfr. Lifante Vidal, 2020, pp. 42-42.

²³ Cfr. Aguiló Regla, 2001.

entonces el poder legislativo ya no puede verse como un órgano al que sólo se le limitan los medios y al que se dejan completamente abiertos los fines a perseguir. En este sentido, podemos decir que el razonamiento político-legislativo se ha juridificado, puesto que los fines de la acción política han pasado a estar ordenados por las constituciones (a través de las directrices²⁴), de modo que el concepto de “discrecionalidad” ha pasado a operar también en el ámbito legislativo, desplazando en alguna medida a la clásica idea de “soberanía”: la actividad política ya no trata tanto o solo de incorporar fines externos al Derecho, sino más bien de concretar, desarrollar y hacer efectivos los fines y valores fijados jurídicamente.

Es muy usual encontrar clasificaciones de la discrecionalidad que toman como criterio de distinción al sujeto del que se predica²⁵. Y así, es común hablar de discrecionalidad soberana o política (la de los legisladores); de discrecionalidad plena o administrativa²⁶ (la de los órganos administrativos); y de discrecionalidad supletoria, también llamada por algunos, discrecionalidad “jurídica”²⁷, que sería la de los jueces; aunque como es bien conocido hay una gran polémica acerca de si existe o no tal discrecionalidad (los positivistas considerarían que sí, mientras que los autores que admiten la conexión entre el Derecho y la moral suelen considerar que no). Pero hay que ser conscientes de que, por un lado, hay muchos actos de los órganos administrativos que responden a la idea de aplicación del Derecho y, por tanto, serían reconducibles o equiparables —en este sentido— a los actos jurisdiccionales de mera aplicación²⁸, donde no habría un poder de decisión discrecional tal y como aquí los estoy caracterizando. Esto sería, por ejemplo, lo que ocurriría en el caso de la concesión de licencias para edificar, si están determinados de antemano los requisitos para obtenerla. Y, por otro lado, hay algunos casos (muchos más de los que solemos pensar) en los que órganos judiciales gozan de poderes discrecionales en sentido estricto, porque se encuentran regulados por normas de fin; pensemos en la imposición de los distintos tipos de medidas cautelares. La clave de la distinción entre los poderes no discrecionales (o “reglados”) y los discrecionales se encuentra, en mi opinión, en el

²⁴ Siguiendo a Atienza y Ruiz Manero (1998) las directrices pueden ser caracterizadas por ser al mismo tiempo principios (por lo que no predeterminan sus condiciones de aplicación) y normas de fin (por lo que su consecuente establece un fin a perseguir), que operarían como mandatos de optimización.

²⁵ Cfr., por ejemplo, Betti (1975, pp. 143 y ss.) o Desdentado Daroca (1997b, pp. 22 y ss.).

²⁶ A su vez, la dogmática administrativista suele distinguir diversos tipos de discrecionalidad, aunque no siempre está claro el criterio clasificador. Se habla, por ejemplo, de discrecionalidad reglamentaria, de planificación, de iniciativa, política *stricto sensu*, técnica, táctica, de gestión, etc. Cfr. Sánchez Morón (1994) o Bullinger (1987).

²⁷ Éste es el nombre por el que opta, por ejemplo, Desdentado Daroca (1997b), que considera que la distinción entre discrecionalidad “política”, “administrativa” y “jurídica” atiende a criterios materiales y está construida a partir del principio de división de poderes.

²⁸ Puede resultar oportuno recordar aquí la distinción que trazaba Kelsen (1979, pp. 331-332). entre dos formas de administración, a las que denomina administración directa y administración indirecta, respectivamente. La primera se daría cuando la administración adopta decisiones y realiza elecciones para la satisfacción del interés público; mientras que la administración indirecta aparecería cuando la administración realiza la misma actividad que los tribunales, pues su función es interpretar las normas y aplicarlas a un caso concreto.

modo en que está regulado el ejercicio del poder, y en este sentido un mismo órgano puede ser titular de poderes de distinta naturaleza; o incluso en la regulación de un determinado poder pueden distinguirse aspectos reglados y aspectos discrecionales (y, dentro de éstos, puede haber discrecionalidad de distinto tipo).

A continuación, propongo distinguir entre la discrecionalidad “técnica”²⁹ y la “política”, atendiendo precisamente al alcance de la responsabilidad que se delega en un órgano. En el primer caso, que es del que fundamentalmente me he ocupado hasta ahora, se trata de seleccionar medios para perseguir fines que vienen predeterminados, para lo cual será necesario llevar a cabo razonamientos técnicos a través de juicios de adecuación medio a fin y juicios comparativos entre los distintos medios disponibles en términos de eficacia y eficiencia (atendiendo al costo no solo en términos económicos, sino también en términos de afectación de los bienes y valores protegidos por el sistema, por lo cual se exigirán juicios valorativos). En el segundo caso, el de la discrecionalidad política, se tratará de la responsabilidad de precisar o concretar los fines a perseguir en una ocasión determinada, llevando a cabo una ponderación entre los distintos objetivos ordenados por el Derecho, incluso decidir en qué ocasiones actuar (a través de juicios de oportunidad política). Como antes señalaba, en el desempeño de un determinado poder por parte de una autoridad jurídica puede haber aspectos reglados, aspectos discrecionales respecto a la selección de medios (discrecionalidad técnica) y aspectos discrecionales respecto a la fijación de fines (discrecionalidad política).

Siguiendo la tipología de normas trazada por Atienza y Ruiz Manero (1996), podríamos decir que en el caso de la discrecionalidad técnica se cuenta con una “regla de fin”, en el sentido de que el Derecho establece las condiciones en que se deberá actuar persiguiendo el fin ordenado; mientras que en el segundo caso no habría tal regla, sino simplemente una serie de principios (directrices) que operan como mandatos de optimización y que no fijan las concretas condiciones en las que se deberían “actualizar”, por lo que este ejercicio de discrecionalidad política exige también una previa deliberación para determinar cuándo actuar, es decir, llevar a cabo juicios de oportunidad política; y al mismo tiempo concretar el objetivo a perseguir con dicha actuación. No olvidemos, que nos podemos encontrar que en una misma oportunidad de actuación haya que tomar en consideración diversos fines

²⁹ Uso esta expresión en un sentido no del todo coincidente con el que creo más extendido en la dogmática administrativista. Aunque no es un concepto del todo pacífico (cfr. Desdentado Daroca, 1997a y 1997b; e Igartua Salaverría, 1998), creo que con él suele hacerse referencia a los casos que requieren conocimientos técnicos, en el sentido de que se exige una apreciación “de conformidad con las reglas propias de las distintas artes particulares o disciplinas, de donde se deduce la máxima de decisión” (Betti, 1975, p. 145). En este sentido la mera decisión sobre si un edificio está o no en ruinas o la de si un preembrión es biológicamente viable implicarían discrecionalidad técnica. Pero me parece que, por un lado, estos casos no implican necesariamente la presencia de un poder de decisión discrecional; y, por otro lado, puede haber casos de discrecionalidad “técnica” que no exigirían conocimientos específicos de un arte, sino mero sentido común. No estoy, por tanto, muy segura de que sea acertado utilizar el rótulo de discrecionalidad “técnica”, pero la alternativa de utilizar la expresión discrecionalidad “jurídica”, como opuesta a discrecionalidad “política” me parece menos adecuada, pues esa contraposición parece situar a la discrecionalidad política fuera del ámbito del Derecho.

causalmente interrelacionados entre sí y exigidos por directrices diversas que puedan entrar en conflicto.

En el sentido que estoy aquí caracterizando la distinción, la discrecionalidad otorgada para la determinación de medidas cautelares en un determinado proceso judicial, o para seleccionar las medidas para restablecer la normalidad una vez decretado un estado de alarma sería técnica; mientras que la discrecionalidad para decidir promocionar un determinado sector industrial, o para elegir la internacionalización como objetivo prioritario de una Universidad sería política.

6. EL CONTROL DEL EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD Y LA DEFERENCIA AL ÓRGANO DECISOR

Es muy común contraponer discrecionalidad y arbitrariedad³⁰. Obviamente son cosas completamente distintas, pero en ocasiones tras esa contraposición se esconde una falsa oposición basada en cierta confusión de niveles: una cosa es decir que un poder es discrecional (que dependerá del modo en el que el mismo esté regulado) y otra distinta señalar cómo se debe actuar en ese ámbito de discrecionalidad. La arbitrariedad se situaría precisamente en el terreno de cómo no se debe ejercer la discrecionalidad (sin la debida justificación). Por eso es importante destacar que, como cuestión de hecho, discrecionalidad y arbitrariedad no resultan incompatibles: un órgano puede poseer un poder discrecional y puede ejercerla arbitrariamente. Obviamente el “puede” ha de ser entendido aquí en sentido fáctico, porque en un sistema jurídico que pretenda ser un Estado de Derecho la arbitrariedad estará prohibida. Y de ahí la conveniencia de que se establezcan controles sobre el ejercicio de estos poderes.

La obligación de motivar los actos discrecionales³¹ puede verse, precisamente, como un primer instrumento al servicio del control del ejercicio de la discrecionalidad. Se trata de la obligación de hacer explícitas las premisas que justificarían la toma de decisión, y que debería servir para facilitar la detección de los casos de arbitrariedad (así como también de desviación de poder o de mera negligencia en la selección de los medios). Sólo a través del conocimiento de las razones que justifican la toma

³⁰ Y no sólo los juristas teóricos; en ocasiones encontramos esta contraposición en decisiones jurisdiccionales. Así, por ejemplo, en la STS de 19 de diciembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:13982) se señala: “en manera alguna cabe confundir la discrecionalidad con el libre arbitrio, por cuanto que si este puede ser fruto de una decisión carente de la necesaria motivación y fundamento, la discrecional es resultado de un proceso razonado e intelectual en que sin duda habrán de ser valoradas las circunstancias que dan lugar y contribuyen a que esa decisión sea adoptada con la mejor voluntad y buen criterio”.

³¹ En el Derecho español esta exigencia está expresamente prevista en el art 35.1.i de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Pero más allá de esta expresa consagración, el Tribunal Supremo español ha considerado (en la STS de 20 de noviembre de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:5997], sobre el caso conocido como “indulto al kamikaze”) que esta obligación deriva directamente del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos previsto en la Constitución en su art. 9.3

de decisión podrá evaluarse el desempeño de la discrecionalidad. En ocasiones se piensa que la motivación exigida —estoy pensando en los supuestos de discrecionalidad técnica— consiste simplemente en un razonamiento subsuntivo cuya premisa normativa vendría dada por la regla que regula el poder discrecional (si se decreta una epidemia la autoridad local deberá establecer las medidas para evitar su propagación) y su premisa fáctica por los hechos que operan como antecedentes de dicha regla (se ha decretado la epidemia X en la localidad Y). Pero, tal y como hemos señalado, las normas de fin no predeterminan la actuación a realizar, por lo que con estas premisas no puede justificarse la concreta medida adoptada, sino simplemente la existencia de la responsabilidad o deber de actuar. Un razonamiento justificatorio completo exigiría incorporar premisas “técnicas” que establezcan si algo es o no —y hasta qué medida— un medio adecuado para perseguir, dadas las concretas circunstancias del caso (que también habrán de ser referenciadas: tipo de epidemia, medios disponibles, características del territorio, etc.), el fin ordenado (evitar la propagación de la epidemia); y también premisas valorativas, que nos permitan comparar las distintas alternativas disponibles (en caso de que existan) atendiendo a las consecuencias previsibles (no debe olvidarse que las razones finalistas están orientadas hacia el futuro) en términos de promoción de los fines y valores contenidos en el propio ordenamiento jurídico (eficiencia económica, protección bienes en juego, etc.).

Pero más allá de esta obligación de motivar el ejercicio de la discrecionalidad, los ordenamientos jurídicos suelen incorporar otras exigencias también dirigidas a posibilitar su control (que puede ser no sólo jurídico, sino también político, mediático o ciudadano). Así, por ejemplo, las obligaciones vinculadas a la transparencia y buen gobierno, cuyo objetivo es que cualquier ciudadano pueda obtener la información pública necesaria para controlar cómo se ejercen los poderes públicos; y también muy especialmente la regulación de los procedimientos previstos para la adopción de ciertas decisiones discrecionales (para la aprobación de leyes, reglamentos, planes urbanísticos, nombramientos, etc.), que suelen incorporar una serie de requisitos especialmente diseñados para entorpecer la arbitrariedad o evitar errores en la toma de decisión. Pensemos en la presencia de “observadores” en ciertos órganos decisores (como los representantes sindicales en tribunales de oposición o comisiones de contratación), o en los trámites de información pública o de audiencia a los interesados, o en la obligación de recabar ciertos informes, etc. En este sentido, algunos reclaman que lo relevante a la hora de controlar el ejercicio de la discrecionalidad no sea tanto los resultados efectivamente obtenidos con la medida adoptada, sino el procedimiento seguido para llegar a la decisión³². Pero de nuevo hemos de ser conscientes de que el seguimiento de los requisitos predeterminados en el procedimiento (sobre todo si se entienden, como suele ser habitual, de manera burocrática) tampoco nos asegura

³² Ponce Solé señala que se trata de incorporar la perspectiva de la buena administración, que pondría el acento en el control de las cuestiones procedimentales y no tanto, o no solo, en el resultado. Este autor critica que “los paradigmas dominantes en el Derecho administrativo clásico han declarado la indiferencia del núcleo discrecional [...] y se han concentrado tradicionalmente en la decisión final adoptada (el acto administrativo, sobre todo) más que sobre el modo de ejercicio de la potestad discrecional administrativa (esto es, el procedimiento administrativo)” (Ponce Solé, 2019, p. 30).

un correcto ejercicio de la discrecionalidad (en ocasiones, incluso, puede entorpecerla). Y de ahí la conveniencia de establecer también mecanismos de control *ex post*, tales como la revisión de la decisión adoptada (y/o del procedimiento seguido para su adopción) por parte de otros órganos jurídicos, muy especialmente órganos jurisdiccionales.

Pero si la discrecionalidad es la atribución a un determinado órgano de una responsabilidad para la determinación de la medida para perseguir un cierto fin, o de la especificación de los fines a perseguir en un determinado ámbito, dicha atribución justifica un deber *prima facie* de respetar las decisiones discrecionales adoptadas por el órgano competente, dicho de otro modo, un principio de deferencia, que sería un principio de carácter institucional vinculado a la distribución de competencias en el ordenamiento³³. Como tal principio, deberá ser ponderado con otros que pueden jugar en sentido contrario, y se deberá ir concretando en exigencias normativas de diversa intensidad, puesto que la deferencia no operará igual en todos los casos de discrecionalidad (por supuesto será mucho más intensa respecto a la discrecionalidad política que respecto a la técnica). Pensemos en la presunción a favor de la aceptabilidad jurídica de la decisión discrecional³⁴, que justificaría atribuir la carga de la argumentación a quien recurra; o bien en la prohibición de corregir o anular ciertas decisiones discrecionales, salvo que las mismas incurran en vicios groseros (carentes de cualquier justificación, o completamente irrazonables o inadecuadas para perseguir los fines ordenados, o diseñadas al margen completamente del procedimiento diseñado para su adopción). El peso de este principio de deferencia dependerá, en abstracto, de las razones que justifiquen el diseño institucional consistente en la atribución de la discrecionalidad a un determinado órgano: la división de poderes, la legitimidad democrática del órgano (en caso de discrecionalidad política), o su grado de pericia en una determinada materia o de mejor situación epistémica para acceder a la información relevante (en caso de discrecionalidad técnica), o incluso razones de eficiencia económica³⁵, por ejemplo relativas a la facilidad para obtener cierta información. Y en concreto también puede depender de si el procedimiento seguido para la toma de decisión ha sido o no el establecido, si las consecuencias adoptadas han sido muy alejadas de las previstas, etc.

Cuando el control es realizado por un órgano de la misma “naturaleza” que el órgano decisor en primera instancia (por supuesto, cuando se trata del órgano delegante, o de un órgano jerárquicamente superior, pero también cuando simplemente se trata de un órgano con la misma formación técnica), el control suele incorporar la posibilidad de corregir o sustituir la decisión previamente adoptada (piénsese en

³³ Sobre los distintos sentidos en los que podemos referirnos a la dimensión institucional del Derecho y el papel que desempeñan los principios institucionales en el razonamiento jurídico, cfr. Atienza y Ruiz Manero (2001).

³⁴ Hablo de “aceptabilidad jurídica” en lugar de utilizar la expresión más común de “legalidad”, porque en ocasiones se considera que esta expresión solo incluye el cumplimiento de las exigencias “regladas” (controlables a través de un procedimiento subsuntivo) de una toma de decisión.

³⁵ Cfr. Doménech Pascual (2018), quien realiza un análisis en términos de análisis económico de la justificación de la atribución de discrecionalidad, y también del control jurisdiccional de la misma.

los recursos administrativos o los recursos judiciales frente a adopción de medidas discrecionales —p. ej., medidas cautelares— por parte de otros jueces); ahora bien, cuando este control se realiza por un órgano con diferente composición, y fundamentalmente cuando ambos órganos se integran en distintos “poderes del Estado” (pensemos en el control jurisdiccional de los actos discrecionales de la administración, o en el control jurisdiccional de las leyes, o de los actos del poder ejecutivo), se suele considerar conveniente disociar la revisión de la aceptabilidad jurídica de la medida adoptada, de la posibilidad de su corrección o sustitución por otra³⁶. Piénsese en las críticas que reciben las denominadas “sentencias interpretativas” del Tribunal Constitucional, precisamente por no limitarse a declarar si una ley es constitucional (“aceptable jurídicamente”) e ir más allá corrigiendo la opción del legislador. No olvidemos que aquí operaría también el principio de división de poderes.

Las razones que pueden justificar que un juez considere “jurídicamente inadmisibles” una decisión discrecional no tienen por qué ser solo las relativas a que el órgano no haya aplicado correctamente las exigencias “regladas” que regulan su conducta (no basta con controlar que el órgano tuviera competencia y que haya seguido el procedimiento). No hay nada que impida que el órgano jurisdiccional también pueda controlar el ejercicio de la discrecionalidad técnica en sentido estricto: la razonabilidad en la selección de la medida a través de la justificación externa de las premisas en las que ha basado su decisión. Así, por ejemplo, una medida puede ser considerada “inadmisible” jurídicamente por considerar que con la misma no se perseguía el fin ordenado (sería un supuesto de “desviación de poder”³⁷), o bien porque se seleccionó un medio claramente inadecuado para la persecución del fin, o bien porque se seleccionó un medio claramente “peor” que otros disponibles. Aun así, lo normal es que en la labor de control del ejercicio de un poder discrecional existan varias actuaciones que un juez tendría que validar en su control *ex post*. Y esto es aún mucho más patente cuando se trata del control de los aspectos políticos de la discrecionalidad, donde son necesarios además de los juicios técnicos (de adecuación de medio a fin), juicios de oportunidad política. En todo caso, no debe olvidarse que al juez no se le encomienda el ejercicio de la discrecionalidad, sino el control de la decisión discrecional adoptada por otro órgano que es el que tiene la competencia y al que por tanto se le puede deber deferencia. Esto hace que algunos autores hablen de una cierta asimetría entre la norma que regula el ejercicio de la discrecionalidad y la norma que regula el ejercicio del control sobre esa discrecionalidad³⁸; “asimetría” que se derivaría precisamente de las exigencias de deferencia.

Los juristas teóricos han centrado sus análisis sobre la discrecionalidad (sobre todo la administrativa) en el papel que desempeña el juez como garante de la legalidad de

³⁶ Sobre estas distintas opciones en el ámbito administrativo, véase Rodríguez de Santiago, 2016, pp. 142 y ss.

³⁷ En este sentido, el artículo 70.2 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa española de 1998 señala como un tipo de “infracción del ordenamiento jurídico”, la desviación de poder, entendiendo por tal “el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

³⁸ Cfr., por ejemplo, Rodríguez de Santiago (2015 y 2016).

la actividad discrecional desarrollada por otros órganos y no en el propio ejercicio de la discrecionalidad. Creo que la adopción de esa perspectiva ha dado lugar a una comprensión distorsionada del fenómeno de la discrecionalidad³⁹, presentándola — tal como vimos al principio del trabajo— como la facultad de elegir libremente entre distintos cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como *permisible* por el Derecho o, lo que es lo mismo, como indiferentes jurídicamente⁴⁰. Ello es así porque la actividad jurisdiccional de control suele exigir una respuesta binaria. Así, por ejemplo, ante la admisión de un recurso contencioso-administrativo sólo caben dos opciones: o se desestima por considerar la disposición, el acto o la actuación recurrida conforme a Derecho, o se estima por considerarlo contrario a Derecho. El control jurisdiccional se centra, pues, en excluir del ordenamiento los resultados inadmisibles de un previo desempeño de discrecionalidad; desde esta perspectiva todos los resultados que no puedan ser excluidos del ordenamiento son vistos como “aceptables jurídicamente”. Pero lo que he intentado mostrar aquí es que eso no implica que, desde la perspectiva *ex ante*, la de la autoridad que ha de desempeñar la discrecionalidad, ésta pueda verse como un permiso para optar entre indiferentes jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA:

- Josep AGUILÓ REGLA, (2001): “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 24, pp. 429-457.
- Robert ALEXANDER, (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- María José ANÓN, (1994): “Notas sobre discrecionalidad y legitimación”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 15-16, vol. II, 1994, pp. 897-912.
- Manuel ATIENZA, (1995): “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 85, pp. 5-25.
- (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid.
- Manuel ATIENZA, y Juan RUIZ MANERO, (1996): *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- (1998): *A Theory of Legal Sentences*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht.
- (2000): *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid.
- (2001): “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 24, pp. 115-130.
- Mariano BACIGALUPO, (1997): *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, UNED, Madrid.
- Aharon BARAK, (2021): *Discrecionalidad judicial*, trad. L.E. Misseri e I. Lifante Vidal, Palestra, Lima.
- Michael D. BAYLES, (1990): *Procedural Justice. Allocating to Individual*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht.

³⁹ En un sentido similar se pronuncia Ponce Solé (2016, pp. 223-224).

⁴⁰ Esta doctrina tradicional, bastante arraigada, puede ser sintetizada (siguiendo a Ponce Solé, 2019, p. 28), del siguiente modo: “una vez comprobado por el juez el respeto de los elementos reglados y la no vulneración —visión en negativo, pues— de los principios generales del Derecho, entonces el núcleo de la decisión discrecional, al estar fundada en criterios no jurídicos (económicos, artísticos, etc.) ha sido algo de lo que el Derecho administrativo no tenía que ocuparse, al no ser controlable judicialmente, puesto que una intervención judicial en ese núcleo supondría la vulneración del principio de separación de poderes y el denominado gobierno de los jueces”.

- John BELL, (1992): “Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View”, en Keith Hawkins (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, pp. 89-111.
- Emilio BETTI, (1975): *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. J. L. de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.
- Martin BULLINGER, (1987): “La discrecionalidad de la administración pública”, en *La Ley*, nº 1381, 1987, pp. 896-911.
- Carmen CHINCHILLA, (1989): *La desviación de poder*, Civitas, Madrid.
- Kenneth Culp DAVIS, (1969): *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, Louisiana State University Press.
- Eva DESDENTADO DAROCA, (1997a): *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona.
- (1997b): *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid.
- Elías DÍAZ, (1992) *Estado de Derecho y sociedad democrática*, ed. Taurus, Madrid, 8ª ed. (1ª edición de 1966).
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, (2018): “Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm.100, Monográfico Conmemorativo, pp. 131-164.
- Ronald DWORKIN, (1989): *Los derechos en serio*, trad. M. Gustavino, Ariel, Barcelona.
- (2014): *Justicia para erizos*, trad. H. Pons, Fondo de Cultura Económica, México.
- Tomás Ramón FERNÁNDEZ, (1995): Voz “Discrecionalidad”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, pp. 2517-2522.
- (2004): *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.
- Dennis J. GALLIGAN, (1986): *Discretionary Powers*, Clarendon Press, Oxford.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, (1995): *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 5ª edición, Madrid.
- Daniel GONZÁLEZ LAGIER, (1997): “Cómo hacer cosas con acciones”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 20, pp. 157-175.
- (2001): *Las paradojas de la acción*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante.
- Robert E. GOODIN, (1995): *Utilitarianism as a Public Philosophy*, Cambridge University Press.
- Herbert L.A. HART, (1968). *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford.
- (1990): *El concepto de Derecho*, trad. G. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Keith HAWKINS, (1992): “The Use of Legal Discretion. Perspectives from Law and Social Science”, en K. Hawkins (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 11-46.
- Juan IGARTUA SALAVERRÍA, (1996): “Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 46, pp. 95-118.
- (1998): *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid.
- Marisa IGLESIAS VILA, (1999): *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Hans KELSEN, (1986): *Teoría pura del Derecho*, trad. R.J. Vernengo, de la segunda edición alemana (1960), UNAM, México.
- Richard LEMPERT, (1992): “Discretion in a Behavioral Perspective: The case of a Public Housing Eviction Board”, en K. Hawkins (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 185-230.
- Isabel LIFANTE VIDAL, (2002): “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 25, pp. 413-439.
- (2020): “¿Qué exige el principio de responsabilidad en el ámbito de la función pública?”, en *Documentación administrativa*, 7, pp. 33-48.
- Gloria LOPERA, (2004): “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 27, pp. 211-243.

- Claudio LUZZATI, (1990): "Discretion and 'Indeterminacy' in Kelsen's Theory of Legal Interpretation", en Letizia Gianformaggio (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, G. Giappichelli editore, Torino, pp. 123-137.
- Felix OPPENHEIM, (1961): *Dimensions of Freedom. An analysis*, New York, St. Martin's Press.
- Juli PONCE SOLÉ, (2016): "El derecho a una buena administración y el Derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI. Buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción", en E.M. Reguera (ed.), *El control de la actividad estatal*, Universidad de Buenos Aires, pp. 219-247.
- (2019): *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Cuadernos de la cátedra de democracia y derechos humanos, nº 15, Universidad de Alcalá.
- Henry S. RICHARDSON, (1999): "Institutionally Divided Moral Responsibility", en E.F. Paul, F.D. Miller y J. Paul (eds.), *Responsibility*, Cambridge University Press, pp. 218-249.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, (2015): "Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial", en *InDret*, 1/2015.
- (2016): *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid.
- José ROLDÁN XOPA, (2013): *La rendición de cuentas y responsabilidad por actividad discrecional y omisión*, CIDE, México.
- Fernando SÁINZ MORENO, (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, ed. Civitas, Madrid.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN, (1994): *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid.
- Robert SUMMERS, (1978): "Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification", en *Cornell Law Review*, vol. 63, 5, pp. 707-778.
- Wilfrid J. WALUCHOW, (1983): "Strong Discretion", en *The Philosophical Quarterly*, vol. 33, n. 133, 1983, pp. 321-339.

DEFERENCIA Y TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

DEFERENCE AND INTERNATIONAL COURTS OF HUMAN RIGHTS

Marisa Iglesias Vila*

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN: Este trabajo desarrolla una propuesta acerca de los criterios que debería acoger un tribunal internacional de derechos humanos para valorar qué grado de deferencia cabe otorgar al estado en la aplicación de un convenio regional de derechos humanos. Para ello se sugiere, en primer lugar, que el funcionamiento de una estructura internacional de protección de derechos debe regirse por criterios de legitimidad sistémica en vez de basarse en parámetros de legitimidad democrática o de compromiso. En segundo lugar, se defiende una concepción cooperativa del principio de subsidiariedad, la cual justifica la deferencia a las autoridades nacionales cuando éstas se hallen mejor situadas para adoptar una decisión sobre derechos humanos, pero, al mismo tiempo, condiciona la mejor situación del estado al cumplimiento de tres responsabilidades cooperativas: imparcialidad, cultura de la justificación y perspectiva convencional. Por último, se aplica esta concepción de la subsidiariedad para valorar críticamente dos sentencias en sede internacional, la primera, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto S.A.S. c. Francia, la segunda, la sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso Gelman *vs.* Uruguay.

PALABRAS CLAVE: tribunales internacionales de derechos humanos; deferencia; legitimidad sistémica; subsidiariedad cooperativa; cultura de la justificación

* Miembro del BIAP (Barcelona Institute of Analytic Philosophy), Unidad de excelencia “María de Maeztu” (2023–2027). Este trabajo ha sido realizado gracias a la ayuda CEX2021-001169-M, financiada por MCIN/AEI/10.13039/501100011033, y al proyecto de investigación PID2020-115041GB-I00/AEI/10.13039/501100011033. Agradezco los comentarios y sugerencias de las personas organizadoras y participantes del XIX Seminario de Teoría y Método (Universitat de València, 25-26 de mayo de 2023).

ABSTRACT: This work focuses on the criteria that an international court of human rights should adopt to assess the degree of deference to be granted to the state in the application of a regional convention of human rights. It is suggested, first of all, that the functioning of an international structure for the protection of rights should be governed by criteria of systemic legitimacy instead of being based on parameters of democratic legitimacy or contractual legitimacy. Secondly, a cooperative conception of the principle of subsidiarity is defended, which justifies deference to national authorities when they are better placed than an international organ to adopt a decision on human rights, but, at the same time, conditions the better situation of the state to the fulfillment of three cooperative responsibilities: impartiality, culture of justification and convention perspective. Finally, this conception of subsidiarity is applied to critically evaluate two contested holdings at international level, the first, the ruling of the European Court of Human Rights in *S.A.S. v. France*, the second, the ruling of the Inter-American Court of Human Rights in the case of *Gelman vs. Uruguay*.

KEYWORDS: International Courts of Human Rights; Deference; Systemic Legitimacy; Cooperative Subsidiarity; Culture of Justification

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA IDEA DE LEGITIMIDAD Y LAS DIMENSIONES DE LA LEGITIMIDAD INSTITUCIONAL: 2.1. Legitimidad democrática; 2.2. Legitimidad de compromiso; 2.3. Legitimidad sistémica.— 3. DOS APROXIMACIONES A LA DEFERENCIA DEBIDA: SUBSIDIARIEDAD ESTATISTA Y SUBSIDIARIEDAD COOPERATIVA.— 4. DEFERENCIA AL CRITERIO NACIONAL Y RESPONSABILIDADES COOPERATIVAS DE LOS ESTADOS: 4.1. La responsabilidad de imparcialidad; 4.2. La responsabilidad de consolidar una cultura de la justificación; 4.3. La responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional.— 5. *S.A.S. C. FRANCIA*.— 6. *GELMAN VS. URUGUAY*.— BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Los tribunales regionales de protección de los derechos humanos están viviendo una época de presión que afecta al futuro de su función jurisdiccional. Cada vez son más frecuentes las reivindicaciones de que estos tribunales deben ir aumentando la deferencia hacia el criterio nacional para mantener su legitimidad en tanto organismos internacionales.

En el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*CEDH* o *el Convenio*), la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*TEDH* o *Estrasburgo*) ya reconoce la posibilidad de esta deferencia a través de su conocida doctrina del margen de apreciación nacional, aunque tradicionalmente la ha usado como un principio secundario y aplicado de forma acotada.¹ Pero en Europa las demandas de

¹ Como es bien sabido, la doctrina del margen de apreciación estatal es una creación jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo que ha utilizado para justificar cierta deferencia al criterio nacional en el momento de juzgar las demandas de violación del Convenio. Ya en el asunto *Handyside c. Reino Unido*, STEDH, de 7 de diciembre de 1976, el Tribunal justificó este margen indicando que, en ámbitos tan sensibles como la moralidad o la religión, no hay consenso entre los estados en las formas de regulación

deferencia han ido más allá en los últimos años. Desde las conferencias intergubernamentales sobre el futuro del TEDH de Interlaken (2010), Izmir (2011) y Brighton (2012), hasta la realizada en Copenhague en 2018, las reivindicaciones de deferencia planteadas a Estrasburgo han abogado por reforzar su rol de órgano subsidiario en la protección de los derechos convencionales en Europa. Esta reclamación de subsidiariedad no se refiere, sin embargo, a la obvia subsidiariedad procedimental y cronológica en el ejercicio de su función supervisora sino a una subsidiariedad normativa, que suele definirse como la exigencia general de otorgar una prioridad derrotable al criterio estatal en la aplicación del Convenio (FØLLESDAL, 2016: 148).

Algunos especialistas han afirmado, entre ellos el anterior presidente del TEDH, Robert SPANO (2018: 485-486), que la nueva mención a la subsidiariedad y al margen de apreciación estatal en el preámbulo del CEDH (tras la ratificación del Protocolo 15) debe contemplarse como una apuesta por aumentar el protagonismo de los estados como responsables primarios en la protección de los derechos humanos². Este mayor protagonismo ha sido reclamado por aquellos estados que se han sentido molestos con algunas sentencias condenatorias del TEDH. Pensemos en los asuntos *Hirst c. Reino Unido (n. 2)* y *Anchugov y Gladkov c. Rusia*, por ejemplo, donde se valoraba la prohibición del voto a los reclusos, o en la reacción crítica que generó la sentencia de la Sala en el asunto *Lautsi c. Italia*, por la imposición del crucifijo en las aulas. En todos estos asuntos los estados implicados han percibido las condenas como invasiones ilegítimas en su autonomía y tradiciones.³ Asimismo, y de forma aún más notoria, cabe conectar la necesidad de un mayor protagonismo nacional en la protección de derechos con el número ingente de demandas que están en estos momentos pendientes de algún pronunciamiento en Estrasburgo (71.450, a fecha 30 de noviembre de 2023). Estas cifras pueden aconsejar que el TEDH, en aras de disminuir el número de denuncias en sede internacional, se concentre menos en la consolidación sustantiva de derechos en el nivel doméstico y más en asegurar una mayor diligencia de las autoridades nacionales en la garantía interna de los derechos humanos (SPANO, 2018: 485).

En el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*CADH*, la *Convención* o *Pacto de San José*) también se está viviendo lo que podríamos entender

y las autoridades nacionales, al estar en contacto con las fuerzas vitales de su país, suelen estar mejor situadas para conocer su coyuntura social y valorar situaciones conflictivas.

² El nuevo preámbulo del CEDH reza: “las Altas Partes Contratantes, de conformidad con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad principal de garantizar los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y sus Protocolos, y que al hacerlo disfrutan de un margen de apreciación, bajo el control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. El preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una referencia más indeterminada a que la protección internacional es de “naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

³ *Hirst c. Reino Unido (n. 2)*, STEDH (Gran Sala), de 6 de octubre de 2005, ECLI:CE:ECHR:2003:0708DEC007402501; *Anchugov y Gladkov c. Rusia*, STEDH, de 4 de julio de 2013, ECLI:CE:EC HR:2013:0704JUD001115704; *Lautsi c. Italia*, STEDH, de 3 de noviembre de 2009, ECLI:CE:EC HR:2009:1103JUD003081406.

como una explosión de las reivindicaciones de deferencia hacia el criterio nacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Corte IDH*) es un tribunal que quizá ha sido criticado con más ahínco que el TEDH por su carácter intervencionista y propensión al maximalismo (CONTESSÉ, 2016; GARGARELLA, 2016a; ORUNESU, 2020)⁴. Este tribunal tiende a efectuar valoraciones autónomas de convencionalidad sin deferencia explícita al criterio nacional, y no ha articulado ninguna doctrina del margen de apreciación. La explicación de su rechazo general a la deferencia hacia las autoridades domésticas se ha conectado con la historia política convulsa de la región. La Corte IDH y los órganos del sistema interamericano de derechos humanos se han arrogado una función de protectores fuertes de derechos humanos frente a las violaciones masivas producidas desde regímenes totalitarios o democracias poco estables⁵.

Este rechazo a la deferencia por parte de la Corte IDH ha generado importantes reacciones tanto académicas como judiciales y gubernamentales. En la academia, Jorge CONTESSÉ (2016: 145), por ejemplo, ha insistido en que los casos de violaciones masivas de derechos en contextos de dictadura van siendo sustituidos por asuntos relativos a violaciones más cotidianas que se producen en el seno de sistemas democráticos estables. Por esta razón, defiende que la Corte IDH debería replantear su lógica de razonamiento en tanto tribunal internacional y adoptar el principio de subsidiariedad y, como corolario, la doctrina europea del margen de apreciación nacional. En su opinión, este estándar es un instrumento adecuado para obtener una Corte más deferente con el criterio de las autoridades nacionales cuando hay discrepancia entre niveles, deferencia que estaría justificada, dado el nuevo contexto político, por razones de legitimidad democrática.

En lo que afecta a la respuesta judicial, seguramente la reacción más conocida sea la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina de 2017 en

⁴ También son conocidas las críticas que la Corte IDH ha recibido por sus exigencias sobre cómo debe proceder el control de convencionalidad interno desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154). Aquí, la Corte IDH indica que este control debe realizarse de oficio por cualquier autoridad pública, tomando en cuenta no solo la CADH sino también su jurisprudencia y otros tratados internacionales, y que este control puede requerir la supresión de normas internas o su reinterpretación. Estas críticas obligaron a la Corte IDH a matizar sus exigencias indicando que los órganos del poder judicial deben realizar ese control de convencionalidad en el marco de sus competencias y regulación procesal interna.

⁵ Analizando el alcance que la Corte IDH ha dado al margen de apreciación en su jurisprudencia, Francisco BARBOSA ("El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática, en Manuel NÚÑEZ POBLETE y Paola ACOSTA ALVARADO (coord.), *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*, UNAM, México, 2012, pp. 51-75), por ejemplo, vincula la justificación del margen de apreciación a la presencia de un estado de Derecho sólido y una democracia profunda y estable. Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE (*El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p. 389), antiguo presidente de la Corte IDH, ha puesto en duda que los estados miembros del sistema interamericano cumplan con las condiciones de democracia, estado de Derecho e independencia del poder judicial que podrían justificar la incorporación de una doctrina del margen de apreciación.

el caso *Fontevicchia*⁶. La CSJN rechazó el requerimiento de la Corte IDH de dejar sin efecto la condena civil a unos periodistas apoyándose, entre otros argumentos, en el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación nacional, y alegó, por una parte, la falta de competencia de un tribunal internacional para efectuar tal requerimiento y, por otra parte, la imposibilidad de cumplimiento dados los principios constitucionales del estado argentino que reconocen a la CSJN como autoridad judicial suprema.

A estas reacciones se ha sumado en 2019 la Declaración conjunta que han dirigido a la Corte IDH los estados de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, donde acuden al principio de subsidiariedad, el margen de apreciación nacional y la aplicación estricta de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos para reclamar de la Corte IDH el respecto al “legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados para asegurar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, a través de sus propios procesos democráticos, los derechos y garantías consagrados en la Convención de conformidad a sus ordenamientos constitucionales”⁷.

Tanto el TEDH como la Corte IDH, entonces, están sufriendo presión para ser órganos más deferentes con el criterio nacional en la protección de derechos humanos. ¿Pero realmente están justificadas tales demandas?, ¿deberían estos tribunales aumentar su nivel de autorrestricción frente a las denuncias de violación?

En este trabajo me preguntaré hasta qué punto y de qué forma puede estar justificado que un tribunal internacional de derechos humanos sea deferente hacia el criterio nacional para asegurar su legitimidad como actor institucional en un convenio regional de derechos humanos. Empezaré desarrollando algunas consideraciones sobre la idea de legitimidad y sus posibles dimensiones para determinar de qué deberíamos estar hablando cuando condicionamos la legitimidad del tribunal internacional de derechos humanos a la deferencia hacia las autoridades nacionales. A partir de aquí sugeriré que enfrentemos esta cuestión desde una concepción que denomino “cooperativa” de la subsidiariedad. Como explicaré, a diferencia de una

⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “*Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de la SCJN, 14 de febrero de 2017, CSJ 368/1998 (34-M)/CS1. En *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina* (Corte IDH. Caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238), la Corte IDH falló que el estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión por la sanción judicial impuesta a Jorge Fontevicchia y Hector D’Amico debido a una publicación que supuestamente habría afectado la vida privada del entonces presidente de Argentina. La información se refería a un hijo no reconocido que Carlos Menem había tenido con una diputada cuando era presidente. En el apartado de reparaciones la Corte IDH dispuso que el estado debía dejar sin efecto la condena, así como todas sus consecuencias, en el plazo de 1 año.

⁷ Declaración sobre el Sistema Interamericano de derechos humanos, 23 de abril de 2019. También es importante recordar el revuelo que en 2017 generó la opinión consultiva solicitada por Costa Rica a la Corte IDH. En esta opinión, la Corte IDH considera que los estados deben dar reflejo a la identidad de género auto-percibida por el individuo y reconocer a las parejas homosexuales los mismos derechos que a las parejas heterosexuales. Opinión consultiva sobre identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, OC-24 / 17, de 24 de noviembre de 2017.

visión estatista de este principio, que aboga por una prioridad fuerte hacia lo doméstico por razones democráticas, la concepción cooperativa vincula la posibilidad de esta deferencia a consideraciones de efectividad en el funcionamiento del sistema de derechos humanos en su conjunto. Esta concepción me servirá para insistir en que la subsidiariedad es una moneda de dos caras que condiciona la prioridad por lo local a la confiabilidad de los estados como cooperadores del sistema y, en concreto, a cómo los estados satisfacen tres responsabilidades cooperativas: la de imparcialidad protectora, la de consolidar una cultura de la justificación y la de mantener una perspectiva convencional. En la última parte del trabajo justificaré el interés de adoptar una visión cooperativa de la subsidiariedad usándola para valorar de forma crítica dos sentencias de tribunales internacionales de derechos humanos. La primera es la sentencia del TEDH en el asunto S.A.S. c. Francia⁸, la segunda, la sentencia de la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay*⁹. Ambas decisiones han generado una amplia controversia sobre el lugar de la deferencia hacia el criterio nacional dentro de un sistema regional de protección de derechos humanos. Por esta razón, su análisis en términos de subsidiariedad me permitirá mostrar las implicaciones de la concepción que sostengo para la deferencia debida.

2. LA IDEA DE LEGITIMIDAD Y LAS DIMENSIONES DE LA LEGITIMIDAD INSTITUCIONAL

Detengámonos un momento en la idea de legitimidad que, por lo que aquí interesa, podríamos entender de forma genérica como la autoridad moral de una institución para adoptar decisiones de carácter vinculante. Esta autoridad moral es lo que dota de *standing* a la institución, haciéndola merecedora de nuestro respeto, reconocimiento o apoyo, incluso cuando la decisión que adopta no coincide con nuestros propios intereses o no la consideramos plenamente justa. La legitimidad conforma un ámbito evaluativo en el que, a diferencia de lo que sucede con la justicia abstracta, tenemos en cuenta la dimensión espacio-temporal en el momento de valorar la justificación de una institución y sus decisiones particulares. Siguiendo a Allen BUCHANAN (2013: cap. 5), los juicios de legitimidad se mueven dentro de una práctica de valoración en la que buscamos alcanzar un compromiso entre el funcionamiento institucional óptimo y la necesidad de asegurar el apoyo que una institución necesita para poder dar ciertos frutos sin costes excesivos. De este modo, la legitimidad no pediría tanto como que la institución obtenga siempre resultados justos ni tan poco como que simplemente sea mejor tener esa institución que no tenerla (BUCHANAN 2013: 193)¹⁰.

⁸ STEDH (Gran Sala), de 1 de Julio de 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511.

⁹ Corte idh, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2001. Serie C. N.º 221.

¹⁰ Aunque no trataré esta cuestión con mayor profundidad, cabría afirmar que esta idea de legitimidad puede encajar con la concepción reconstructiva de la legitimidad de Jürgen Habermas, que la presenta como alternativa tanto a una comprensión fáctica (lo legítimo es lo que de hecho es aceptado

Si estas consideraciones generales acerca de la legitimidad las trasladamos a la aplicación de un convenio regional de derechos humanos, surgen algunas preguntas que demandan respuesta: ¿De qué depende el *standing* moral del tribunal internacional de derechos humanos cuando se condiciona su legitimidad a la deferencia hacia las autoridades nacionales?, ¿cuál es la forma adecuada de pensar las cuestiones de legitimidad en el marco de un sistema institucional con diversos actores? Ciertamente, la reivindicación de deferencia hacia el criterio nacional suele apelar a la legitimidad democrática del estado y al déficit de legitimidad democrática de los tribunales internacionales. ¿Pero es esta dimensión de la legitimidad la que debe considerarse relevante en el momento de valorar el funcionamiento de un sistema regional de derechos humanos?

Para responder a estas cuestiones es importante distinguir tres dimensiones diferentes de la legitimidad: la legitimidad democrática, la legitimidad de compromiso y la legitimidad sistémica.

2.1. Legitimidad democrática

Por lo que respecta a esta primera dimensión de la legitimidad, no hay duda de que la legitimidad democrática es central en la justificación de la autoridad moral de los estados frente a sus ciudadanos. Los valores democráticos también son centrales en una estructura internacional que hace recaer en las instituciones nacionales las responsabilidades cotidianas de respeto y protección de derechos humanos en entornos de pluralismo. Por esta razón, el propio preámbulo del CEDH, por ejemplo, indica que para alcanzar los fines convencionales se requieren tanto sistemas verdaderamente democráticos como unidad en la comprensión de los derechos. Esta dualidad axiológica “democracia-derechos” es una parte esencial de un sistema regional de derechos humanos (ARAI-TAKAHASHI, 2002: cap. 3, 243), que también se refleja en las disposiciones de derechos convencionales que contienen cláusulas de limitación, las cuales, especialmente en el CEDH, permiten, de forma condicionada, la restricción de algunos derechos convencionales cuando ello sea necesario en una “sociedad democrática”.¹¹

Aun así, el hecho de que los valores democráticos sean relevantes en la aplicación de un convenio regional no implica que la autoridad moral del tribunal internacio-

o impuesto) como a una comprensión normativista (lo legítimo es lo justo o lo moralmente correcto). Jürgen HABERMAS (“Problemas de legitimación en el Estado moderno”, en *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, Madrid, 1981, p. 143) define la idea de legitimidad como el reconocimiento que un orden institucional merece y la hace depender de que la pretensión del orden institucional de ser juzgado como justo o correcto obedezca a buenas razones, algo que solo cabe valorar desde la participación discursiva en la comunidad política.

¹¹ La CADH, además de referirse también a una sociedad democrática en alguna de sus cláusulas de limitación (arts. 15, 16 y 22) prevé como referencia general en su art. 32.2 que “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

nal, cuando ejerce la función jurisdiccional que tiene asignada, deba medirse comparando su legitimidad democrática con la de las autoridades nacionales.

2.2. Legitimidad de compromiso

Otra dimensión de la legitimidad que tiene un claro protagonismo en el funcionamiento de un convenio de derechos humanos en tanto tratado internacional es la legitimidad de compromiso o contractual, que gira en torno a las responsabilidades que los estados han adquirido de forma voluntaria al ratificar el CEDH o la CADH. Las consideraciones de legitimidad son aquí relativas a la lógica del principio *pacta sunt servanda*, e incluyen tanto la obligación de cumplimiento como exigencias morales de respeto mutuo, transparencia y buena fe.

¿Es ésta la dimensión de la legitimidad relevante para condicionar la autoridad moral de la justicia convencional y el alcance de la deferencia debida? Si nos fijamos de nuevo en el CEDH, George LETSAS (2013: 139-141) ha argumentado que la legitimidad de la actuación del TEDH depende de la moralidad de compromiso, que surge del hecho de que los estados que han firmado el Convenio han aceptado sujetarse a la jurisdicción de Estrasburgo, la cual abarca, según el art. 32, todos los asuntos relativos a la aplicación e interpretación del Convenio. Aunque la moralidad de compromiso pueda ser relevante en muchas ocasiones, me parece que éste es un argumento débil para valorar la legitimidad de la actuación de un tribunal internacional. Esta dimensión condiciona la legitimidad a una cuestión demasiado vidriosa: a qué se comprometen los estados en el momento de aceptar la jurisdicción de Estrasburgo. En el caso de Letsas, este autor parte de esta moralidad de compromiso para rechazar la doctrina del margen de apreciación. También utiliza el argumento del compromiso para defender que el Tribunal debe efectuar una lectura moral autónoma de los derechos convencionales y utilizar la doctrina del instrumento vivo para ir haciendo efectivos los valores comunes en derechos humanos (LETSAS, 2013: 140-141). Pero si lo que nos importa es la moralidad de compromiso, una posición como la de Letsas debe poder justificar que, de hecho, los estados se comprometieron a aceptar esta lectura expansiva del Convenio, algo que han puesto en duda otros juristas con el mismo tipo de argumentos (BRAUCH, 2005: 146). Y desde esta visión contractualista también podríamos afirmar que, a partir del Protocolo 15, el preámbulo del Convenio expresa un nuevo compromiso moral que dirige a una mayor deferencia hacia el criterio nacional.

Lo mismo sucede en el marco de la CADH. Si nos detenemos en la controversia generada por las exigencias que ha establecido la Corte IDH en el control doméstico de convencionalidad, el argumento de los compromisos internacionales asumidos por los estados ha sido usado tanto para reivindicar la legitimidad de la disputada doctrina de la Corte IDH como para criticarla. Por esta razón, y dado el carácter abierto de las disposiciones convencionales, los argumentos textuales para defender una u otra posición sobre las decisiones de un tribunal internacional de derechos humanos suelen tener poco recorrido.

2.3. Legitimidad sistémica

La idea general de legitimidad no nos compele a vincular el *standing* moral de un tribunal internacional o bien a su pedigrí democrático o bien a la aceptación de su jurisdicción por parte de los estados. Aunque las credenciales democráticas y los compromisos que una institución acepta pueden ser relevantes para alcanzar el equilibrio entre contenido y apoyo que la idea de legitimidad demanda, en un contexto normativo donde diversas instituciones interactúan con una finalidad compartida, valorar la legitimidad de los diversos actores implicados demanda una aproximación más compleja.

Una estructura regional para la garantía de los derechos humanos está configurada desde la actuación coordinada de diferentes instituciones y, su propia operatividad, requiere el reconocimiento mutuo, el cual a su vez facilita la cooperación que debe producirse para asegurar la centralidad regional de los derechos humanos. Si adoptamos este punto de partida, la pregunta por la legitimidad adquiere un carácter sistémico¹². No podemos determinar si cada una de las instituciones involucradas actúa de forma legítima observando solo sus propias características, es decir, valorándola de forma aislada. Su legitimidad dependerá de cómo interactúa con el resto de actores del sistema y, en definitiva, de la eficacia de esta interacción para la consecución del fin compartido.

Por consiguiente, cuando nos preocupamos por la legitimidad de carácter sistémico, examinamos el funcionamiento de un entramado institucional complejo y valoramos la autoridad moral de cada institución de modo relacional, preguntando por qué formas de interrelación y división del trabajo contribuyen a reforzar la legitimidad de cada una de ellas y de la estructura en su conjunto. Aunque la idea de reparto funcional en la tutela de los derechos convencionales forma parte del propio diseño de los convenios regionales de derechos humanos, esta perspectiva también condiciona el juicio de legitimidad al modo en que cada órgano va ejerciendo a lo largo del tiempo las funciones asignadas en tal diseño. La legitimidad sistémica demanda que los estados y el órgano internacional ejerzan sus funciones desde una preocupación activa por el reconocimiento mutuo y la eficacia protectora. Por esta razón, para esta perspectiva sistémica de la autoridad moral, tanto la legitimidad democrática de los estados como la legitimidad del propio convenio regional por haber sido ratificado por estos estados juegan un papel instrumental. Su importancia tiene aquí que ser juzgada en función de su contribución a la eficacia protectora del sistema en su conjunto. Sobre la base de este juicio, el hecho de que un tribunal internacional tenga algún déficit de legitimidad democrática es compatible con que su actividad goce de legitimidad sistémica y, del mismo modo, que las autoridades nacionales posean un

¹² Aunque utilizaré aquí la nomenclatura “legitimidad sistémica”, parto de la propuesta de Allen BUCHANAN (*The Heart of Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2013, cap. 5) de entender la legitimidad en un sistema de derechos humanos como una cuestión “ecológica”.

mayor grado de legitimidad democrática no comporta que su funcionamiento específico también posea legitimidad sistémica (BUCHANAN 2013: 193-195).

Mi sugerencia en este trabajo es que usemos la dimensión sistémica de la legitimidad para valorar la justicia convencional y las crecientes demandas de deferencia hacia el criterio de las autoridades nacionales¹³. Propongo, en la siguiente sección, usar el enfoque de la legitimidad sistémica para distinguir y valorar dos formas de aproximarse a la deferencia debida desde el principio de subsidiariedad.

3. DOS APROXIMACIONES A LA DEFERENCIA DEBIDA: SUBSIDIARIEDAD ESTADISTA Y SUBSIDIARIEDAD COOPERATIVA

Indicaba más arriba que muchas reivindicaciones de deferencia que se dirigen hoy a los tribunales internacionales acogen una lectura normativa del principio de subsidiariedad, la cual, a diferencia de una idea procedimental o cronológica, justifica una prioridad condicionada y derrotable hacia el criterio nacional en la aplicación del CEDH o la CADH. La propuesta de Samantha Besson de una idea de subsidiariedad como complementariedad expresa bien esta posición. Para esta jurista, la justificación de la subsidiariedad en el sistema de Estrasburgo tiene carácter democrático, en un ámbito donde son los estados los únicos órganos con legitimidad democrática. Por esta razón, opina que el TEDH debería limitarse a ser un facilitador de las propias concepciones de los derechos humanos que poseen los estados democráticos, ayudándoles a cristalizar y consolidar sus interpretaciones y prácticas de derechos humanos. Besson defiende que es el consenso entre los estados lo que debe fijar el contenido de la protección mínima que el Convenio garantiza y, una vez este estándar mínimo se ha asentado en las prácticas internas de los estados miembros, el Tribunal, siguiendo un razonamiento de abajo hacia arriba, puede utilizar tal contenido para justificar sus interferencias (BESSON, 2016: 100, 107).¹⁴

Esta lectura de la subsidiariedad, que podría denominarse “estatista”, suele tener como trasfondo una comprensión también estatista de los derechos humanos,

¹³ No debe confundirse esta visión sistémica de la legitimidad con la aproximación sistémica a la legitimidad democrática que proponen algunas teorías de la democracia deliberativa. Para estas teorías, la legitimidad democrática no requiere que cualquier interacción sea el producto de un proceso deliberativo entre los ciudadanos, sino que es el sistema en su conjunto el que debe poseer cualidades deliberativas (Jane MANSBRIDGE, James BOHMAN, Simone CHAMBERS, et al., “A systemic approach to deliberative democracy, en John PARKINSON y Jane MANSBRIDGE (eds.), *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the Large Scale. Theories of Institutional Design*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 1-26).

¹⁴ También Jorge CONTESSE (“Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System”, *Law and Contemporary Problems*, 79 (2), 2016, p. 125) vincula la necesidad de un principio de subsidiariedad al déficit de legitimidad democrática de la Corte IDH y a la necesidad de que el tribunal internacional respete el principio de autodeterminación. En el mismo sentido, véase, también, Claudina ORUNESU, “Conventionality Control and International Judicial Supremacy”, *Revus*, 40, 2020, pp. 45-62.

que los considera en esencia un asunto de cada estado (COHEN, 2008; BESSON, 2017). Las autoridades nacionales poseen la responsabilidad de proteger los derechos de su propia población, y la intervención externa se justifica únicamente si el estado ha puesto en peligro la relación de ciudadanía y con el objetivo de restablecerla (ésta sería la relación relevante en términos de moralidad política). El estatismo suele unir este presupuesto con la asunción de que es en un estado democrático, que garantiza una relación política entre iguales, donde los derechos humanos se desarrollan adecuadamente. Partiendo de estas premisas, percibe el control externo por parte de autoridades sin legitimidad democrática directa como una intervención sospechosa en una relación moralmente valiosa.

Aunque la visión estatista de la subsidiariedad tiene varias deficiencias de base,¹⁵ en este trabajo interesa destacar que tal aproximación acaba siendo una forma indirecta de impugnar la legitimidad de un convenio regional de derechos humanos, y que esta impugnación se realiza desde una valoración aislada de las características morales del estado como institución. No estamos aquí sin embargo en el contexto doméstico de moralidad política. El marco en el que debemos pensar es el de una estructura internacional que ha nacido para la cooperación entre instituciones diversas para un fin común. Esto nos conduce a preguntarnos por la legitimidad sistémica, que nos dirige a valorar en cada situación qué relación institucional refuerza la autoridad de los diversos actores y de la estructura en su conjunto. Como comenta Buchanan, los actores de un sistema de derechos humanos se legitiman recíprocamente. La función que desempeña el tribunal internacional contribuye a la legitimidad de los estados porque refuerza la implementación doméstica de los derechos y mitiga los defectos del funcionamiento democrático para los grupos minoritarios. Al tiempo, los estados democráticos contribuyen a la legitimidad del Tribunal porque, de una parte, participan en esta estructura internacional aportando su pedigrí democrático (participación que también les aporta a ellos mayor legitimidad por su disponibilidad al control externo) y, de otra parte, porque los estados retienen las funciones de creación normativa y ejecución, evitando así que el Tribunal vaya más allá de sus capacidades, lo que disminuiría su legitimidad (BUCHANAN, 2013: 197-198 y 217; FØLLESDAL, 2014: 272).

Las consideraciones de legitimidad sistémica y legitimación recíproca también son trasladables al día a día de la aplicación de un convenio regional de derechos humanos. Si la idea estatista de la subsidiariedad fuera la predominante para determinar el alcance de la deferencia al criterio nacional, el CEDH y la CADH correrían el riesgo de no poder cumplir su función de contrarrestar los defectos de nuestras democracias representativas, en especial aquellos defectos que provienen de resistencias culturales y moralistas al avance en derechos humanos. La incapacidad de contrarrestar estos defectos erosionaría la autoridad moral de órganos internacionales como el TEDH y la Corte IDH y, al mismo tiempo, erosionaría la legitimidad sistémica de los estados.

¹⁵ La concepción estatista de la subsidiariedad acaba conduciendo a una priorización no instrumental del ámbito doméstico sin una justificación convincente y, también, diluye la distinción funcional entre derechos constitucionales y derechos humanos, lo que dificulta la comprensión del carácter global de estos últimos.

Pero la comprensión estatista de la subsidiariedad no es la única opción disponible. Mi propuesta es confrontarla con una concepción de la subsidiariedad que en algunos trabajos he denominado “cooperativa”. La subsidiariedad cooperativa también ofrece una lectura normativa y no meramente formal de este principio, aunque condiciona la prioridad por lo doméstico a que se produzca un equilibrio entre la autonomía del estado y la supervisión internacional que optimice la estructura regional en su conjunto. Para desarrollar esta noción podemos percibir la subsidiariedad como una moneda de dos caras.¹⁶ La metáfora de las dos caras pretende reflejar la idea de que tanto el CEDH como la CADH establecen un marco de responsabilidades compartidas, por lo que, cuando hablamos de subsidiariedad en la aplicación de estos instrumentos internacionales, nos fijamos tanto en las responsabilidades del órgano internacional como en las de los estados (SAUVÉ, 2015: 23-24; GERARDS, 2014). Esta lectura de la subsidiariedad persigue la efectividad del sistema de protección asumiendo que los estados son los que deben actuar en primer lugar y que, cuando le corresponde al tribunal internacional entrar en escena, debe hacerlo desde esta lógica de responsabilidad compartida y no de forma autónoma. Para llevar a cabo esta tarea, el órgano internacional adquiere tanto deberes de no interferencia como deberes de intervención, deberes que se han asociado a una dimensión negativa y una dimensión positiva de la subsidiariedad (CAROZZA, 2003: 44).

La dimensión negativa de la subsidiariedad asume que la institución internacional no puede arrogarse aquellas funciones que las autoridades locales pueden realizar de forma adecuada o con mayor eficacia. Esta dimensión negativa pide al órgano internacional, de un lado, no interferir en las formas nacionales de protección cuando la no interferencia vaya en beneficio del sistema en su conjunto. El estado toca la realidad cotidiana de la gente y puede estar mejor situado para resolver ciertos conflictos sensibles. Por ello, una de las razones de más peso para que un tribunal de derechos humanos sea deferente con el criterio estatal es que las instituciones internas, por su cercanía con los ciudadanos y cuando funcionan adecuadamente, pueden estar mejor situadas para decidir sobre derechos humanos que un órgano internacional. Por otro lado, el órgano internacional debe tener presente que la protección de derechos humanos no es la única función de un estado. Hay otras finalidades valiosas que el estado persigue como estructura compleja, consideración que suele quedar reflejada en las propias cláusulas de limitación previstas convencionalmente.

La dimensión positiva de la subsidiariedad, en cambio, refuerza la responsabilidad judicial del órgano internacional cuando las autoridades nacionales resultan incapaces de satisfacer mínimamente los derechos convencionales. También la refuerza cuando las instituciones domésticas no están cumpliendo sus responsabilidades compartidas en el mantenimiento del sistema regional de derechos humanos. Aquí es donde entra en juego la otra cara de la moneda de la subsidiariedad, la que mira a las responsabilidades de los estados en el funcionamiento de la estructura de

¹⁶ Véase el documento, “Subsidiarity: a Two-Sided Coin”, Dialogue between Judges 2015, ECtHR, Council of Europe.

protección.¹⁷ En lo que sigue analizaré qué responsabilidades cooperativas podemos asignar a los estados desde esta concepción de la subsidiariedad.

4. DEFERENCIA AL CRITERIO NACIONAL Y RESPONSABILIDADES COOPERATIVAS DE LOS ESTADOS

En la aplicación de un convenio regional, la razón más importante para justificar la deferencia al estado es que las autoridades nacionales pueden estar mejor situadas que un órgano internacional para decidir sobre los conflictos relativos a derechos humanos (SPIELMANN, 2012: 393-394).¹⁸ Si el tribunal internacional percibe que la valoración de una situación conflictiva requiere un conocimiento profundo de las circunstancias particulares de una determinada sociedad, adquiere una razón fuerte para ejercer un nivel de escrutinio menor del balance axiológico alcanzado por el estado. De ahí que la mejor posición de las instituciones internas sea la principal razón para deferir al criterio nacional desde un principio cooperativo de subsidiariedad. La fuerza de este argumento, no obstante, está condicionada a la confiabilidad del estado en la protección de los derechos convencionales, y esta confiabilidad, a su vez, depende en gran medida de que las autoridades nacionales satisfagan sus responsabilidades cooperativas.

Además de la obligación general de respetar y proteger los derechos humanos, podríamos indicar que las autoridades nacionales poseen tres tipos de responsabilidades de carácter cooperativo. La primera es una responsabilidad de imparcialidad en la protección de derechos humanos, la segunda es la de consolidar lo que suele denominarse una “cultura de la justificación” y la tercera es la responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional. Analizaré brevemente cada una de ellas¹⁹.

¹⁷ El TEDH también utiliza la idea de subsidiariedad para referirse a los deberes de los estados (Alastair MOWBRAY, “Subsidiarity and the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 15 (2), 2015, p. 340)

¹⁸ En ámbitos como la valoración de prueba o la ejecución de fallos con medidas de reparación y prevención, este argumento tiene un peso especial porque las decisiones que deben ser adoptadas dependen de factores técnicos, procedimentales y de estructura jurídica que un tribunal internacional no parece en principio el mejor posicionado para dirimir.

¹⁹ Cabe advertir que en este artículo mi interés es la relación cooperativa entre los ámbitos doméstico e internacional, y por ello suelo referirme al estado o a las autoridades nacionales en su conjunto. Sin embargo, el principio de subsidiariedad en un sistema regional de derechos humanos involucra todos los niveles institucionales y, por tanto, también se aplica al interior de cada estado. Además de incorporar las responsabilidades estatales que se sintetizan a continuación, un análisis exhaustivo de las exigencias de subsidiariedad también requeriría examinar (desde una lógica cooperativa) qué dinámicas de interacción doméstica entre los diversos poderes del estado, y de estos con los órganos internacionales de protección, pueden contribuir a la legitimidad sistémica del conjunto y de cada actor participante. Dejo este estudio para un trabajo posterior.

4.1. La responsabilidad de imparcialidad

Una primera demanda cooperativa que cabe dirigir a los estados parte del CEDH o de la CADH es que se embarquen en una protección imparcial y objetiva de derechos humanos. La imparcialidad, en el sentido básico que aquí me importa, exige a las autoridades nacionales dejar a un lado prejuicios y sesgos hacia ciertos grupos y personas para proteger derechos humanos de la forma más objetiva posible. Ello permite distinguir un criterio razonable que puede estar equivocado de una interferencia negligente, arbitraria o de mala fe.

La imparcialidad se ve comprometida cuando el estado tiende a privilegiar a un determinado grupo social, cede ante la presión de la moralidad dominante en detrimento de sus minorías o se deja llevar por razones coyunturales. En estas situaciones el estado pierde confiabilidad como garante de derechos humanos, y deja de estar mejor situado que un órgano internacional para resolver la conflictividad interna que su falta de imparcialidad contribuye a generar. En situaciones como éstas el tribunal internacional debe realizar una fiscalización estricta de la medida nacional impugnada.

4.2. La responsabilidad de consolidar una cultura de la justificación

La segunda responsabilidad cooperativa es la de consolidar una cultura de la justificación, que sujeta a cualquier institución pública (ya sea legislativa, ejecutiva, administrativa o judicial) a la exigencia de dar fundamento a sus políticas y medidas desde el objetivo de proteger derechos humanos y fundamentales, mostrando que han incorporado los derechos humanos en sus razones para la acción. En los términos de David Dyzenhaus:

A culture of justification is not only one in which parliamentarians offer political justifications to the electorate for their laws, but is also one in which they offer legal justifications in terms of the values set out in the bill of rights. That is a kind of political justification. But it is more than a justification of why one policy is better than another since it is also a justification of why the policy is consistent with the legally protected rights of those it affects (DYZENHAUS, 2015: 425).

En un sistema regional de derechos humanos, una cultura de la justificación posee dos dimensiones: una dimensión pasiva, en la que las autoridades nacionales se comprometen a justificar que su programa de gobierno no es incompatible con los derechos humanos, y una dimensión activa, en la que las autoridades se comprometen a justificar que sus políticas públicas e instrumentos jurídicos contribuyen a mejorar estos derechos.

El tribunal internacional puede apreciar la presencia de una buena cultura de la justificación examinando la calidad deliberativa del proceso que ha precedido a la medida impugnada. Utilizando los términos de Roberto GARGARELLA (2016a: 4), la calidad deliberativa depende del grado de amplitud y profundidad del debate interno previo a la decisión del estado. En cuanto a la amplitud, esta calidad se pro-

duce cuando las autoridades nacionales, tanto en la fase de creación normativa como a lo largo de proceso judicial, han escuchado e incorporado las voces y los intereses de todos los afectados. Esta inclusión contribuye a la imparcialidad del proceso y evita el voluntarismo estatal. Respecto a la profundidad del debate interno, la calidad deliberativa requiere que se hayan ponderado de buena fe todas las razones en juego en un examen profundo de proporcionalidad.

En los últimos años, el TEDH, en lo que es comúnmente conocido como “el giro procedimental” (ARNARDÓTTIR, 2017), está concediendo una importancia decisiva a la presencia de una cultura doméstica de la justificación en el momento de ejercer su función jurisdiccional. Estrasburgo efectúa en numerosas ocasiones un control de racionalidad procedimental, que comporta examinar una denuncia de violación del Convenio prestando más atención a cómo las autoridades nacionales han llegado a la medida impugnada que a la cuestión de si el contenido de esta medida viola derechos convencionales. Robert Spano, anterior presidente del TEDH, y que ha abogado por un principio robusto de subsidiariedad en la aplicación del CEDH, defiende la importancia de este giro procedimental para orientar a las autoridades nacionales sobre cómo deben ejercer su responsabilidad primaria en la protección de derechos humanos y disminuir así el número de denuncias (SPANO, 2014; 2018).

4.3. La responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional

Esta tercera responsabilidad cooperativa condiciona la mejor posición del estado a que las autoridades nacionales sean capaces de levantar la mirada y adoptar una perspectiva externa de su actividad institucional cotidiana. Su responsabilidad es incorporar en la toma de decisiones el punto de vista del CEDH o la CADH y ejercer, por tanto, la autorregulación convencional. Desde la idea de subsidiariedad que estoy manejando, la perspectiva convencional no debería ser patrimonio del tribunal internacional sino una aproximación que comparten todos los actores que cooperan para la efectividad del sistema de derechos humanos. Como ha observado acertadamente Jean-Marc Sauvé, los estados requieren poseer un punto de vista doble: “national characteristics and traditions, and also European standards and consensus” (SAUVÉ, 2015: 25). Esta dualidad es exigible tanto al parlamento como a los órganos ejecutivos y al aparato judicial, y se muestra, por ejemplo, en la disponibilidad hacia el control externo para corregir déficits del mayoritarismo democrático, en el interés por recabar asesoramiento de comités y organismos expertos en derechos humanos, en no usar argumentos *ad hoc* o *ex post facto* para defender la posición del estado en sede internacional (SPANO, 2015: 7) y en la presencia de un control interno de convencionalidad atento a la jurisprudencia del tribunal internacional y al estado de los estándares de protección en la región.²⁰

²⁰ La exigencia de un control interno de convencionalidad de la actividad reguladora se trataría más bien de un deber de resultado, que deje en manos del estado, en función de sus tradiciones jurídicas y estructuración interna, la decisión sobre los medios adecuados para llevarlo a cabo. Ya he comentado

Cuando va unida a la imparcialidad estatal y a una cultura de la justificación, la satisfacción de la responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional permite a las autoridades nacionales cooperar adecuadamente en la eficacia del sistema de protección y, en consecuencia, contribuye a su confiabilidad como garantes primarios. Ahora bien, cabe también destacar que las responsabilidades cooperativas de los estados son dinámicas. A medida que el reconocimiento mutuo se consolida y las posibilidades de cooperación se amplían también puede aumentar la exigibilidad respecto a la calidad en la protección de derechos humanos. Aunque la importancia del consenso entre estados suele ser defendida desde una subsidiariedad estatista, el alineamiento sustantivo de los estados también adquiere relevancia, bajo ciertas condiciones, para un principio cooperativo de subsidiariedad que percibe un convenio regional como un instrumento vivo. Podríamos decir que, en este aspecto, el órgano internacional tiene una función o responsabilidad doble. Por una parte, en una lógica de abajo arriba, le corresponde reflejar la formación de consensos de mejora entre los estados, esto es, incorporar una interpretación evolutiva del convenio en términos sociológicos y comparativos cuando ello implique un aumento del estándar de protección. Por otra parte, desde una lógica de arriba abajo (KLEINLEIN, 2019: 107-108), un tribunal internacional de derechos humanos tiene la función de impulsar la consolidación de nuevos consensos de mejora. Aquí el órgano internacional debería percibir la dinámica evolutiva no como una cuestión sociológica sino como una exigencia normativa dirigida a un conjunto de instituciones que cooperan en la protección de derechos humanos. Un incrementalismo paulatino, que combine la mejora sustantiva con una garantía razonable de la seguridad jurídica, podría contemplarse como una de las responsabilidades del tribunal internacional en tanto actor del sistema que, a diferencia de los estados, tiene esencialmente una perspectiva convencional. Por esta razón, cuando se va logrando asentar un progreso en el mínimo de protección de un derecho (un ejemplo claro en el CEDH lo encontramos en la evolución de los derechos de las personas homosexuales y transexuales), el hecho de que una medida menos protectora sea el fruto de un proceso interno con calidad deliberativa es un argumento débil para deferir al criterio del estado, a no ser, claro está, que el estado muestre que la regulación nacional es proporcionada en función de circunstancias locales muy específicas. De esta suerte, el consenso de mejora y el incrementalismo pueden contemplarse como instrumentos de presión legítima por parte del resto de estados y actores del CEDH o la CADH, una presión que va aumentando de forma gradual para facilitar el progreso colectivo hacia el objetivo común.

En la próxima sección me detendré en dos sentencias controvertidas, una del TEDH, el asunto *S.A.S c. Francia* (2014), y otra de la Corte IDH, el caso *Gelman vs. Uruguay* (2001), para mostrar qué formas concretas de razonamiento exigiría una concepción cooperativa de la subsidiariedad a un tribunal internacional de derechos humanos.

que la Corte IDH ha recibido numerosas críticas por su intervencionismo en torno al modo y alcance del control de convencionalidad doméstico que puede exigirse a los estados. El TEDH, en cambio, deja en este ámbito una mayor discreción a las autoridades nacionales.

5. S.A.S. C. FRANCIA

La sentencia del TEDH en el asunto *S.A.S. c. Francia*, de 2014, es uno de los casos más conocidos en los que el TEDH ha justificado su deferencia al criterio estatal apoyándose en la legitimidad democrática del proceso de adopción de una medida restrictiva de derechos convencionales. En este asunto se discute la ley francesa que prohíbe ocultar el rostro en los espacios públicos, y que ha tenido como efecto principal impedir el uso del velo integral en público²¹. Una de las peculiaridades de este caso es que Estrasburgo reconoce por primera vez que todos los argumentos sustantivos aportados hasta el momento para restringir el uso de velos como simbología religiosa (igualdad de género, imposición religiosa, dignidad, seguridad y orden público) carecen de la solidez necesaria para justificar tal interferencia en la libertad religiosa. A pesar de ello, Estrasburgo da la razón a Francia, centrándose en referencias genéricas al principio de subsidiariedad, la mejor posición del estado y la falta de consenso en la materia, e incidiendo, especialmente, en la representatividad democrática de la medida. El TEDH destaca que la prohibición es el producto de un largo proceso político que concluyó con la aprobación de la ley en las dos cámaras legislativas, casi por unanimidad, y que el Consejo Constitucional validó la norma. El tribunal acaba concluyendo que este apoyo democrático fuerte permite afirmar que la prohibición de cubrirse el rostro en público es una “elección” de la sociedad francesa (§ 153). Esta elección, dice Estrasburgo, se ha justificado en la visión francesa de las exigencias mínimas de la vida en común, “le vivre ensemble”, las cuales incluyen no esconder el rostro a los otros en público, con lo que se trata de una medida legítima y proporcionada en una sociedad democrática (§§ 140 a 159).

Si analizamos el fallo del TEDH desde la subsidiariedad cooperativa deberemos preguntarnos si en este caso el estado francés se ha mostrado como un cooperador confiable en la protección de derechos humanos. ¿Se han satisfecho las tres responsabilidades cooperativas que he comentado? En lo que afecta a la cultura de la justificación, no consta que el proceso de gestación de la ley posea amplitud deliberativa, pues no se buscó escuchar la voz de las mujeres afectadas ni incorporar su perspectiva en el debate. Lo mismo sucede con la profundidad de la deliberación. En el proceso legislativo se insistió en que el uso del velo integral no encajaba con los valores de la república francesa y que suponía un atentado contra la igualdad y dignidad de las mujeres afectadas. Pero no hubo un trabajo de ponderación con su libertad religiosa ni se profundizó en el controvertido argumento de la igualdad de género como límite a esa libertad. También fue notoria la parquedad argumentativa con la que el Consejo Constitucional francés, sin efectuar un balance con los derechos humanos en juego, declaró que la ley era constitucional excepto para los lugares públicos de culto. Con todo, el TEDH no realizó un control de calidad deliberativa al valorar el proceso que desembocó en la prohibición francesa.

²¹ Ley N° 2010-1192, de 11 de octubre de 2010.

He indicado antes que una cuestión central desde una idea cooperativa de la subsidiariedad es la de si el estado está mejor situado para decidir sobre una determinada restricción de derechos humanos. En SAS, Estrasburgo indica que la prohibición de ocultar el rostro en público es una medida de política general y que, “in matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight (§ 129). Ahora bien, el argumento de la mejor situación de las autoridades nacionales es dependiente de la confiabilidad del estado como cooperador en un sistema regional y, como he indicado, una de sus responsabilidades dentro de este sistema es mantener la imparcialidad en la protección de derechos humanos. La línea tan restrictiva que Francia ha seguido respecto a la expresión religiosa en público tiene su anclaje en una bien conocida ideología estatal de la *laïcité* que está lejos de ser neutral frente a su pluralismo interno. Al igual que la Ley 2010-1192, impugnada en SAS, otras prohibiciones e intentos de prohibición del velo islámico en escuelas, playas y piscinas públicas francesas han recibido múltiples críticas externas por esa falta de imparcialidad en la protección del derecho a la libertad religiosa. Aun cuando el estado francés siempre ha argumentado que estas prohibiciones son necesarias para mantener el pluralismo, la tolerancia y la armonía religiosa en Francia, el propio TEDH pone tímidamente en duda esta asunción observando que:

“a State which enters into a legislative process of this kind takes the risk of contributing to the consolidation of the stereotypes which affect certain categories of the population and of encouraging the expression of intolerance, when it has a duty, on the contrary, to promote tolerance” (§ 149).

A pesar de estas prevenciones, el TEDH sigue asumiendo el margen de apreciación de Francia por tratarse de una medida de política general donde el estado está mejor situado para decidir. El problema de esta conclusión es que, cuando cabe dudar de la imparcialidad de una medida general, también cabe dudar de que quien la adopta y mantiene esté mejor situado que el órgano internacional para valorar su ajuste a derechos humanos. Así, cuando asumimos que la finalidad del Convenio es la protección efectiva de estos derechos en Europa, la confiabilidad de las instituciones encargadas de su protección debe ganarse más que presuponerse. Por ello, en el caso de una prohibición absoluta como la francesa, dirigida por sus efectos a una minoría religiosa, el TEDH debería haber exigido una justificación detallada y sólida de su necesidad en una sociedad democrática. Estrasburgo, en cambio, acaba aceptando que el laicismo militante, concretado en las exigencias de la vida en común que obligan a mostrar el rostro a otros, es una decisión legítima de la sociedad francesa que no vulnera sus compromisos internacionales. Pero esta laxitud es muy peligrosa para la protección efectiva de derechos y para la efectividad del sistema en su conjunto. Por una parte, tiene un efecto profundo sobre el ejercicio de la libertad religiosa de las mujeres afectadas, ya que puede llegar a impedirles salir de sus casas. Por otra parte, el hecho de que el TEDH no haya exigido imparcialidad ni argumentos sustantivos más sólidos para justificar este tipo de prohibiciones ha contribuido al aumento de legislaciones restrictivas (Bulgaria, 2016, Austria, 2017, Luxemburgo y Dinamarca, 2018, Holanda, 2019 y Suiza, 2021). El resultado es un retroceso en el nivel de

protección del derecho a la libertad religiosa en Europa. Por último, después de su sentencia deferente con la medida francesa, el Tribunal ha tendido a ir aumentando la laxitud frente a restricciones cada vez más intensas y menos representativas. Esto es lo que ha sucedido con su decisión en 2017 de conceder de nuevo un amplio margen al estado en los asuntos *Dakir c. Belgica* y *Belcacemi y Oussar c. Belgica*, relativos a la prohibición más reciente del velo integral en Bélgica²². El estado belga también ha utilizado el argumento de las exigencias de la vida en común para justificar la prohibición, aunque, como bien observa de forma crítica Eva Brems, a diferencia de la regulación francesa, la belga no castiga a quien fuerce a alguien a cubrir su rostro sino que solamente penaliza a quien lo lleva cubierto. Al mismo tiempo, el proceso que ha precedido a la regulación belga ha sido mucho menos elaborado que el francés, sin la intervención de expertos o asesoramiento en derechos humanos y sin discusión en las dos cámaras del parlamento (BREMS, 2016: 71-72).

Sobre la responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional, la medida francesa tampoco se caracteriza por haber levantado la mirada. Para resaltar algunas de sus deficiencias en este aspecto: el legislativo francés no recabó ninguna información empírica sobre los efectos, en términos de derechos humanos, que la prohibición pudiera acarrear; tampoco confrontó con seriedad las opiniones de su Comisión Nacional Asesora de derechos humanos ni las del Consejo de Estado, ambos contrarios a una prohibición total del velo integral por violar la libertad religiosa. Por último, el estado francés desoyó todas las opiniones claramente contrarias a la prohibición, y preocupadas por su impacto en las mujeres afectadas, que vertieron muchos organismos e instituciones de derechos humanos, entre ellos el propio Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Es verdad que en este asunto no podría decirse que las autoridades nacionales dejaron de lado la jurisprudencia del TEDH. Pero, como es bien sabido, su jurisprudencia sobre el velo islámico ha sido tan deferente hacia el criterio nacional que apenas puede orientar sobre un estándar mínimo de protección de la libertad religiosa más allá de la voluntad estatal y el carácter democrático de la medida²³.

A diferencia de lo que piensa un jurista como Spano, que percibe esta sentencia como una “constructive conversation with the national authorities” y un ejemplo de buen uso de la subsidiariedad (SPANO, 2015: 6), creo que la deferencia mostrada por el TEDH hacia la prohibición francesa, que solo puede entenderse desde una subsidiariedad estatista, debería verse como una oportunidad perdida. Estrasburgo podría haber ejercido un rol subsidiario más cooperativo si, sin realizar una valora-

²² *Dakir c. Belgica*, STEDH, de 11 de julio de 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0711JUD000461912; *Belcacemi y Oussar c. Belgica*, STEDH, de 11 de julio de 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0711JUD003779813. De hecho, la ley belga se aprobó inicialmente en marzo de 2010, antes que la francesa, pero una crisis gubernamental impidió su entrada en vigor. La ley volvió a ser debatida en el parlamento al año siguiente, siendo finalmente aprobada el 1 de junio de 2011.

²³ Para un buen estudio crítico de la jurisprudencia del TEDH sobre el velo islámico, véase, por ejemplo, Javier MARTÍNEZ TORRÓN, “The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law”. *Oxford Journal of Law and Religion*, 1 (2), 2012, pp. 363-385.

ción autónoma de compatibilidad de espaldas al criterio nacional, hubiera exigido una deliberación doméstica de calidad para justificar la prohibición. No haberlo hecho perjudica en mi opinión la protección efectiva de un derecho del CEDH y la legitimidad sistémica de esta estructura institucional.

6. GELMAN VS. URUGUAY

La sentencia de la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay*, de 2011, es un ejemplo de decisión controvertida por su falta de deferencia en la aplicación de la CADH (GARGARELLA, 2013; CONTESSE, 2016)²⁴. En este asunto se valoraba la convencionalidad de la Ley de Caducidad uruguaya, una disposición que tenía como efecto la plena amnistía de los involucrados en violaciones graves de derechos humanos durante la dictadura militar (prolongada entre 1973 a 1985)²⁵. La peculiaridad histórica de esta norma es que, tras su promulgación en 1986, fue objeto de un intenso debate político que se extendió durante muchos años, con decisiones dispares de la Suprema Corte Nacional sobre su constitucionalidad, una gran implicación popular, episodios de manifestación en las calles con la ciudadanía mostrando sus discrepancias, múltiples artículos de opinión a favor y en contra y dos consultas populares favorables al mantenimiento de la ley. En su sentencia, la Corte IDH no tuvo en cuenta el apoyo popular a la norma ni el largo período de debate interno, y valoró en abstracto el contenido de la ley. Su conclusión fue diáfana: la Ley de Caducidad deja impunes graves atentados contra los derechos humanos, lo cual supone una violación de los derechos de las víctimas y sus familiares, y el estado, en consecuencia, está incumpliendo su responsabilidad internacional de perseguir esos delitos (§ 225-246).

Jorge CONTESSE (2016: 136-137) es uno de los juristas que ha criticado esta sentencia por su carácter contramayoritario. Acudiendo a la legitimidad democrática, ha observado que la Corte IDH debería haber sido más deferente con la Ley de Caducidad y haber tenido presente que, a diferencia de otras normas de autoamnistía en la región, la ley uruguaya había sido creada y mantenida a lo largo del tiempo a través de procesos democráticos. Otra crítica diferente, pero también de base democrática, es la que realiza Roberto GARGARELLA (2013; 2016a). Me detendré brevemente en su argumentación.

Gargarella mantiene una visión exigente con la legitimidad democrática de una medida nacional, defendiendo que esta legitimidad está condicionada a que la medida

²⁴ En este asunto se juzgaba la responsabilidad internacional del Estado de Uruguay por hechos acaecidos en 1976 durante la dictadura militar, en concreto, la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, y la supresión y sustitución de la identidad de su hija María Macarena Gelman García.

²⁵ Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley 15.848), promulgada el 22 de diciembre de 1986, por la que se decreta la caducidad del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985.

en cuestión sea una decisión democrática fuerte, esto es, el fruto de un proceso con calidad deliberativa tanto en amplitud como en profundidad. Su tesis es que la decisión uruguaya cumple con estas exigencias. En sus palabras, “el pueblo uruguayo, de forma colectiva, estableció su visión de un tópico extremadamente difícil, luego de un cuidadoso, detallado y amplio debate”, con lo que “una comunidad democrática logró producir un acuerdo excepcionalmente democrático” (GARGARELLA, 2016a: 10). ¿Pero son estas consideraciones suficientes para afirmar que Uruguay en este caso ha satisfecho su responsabilidad de consolidar una cultura de la justificación?

Aunque Gargarella ha destacado el apoyo popular a la ley y la participación ciudadana en el proceso, si nos centramos en la amplitud deliberativa, el respaldo ciudadano podría ser relativizado, en particular si tenemos en cuenta que los resultados en las dos consultas populares fueron ajustados (con 57.6 por cien de apoyo a la ley en 1989 y un 52.3 por cien en 2009) y que este apoyo había disminuido con el tiempo. Lo que muestran estos resultados es que la sociedad uruguaya está dividida en torno a la cuestión de dejar atrás el pasado a través de una amnistía, y que con los años esta división ha persistido.

Si nos fijamos en la profundidad deliberativa, Gargarella pasa esta cuestión muy por encima, contentándose con afirmar que hubo una intensa discusión en los medios y que el debate, además de tener una amplia participación, fue transparente y limpio (GARGARELLA, 2013; 2016a)²⁶. Pero la calidad deliberativa parece exigir más. Desde su promulgación en 1986 la Ley de Caducidad había tenido sin duda una vida convulsa, con debates cíclicos sobre su validez y legitimidad, intentos de anulación y derogación, consultas populares y fallos dispares de la Corte Suprema de Justicia sobre su constitucionalidad²⁷. En este sentido, resulta obvio que estamos ante una medida sobre la que ha habido un amplio debate social. No obstante, la cuestión relevante es si, a lo largo de este debate, una norma que decreta la caducidad del ejercicio de la pretensión punitiva del estado para los delitos políticos cometidos en la dictadura se ha sujetado a este examen minucioso de proporcionalidad. ¿Se valoraron otras alternativas menos gravosas para los derechos humanos que pudieran permitir dejar atrás el pasado? Dado mi desconocimiento del contexto, no entraré a analizar esta cuestión, pero cabe indicar que ninguna de las alegaciones del estado en el caso Gelman va en la dirección de justificar con argumentos sustantivos por qué se creó y mantuvo la Ley de Caducidad. Atendiendo a la historia de esta norma en el siglo XXI, el debate argumentativo interno parece haber ido en la dirección contraria, la de considerar que se trata de una norma inconstitucional que atenta contra el Derecho

²⁶ Dejo al margen otro argumento que Gargarella ha manejado contra la sentencia de la Corte IDH que es la cuestión de si el punitivismo debe verse como la única respuesta posible a las violaciones masivas de derechos humanos.

²⁷ Con respecto a estos fallos, mientras que en 1988 la Suprema Corte de Justicia de Uruguay consideró que la Ley de Caducidad era constitucional (sentencia N° 184, de 2 de mayo), en el caso Nibia Sabalsagaray (sentencia N° 365, de 19 de octubre de 2009) y otros casos posteriores, la Suprema Corte declaró que la ley era inconstitucional, posibilitando la investigación de esos atentados contra derechos humanos.

internacional, al menos si atendemos a los sucesivos fallos de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay entre 2009 y 2011 declarando su inconstitucionalidad. Dado el contenido de estos fallos, cabe tener presente que si el sistema de justicia constitucional uruguayo hubiera sido diferente, y la declaración de inconstitucionalidad no hubiera tenido solo efectos de inaplicación de la norma al caso particular, la Ley de Caducidad llevaría años expulsada del ordenamiento por inconstitucional. Por estas razones, mi hipótesis es que si este debate profundo no tuvo lugar, especialmente con un resultado favorable a la norma, la exigencia de calidad deliberativa no apoyaría la deferencia de la Corte IDH.

Por lo que respecta a la imparcialidad en la protección de derechos, cabría distinguir dos tipos de decisiones democráticas diferentes en un marco de pluralismo razonable. Una es la decisión que expresa una determinada forma de interpretar el contenido de un derecho humano, otra es la decisión que persigue un fin colectivo que afecta a los derechos humanos reconocidos en la Convención. Es este segundo tipo de decisión el que está sujeto a debate en el caso Gelman, y aquí el estado no puede ser contemplado por defecto como un protector imparcial de los derechos humanos bajo una determinada interpretación de sus exigencias. Cuando es la urgencia de dejar atrás el pasado la razón por la que se exige un sacrificio tan intenso en términos de derechos humanos es el estado quien debería poseer la carga de probar la imparcialidad de su decisión. Solo cuando esta medida pueda presentarse como resultado de un ejercicio razonable de proporcionalidad que ha dado su justo peso a todas las razones de derechos humanos relevantes, la carga de la prueba de la confiabilidad del estado como cooperador del sistema interamericano puede verse satisfecha.

Por último, ¿satisfizo el proceso interno la responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional?, ¿se realizó un ejercicio de autorregulación en este sentido? Una de las cuestiones que podríamos plantear es si, en el proceso interno, las autoridades nacionales se tomaron en serio la jurisprudencia de la Corte IDH sobre amnistías generales. Si así hubiera sido, se podrían haber valorado alternativas a la amnistía plena que, permitiendo dejar atrás el pasado, fueran menos gravosas para los derechos humanos. Comparemos por un momento la Ley de Caducidad con la amnistía condicionada y el sistema penal alternativo previstos en el Acuerdo de Paz colombiano para las violaciones masivas de derechos humanos producidas durante el largo período de conflicto. El acuerdo de Paz contempla un conjunto complejo de medidas que son el producto de un intenso debate institucional y ciudadano sobre cómo alcanzar un equilibrio entre la necesidad imperiosa de paz y el respeto a los derechos humanos de las víctimas. Lo que me interesa destacar aquí, siguiendo las observaciones de Andrés CERVANTES (2020), es que la propia jurisprudencia de la Corte IDH sobre amnistías generales ha servido para que Colombia evitara un modelo de amnistía o indulto en términos absolutos. Además de la participación de actores internacionales en el proceso de paz, la posición firme de la Corte IDH y de otras instancias internacionales rechazando la validez de estas amnistías, incluso en regímenes democráticos, ha servido para que las instituciones colombianas tuvieran que realizar un mayor esfuerzo deliberativo y adoptar una perspectiva convencional en la configuración de las

medidas. Este rechazo ha incentivado que se buscasen fórmulas de justicia transicional que permitieran alcanzar el mayor equilibrio posible entre los derechos humanos y el objetivo de la paz. En este sentido, se ha establecido un sistema penal complejo, que se aplica por igual a las conductas criminales de todos los actores del conflicto (que hayan suscrito el acuerdo). Tal sistema incluye amnistías condicionadas a la deposición de armas y a la colaboración con el establecimiento de la verdad, la limitación de crímenes amnistiables, el diseño de penas reducidas y especiales (sin prisión), así como la selección y priorización de casos. Este sistema penal especial, sea acertado o no, puede ser contemplado como un ejercicio con mayor grado de imparcialidad, mirada convencional y calidad deliberativa que la medida uruguaya. En lo que respecta a la legitimidad democrática, en cambio, hay una diferencia que no es menor entre el caso uruguayo y el colombiano. Como es bien sabido, el Acuerdo de Paz también fue sometido a consulta popular, con un plebiscito en el que venció el rechazo al Acuerdo por un 50.21 por cien frente a un 49.79 por cien. A su vez, el propio GARGARELLA (2016b), que ha alabado la fortaleza democrática de las consultas en Uruguay, ha criticado el déficit democrático de la consulta colombiana por las múltiples debilidades deliberativas del proceso (falta de información, decisión binaria para un acuerdo muy complejo, sin apenas tiempo para el debate, etc.). A pesar de ello, el rechazo ciudadano obligó a replantear y renegociar el pacto, incorporando cambios propuestos por los defensores del “no”. El Acuerdo Final fue firmado entre el gobierno y las FARC-EP y ratificado por el parlamento sin ser sometido de nuevo a consulta popular.

Si el principio de subsidiariedad se centrara solo en la legitimidad democrática, la Ley de Caducidad merecería mayor deferencia internacional que la amnistía condicionada prevista en el Acuerdo de Paz colombiano, pero no resulta así si lo que nos preocupa es la legitimidad sistémica y la subsidiariedad cooperativa. Es cierto que la Corte IDH en el caso Gelman se limitó a efectuar una valoración autónoma de compatibilidad convencional. Podríamos criticar que rechazara la deferencia al estado centrándose solo en si el contenido de la decisión pública, con independencia de su origen y proceso interno, era compatible con el respeto a los derechos humanos. El fallo de la Corte IDH carece en este sentido de la flexibilidad que el principio de subsidiariedad cooperativa demanda. Como actor de un sistema de cooperación a largo plazo, la Corte IDH podría haber buscado un mejor equilibrio entre la protección eficaz de derechos y el reconocimiento mutuo. Sin embargo, mi impresión es que desde los parámetros de la subsidiariedad cooperativa también podríamos inferir, por otro camino, que la Ley de Caducidad, tal como fue pensada y mantenida, viola el Pacto de San José. Cabe alcanzar esta conclusión, en definitiva, porque Uruguay podría haber realizado un esfuerzo mayor (exitoso o no) para buscar alternativas a una amnistía plena.

BIBLIOGRAFÍA

- Yutaka ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersetia, Oxford, 2002.
- Oddný Mjöll ARNARDÓTTIR, “The ‘Procedural Turn’ under the European Convention on Human Rights and Presumptions of Convention compliance”, *International Journal of Constitutional Law*, 15 (1), 2017, pp. 9-35.
- Francisco BARBOSA DELGADO, “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática”, en Manuel NÚÑEZ POBLETE y Paola ACOSTA ALVARADO (coord.), *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*, UNAM, México, 2012, pp. 51-75.
- Samantha BESSON, “Subsidiarity in International Human Rights Law-What is Subsidiarity about Human Rights?”, *The American Journal of Jurisprudence*, 61 (1), 2016, pp. 69-107.
- Samantha BESSON, “Human Rights as Transnational Constitutional Law”, en L. ANTHONY y W. ANTJE (eds.), *Handbook on Global Constitutionalism*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 234-247.
- Jeffrey A. BRAUCH, “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law”, *Columbia Journal of European Law*, 11, 2005, pp. 113-150.
- Eva BREMS, “SAS v. France: A Reality Check”, *Nottingham Law Journal*, 25, 2016, pp. 58-72.
- Allen BUCHANAN, *The Heart of Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
- Paolo CAROZZA, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *The American Journal of International Law*, 97 (1), 2003, pp. 38-79.
- Andrés Armando CERVANTES VALAREZO, *El impacto del sistema interamericano de protección de derechos humanos en la justicia transicional. ¿Existe un lugar legítimo para el perdón?* Tesis doctoral, UPF, 2020.
- Jean L. COHEN, “Rethinking Human Rights, Democracy, and Sovereignty in the Age of Globalization”. *Political Theory*, 36 (4), 2008, pp. 578-606.
- Jorge CONTESE, “Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System”, *Law and Contemporary Problems*, 79 (2), 2016, pp. 124-145.
- David DYZENHAUS, “What is a ‘Democratic Culture of Justification?’”, en Murray HUNT, Hayley COOPER y Paul YOWELL (eds.), *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 425-446.
- Andreas FØLLESDAL, “Much Ado about Nothing? International Judicial Review of Human Rights in Well Functioning Democracies”, en Andreas FØLLESDAL, Johan Karlsson SCHAFFER y Geir ULFSTEIN (eds.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 272-299.
- Andreas FØLLESDAL, “Subsidiarity and International Human-Rights Courts: Respecting Self-Governance and Protecting Human Rights-Or Neither?”, *Law and Contemporary Problems*, 79 (2), 2016, pp. 147-163.
- Roberto GARGARELLA, “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, en Marisa IGLESIAS et al., *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, Librería, Buenos Aires, 2013, pp. 125-147.
- Roberto GARGARELLA, “Tribunales internacionales y democracia: enfoques deferentes o de interferencia”, *Revista Latinoamericana de derecho internacional*, 4, 2016a.
- Roberto GARGARELLA, “Meditaciones democráticas. Consideraciones en tono a los Acuerdos de Paz”, en *Semana*, 30 de noviembre de 2016b. Disponible en <https://www.semana.com/opinion/articulo/acuerdo-de-paz-meditaciones-democraticas-por-roberto-gargarella/507511>

- Janneke H. GERARDS, “The European Court of Human Rights and the national courts – giving shape to the notion of ‘shared responsibility’”, en Janneke H. GERARDS y Joseph FLEUREN (eds.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case Law. A Comparative Analysis*, Intersentia, Antwerp, 2014, pp. 13-94.
- Jürgen HABERMAS, “Problemas de legitimación en el Estado moderno”, en *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, Madrid, 1981.
- Thomas KLEINLEIN, “The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution”, *International and Comparative Law Quarterly*, 68 (1), 2019, pp. 91-110.
- George LETSAS, “The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy”, en Andreas FØLLESDAL, Birgit PETERS y Geir ULFSTEIN (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 106-141.
- Jane MANSBRIDGE, James BOHMAN, Simone CHAMBERS, et al., “A systemic approach to deliberative democracy”, en John PARKINSON y Jane MANSBRIDGE (eds.), *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the Large Scale. Theories of Institutional Design*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 1-26.
- Javier MARTÍNEZ TORRÓN, “The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law”. *Oxford Journal of Law and Religion*, 1 (2), 2012, pp. 363-385.
- Alastair MOWBRAY, “Subsidiarity and the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 15 (2), 2015, pp. 313-341.
- Claudina ORUNESU, “Conventionality Control and International Judicial Supremacy”, *Revus*, 40, 2020, pp. 45-62.
- Robert SPANO, “Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, *Human Rights Law Review*, 14 (3), 2014, pp. 487-502.
- Robert SPANO, “The European Court of Human Rights and National Courts: A Constructive Conversation or a Dialogue of Disrespect?”, *Nordic Journal of Human Rights*, 33 (1), 2015, pp. 1-10.
- Robert SPANO, “The Future of the European Court of Human Rights—Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law”, *Human Rights Law Review*, 18 (3), 2018, pp. 473-494.
- Dean SPIELMANN, “Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 2012, pp. 381-418.

DELEGACIÓN Y DEFERENCIA: REFLEXIONES DESDE UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA DEL DERECHO DE SOCIEDADES

DELEGATION AND DEFERENCE: REFLECTIONS FROM AN ECONOMIC PERSPECTIVE OF COMPANY LAW*

Maribel Saez Lacave
Profesora titular de Derecho mercantil
UAM y ECGI

RESUMEN: En este trabajo se propone una aproximación a la deferencia judicial a través del modelo económico de delegación. En un entorno de información asimétrica existe un *trade-off* entre deferencia y supervisión estricta *ex post*. La delegación que origina la relación principal-agente produce beneficios, pero también costes. Es más, incluso cuando la supervisión o el control *ex post* estricto o no deferente por parte de los accionistas es eficiente, constituye *ex ante* una amenaza de expropiación, lo que reduce la iniciativa empresarial y las inversiones no contractuales. La revisión judicial puede analizarse también siguiendo este modelo. No siempre la revisión judicial estricta es deseable, porque hay entornos en los que es más beneficioso garantizar un ámbito de discrecionalidad o de impunidad. Con todo, la mejor manera de lidiar con la relación principal-agente no siempre es a través de la revisión judicial. Normalmente es preferible utilizar los incentivos contractuales.

PALABRAS CLAVE: relación principal-agente, incentivos, información asimétrica, deferencia, discrecionalidad, análisis económico del Derecho, Derecho societario.

ABSTRACT: This paper proposes an approach to judicial deference through the economic model of delegation. In an asymmetric information environment, there is a trade-off between discretion and

* Quisiera agradecer a Gabriel Doménech que me embarcara en este trabajo. Fue su visión, y no la mía, la que motiva el tema que se trata, y dado que su estudio me ha resultado interesante y sugerente, podría decir que —en términos económicos— ha contribuido a mi bienestar. También quisiera reconocer que el trabajo se ha visto beneficiado por las observaciones de los revisores, y el buen hacer de la editora.

deference in ex post monitoring. The delegation that gives rise to the principal-agent relationship produces costs, but also benefits. Moreover, even when strict or non-deferential ex post control by shareholders is efficient, it constitutes ex ante a threat of expropriation, which reduces managerial initiative and non-contractual investments. Judicial review can also be analyzed in this way. Strict judicial review is not always the most desirable option, because there are decisions in which it is more beneficial to ensure an area of discretion or impunity. However, the effective way to deal with the principal-agent relationship is not through judicial review, but through contractual incentives.

KEYWORDS: principal-agent relationship, incentives, asymmetric information, deference, discretion, law and economics, company law

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL MODELO ECONÓMICO.— 3. LA APLICACIÓN DEL MODELO PRINCIPAL-AGENTE A LA REVISIÓN JUDICIAL: 3.1. Alineamiento de las preferencias. 3.2. Asimetría de la información. 3.3. El coste de desautorizar al agente.— 4. EL PAPEL DE LOS INCENTIVOS EN LA RELACIÓN DE AGENCIA. — 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es discurrir y reflexionar sobre la deferencia en Derecho societario. Al referirnos a la deferencia se piensa en la manera de aproximarse a la revisión de decisiones de terceros por parte de quien tiene capacidad para hacerlo, como es el caso del juez. Según la RAE, la deferencia indica “adhesión al dictamen o proceder ajeno”. La motivación o las razones que se aportan para explicar tal comportamiento son: “por respeto o por excesiva moderación”, como “muestra de respeto o cortesía”, como “conducta condescendiente”. Lo interesante, sin embargo, es que la propia posibilidad de revisar o fiscalizar las decisiones ajenas no se limita únicamente a la función judicial, sino que está en el *core*, en el núcleo duro del gobierno de las sociedades. Esto es lo que se conoce en la literatura financiera como la teoría de la delegación. Esta teoría nos demuestra que la información y los incentivos juegan un papel trascendental para explicar los comportamientos condescendientes o deferentes.

El contexto societario que mejor nos permite analizar esta cuestión nos remite a aquellas sociedades en las que existe separación entre propiedad y control, que son típicamente las cotizadas. El fenómeno que se produce es que los socios, los inversores que financian la sociedad a través del mercado de capitales, y que tienen los derechos de control de la sociedad, es decir, son los dueños o los propietarios de la sociedad, delegan *de facto* tales derechos de control o de decisión al consejo de administración. Así pues, tener derechos de control estatutarios o legales no significa tener control efectivo, y esto es debido a la asimetría de información que es tanto mayor cuanto más aumenta la separación entre propiedad y control. La delegación *de facto* de los derechos de control produce lo que se denomina la relación principal-agente, siendo los socios el principal,

y los administradores o el consejo, el agente¹. La discrecionalidad que se brinda a los administradores, y que está en la base de esta relación, es clave para entender el gobierno de las sociedades. Con todo, la relación de agencia, siendo productiva o beneficiosa, también genera a su vez ineficiencias o costes de agencia, que el Derecho societario, junto con otros instrumentos extralegales, como la remuneración o la vigilancia o *monitoring* de los mercados de capital, deberían tratar de paliar en lo posible. El examen de los costes de agencia o la falta de alineación entre los intereses o los incentivos de los financiadores/socios y los administradores proporciona los contornos del análisis del Derecho de sociedades moderno.

Pero la pregunta que hoy nos hacemos y que nos proponemos indagar es previa a la existencia de la propia relación principal-agente, y se refiere a la delegación propiamente dicha². ¿Por qué permitimos que el consejo o los administradores, que a fin de cuentas son unos profesionales que la sociedad ha contratado, tomen las decisiones que afectan directamente a los dueños, a los socios? O, dicho en otros términos, ¿por qué los socios, que se juegan su dinero, son deferentes o condescendientes con las decisiones que adoptan los administradores, que son unos agentes o profesionales externos que no se juegan su dinero? Como veremos, *hay un trade-off entre los beneficios que proporciona el monitoring, o el control exhaustivo, y los provenientes de la discrecionalidad o la iniciativa empresarial*. Tal solución de compromiso está más presente y es más acusada cuanto mayor es la complejidad del negocio y la separación entre quienes financian la sociedad y quienes la gestionan. La supervisión estricta *ex post* por parte de los accionistas puede resultar eficiente en el caso concreto para reducir los efectos perjudiciales de la discrecionalidad gerencial del agente (que sin duda los tiene). Al propio tiempo, la deferencia o ausencia de control por parte de los socios puede ser beneficiosa *ex ante* porque promueve la inversión específica y la implicación de los administradores en los asuntos de la sociedad, quienes, a fin de cuentas, gestionan fondos y patrimonios ajenos. En otras palabras, si los administradores anticipan

¹ Es conveniente realizar una observación previa. La relación principal-agente es una explicación proporcionada por la literatura económica que ha fructificado entre los juristas especializados en gobierno corporativo, y está plenamente aceptada en el análisis estándar norteamericano de las relaciones de poder dentro de la sociedad. Pero es necesario precisar que esta manera de comprender y analizar la sociedad —y, en particular, la cotizada— no es la manera habitual y común de hacerlo en nuestra doctrina. El hecho de que la terminología “relaciones de agencia” o “costes de agencia” se haya generalizado y difundido entre nosotros no debe llevarnos a pensar que se haya popularizado la comprensión y el análisis de la sociedad mercantil a través de las lentes de los presupuestos económicos, ni siquiera que el conocimiento más preciso de esta literatura pertenezca al acervo común. De hecho, la doctrina al uso que aborda las relaciones de poder dentro de la sociedad y la toma de decisiones es la de los “órganos sociales”. Esta visión de la sociedad, que está en las antípodas del análisis que propone la relación principal-agente, es la que se explica en las universidades y es la narrativa predominante en la academia jurídica. Basta acercarse a la manualística de la materia societaria para comprobarlo, por ejemplo, Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RIO, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, vol. I; Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Principios de Derecho Mercantil*, Aranzadi Cizur Menor, 2018, vol. I.

² El papel clásico es del premio Nobel de Economía Bengt HOLMSTROM, “On the theory of delegation”, No 438, Discussion Papers from Northwestern University, Center for Mathematical Studies in Economics and Management Science, 1980, <http://www.kellogg.northwestern.edu/research/math/papers/438.pdf>

que los socios van a interferir y revisar *a posteriori* su gestión, reducirán su iniciativa empresarial y su inversión o implicación profesional o personal se verán mermadas.

Esta es la cuestión que, en sus trazos más gruesos, trataré de desentrañar y analizar a continuación. Con carácter previo, y antes de entrar en materia, correspondería hacer una observación relativa a las doctrinas societarias al uso. El Derecho societario que hemos aprendido, y que se sigue mayoritariamente enseñando en España —al igual que en los países de nuestro entorno—, se ha perfilado y desarrollado sobre la base de lo que llamamos las sociedades cerradas. En este contexto, que arranca del estudio de las sociedades personalistas, se han afinado las doctrinas jurídicas que han tratado de explicar y dar coherencia al universo societario conocido hasta el momento como un sistema cerrado, completo y autorreferencial. Un sistema, en definitiva, capaz de interpretar y ordenar cualquier transformación o desarrollo ulterior que pudiera surgir del fenómeno societario. Tales doctrinas y herramientas para conocer y explicar el Derecho societario siguen siendo mayoritarias en Europa Continental³. El cambio de paradigma⁴ en el Derecho societario lo protagoniza el estudio de las sociedades abiertas o cotizadas, que es el modelo de sociedad prevalente en los entornos con mercados de capital anchos y potentes, siendo Estados Unidos su mayor exponente. Estas sociedades experimentan en buena medida la innovación en el terreno societario, pero también los desafíos, las preguntas abiertas y las incógnitas a las que se enfrenta el estudio de la materia. Su gobierno y funcionamiento es una *black box* en constante evolución que aún no hemos sabido desentrañar. Al plantearse nuevas preguntas (que no encuentran respuestas satisfactorias en la teoría general desarrollada por la dogmática tradicional), se desarrollan nuevas herramientas y se cambia la mirada, que torna a ser más empírica, más particular y, en general, más económica⁵.

En efecto, las sociedades cerradas se caracterizan porque son sociedades que no se financian en el mercado de capitales: no tienen una base accionarial amplia, sino que están constituidas por un número reducido y manejable de socios. Más allá de la estructura legal o formal que adopten, desde la óptica económica no presentan una genuina separación entre propiedad y control. Esto significa que la toma de decisiones o, si se prefiere, el gobierno de la sociedad no está en realidad delegado, sino centralizado, esencialmente retenido por los dueños. Los socios no sólo financian la sociedad, sino que también participan activamente en su gestión y se involucran de lleno para tener voz y capacidad de decisión, tanto en la junta de socios como en el órgano de administración. La delegación de decisiones, que es en lo que nos vamos a fijar, es una de las formas más comunes de descentralización de las organizaciones.

³ La manualística alemana es un buen ejemplo. Un clásico es el manual societario de Karsten SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cuya primera edición es de 1986, y que se sigue reeditando (la cuarta edición es de 2002, y la quinta edición se anuncia para 2026).

⁴ Thomas KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de cultura económica, Mexico 1971.

⁵ Maribel SAEZ y María GUTIERREZ, “The law and economics of comparative corporate law”, in Afra AFSHARIPOUR y Martin. GELTER (ed), *Comparative corporate governance*, Chaltenham, UK- Northampton, MA, USA, 2021, pp. 56 ss.

Un economista diría que, en estas organizaciones con socios fuertes y activos, el sistema decisorio o de gobierno es básicamente contractual. Es decir, sus conflictos e ineficiencias internas —dado que tienen distintas preferencias y visiones del negocio— se pueden coordinar —eventualmente— a través de un contrato. De hecho, la práctica viene a confirmar esta aproximación teórica, porque el gobierno de las sociedades cerradas de cierta entidad económica se suele pactar *ex ante* a través de acuerdos de socios que trascienden las estipulaciones legales —conviene no confundir esto con los Estatutos que, aunque tienen en buena parte naturaleza contractual, contienen en muchos casos tan solo las normas formales u organizativas, pero no los acuerdos “de gobierno efectivo”—. Para el estudioso atento del Derecho societario, la asignación de los derechos de control y los retos del gobierno corporativo de estas sociedades son un buen reflejo de la literatura sobre contratos incompletos⁶.

En cambio, la delegación corresponde al caso en el que la información de los distintos socios no puede ser coordinada en el proceso de tomar decisiones. Entonces, la delegación puede verse como un proceso en el que se otorga al agente la autoridad o la competencia para tomar la decisión final, pero sujeto a las restricciones o al control del principal. Cuanto mayor sea la asimetría de información, es decir, cuanto más costoso sea el control o la supervisión del principal, más probable será la delegación plena o, al menos, la delegación discrecional y deferente.

Por eso, en el entorno de las sociedades cotizadas es dónde observamos con mayor nitidez los problemas de la delegación amplia y la deferencia, con los problemas de agencia a los que me voy a referir. Las sociedades cotizadas, justamente debido a la separación entre propiedad y control⁷, muestran problemas y desafíos provenientes de la información asimétrica entre principal y agente⁸. Estos conflictos son bien distintos de los que tradicionalmente han planteado las sociedades cerradas. Como además no son manejables a través de un contrato, representan en la actualidad el ámbito genuino en el que se desarrolla el conocimiento de la teoría societaria.

Esta observación es pertinente para formular un *caveat* sobre las doctrinas societarias y el marco teórico mayoritariamente en uso entre nosotros para enfrentarse a los dilemas o los problemas que suscitan las sociedades. Las sociedades cerradas han representado entre nosotros y en los países de nuestro entorno los fenómenos asociativos más relevantes y, en buena medida, lo siguen haciendo. No es de extrañar,

⁶ Philippe AGHION y Patrick BOLTON, “An Incomplete Contract Approach to Financial Contracting”, *Review of Economic Studies*, LIX, 1992, pp. 473-94; Philippe AGHION y R. HOLDEN, “Incomplete contracts and the theory of the firm: what have we learned over the past 25 years?”, *Journal of Economic perspective*, 25, 2011, pp. 181-197.

⁷ Adolf BERLE y Gardiner MEANS, *The modern corporation and private property*, New York, Macmillan, 1932; Eugene FAMA y Michael Jensen, “Separation of ownership and control”, *Journal of Law and Economics*, 26(2), 1983, 301-325.

⁸ Armen ALCHIAN y Harold DEMSETZ, “Production, information costs, and economic organization”, *American Economic Review*, 62(5), 1972, pp. 777-795; Michael JENSEN y William Meckling, “Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and ownership structure”, *Journal of Financial Economics*, 3(4), 1976, pp. 305-360; Eugene FAMA, “Agency problems and the theory of the firm”, *Journal of Political Economy*, 88(2), 1980, pp. 288-307.

por ello, que el examen de estas organizaciones haya centrado la atención de los estudiosos del Derecho mercantil, al menos en Europa continental, y haya servido para perfilar las teorías que han tratado de explicarlo. El núcleo de las doctrinas societarias tradicionales ha consistido en sistematizar y formalizar las organizaciones societarias al margen del contrato y los intereses de las partes, como si se tratase de una máquina que automatiza sus decisiones de manera óptima por simple efecto del *fiat* o mandato legal. Así, hay una persona jurídica que trasciende a los socios y se ordena conforme a un interés superior a los intereses particulares, que se dice “interés social”, mediante “órganos” que se convocan, se constituyen, adoptan decisiones y son objeto de impugnación. Esta visión, que sigue muy presente entre nosotros, ha sido sin embargo superada por la literatura económica y financiera, que ofrece más realistas y mejores explicaciones e instrumentos para comprender los hechos y sus consecuencias.

2. EL MODELO ECONÓMICO

Los modelos teóricos son herramientas provechosas para avanzar en el conocimiento porque nos ayudan a entender la realidad. Un modelo económico es una descripción simplificada de la realidad, en la que todos los supuestos son explícitos y todas las afirmaciones se derivan o resultan del mismo. Tal modelo puede producir predicciones cualitativas y cuantitativas. Una predicción cualitativa es que “x sube cuando y cae”. Una predicción cuantitativa es que $x = 1/y$. Las predicciones cuantitativas y cualitativas que proporciona o se derivan de un modelo son útiles cuando son robustas en relación con el entorno que se trata de capturar o describir⁹.

Para comprender la problemática de la deferencia se presentará un modelo muy sencillo inspirado en Burkart, Gromb y Panunzi (1997)¹⁰. Pensemos en una empresa que debe elegir un proyecto concreto entre una multitud de proyectos posibles y diferentes, N , y la información es valiosa porque permite conocer el beneficio esperado de los diferentes proyectos. Es decir, cada proyecto i ($i=1, 2, \dots, N$) tiene un beneficio esperado Π_i . Supongamos que, en ausencia de información, la mejor estrategia es no hacer nada porque muchos proyectos son potencialmente ruinosos. Si no se cuenta con información, la mejor estrategia que pueden seguir los socios de la empresa es no invertir en ningún proyecto pues la rentabilidad esperada de invertir a ciegas es negativa. O, dicho de otra manera, sacarían más provecho a su dinero si compraran letras del tesoro, en vez de invertir en la sociedad. Si persisten en su idea de invertir en la empresa, y dado que los socios carecen de esta información, la única vía para seguir adelante es contratar a un gestor profesional que pueda obtener la información necesaria.

⁹ Robert GIBBONS, “Lecture Note 1. Agency theory”, <https://web.mit.edu/rgibbons/www/903%20LN%201%20S10.pdf>

¹⁰ Mike BURKART, Denis GROMB y Fausto PANUNZI, “Large shareholders, monitoring, and the value of the firm”, *Quarterly Journal of Economics*, 112(3), 1997, pp. 693-728.

Aparece, por lo tanto, de manera natural en el modelo, la necesidad de una relación principal-agente entre los socios y el gestor profesional.

El gestor profesional tiene la capacitación para poder distinguir los N proyectos en función de su rentabilidad, pero para ello ha de llevar a cabo un costoso trabajo de investigación. El agente puede por lo tanto conseguir información superior a los socios, pero a costa de inversión y esfuerzo por su parte, lo que hace que la información sea costosa de obtener. Supongamos que si el gestor realiza un nivel de esfuerzo que denotamos e (con e) consigue la información con probabilidad e y con un coste $C(e)$ para el gestor.

Imaginemos que el agente invierte trabajo y esfuerzo personal en detectar qué proyectos son eficientes y cuáles ineficientes. Entre todos los proyectos examinados, descubre que la mayoría son ineficientes, proporcionan malos o pobres resultados y no son interesantes ni para los socios ni para el gestor. Pero hay dos proyectos que podemos considerar buenos ($\Pi A > \Pi B > 0$). El proyecto A es más beneficioso para el principal, pero el proyecto B puede ser preferido por el gestor por ser el que le proporcione beneficios privados. Es importante aclarar que el gestor siempre va a preferir el proyecto que aporta beneficios privados. Puede ocurrir que haya congruencia de intereses y sea el proyecto A el que también ofrece beneficios privados (esto ocurre con probabilidad λ). Pero también puede ocurrir que el agente prefiera el proyecto B, porque, aunque beneficie menos al principal, resulte ser el proyecto que le reporte al agente beneficios privados, b (con probabilidad $1-\lambda$). Tal beneficio puede ser monetario o no, por ejemplo, puede significar menos esfuerzo por su parte, más visibilidad, mejores perspectivas profesionales, etc.

En este estado de cosas, y dado que los intereses entre el principal y el agente no están perfectamente alineados, el agente elegiría entre A y B el proyecto con mayores beneficios privados. Es importante darse cuenta de que a pesar del problema de agencia (es decir, que la falta de alineamiento de intereses del agente con el principal le lleve a elegir B, —el proyecto con beneficios privados— en lugar de A, —el proyecto que es siempre más beneficioso para el principal—), la labor del agente es valiosa para el principal, pues sin el agente no habría ningún proyecto rentable que llevar a cabo.

Consideremos a continuación la opción de revisar la labor del agente. Para simplificar el esquema, supongamos que esta labor corresponde al consejo de administración de la empresa. Hay dos procesos diferentes para la toma de decisiones de inversión en la empresa: la delegación y la supervisión. La delegación supone deferencia hacia el gestor, mientras que la supervisión no es deferente.

El primer proceso sería de delegación. Se trata de decisiones que no pasan por el consejo y el gestor puede tomar directamente. El principal puede elegir entre delegar la decisión al agente —y darle discrecionalidad en la selección del proyecto— o no delegar, es decir, no ser deferente con su decisión. Si sólo el agente está informado, el principal (los socios) seguirá su recomendación. Como los socios ostentan los derechos de control, tienen derecho o capacidad para revocar la decisión del administrador, pero, al delegar, se abstienen de hacerlo cuando éste tiene información supe-

rior¹¹. Al producirse la delegación de la decisión, el agente tiene control real efectivo, aunque no tenga derechos de control, que corresponden legalmente al principal. Entonces, el agente buscará la información según los incentivos que tenga y tomará la decisión que le parezca, que responderá a su preferencia o interés privado. Elegirá el proyecto más beneficioso para él, y no el proyecto que hubieran preferido los socios.

La segunda alternativa es la de supervisar. En este caso, el gestor tiene que proponer la inversión al consejo y el consejo toma la decisión que considera mejor para los socios. El consejo ha de llevar a cabo un costoso proceso de “revisión” o supervisión para acceder a la información que ya tiene el gestor. Si tanto el principal como el agente están informados, el principal ejercitará sus derechos de control. Después de que el agente haya investigado para encontrar la información, el principal supervisa tal información, y hace un esfuerzo para averiguar cuál de los proyectos que ha encontrado el agente le interesa más. Pero es preciso tener presente que esta tarea es costosa para el principal.

Para incorporar esta idea en el modelo, podemos apreciar dos situaciones. En primer lugar, en un sistema de delegación, si el esfuerzo del agente da frutos y descubre el beneficio de los diferentes proyectos, elegirá el proyecto que le reporte los beneficios privados b . En segundo lugar, en un sistema de supervisión, una vez que el agente ha conseguido la información, el principal puede, haciendo a su vez un esfuerzo de supervisión E [con E] ser capaz de distinguir entre A y B con probabilidad E a un coste $C\epsilon$. Si el principal es capaz de distinguir entre A y B, elegirá siempre A.

Llegados a este punto, la siguiente cuestión que debemos considerar es cuándo el comportamiento deferente es productivo. ¿Qué opción es superior? ¿Delegar (siendo deferente) o supervisar (no siéndolo)?

Hay varios parámetros que van a influir en la conducta del principal. Lo interesante aquí es identificar cuándo la delegación o la deferencia es un instrumento valioso de cooperación, es decir, cuando la delegación va a resultar ventajosa para el principal.

El primero es la alineación de intereses, medido por λ . Se trata de averiguar si los intereses del principal y del agente tienden a coincidir o no. Si el proyecto con beneficios privados es muy probable que sea también el mejor para el principal, observaremos mayor deferencia. Este resultado es consistente con la confianza que el principal tiene en el agente, es decir, cuánto se fía de que sus intereses privados estén alineados con los del principal.

Naturalmente, la alineación de intereses va a depender de varios factores que afectan tanto al principal como al agente. Por parte del principal, la relación de confianza es más plausible cuanto mayor sea la concentración del capital, por ejemplo, si el gestor es un socio mayoritario. Por parte del agente, hay ciertas características de la persona del agente que permiten aumentar la confianza que el principal deposita en él/

¹¹ Philippe AGHION y Jean TIROLE, “Formal and real authority in organizations”, *Journal of Political Economy*, 105(1), 1997, pp. 1-29.

ella, como es el caso de las relaciones de amistad o los lazos familiares. O, aun siendo el agente un profesional externo, sin vinculación personal con el principal, pueden concurrir relaciones de colaboración con el principal de carácter profesional o comercial que favorezca al alineamiento. Podemos pensar en casos como empleados “de la casa”, que hayan trabajado en la empresa históricamente, o en el abogado de cabecera de la familia. Este tipo de relación es más propicia en sociedades cerradas, donde es habitual incluso que los socios sirvan también como administradores. La empresa familiar es un ejemplo paradigmático de este tipo de vinculaciones entre principal y agente. En cambio, cuanto más disperso sea el capital y más técnica o “profesional” la relación entre el principal y el agente, mayor será potencialmente la divergencia de intereses. La falta de coherencia de intereses plantea, no obstante, la cuestión de qué opciones tiene el principal para inducir que las preferencias del agente estén más alineadas con las suyas. Las grandes corporaciones utilizan la remuneración variable basada en resultados precisamente para alinear los objetivos del gestor con los de los socios (subir el valor de λ). Esto es lo que se conoce como *incentivos*. Volveremos más adelante sobre esta cuestión.

El segundo parámetro se refiere al coste neto de supervisar al agente para el principal. Este coste neto tiene dos componentes. Primero, el coste directo $C(E)$, que el principal tiene que invertir para realizar la tarea de supervisión. Si hay mucha información asimétrica y es muy costoso supervisar habrá una mayor tendencia a la deferencia a través de la delegación, dando discrecionalidad al gestor. Segundo, el coste de oportunidad de delegar es la diferencia que existe entre el beneficio del proyecto A y el proyecto B: $\Pi A - \Pi B$. Cuanto mayor es esta diferencia, más importante es la decisión y más incentivos tendrá el principal a supervisar activamente.

Este resultado también es intuitivo. El esfuerzo está relacionado con el coste de la información. Lo habitual es que ese coste sea menor para el agente, que es profesional y experto, respecto al principal. La contrapartida es que, aunque tenga información, sus preferencias no están perfectamente alineadas con las del principal.

Uniendo estas dos cuestiones, podemos concluir que el agente recibirá mayor discrecionalidad o deferencia para decidir por parte del principal cuando tenga mejor información que el principal y sus preferencias sean más parecidas o estén más alineadas con las del principal.

El tercer parámetro es menos intuitivo, o incluso, contraintuitivo, y tiene que ver con el coste de desautorizar al agente. Los incentivos intrínsecos del agente para invertir esfuerzo en investigar e identificar los proyectos productivos están motivados por la extracción de beneficios privados. Si sabe que puede conseguir b tendrá más incentivos a realizar esfuerzo al coste $C(e)$. Si de antemano conoce que no va a gozar de discrecionalidad y que la supervisión *ex post* le va a apartar de su proyecto preferido, tendrá menos incentivos para esforzarse e implicarse *ex ante* en llevar la iniciativa empresarial.

En términos generales, el esfuerzo del gerente podría considerarse como cualquier inversión específica que no es contratable (no se puede fijar en el contrato entre principal y agente) que aumenta el valor de la empresa. Esta es una instancia

del problema del *hold-up*¹²: el gerente puede aumentar el valor de la empresa esforzándose, pero sus incentivos para hacerlo se ven reducidos debido al riesgo de que la supervisión o falta de deferencia por parte del principal trunque sus expectativas de beneficios privados.

Se podría pensar que este efecto indeseable de la supervisión estricta o no deferente se podría corregir a través de incentivos externos, como la remuneración, que compensaran la pérdida de los incentivos intrínsecos, como los beneficios privados. Lo que sucede es que hay veces que los incentivos intrínsecos son difíciles de sustituir. Los esquemas de compensación basados en la elección de proyectos son difíciles de implementar debido a la falta de verificabilidad (determinación *ex post* fiable también ante terceros) de los proyectos. Por lo tanto, ningún contrato puede garantizar que un gerente informado vaya siempre a elegir el proyecto preferido por los accionistas.

3. LA APLICACIÓN DEL MODELO PRINCIPAL-AGENTE A LA REVISIÓN JUDICIAL.

Las condiciones que hemos visto en relación con la delegación son muy relevantes para entender el surgimiento de instituciones económicas que están basadas en relaciones de agencia¹³. Hay relaciones principal-agente justamente porque el agente necesariamente debe realizar alguna labor que es valiosa para el principal y que, generalmente, y cada vez más en el mundo actual, tiene que ver con acceso a la información. Y todas estas relaciones comportan un cierto grado de delegación y supervisión, es decir, un determinado nivel de deferencia, que dependerá de la incertidumbre y la información asimétrica en relación con la elección de la decisión óptima. Por eso,

¹² Benjamin KLEIN, "The Hold-Up Problem", en Peter NEWMAN (ed.), *The new Palgrave dictionary of economics and the law*, Macmillan Reference Limited, 1998, pp. 241 ss. El problema del *hold-up* hunde sus raíces en los contratos incompletos y las inversiones específicas, que son inversiones muy valiosas dentro del contrato, pero poco o nada valiosas fuera del mismo. Surge cuando una de las partes del contrato se aprovecha de la falta de opciones externas o de salida disponibles para la contraparte para expropiarle la inversión cuasi-específica que había realizado. Por ello, ante el riesgo de *hold-up* habrá insuficiente inversión específica y se producirán transacciones ineficientes. El caso paradigmático para ilustrar este riesgo es el caso Fisher Body-General Motors de 1919. Sobre este caso, vid. Benjamin KLEIN, Robert CRAWDFORD y Armen ALCHIAN, "Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process", *Journal of Law and Economics*, 21(2), 1978, pp. 297-326. La empresa automovilística General Motors contrata con un fabricante externo para producir unas máquinas de estampado para la carrocería de los coches muy específicas, de tal modo que una vez fabricadas no servirían para ninguna otra marca de coches que no sea General Motors. Una vez realizada la inversión por parte de Fisher Body, el fabricante de las máquinas de estampado, se sustancia el riesgo de *hold-up*: el fabricante está a merced de la contraparte, encerrado en una relación de la que no puede salir. Así, General Motors le puede amenazar con reducir su demanda o incluso terminar el contrato si no se aviene a una reducción sustancial de los precios inicialmente convenidos.

¹³ Kenneth J. ARROW, "The economics of agency", en John PRATT y Richard ZECKERHAUSER (eds.), *Principals and agents: the structure of business*, Boston, Harvard Business School Press, 1985, pp. 37-51.

el ámbito de las decisiones empresariales es el paradigma de las relaciones de agencia en el Derecho privado.

La cuestión que nos debemos plantear a continuación es si el modelo principal-agente con delegación/supervisión es trasladable a la revisión judicial y a otros ámbitos fuera del Derecho privado y societario. Según esta hipótesis, parecería que como el juez revisa la decisión adoptada por otra persona (el juez tiene que revisar si el administrador ha tomado la mejor decisión para el principal), se reproduce en el contexto judicial el modelo principal —agente porque el juez, al igual que el principal, tiene mejores incentivos que el agente para elegir la decisión óptima, pero peor información—. Llevando este razonamiento al extremo, se diría que este modelo se cumple en relación con el Derecho mercantil —el administrador actúa por cuenta de los socios, el principal, y el juez estaría alineado con los intereses de la sociedad o del principal—, y en el Derecho público —la administración actúa por cuenta de los ciudadanos y el juez está alineado con el interés del principal¹⁴—. Es verdad que hay una salvedad, porque el juez no es un principal propiamente dicho, sino a su vez otro agente que actúa o debería actuar en favor del principal. Es decir, los beneficios o perjuicios de la decisión adoptada por el juez mercantil o administrativo no repercuten directamente en la esfera patrimonial o personal del juez, sino en los socios de la sociedad mercantil o en la ciudadanía en su conjunto. Esto a su vez afecta a sus incentivos.

Para simplificar el análisis asumamos que el juez tiene sus intereses mejor alineados con el principal que con los agentes de la Administración. Entonces, se concluiría que el juez que conoce asuntos de Derecho administrativo o tributario, al igual que el juez mercantil, tiene peor información que la administración o la agencia tributaria o los administradores sociales y, por lo tanto, tiene un determinado incentivo para ser deferente con la decisión adoptada. Como consecuencia, la actuación judicial va a garantizar un amplio espacio de inmunidad o de discrecionalidad empresarial o administrativa.

Una vez establecidas las asunciones principales del planteamiento, correspondería testarlo. Para ello conviene ir por partes. En este apartado examinaremos la deferencia judicial según el modelo de delegación que hemos examinado más arriba. En el siguiente apartado indagaremos el papel del principal en dominar o reprimir los problemas o los costes de la relación de agencia en el Derecho privado a través de la contratación y los incentivos. Desde esta óptica, la revisión judicial, que en el entorno societario se realiza a través de los deberes fiduciarios, sería un mecanismo residual o de segundo orden para disciplinar al agente. Esto explicaría por qué la relación de

¹⁴ Existen modelos más complejos que incluyen la delegación del principal (el Estado) al agente (los entes o agencias administrativas) y el papel de los tribunales como monitores. Considerando estos tres actores, los regímenes de Derecho administrativo varían en torno a tres dimensiones principales: el alcance de la delegación a las agencias administrativas, el ejercicio de autonomía o de discreción de las agencias y las prácticas judiciales de deferencia respecto a las agencias. Nuno GAROUPA y Jud MATHEWS, "Strategic Delegation, Discretion, and Deference: Explaining the Comparative Law of Administrative Review", *American Journal of Comparative Law*, 62(1), 2014, pp. 1-33.

agencia —basada en la delegación de los derechos de control del principal al agente— puede resultar eficiente en el ámbito privado. Pero no parece que los contornos de la relación de agencia que se entabla en el Derecho privado sean fácilmente trasladables o exportables al ámbito del Derecho público.

Primero partamos del supuesto de que la revisión judicial es un mecanismo de control de las decisiones del agente prestablecido por la ley, y actúa el juez en el interés del principal (los socios o los ciudadanos). La mayor o menor supervisión por parte del juez sobre la decisión del agente se puede analizar con el modelo de delegación que hemos estudiado más arriba. Así, el juez revisa las decisiones del agente, y le otorgará mayor deferencia o margen de discrecionalidad en función de los criterios que hemos analizado antes. En este contexto, el juez no decide si delegar o no la decisión (esto le viene dado) pero sí el nivel de deferencia en su revisión. El caso paradigmático de deferencia judicial en el ámbito societario es la *business judgement rule*, que se conoce entre nosotros como la regla de la discrecionalidad empresarial, a la que me referiré más adelante.

3.1. Alineamiento de las preferencias

De acuerdo con el modelo económico de delegación, la deferencia del juez será esperable que se produzca si hay alineamiento entre las preferencias del juez y las que éste atribuye al agente. Si pensamos en el ámbito societario, los jueces se han mostrado tradicionalmente deferentes con las decisiones de los administradores o los socios de control porque están sujetos a un mandato legal de perseguir el interés social (que vamos a identificar, aunque sea solo por simplicidad, con el interés del principal). Esto lleva a muchos juristas y jueces a presumir, probablemente de modo equivocado, que los incentivos de administradores o socios de control están alineados con el interés del principal —todos los socios—¹⁵.

Esta asunción abstracta fruto del dogmatismo jurídico y del optimismo legal -que podríamos extractar con la máxima “lo que la ley dice que debiera ocurrir, ocurre de hecho”- no es exclusivo de nuestro país, sino que también se percibe en otras jurisdicciones de nuestro entorno. Es consecuencia del conceptualismo y del dogmatismo jurídicos pensar que basta que lo diga la ley para que, automáticamente, admitamos que se cumple en la realidad de forma efectiva. Por ejemplo, es suficiente que la ley imponga un deber de lealtad, de diligencia, o de independencia al administrador para que se deduzca que los administradores en la realidad actúan de manera leal, diligente e independiente (porque lo exige la ley). Los deberes formulados por el legislador se transmutarían en conductas efectivas prácticamente sin más.

¹⁵ Es paradigmático el caso descrito Simon JOHNSON, Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ DE SILANES y Andrei SHLEIFER, “Tunnelling”, 90 *American Economic Review*, 2000, pp. 22-27. Este trabajo estudia sentencias sobre expropiación de socios de control a los minoritarios en distintas jurisdicciones europeas y concluye que hay mayor tolerancia e impunidad que en el *common law*.

El problema de esta aproximación es que tiende a pasar por alto dos cuestiones básicas. La primera es que el *enforcement* es costoso y su diseño complejo¹⁶. Suponer que las normas o los contratos se van a cumplir de manera natural por el mero impulso normativo de la ley, implica aceptar que la aplicación de las normas va de suyo, como si fuera gratuita y automática. Es decir, basta con hacer responsable, por ejemplo, al administrador o que un acuerdo de la junta general sea impugnabile para asegurar que el administrador o el socio de control se ajuste al comportamiento deseable y ratificado por la ley. La teoría económica ha puesto de manifiesto que el nivel del *enforcement* es tanto, o incluso más importante que la calidad de las normas (*law on the books*)¹⁷.

La segunda es ignorar que el agente, por naturaleza y de manera estructural, tiene intereses privados que colisionan con los intereses del principal (como nos muestra el modelo principal-agente). De manera un tanto ingenua se daba por sentado que los administradores cumplirían sus deberes fiduciarios porque la ley establece un estándar general a tal fin (el art. 227.1 LS establece que “los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”). De hecho, la mayoría de los jueces y de los juristas académicos no han sabido concretar e identificar los conflictos de interés característicos de los administradores hasta que la ley española, recientemente, en 2014, y trayendo los grupos de casos de la regulación inglesa, los ha tipificado en la LSC (arts. 228 y 229)¹⁸. Llama la atención este retraso, porque los jueces ingleses y americanos tienen a sus espaldas una larga tradición —de décadas, tal vez siglos— elaborando doctrinas (por ejemplo, la regla “*no conflict*” inglesa, o las *corporate opportunities* americana) y construyendo grupos de casos. Tampoco la doctrina mercantil ha tenido por lo general interés o acierto en promover una mirada más realista —y menos dogmática— de las relaciones fiduciarias en nuestro Derecho.

Ahora bien, cuando el agente es la administración, tiendo a pensar que, en principio, las preferencias están en apariencia más alineadas con las del juez. *A priori*, pensaríamos que como el personal de la administración es profesional y desinteresado, porque está integrado por funcionarios públicos, como también lo es el propio juez, sus intereses están en línea con el principal —los ciudadanos—, y no estaremos ante graves o sistemáticos conflictos de interés. Y eso que el interés de la ciudadanía es más difícil de concretar y dilucidar que el interés de los socios de una sociedad (cuyo interés común es crear valor económico para la compañía, que se corresponderá con aumento de la cotización de las acciones). Esto explicaría una mayor deferencia en dar por buenas sus decisiones.

¹⁶ Mitchell POLINSKI, y Steven SHAVEL, “The Economic Theory of Public Enforcement of Law”, *Journal of Economic Literature*, 38, 2000, pp. 45-76.

¹⁷ El premio nobel Douglas NORTH lo expresa con claridad, en *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991 (“*how effectively agreements are enforced is the single most important determinant of economic performance*”).

¹⁸ Existen, no obstante, honrosas excepciones, vid. Cándido PAZ-ARES, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret* 4, 2003.

Con todo, debe tenerse en cuenta que los agentes que toman las decisiones administrativas que luego son eventualmente revisadas por los jueces pueden estar sometidos a instrucciones de carácter político, lo que conduce a que las preferencias de los agentes de la Administración no estén frecuentemente alineadas con las del juez o las del principal. En este contexto conviene separar dos situaciones. Por un lado, los supuestos de conflicto de interés, que hace referencia a la persecución de un interés privado —que puede ser personal o genuinamente político— que colisiona con el interés general de la ciudadanía o del principal. Por ejemplo, se acomoda el trazado de una carretera o la concesión de ayudas públicas para beneficiar a personas en particular. Por otro lado, también puede surgir la falta de alineación de preferencias que se puede deber a un sesgo o a una diferencia de criterio. Por ejemplo, la agencia tributaria puede dejarse llevar por un interés recaudatorio. En general, cuanto menos se fie el juez de los intereses “privados” de la administración, menos deferente será.

3.2. La asimetría de información.

El otro parámetro para medir la deferencia es la asimetría de la información o el conocimiento (*expertise*), debido a la complejidad de las cuestiones objeto de examen. Esta circunstancia puede derivar en una mayor deferencia hacia el agente, si tenemos en cuenta que reduce el esfuerzo que el juez debe invertir y tenemos presente que el juez debe distribuir su tiempo y esfuerzo entre todos los otros casos que debe resolver. El esfuerzo por parte del juez es costoso. Una de las maneras de reducir el esfuerzo del juez y facilitar en la práctica la actitud deferente es el formalismo. Es decir, debido a la asimetría de información el juez no entra a valorar el contenido sustancial de la decisión, sino que se limita a valorar indicios o señales —externos— que apuntarían a que la decisión es correcta.

Esta aproximación se evidencia en el caso de los conflictos societarios. Los jueces mercantiles evitan por lo general entrar en el fondo del asunto o de la disputa, y tratan de amparar sus decisiones en el cumplimiento de procedimientos formales y en la corrección técnica, más que sustantiva o de contenido, de la decisión. Desde esta óptica, cuanto más peso tenga en la ley el procedimiento “societario” frente a la valoración de la realidad de los conflictos de interés, más margen hay para la deferencia¹⁹. El agente únicamente tiene que ser escrupuloso con el cumplimiento formal

¹⁹ La jurisdicción que se ha mostrado más reflexiva respecto al grado de deferencia de los jueces en relación con las actuaciones corporativas es la norteamericana. En Delaware, al evaluar la legalidad de los administradores o los socios de control, los jueces utilizan distintos estándares de revisión, siendo los más habituales la *business judgment rule*, *Unocal*, *Revlon* y el *entire fairness standard*. Todos los estándares de revisión pueden entenderse en el sentido de que describen tanto el objeto de escrutinio (el tipo de acto o de decisión) como el grado de deferencia que los jueces desean ejercer. Tales estándares están en una escala que va de lo más deferente (*the business judgment rule*) a lo menos deferente (*the entire fairness standard*). Es decir, el estándar menos deferente es el más riguroso y con mayor escrutinio porque entra en el fondo del asunto y analiza las motivaciones personales. Mientras que el standard más laxo o más deferente aplica un máximo respecto a la decisión adoptada siempre que haya buena fe, la decisión no este empañado

de las reglas procedimentales para que su decisión sea resistente a la revisión judicial. Esto en el ámbito mercantil es muy problemático, justamente porque es Derecho privado, por mucho que hayamos presenciado un proceso de institucionalización y un intento de someter su funcionamiento a una suerte de regulación mecánica y procedimental (o “administrativa”). Así, la creencia llevada al extremo (no simplemente como algo meramente funcional) de que la sociedad es una persona jurídica, ajena de alguna manera a las personas y los intereses diversos de los socios, y que funciona a través de “órganos”, despersonaliza y desprivatiza las relaciones privadas que están el sustrato contractual y económico de las sociedades.

En relación con la actuación judicial de los jueces administrativos tiendo a pensar que el procedimiento tiene más peso que en los tribunales civiles o mercantiles. Lo que facilitaría a los jueces ser deferentes, por comodidad, siempre que se cumplan las formalidades requeridas. Con todo, si hay conflictos o intereses personales en el trasfondo del asunto, un mayor control sobre las circunstancias de hecho sería conveniente.

3.3. El coste de desautorizar al agente

El tercer parámetro del modelo se refiere al coste de desautorizar al agente cuando se cuestiona una decisión empresarial o de negocio desde la perspectiva del deber de diligencia. La deferencia en este supuesto se conoce como la *Business judgement rule* (en adelante BJR) y trataría de evitar que la revisión *ex post* de las decisiones empresariales del agente tenga el efecto no querido de inducirle a evitar —en exceso— los riesgos. Piénsese que el principal —los socios— asumen el riesgo empresarial de la empresa a cambio de mayor rentabilidad de sus inversiones en la sociedad, pero el agente —el CEO— va a preferir ser excesivamente cauteloso, aún a costa de la rentabilidad, a fin de evitar su responsabilidad personal por falta de diligencia. La deferencia en el supuesto de las decisiones estratégicas y de negocio está relacionada con incentivar al agente a realizar inversiones específicas en la sociedad, a invertir en innovación y a asumir razonablemente los riesgos empresariales —lo que supone que a veces las cosas no salgan como se esperaba—. En un contexto de incertidumbre empresarial, el agente no va a esforzarse *ex ante* en informarse e identificar proyectos provechosos y rentables si se le va a responsabilizar de que, eventualmente, los rendimientos del proyecto “arriesgado” resulten negativos o peores de lo previsto. El

por conflictos de interés y sea informada. Melvin Aron EISENBERG, “The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law”, *Fordham Law review*, 62, 1993, pp. 437; William T. ALLEN, Jack B. JACOBS y Leo. E. STRINE, “Function over Form: A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law”, *The Business Lawyer*, 56, 2001, pp. 1287, 1297. Curiosamente, la reforma de la Ley de Sociedades de Capital ha tratado de acomodar de alguna manera tales estándares a la regulación societaria española (cuando en Delaware son estándares judiciales). Esto conduce a una procedimentalización de los mismos. El caso más llamativo es el del art. 190.3 LSC que al buscar replicar el *entire fairness*, reduce la exigencia de mayor escrutinio judicial (o la menor deferencia) del conflicto societario y sus motivaciones a la mera inversión de la carga de la prueba.

fracaso económico de los proyectos empresariales no es, por sí mismo, algo que debamos echar en cara al agente y responsabilizarle de ello. Por ello, la BJR promueve la inmunidad del administrador que asume riesgos medidos o “informados”, con independencia del resultado —bueno o malo—. El art. 226 LSC ha acogido en el 2014 la regla de la deferencia de las decisiones empresariales, que tiene su origen en la práctica judicial norteamericana.

En el Derecho de Delaware esta regla se configura a través de un estándar de revisión judicial deferente o más laxo que el llamado *fairness* o *entire fairness review*. Es decir, los jueces americanos aplican distintos grados de supervisión a diferentes decisiones societarias. La BJR hace referencia a una revisión deferente, que fiscaliza únicamente la corrección del proceso decisorio, frente a la revisión exhaustiva del fondo del asunto que implicaría el *entire fairness*. Se aplicará la BJR a las decisiones estratégicas y de negocio, adoptadas en el marco de la discrecionalidad empresarial siempre que no haya un incumplimiento de los deberes fiduciarios de los administradores y que el proceso decisorio no esté contaminado por falta de independencia o el interés personal del administrador²⁰. *El aspecto más sustancial del deber de diligencia es que la decisión del Consejo de administración sea informada* (Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812, Del. 1984). La deferencia judicial está unida o correlacionada con el esfuerzo exigido a los administradores de informarse, de buscar la información adecuada y ejercitar un juicio instruido en el proceso decisorio. Como es muy difícil para el juez valorar y juzgar la diligencia o la oportunidad en la adopción de las decisiones empresariales, porque están sujetas a información experta y a incertidumbre, se obliga al agente a invertir en esfuerzo para informarse adecuadamente con carácter previo.

Una de las razones que avala la oportunidad de la discrecionalidad del agente, es decir, la revisión judicial deferente, más allá de suministrar los incentivos correctos para que el agente se esfuerce en identificar los proyectos deseables para el principal, tiene que ver con las limitaciones de los jueces para juzgar decisiones empresariales debido a las asimetrías de información y los sesgos cognitivos. El juez es susceptible de sufrir el sesgo retrospectivo, que se refiere a la tendencia a percibir que la probabilidad de que sucediera un evento o un resultado, una vez que sabemos que ha ocurrido- es mayor de la que era en realidad evaluando las cosas *ex ante*. Una vez que ha sucedido algo, solemos creer que habríamos predicho o tal vez incluso habríamos sabido con un alto grado de certeza cuál habría sido el resultado del evento antes de que ocurriera. El sesgo retrospectivo puede causar distorsiones de los recuerdos de lo que se sabía o creía antes de que ocurriera un evento, y es una fuente importante de exceso de confianza con respecto a la capacidad retrospectiva de un individuo para predecir los resultados de eventos futuros. En términos coloquiales podríamos convenir que el sesgo retrospectivo se puede sintetizar en la expresión: “a toro pasado, todos Manolete”. Así, *a posteriori* de que colapse la economía por una crisis financiera

²⁰ Para un análisis de la BJR, vid. Franklin A. GEVURTZ, “The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion?”, *California Law Review*, 67, 1994, pp. 287 y ss.

o estalle una burbuja inmobiliaria, tendemos a pensar que se venía venir, que era un resultado esperado y que había muchas señales que lo indicaban, cuando antes de que sucediera era un hecho incierto y dudoso. Este mismo sesgo puede atenuar el juicio del juez que supervisa *a posteriori* un proyecto empresarial que ha fracasado, culpando al administrador de falta de diligencia por un resultado negativo que era, con la información que se tenía *ex ante*, poco probable o altamente improbable que ocurriera. Por eso, la deferencia que impone la BJR obliga al juez a valorar si el proceso decisorio cumple con las exigencias de desinterés y de información, y no la oportunidad de la decisión propiamente dicha.

Más allá del Derecho societario, no me atrevo a trasladar un estándar de deferencia judicial al ámbito del Derecho administrativo. Me falta conocimiento para valorar cómo afecta éste y otros aspectos de la deferencia a la supervisión judicial —si existen ámbitos de impunidad, o un exceso de formalismo procedimental—, y cómo afecta a la eficiencia del proceso decisorio de la administración *ex ante*. No siempre las decisiones pueden estar protocolizadas, hay situaciones de incertidumbre en donde la discrecionalidad es valiosa (hay decisiones que tiene que tomar el Banco de España en una crisis financiera, o las administraciones pertinentes en una crisis sanitaria). *A priori*, parecería que, en relación con decisiones con margen de discrecionalidad, un excesivo control *ex post*, a la luz de los resultados, pudiera conducir *ex ante* a un exceso de cautela para no equivocarse, a una política de “gestión de daños” (se trataría de evitar riesgos, más que de avanzar soluciones reales o efectivas). Lo que pasa es que, en ocasiones, esta gestión puede ir por detrás de los acontecimientos, y resultar poco eficaz. Cuando la discrecionalidad importa, lo que se debería pedir a quienes toman las decisiones es que estén capacitadas (tengan el *expertise* necesario) y realicen un esfuerzo por disponer de toda la información pertinente a la hora de adoptarlas. Quizás los expertos en Derecho administrativo puedan aplicar este análisis, y extraer conclusiones más informadas.

4. EL PAPEL DE LOS INCENTIVOS EN LA RELACIÓN DE AGENCIA

Hasta aquí las conclusiones que arroja el análisis del modelo principal-agente aplicado a la deferencia judicial, cuyas claves pueden contribuir a la mejor comprensión de la supervisión judicial tanto en el perímetro del Derecho privado como en los contornos del Derecho público. A continuación, es oportuno reflexionar acerca de si, en rigor, y más allá de su fuerza expresiva, cabe extrapolar de manera mecánica el modelo societario principal-agente al Derecho público para explicar la relación entre la administración y la ciudadanía. Me refiero a la fuerza expresiva porque la relación principal-agente ayuda a visibilizar y poner en evidencia los problemas de incentivos y de información asimétrica en entornos de discrecionalidad. Es posible que estos problemas se repitan en otros contextos y ámbitos del Derecho, pero hay algunas diferencias que lo hacen distinto fuera de las condiciones del Derecho privado.

Una de las virtudes del modelo económico principal -agente es que pone de manifiesto la importancia de los incentivos. El principal pretende que el agente contribuya en la creación del valor de la empresa. En el contexto empresarial, una definición de la contribución del agente, del CEO, es el incremento de la riqueza de los accionistas medida a través del mayor valor de las acciones de la empresa. Las conductas que el agente lleva a cabo para producir el resultado deseado es lo que llamamos “esfuerzo”. La manera más directa de entender el esfuerzo es pensando en conductas que los individuos no llevamos a cabo sin recompensa. En el caso del CEO, debemos pensar en “esfuerzo” no tanto en términos de horas trabajadas, sino más bien entendido como aplicarse y afanarse para promover los intereses de los accionistas, del principal. El problema aquí es que el agente se enfrenta a un conflicto de interés: puede tener intereses privados, por ejemplo, en “escaquearse” y ahorrar esfuerzo o en perseguir proyectos que sean valiosos para el agente (porque le reportan reputación, publicidad y mejoran su capital humano), pero no necesariamente lo han de ser para el principal, o incluso le puedan perjudicar. Así, podremos hablar de esfuerzo si persiguen proyectos que generen valor a los accionistas, en lugar de favorecer sus proyectos favoritos. Pues bien, lo que une el esfuerzo con la recompensa (entendida como aquello que nos importa, no sólo dinero) son los incentivos.

Dicho de otro modo, el instrumento más eficaz al alcance del principal para alinear al agente con sus preferencias es la contratación o la supervisión *ex ante*, en lugar de la revisión judicial *ex post*. Este es también el propósito del gobierno corporativo en el ámbito societario: suministrar mecanismos e incentivos —legales y extralegales— dispuestos para mejorar el proceso decisorio del agente y alinearlo con los intereses del principal²¹. El *governance* actúa por lo tanto en el límite de los contratos. Así, si ponemos el foco en las principales instituciones jurídicas que afectan al gobierno corporativo, veremos que el propósito es introducir incentivos que interactúan significativamente con factores extralegales (por ejemplo, la supervisión de los mercados de capitales) para que tengan efectos en la realidad²².

La idea que importa resaltar es que la revisión judicial de los acuerdos de la sociedad o de las actuaciones de los administradores que resultan en responsabilidad no es el único instrumento jurídico, ni siquiera el más eficaz, para disciplinar a los agentes y alinearlos con el interés de los socios. Y esto es así porque el *enforcement* judicial de la actuación del agente es muy compleja y presenta muchas limitaciones intrínsecas a la función de revisión *ex post* por parte de un tercero (debido, por ejemplo, a la información asimétrica, a la incertidumbre, a la falta de observabilidad de sus

²¹ La calidad del gobierno corporativo y de los incentivos que suministra es relevante o “importa” para la creación de valor de las empresas, Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ DE SILANES y Andrei SHLEIFER. “Corporate Ownership Around the World”, *Journal of Finance*, 54, 1999, pp. 471-517; Lucian BEBCHUK, Alma COHEN y Allen FERRELL, “What Matters in Corporate Governance?”, *Review of Financial Studies*, 22(2), 2009, pp. 783-827.

²² Robert P. BARLETT y Eric L. TALLEY, “Law and Corporate Governance”, en Benjamin HERMALIN y Michael WEISBACH (eds.), *The Handbook of the Economics of Corporate Governance*, vol. 1, 2017, pp. 177- 234.

acciones), y a otras muchas restricciones estructurales (como, por ejemplo, la calidad del servicio o el *expertise* financiero de los jueces). En cambio, un método efectivo de conseguir la disciplina del agente es que el principal, que tiene cierto poder sobre la relación a través de la contratación, lo ate en corto de antemano. Y esto es posible, y es importante no olvidarlo, porque al principal y al agente les vincula una relación contractual. En otras palabras, el principal tiene a su alcance la posibilidad de estructurar los incentivos adecuados para alinear la conducta del agente con la suya, esto es, para que se esfuerce en interés del principal.

Podemos pensar en dos mecanismos contractuales en manos del principal que funcionan claramente como incentivos eficaces en la relación fiduciaria. El primero actúa como castigo, o “palo”: el cese del agente. El principal delega los poderes de control al agente, pero al igual que lo puede nombrar, lo puede cesar de manera automática (o casi). El agente puede tender a actuar con cierta impunidad amparado en la asimetría de información y sabedor de que la supervisión es imperfecta. Pero lo cierto es que el principal puede cesarle fácilmente, sin causa, si se percata de que extrae rentas informacionales (aunque el comportamiento no sea observable o verificable), y este poder del principal condiciona y constriñe su actuación.

El segundo incentivo, y quizás el más poderoso, actúa como premio, o “zanahoria”: la remuneración, entendida en sentido amplio. A diferencia del cese, la remuneración tiene la ventaja de que no sólo reprime comportamientos indeseables (por ejemplo, actuaciones fraudulentas), sino que promueve comportamientos deseables. Desde esta óptica, anima al agente a perseguir acciones valiosas para el principal porque crean valor, en lugar de reprimir acciones perjudiciales, o que destruyen valor. El principal, los socios, no sólo quieren evitar perjuicios o daños a la sociedad, sino que además buscan que gane dinero y sea rentable. Para que la remuneración alinee efectivamente los incentivos del administrador con los intereses de los socios ha de estar compuesta por una parte variable ligada al valor de la empresa a largo plazo, como es el caso de las acciones o las opciones sobre acciones. Diseñar un paquete retributivo óptimo es complicado. Si, por ejemplo, los administradores van a cobrar sueldos fijos —independientemente del resultado—, contribuciones a fondos de pensiones y bonus ligados a métricas fácilmente manipulables como valores contables, la retribución servirá para retribuirlos, pero no como incentivo para reducir costes de agencia. Este es el caso de los administradores españoles, a quienes con frecuencia se retribuye como burócratas.

Los incentivos son esenciales para asegurar el cumplimiento, y mucho más si el cumplimiento no es observable, ni verificable, ni siquiera se sabe de antemano cuál sería el curso de acción deseable. Esto lo saben bien quienes se dedican profesionalmente a redactar contratos. Y esto hace que el juez juegue un papel menos importante o, al menos, debería jugarlo, porque buena parte de los riesgos o los costes de la relación están controlados o sujetos en el contrato. Adicionalmente, los incentivos o mecanismos del gobierno corporativo entrarían en acción cuando los contratos

fallan o se quedan cortos²³. Justamente por eso el gobierno corporativo propiamente dicho importa, como se advertía en la introducción, en las sociedades cotizadas (y no así en las sociedades cerradas). Pongamos por ejemplo el diseño de la estructura y la composición del consejo de administración, que es uno de los pilares del buen gobierno. El *monitoring* o la vigilancia de la actuación del agente se intensifica mediante la estructuración del consejo como órgano de supervisión —y no estrictamente de gestión—. La entrada de consejeros independientes persigue fiscalizar internamente las decisiones del agente, sobre todo si son conflictivas. Naturalmente, si el consejo no goza de un grado de independencia deseable, el consejo va a ser deferente con la actuación del agente.

Una vez sentado que los incentivos contractuales y estructurales o de *governance* son esenciales para disciplinar los costes de la relación, pasemos a considerar la relación principal-agente en otros ámbitos del Derecho ajenos al Derecho de sociedades o al Derecho de contratos en general. Pensemos en los ciudadanos, que seríamos el principal, y la administración, que sería el agente, y en los incentivos capaces de alinear intereses. Se podría alegar que la analogía es persuasiva, pudiéndose formular del siguiente modo: existe una suerte de contrato social entre el ciudadano y el gobierno, que faculta a que los ciudadanos pueden cesar a sus gobernantes a través de los procesos electorales. Pero las similitudes son, de nuevo, más expresivas que sustantivas. Si ponemos la mirada en el Derecho público, no parece que los ciudadanos tengamos a nuestra disposición la panoplia de incentivos necesarios o aptos que nos permitiera estructurar óptimamente nuestra relación con la administración en términos de una relación fiduciaria propiamente dicha (sencillamente, porque no lo es).

Adicionalmente, en la relación ciudadanía-administración los intereses del principal como colectivo son difusos y difíciles de administrar, mientras que en la relación fiduciaria socios-administrador los intereses de cada cual están mejor definidos *ex ante* y son más fáciles de contratar y de implementar. En efecto, los intereses del principal o de la ciudadanía son más heterogéneos y más encontrados o conflictivos entre sí que los intereses de los socios como principal de una sociedad cotizada, a los que, a fin de cuentas, aunque tengan sus intereses privados o no compartidos con el resto (debido, por ejemplo, a distintos horizontes de inversión o al tamaño de la participación), les une el interés común (y concreto) de maximizar el precio de la acción. Adicionalmente, este interés común es, gracias al mercado, fácilmente medible en términos de cotización. En cambio, definir el interés común o agregado de una sociedad civil tiene más vectores, y además la falta de homogeneidad de intereses conlleva *trade-offs*, es decir, decisiones conflictivas porque favorecen el beneficio de unos a costa del sacrificio de otros. A esta diversidad de intereses se une que es más complejo de verificar si la administración o el poder político ha cumplido con las demandas de la ciudadanía. Esto conduce a que sea muy difícil para los ciudadanos, por un lado, diseñar incentivos efectivos para disciplinar en su interés —común— a los

²³ Oliver E. WILLIAMSON, “The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract”, *Journal of Economic Perspectives*, 16(3), 2002, pp. 171-195.

gestores-gobernantes, y por el otro, disponer de poder de actuación o de negociación para poderlos implementar y hacerlos cumplir.

Para concluir, cabría añadir una nota positiva a este relato de limitaciones y dificultades para disciplinar *ex ante* la relación entre la ciudadanía y la administración, derivadas de que no estamos ante una relación fiduciaria principal-agente propiamente dicha. Y es que, a falta de contrato, el *governance* juega un papel esencial para suministrar los incentivos adecuados a los agentes —la administración— para alinearse con la ciudadanía. En este sentido, sería oportuno focalizar los esfuerzos en diseñar mecanismos de control adecuados para rebajar los conflictos de interés de los agentes y establecer cauces eficaces para favorecer la rendición de cuentas.

BIBLIOGRAFÍA

- Philippe AGHION y Patrick BOLTON, “An Incomplete Contract Approach to Financial Contracting,” *Review of Economic Studies*, LIX, 1992, pp. 473-94.
- Philippe AGHION y Jean TIROLE, “Formal and real authority in organizations”, 105(1), *Journal of Political Economy*, 1997, pp. 1-29.
- Philippe AGHION y R. HOLDEN, “Incomplete contracts and the theory of the firm: what have we learned over the past 25 years?”, *Journal of Economic Perspectives*, 25, 2011, pp. 181-197.
- Armen ALCHIAN y Harold DEMSETZ, “Production, information costs, and economic organization”, *American Economic Review*, 62(5), 1972, pp. 777-795.
- William T. ALLEN, Jack B. JACOBS y Leo E. STRINE, “Function over Form: A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law”, *The Business Lawyer*, 56, 2001, pp. 1287-1321.
- Kenneth J. ARROW, “The economics of agency”, in J. PRATT y R. ZECKERHAUSER (eds.), *Principals and agents: the structure of business*, Boston, Harvard Business School Press.
- Robert P. BARLETT y Eric L. TALLEY, “Law and Corporate Governance”, en Benjamin HERMALIN y Richard WEISBACH (eds.), *The Handbook of the Economics of Corporate Governance*, vol. 1, Amsterdam, 2017, pp. 177- 234.
- Lucian BEBCHUK, Alma COHEN y Allen FERRELL, “What Matters in Corporate Governance?”, *Review of Financial Studies*, 22(2), 2009, pp. 783-827.
- Adolf BERLE y Gardiner MEANS, *The modern corporation and private property*, New York, Macmillan, 1932.
- Mike BURKART, Denis GROMB y Fausto PANUNZI, “Large shareholders, monitoring, and the value of the firm”, *Quarterly Journal of Economics*, 112(3), 1997, pp. 693-728.
- Melvin Aron EISENBERG, “The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law”, *Fordham Law Review*, 62, 1993, pp. 437 y ss.
- Eugene FAMA, “Agency problems and the theory of the firm”, *Journal of Political Economy*, 88(2), 1980, pp. 288-307.
- Eugene FAMA y Michael JENSEN, “Separation of ownership and control”, *Journal of Law and Economics*, 26(2), 1983, pp. 301-325.
- Nuno GAROUPA y Jud MATHEWS, “Strategic Delegation, Discretion, and Deference: Explaining the Comparative Law of Administrative Review”, *American Journal of Comparative Law*, 62(1), 2014, pp. 1-33.
- Franklin A. GEVURTZ, “The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion?”, *California Law Review*, 67, 1994, pp. 287 y ss.
- Robert GIBBONS, “Lecture Note 1. Agency theory”, <https://web.mit.edu/rgibbons/www/903%20LN%201%20S10.pdf>
- Bengt HOLMSTROM, “On the theory of delegation”, No 438, Discussion Papers from Northwestern University, Center for Mathematical Studies in Economics and Management Science, 1980.

- <http://www.kellogg.northwestern.edu/research/math/papers/438.pdf>
- Michael JENSEN y William MECKLING, "Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and ownership structure", *Journal of Financial Economics*, 3(4), 1976, pp. 305-360.
- Simon JOHNSON, Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ DE SILANES y Andrei SHLEIFER, "Tunnelling", *American Economic Review*, 90, 2000, pp. 22-27.
- Benjamin KLEIN, "The Hold-Up Problem", en Peter NEWMAN (ed.), *The new Palgrave dictionary of economics and the law*, Macmillan Reference Limited, 1998, pp. 241 ss.
- Benjamin KLEIN, Robert CRAWDFORD y Armen ALCHIAN, "Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process", *Journal of Law and Economics*, 21(2), 1978, pp. 297-326.
- Thomas KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de cultura económica, México 1971.
- Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ DE SILANES, y Andrei SHLEIFER. "Corporate Ownership Around the World", *Journal of Finance*, 54, 1999, pp. 471-517.
- Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RIO, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, vol. I.
- Douglass C. NORTH. *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*. Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- Cándido PAZ-ARES, "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo", *InDret*, 4, 2003.
- Mitchell POLINSKI y Steven SHAVEL, "The Economic Theory of Public Enforcement of Law", *Journal of Economic Literature*, 38, 2000, pp. 45-76.
- Maribel SÁEZ y María GUTIÉRREZ, "The law and economics of comparative corporate law", en A. AFSHARIPOUR y M. GELTER (ed.), *Comparative corporate governance*, Cheltenham, UK- Northampton, MA, USA, 2021, pp. 56 y ss.
- Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Principios de Derecho Mercantil*, Aranzadi Cizur Menor, 2018, vol. I.
- Karsten SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Köln, 1986.
- Oliver WILLIAMSON, "The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract", *Journal of Economic Perspectives*, 16(3), 2002, 171-195.

LA DOBLE INSTANCIA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN: UNA DEFERENCIA MAL ENTENDIDA AL JUZGADOR DE PRIMERA INSTANCIA

TWO-INSTANCE COURT PROCEEDINGS IN THE CONTENTIOUS- ADMINISTRATIVE JURISDICTION AND THE PRINCIPLE OF IMMEDIACY: A MISUNDERSTOOD DEFERENCE TO THE FIRST INSTANCE JUDGE

Jordi Ferrer Beltrán*
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universitat de Girona

RESUMEN: Hay un cierto consenso en la doctrina administrativista acerca de la conveniencia de introducir de forma generalizada la segunda instancia en el proceso contencioso-administrativo. Una concepción amplia de la segunda instancia requiere la apertura a la revisión de los aspectos jurídicos como de los fácticos del razonamiento judicial de la sentencia de primera instancia. Sin embargo, para que ello sea posible, es necesario que se abandone la concepción persuasiva de la prueba, hoy mayoritaria en la jurisprudencia contencioso-administrativa, y se dote del contenido adecuado al principio de inmediación, de forma acorde con la concepción racional de la prueba.

PALABRAS CLAVE: segunda instancia, jurisdicción contencioso-administrativa, principio de inmediación, razonamiento probatorio.

* Profesor titular de filosofía del derecho de la Universidad de Girona y director de la Cátedra de Cultura Jurídica y del Máster en razonamiento probatorio de la misma universidad. Para la redacción de este trabajo he contado con el apoyo del proyecto de investigación “Los errores en la producción y en la aplicación del derecho” (PID2020-114765GB-100), financiado por el Ministerio de ciencia e innovación. Agradezco las revisiones anónimas recibidas para la aceptación de este artículo, que me han permitido mejorar aspectos no menores del mismo.

ABSTRACT: There is a certain consensus in administrative doctrine about the advisability of introducing a generalized second instance in the administrative litigation process. A broad conception of the second instance requires openness to the review of both the legal and factual aspects of the judicial reasoning of the first instance judgment. However, for this to be possible, it is necessary to abandon the subjectivist conception of evidence and proof, which is currently the majority view in administrative case law, and to give the principle of immediacy the appropriate content, in accordance with the rational conception of evidence and proof.

KEYWORDS: Two-instance court proceedings, contentious-administrative jurisdiction, principle of immediacy, evidential legal reasoning

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ACTUAL.— 3. LA ASUNCIÓN DE UNA CONCEPCIÓN PERSUASIVA DE LA PRUEBA.— 4. LA ASUNCIÓN DEL LENGUAJE DE LA RACIONALIDAD PROBATORIA, PERO CON DEFERENCIA AL JUZGADOR DE PRIMERA INSTANCIA.— 5. EL CONTROL DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO EN SEGUNDA INSTANCIA Y EL ESPACIO DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.— 6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La jurisdicción contencioso-administrativa es la única en España que no tiene prevista legalmente la doble instancia, pero puede decirse que hay un cierto consenso doctrinal sobre su necesidad. Es claro que el recurso de casación no cumple esa función, por dos razones: su carácter extraordinario y la limitación clásica a causales vinculadas a la discusión sobre la *quaestio juris*. Quizás la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Saquetti Iglesias contra España¹ pueda generar el cambio que generó en el proceso penal el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso Cesáreo Gómez Vázquez contra España².

Ahora bien, la sentencia Saquetti no exige una doble instancia para todo proceso contencioso-administrativo, sino solo para aquellos en que se diriman cuestiones relativas a la imposición de sanciones administrativas graves, que tengan carácter quasi-penal. En todo caso, ya sea que se acabe regulando una apelación solo para los casos de sanciones administrativas graves o para toda la jurisdicción contencioso-administrativa, la segunda instancia deberá estar abierta a la revisión de todo el razonamiento que funde la sentencia de primera instancia, incluido el razonamiento sobre los hechos³. Y esto requiere, además de una reforma legislativa, un cambio

¹ STEDH, caso Saquetti Iglesias vs España, de 30 de junio de 2020.

² Puede verse un planteamiento al respecto en Omar BOUAZZA ARIÑO, *El recurso de apelación contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 2023, pp. 20 ss.

³ Cabe advertir, sin embargo, que la Sala Tercera del Alto Tribunal ha realizado, en la STS 1376/2021, una interpretación restrictiva del impacto de la STEDH Saquetti Iglesias vs. España, considerando que el recurso de casación permite cumplir ya las exigencias de “reexamen de la culpabilidad por un órgano jurisdiccional superior” en los casos de sanciones administrativas graves. Así, sostiene el

sustancial en la concepción de la prueba y, específicamente, del rol del principio de inmediación.

Es más, con independencia de la cuestión relativa a la posibilidad de control del razonamiento probatorio en segunda instancia, es imprescindible el abandono de la tradicional concepción persuasiva de la prueba que, como se verá, es aún mayoritaria en la jurisdicción contencioso-administrativa. Ello supone un cambio cultural de primera magnitud hacia la adopción de una concepción racional de la prueba, que es también un requisito necesario para prestar al ciudadano una administración de justicia que sea respetuosa del debido proceso.

2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ACTUAL

En general, la jurisprudencia reconoce que “la apelación transmite al Tribunal *ad quem* la plenitud de competencia para revisar y decidir las cuestiones planteadas a través del recurso” (vid., por ejemplo, la sentencia del STSJ de Asturias 915/2023, F.J. 3º). Son muchas las referencias jurisprudenciales a esta competencia plena del Tribunal *ad quem*, lo que haría pensar que el alcance de la revisión de la decisión de primera instancia por ese Tribunal es potencialmente general, incluyendo, en función de los motivos del recurso, tanto las cuestiones jurídicas como el control del razonamiento probatorio contenidos en la sentencia recurrida. Sin embargo, rápidamente esas mismas sentencias en las que se deja sentada la plenitud competencial para la revisión, advierten que:

... en la valoración de la prueba practicada en el curso del proceso, debe primar el criterio objetivo e imparcial del juzgador de instancia sobre el juicio hermenéutico, subjetivo y parcial de la parte apelante, de modo que es preciso acreditar una equivocación clara y evidente en el juicio valorativo del órgano jurisdiccional para acoger este motivo de apelación⁴.

Y más claramente aún, en la misma línea jurisprudencial, advierte el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que:

... es doctrina jurisprudencial reiterada que la valoración de la prueba, *en virtud de los principios de inmediación y libre valoración* (art. 78 LJCA), es una función de la exclusiva y excluyente competencia del juzgador “a quo”, y solo puede ser revisada por el tribunal “ad quem”, en virtud del

Tribunal Supremo que el artículo 2.1 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos “deja al criterio de los Estados la extensión de dicho examen de la declaración de culpabilidad o condena, sin exigir necesariamente, como comportaría una doble instancia, una revisión de las cuestiones de hecho y de derecho, sino que puede limitarse a estas últimas, como es propio de los recursos de casación.” (F.J. 5º). Aunque discrepo en este punto con lo asumido por el Tribunal Supremo, no quiero discutirlo en este trabajo. Mi objetivo es más limitado: supuesto que se decida instaurar la doble instancia en el ámbito contencioso-administrativo, de forma general o limitada a los casos de sanciones graves, ¿cuál debe ser el alcance del control sobre la corrección del razonamiento probatorio en segunda instancia?

⁴ STS de 19 de noviembre de 1999, STS de 22 de enero del 2000, STSJ de Madrid 164/2017, de 11 de mayo, entre otras muchísimas.

recurso de apelación, cuando resulte que no existe motivación o que las razones utilizadas por el juez son ilógicas, absurdas o contrarias al criterio del razonar humano...⁵

O el Tribunal Superior de Justicia de Madrid:

En realidad, lo que se pretende por el apelante es sustituir el criterio objetivo e imparcial de la Juez de instancia por la versión subjetiva y particular del resultado de la actividad probatoria desplegada por las partes en la litis sobre los factores de hecho constitutivos del sustratum de lo que, frente a la Administración, fue postulado en la vía jurisdiccional, lo que resulta inadmisibles, pues la valoración de la prueba sobre la base de las pruebas practicadas, debe llevarse a cabo por los jueces sentenciadores, llamados legal y constitucionalmente a desarrollar la tarea de valorar la prueba practicada, bajo los principios *de inmediación*, oralidad, concentración y contradicción efectiva de las partes [por todas STS 17 octubre 2017 (casación 3063/2016)] y por ello, su criterio ha de ser respetado, salvo errores o valoración ilógica, irrazonada o arbitraria de la prueba...⁶

Vale la pena observar el parecido, incluso terminológico, con la vieja jurisprudencia penal que por muchos años estableció límites muy parecidos al control del razonamiento probatorio en segunda instancia o casación. Así se expresaba, por ejemplo, la STS 2278/1993, de 23 de junio (F.J. 2º), que resolvió un recurso de casación en el que se alegaba la violación de la presunción de inocencia por haber sido el imputado condenado a pesar de la insuficiencia probatoria:

En el desarrollo del motivo se destaca la ausencia de prueba de cargo, acudiendo a la manifestación del propio acusado y haciendo un análisis de la prueba existente, lo que le está vedado en esta vía de la presunción de inocencia, limitada exclusivamente a constatar si existe o no prueba suficiente incriminatoria, ya que su valoración, ponderación y apreciación corresponde exclusivamente a la Sala de instancia, ni siquiera a esta Sala de casación o al Tribunal Constitucional y menos aún al recurrente, *que pretende sustituir el criterio objetivo e imparcial del órgano a quo por el suyo propio*⁷.

Pero ¿por qué debe darse por supuesto que el criterio de la persona juzgadora es objetivo e imparcial, mientras que la impugnación de la valoración de la prueba realizada por la parte deriva de criterios subjetivos y parciales? Dejando a un lado la cuestión de la parcialidad (que en un sentido muy banal, obviamente, es aplicable a las pretensiones de las partes), la revisión de la corrección del razonamiento probatorio que funda las decisiones sobre los hechos en la sentencia de primera instancia debería servir, precisamente, para controlar si esas decisiones están objetivamente fundadas. En lugar de realizar ese control, la jurisprudencia que estamos analizando, aún hoy mayoritaria en la jurisdicción contencioso-administrativa, opta por deferir la valoración y decisión probatoria en el juzgador de primera instancia, que será solo objeto de revisión si resultan ser “ilógicas, absurdas o contrarias al criterio del razonar humano”. ¿Cuál es el fundamento de esa deferencia, que en gran medida vacía de contenido al recurso de apelación en materia probatoria? Creo que, tal como indican algunas de las sentencias citadas y muchísimas otras que siguen la misma dirección, ese fundamento cabe situarlo en una particular forma de entender el principio de inmediación, que otor-

⁵ STSJ de Galicia 204/2023, de 3 de mayo, F.J. 3º. *Cursiva añadida.*

⁶ STSJ de Madrid 213/2023, de 14 de abril, F.J. 2º. *Cursiva añadida.*

⁷ *Cursiva añadida.*

garía una prioridad al juzgador que estuvo presente en la práctica de la prueba. Pero cabe preguntarse cuáles son las razones que permiten sostener esa forma de concebir el principio de inmediación, que operaría como límite a las posibilidades de revisión en sede de recurso del razonamiento que justifica la decisión sobre los hechos. En mi opinión, se abren aquí dos posibilidades, que analizaré en los dos siguientes epígrafes.

3. LA ASUNCIÓN DE UNA CONCEPCIÓN PERSUASIVA DE LA PRUEBA

Dos son las grandes concepciones sobre la prueba en el proceso judicial: la concepción persuasiva y la racional. Su ámbito de aplicación es general, no estando marcado por una u otra jurisdicción. Me centraré en este epígrafe en la primera de ellas, que creo está detrás de muchas de las afirmaciones respecto al modo de concebir el principio de inmediación en el ámbito de lo contencioso-administrativo. Aunque, como sucede siempre, hay diferencias entre unos y otros autores, matices y formas de presentar las tesis que enfatizan aspectos diversos, creo que pueden identificarse cuatro notas principales de esta concepción: a) la apelación a la convicción del juez como elemento definitorio que determina que un enunciado sobre los hechos esté probado en un procedimiento; b) la defensa de una versión muy fuerte del principio de inmediación, de modo que reserve casi en exclusividad al juez de primera instancia la valoración de la prueba; c) exigencias de motivación muy débiles o inexistentes respecto de la decisión sobre los hechos; y d) un sistema de recursos que dificulta extraordinariamente o impide el control o revisión del juicio sobre los hechos en sucesivas instancias.

Resulta significativo que el acento en la convicción judicial como criterio de decisión sobre la prueba se acompañe de la defensa de una concepción muy fuerte del principio de inmediación. Esto tiene pleno sentido, dado que si lo que importa es producir la convicción judicial, la práctica de la prueba ante el juez sería un método adecuado para conseguir esa convicción, garantizando la presencia directa del juzgador, por ejemplo, ante la declaración testifical o, en general, las pruebas personales⁸. Pero lo que caracteriza esta versión fuerte de la inmediación es la función que se le otorga. Así, la idea es que la inmediación juegue su rol fundamental en la valoración de la prueba, permitiendo que quien tuvo relación directa con la práctica de la prueba pueda valorarla de acuerdo con las impresiones que le causó. Esto tiene como consecuencia una faz excluyente del principio: en su nombre se impide la posibilidad de revisión de la valoración de la prueba realizada por el juez de primera instancia, suponiendo que siempre y en cualquier caso aquél estará en mejor posición que cualquier otro juez o tribunal que pudiera revisar la valoración de la prueba realizada en la primera instancia⁹.

⁸ Vid., al respecto, Massimo NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 50 ss.

⁹ Se trata de lo que Valerio AIUTI, *Contributo allo studio dell'apperlo penale. Tra principio di immediatezza e doppio grado di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 53 ss., ha denominado el

¿Y por qué es habitual la débil o nula exigencia de motivación respecto de la decisión sobre los hechos? Pues bien, ésta resulta una consecuencia casi obligada si se vincula la prueba con la adquisición del estado mental de convicción o creencia por parte del juzgador. Como señala claramente De la Oliva¹⁰, no “parece razonable pedir que se exprese lo que pertenece a los internos procesos psicológicos de convicción, muchas veces parcialmente objetivables, sí, pero también parcialmente pertenecientes al ámbito de lo inefable”. Por ello, los autores que sostienen, como el propio De la Oliva, esta concepción persuasiva de la prueba, reducen la motivación a la explicación de las causas que han llevado al juez a creer en la ocurrencia del hecho en cuestión. Pero expresar las causas de una creencia, en el caso de que pueda hacerse, es algo muy distinto de justificar una decisión¹¹. Finalmente, la concepción persuasiva se cierra con un diseño institucional que impide o dificulta extraordinariamente la revisión en sede de recursos de la decisión sobre los hechos adoptada en la primera instancia. Está claro que, si se sostiene que la finalidad de la prueba en el proceso es producir la convicción judicial, una vez ésta es alcanzada no queda espacio para la revisión de la decisión. Un tribunal superior, limitado por el principio de inmediatez y con la escasa motivación normalmente disponible, no tendría mucho más que decir, más allá de un inaceptable “mi convicción difiere de la del juez de instancia y yo mando más”¹².

modelo cognitivo de la inmediatez. Este versión fuerte del principio de inmediatez, en cambio, es incompatible con lo previsto en el artículo 85.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en el artículo 460.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil (aplicable supletoriamente en la jurisdicción contencioso-administrativa). Los mencionados artículos prevén la posibilidad de que el recurrente en apelación solicite la práctica de pruebas en segunda instancia que, por diversas y excepcionales razones, no se hubieran desahogado en la primera. Pero es claro que esas pruebas, de ser admitidas, deberán ser valoradas por el tribunal de segunda instancia conjuntamente con aquellas que se practicaron en la primera instancia. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que se incorporaran en segunda instancia una prueba pericial y una testifical, que se añadieran a un acervo probatorio que ya tuviera otras pruebas periciales, testificales, documentales, etc., aportadas en su momento y practicadas en primera instancia. En ese caso, el tribunal de segunda instancia debería valorar las nuevas pruebas individualmente y también en conjunto con el resto del acervo probatorio, que no se practicó ante él. Si la falta de inmediatez respecto de estas últimas fuera un impedimento para su valoración, esa operación no debería ser posible. Obsérvese que esto es independiente de si se configura un sistema de apelación limitada o plena. Aún en los sistemas de apelación limitada, como el español, en los que se entiende que el objeto de ésta no es un nuevo juicio sino la determinación de la conformidad a la legalidad de la decisión de primera instancia, cabe extender la revisión al razonamiento probatorio o, por el contrario, deferir al respecto en el juzgador de primera instancia. Sobre la distinción entre apelación plena y limitada, puede verse Ignacio COLOMER HERNÁNDEZ, “La denominada «doble instancia» como garantía procesal: Límites en la revisión del juicio de hecho y de derecho”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 99, 2022, pp. 7-8.

¹⁰ Vid. Andrés DE LA OLIVA, “La sentencia”, en Andrés DE LA OLIVA, Sara ARAGONESES, Rafael HINOJOSA, Julio MUERZA y José Antonio TOMÉ, *Derecho procesal penal*, 5ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 514.

¹¹ Sobre la relación entre el modo “fuerte” o subjetivista de entender la inmediatez probatoria y la falta de motivación, véase, entre otros, Juan IGARTUA SALAVERRÍA, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Temis, Bogotá, 2014, pp. 86 ss.; y AIUTI, 2023, pp. 41 ss.

¹² Un análisis más detallado puede verse en Jordi FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 61 ss.

Es paradigmática en este sentido la STC 124/1983, en la que se resolvió un recurso de amparo por una supuesta violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia. En el caso penal que dio origen al conflicto constitucional el imputado había sido absuelto por insuficiencia probatoria de cargo en primera instancia y condenado en segunda con las mismas pruebas. La defensa alegó entonces la violación de la presunción de inocencia, porque a su entender el imputado habría sido condenado a pesar de no haber prueba suficiente para derrotar la presunción. El Tribunal Constitucional, en cambio, consideró igualmente impecables desde el punto de vista constitucional la absolución y la condena, porque ambos juzgadores decidieron de acuerdo con su convencimiento (F.J. 1º):

Así las cosas no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia, sino de una discrepancia en la valoración de la prueba hecha por dos órganos judiciales igualmente libres para valorar en conciencia, con el resultado de que entre ambas valoraciones ha de imponerse la del Tribunal de apelación¹³.

En mi opinión esta descarnada apelación a la autoridad, en lugar de a la racionalidad, resulta inconveniente y contraria a las exigencias constitucionales del debido proceso. Pero ella es la consecuencia de la incoherencia de asumir a la vez la concepción persuasiva de la prueba, que vincula conceptualmente los hechos probados con el convencimiento del juzgador, y prever la posibilidad de recurrir en materia probatoria: si lo que define a un hecho como probado es el convencimiento del juzgador, una vez éste se convenció, no hay espacio para el error. Y si no cabe conceptualmente el error, no tienen sentido los recursos. En ese panorama, el principio de inmediación en su sentido fuerte cumple la función de excluir que el razonamiento probatorio pueda ser revisado por quien no estuvo presente en la práctica de la prueba (lo que incluye, claro, al tribunal de apelación).

4. LA ASUNCIÓN DEL LENGUAJE DE LA RACIONALIDAD PROBATORIA, PERO CON DEFERENCIA AL JUZGADOR DE PRIMERA INSTANCIA

Si se observa bien el discurso de la jurisprudencia que he presentado en el segundo epígrafe de este artículo, se encuentra en ella la asunción de una exigencia de racionalidad mínima de la decisión judicial. Se abre así la puerta a la revisión en apelación de las decisiones sobre los hechos que resulten ilógicas, absurdas o arbitrarias. Ello podría hacer pensar que estamos ante la adopción de la concepción racional de la prueba.

En efecto, en oposición a la concepción persuasiva puede identificarse una concepción racional de la prueba. Esta última se caracteriza a través las siguientes notas:

¹³ A parecidas consecuencias llegan todos los autores que, en materia penal, sostienen una concepción persuasiva o subjetivista de la valoración de la prueba. Valga como ejemplo Jaime VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, p. 181.

a) el recurso a la corroboración de hipótesis como método de acercamiento a la averiguación de la verdad, lo que aporta significado a la propia noción de hecho probado; b) la defensa de una versión débil o limitada del principio de inmediación; c) una fuerte exigencia de motivación de la decisión sobre los hechos; y d) la defensa de un sistema de recursos que ofrezca un campo amplio para el control de la decisión y su revisión en instancias superiores.

El punto de partida, al igual que en el caso de la concepción persuasiva, es conceptual. Con él, se responde a la pregunta acerca de qué significa decir que un hecho está probado en un procedimiento. Pues bien, para la concepción racionalista, un enunciado del tipo “Está probado que p” significa que la hipótesis de que ha ocurrido el hecho “p” está suficientemente corroborada a partir de las pruebas disponibles, o, en otros términos, que la probabilidad de que la hipótesis sea verdadera, a la luz de las pruebas, es suficiente para la decisión que se trata de adoptar. Resulta, pues, clave la relación entre las pruebas y las hipótesis fácticas, pudiendo afirmarse que una hipótesis está probada solo cuando las pruebas le aporten corroboración suficiente, de acuerdo con el estándar de prueba aplicable¹⁴.

Si esto es así, resulta entonces irrelevante la creencia o convencimiento de sujeto alguno, incluido el juez o la jueza del caso. Una persona puede estar convencida de la ocurrencia del hecho “p” a pesar de que no hay objetivamente pruebas suficientes que lo corroboren, y a la inversa. Es cierto que nadie puede escapar a sus creencias y que, claro está, estas pueden determinar causalmente las decisiones de los jueces, pero la pregunta relevante aquí es si lo que justifica la decisión es el hecho de tener la creencia o el hecho de que el contenido de ésta, la hipótesis, está corroborada. Optando por la segunda alternativa podemos empezar a diseñar métodos de valoración de la prueba y dispondremos, por otra parte, de criterios para juzgar si el juez se equivocó o no en la valoración de la prueba realizada. Esto no nos lleva a rechazar el principio de inmediación pero supone debilitarlo en buena medida y resignificar su función. Para esta concepción de la prueba, la inmediación requiere la presencia del juez en la producción de la prueba para que este pueda gobernar el desarrollo del proceso en materia probatoria y participar de la práctica de la prueba en contradicción¹⁵. Pero esa distinta función de la inmediación, respecto del rol que le asigna la concepción persuasiva de la prueba, hace que pierda su faz excluyente: en efecto, la posibilidad de control sobre la valoración de la prueba realizada por el juez de primera instancia impide que se apele

¹⁴ Un estándar de prueba es una regla jurídica que determina de la forma más precisa posible el umbral de suficiencia probatoria a partir del cual puede considerarse probada una hipótesis o un enunciado sobre los hechos. No entraré aquí, por razones de espacio, a la discusión sobre el concepto y la justificación de la necesidad de contar con ese tipo de reglas. Me remito al respecto a Jordi FERRER BELTRÁN, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 17 ss.

¹⁵ Cual sea el alcance de esa participación dependerá de cada sistema y tiene límites impuestos por la propia función judicial y su exigencia de imparcialidad. Pero la idea es que el juez o la jueza, sin asumir un rol investigador incompatible con su función, no tiene porqué ser un actor meramente pasivo del procedimiento sino que puede y debe hasta cierto punto participar en él para obtener la información fáctica necesaria para decidir el caso, minimizando las probabilidades de error.

a la intermediación como forma de descartar, precisamente, ese control (IGARTUA SALAVERRÍA, 1995: 112-115). Por otro lado, la concepción racionalista supone la exigencia de una detallada motivación judicial sobre la decisión adoptada. Y esta motivación no se concibe ya como una explicación del íter mental de la persona juzgadora sino como una justificación de su decisión en sentido estricto. No importa, pues, el *iter* psicológico del juez que lo llevó a la decisión, sus creencias o prejuicios; la motivación debe basarse en las pruebas que justifican su decisión. Es un razonamiento fundado en los elementos de juicio disponibles en el proceso que permitan corroborar de forma suficiente la hipótesis aceptada como probada.

Finalmente, esta concepción exige el diseño de recursos que permitan una revisión o control de la decisión sobre los hechos probados adoptada en primera instancia, con independencia de si ésta ha sido favorable al actor o al demandado. El control es posible, ahora sí, debido al juego combinado de las exigencias de esta concepción: se pueden conocer las razones por las que se ha decidido, porque se dispone de una motivación detallada de la decisión que debe dar cuenta, por un lado, del proceso de corroboración de la hipótesis que se declara probada y de las que, si es el caso, se hayan refutado y, por otro, de la justificación de que el resultado probatorio satisface o no el estándar de prueba aplicable.

De esta forma, para la concepción racionalista, el hecho de que la valoración de la prueba se declare libre por el derecho denota simplemente que no está regida por reglas de prueba legal o tasada que predeterminen el resultado probatorio de forma vinculante para el juez (TARUFFO, 2002: 396-397). Pero esa libertad no es absoluta sino que está limitada por las reglas generales de la epistemología o, como le gusta de decir a la jurisprudencia, de la racionalidad y la lógica¹⁶. Más aún, puede entenderse el principio de la libre valoración de la prueba como un mandato a los jueces para que decidan sobre los hechos en los casos que se les planteen mediante los métodos de la epistemología general (en el mismo sentido, entre otros, WRÓBLEWSKI, 1989: 186 ss. y TARUFFO, 2002: 401-402).

Sin embargo, si volvemos la mirada a la jurisprudencia mayoritaria sobre el alcance de control del razonamiento probatorio en segunda instancia en el ámbito contencioso-administrativo, podemos observar como es constante la apelación a la ausencia de intermediación como impedimento para el ejercicio de esa revisión y a la propia limitación del control a los casos de arbitrariedad manifiesta. Es por eso que no resulta nada claro que pueda afirmarse que esa jurisprudencia adopta, más allá de cierta retórica, la concepción racional de la prueba¹⁷.

¹⁶ En este sentido cabe entender lo afirmado, respecto de la apelación penal contra sentencias condenatorias, por la STC 184/2013, de 4 de noviembre (EJ. 7º), según la cual corresponde asumir al Juzgador *ad quem* “la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo, no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo”.

¹⁷ Un análisis crítico de la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en clave de la concepción persuasiva de la prueba puede verse en Juan IGARTUA SALAVERRÍA, “Valoración de

Parece entenderse de la insistencia en la intermediación como límite al control del razonamiento probatorio que se sostiene la existencia de una cierta prioridad epistémica por parte de la persona que tuvo esa intermediación, el juzgador de primera instancia. Pero ¿qué es lo que le otorgaría una posición epistémica privilegiada para poder valorar de mejor manera las pruebas? Una parte no desdeñable de la doctrina y la jurisprudencia parece encontrar la respuesta en la posibilidad de tener una percepción integral de aspectos no lingüísticos de la prueba, i.e., la comunicación no verbal de los sujetos que son fuente de las pruebas personales: testigos y peritos.

Esta parece ser la base de la jurisprudencia del TEDH para el proceso penal, que exige que

... cuando los tribunales de apelación o de recurso revisan las pruebas de carácter personal, como los testimonios de los testigos o de los acusados, y llegan a conclusiones opuestas a las establecidas por la jurisdicción *a quo*, las exigencias de un proceso equitativo hacen indispensable la celebración de una audiencia pública ante el tribunal de apelación o de recurso, *para que éste pueda tener conocimiento directo e inmediato* de dichos elementos de prueba (...) ¹⁸

El problema es que no hay evidencia científica alguna que sostenga esa supuesta ventaja epistémica de quien está presente en la práctica de la prueba. Es más, hay mucha evidencia de que esa ventaja no existe y que la percepción de la comunicación no verbal no nos dice absolutamente nada acerca de la fiabilidad de las pruebas (MAZZONI, 2019, p. 87 ss.; HERRERO, 2021, p. 378). Por otro lado, la supuesta “repetición” de la práctica de la prueba ante el tribunal de apelación genera muy serios problemas, puesto que es obvio que los testigos, por ejemplo, estarán ya contaminados por el conocimiento de lo declarado por otros testigos en el juicio de primera instancia e, incluso, por la valoración que hizo el juzgador *a quo* de su primera declaración. ¿Qué sentido tiene que no se permita a los testigos escuchar lo que declaran otros testigos en primera instancia, pero en cambio declaren de nuevo en segunda instancia ya conociendo todo lo ocurrido en la primera? ¿En qué se funda la idea de que es mejor esa “repetición” contaminada de la prueba que la posibilidad de que los juzgadores de segunda instancia puedan ver la práctica de la prueba realizada en el juicio de primera instancia a través de la correspondiente grabación?

las pruebas: Algunos tópicos a revisar en la cultura probatoria de nuestra jurisdicción contenciosa”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 102, 2022, pp. 90 ss.

¹⁸ STEDH, caso *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal vs España*, de 13 de febrero de 2018, par. 93. *Cursiva añadida*. La misma doctrina se había establecido ya en otros casos, como *Jan-Ake Anderson vs. Suecia* o *Lacadena Calero vs. España*. Una cuidadosa presentación y crítica de la jurisprudencia del TEDH sobre este punto puede verse en AIUTI, 2023, pp. 136 ss.

5. EL CONTROL DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO EN SEGUNDA INSTANCIA Y EL ESPACIO DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

He defendido ya en otros lugares la vinculación entre la concepción racionalista de la prueba y la garantía del debido proceso¹⁹. Ese vínculo torna imprescindible encontrar un modo de acomodar el alcance del principio de inmediación y la posibilidad de revisión de la decisión sobre los hechos en sede de recursos ante instancias superiores.

Como ya he señalado, de modo general puede decirse que la inmediación no es otra cosa que una exigencia, dirigida al juzgador de los hechos, para que esté presente en la práctica de la prueba²⁰, constituyéndose así, por un lado, en un mecanismo de reducción de errores al eliminar intermediarios en la transmisión de la información que aportan las pruebas (especialmente las personales). Y, por otro lado, pero no menos importante, la inmediación en la práctica de las pruebas hace posible el gobierno de esa práctica por la persona juzgadora y es también una oportunidad para el desarrollo integral del principio de contradicción y para la participación del propio juzgador en el debate probatorio en contradicción²¹.

La idea misma de evitar la participación de intermediarios en la transmisión de la información aportada por las pruebas al juzgador está dirigida a ofrecerle a éste la percepción directa de esa información. Esa percepción no podrá ser puesta en cuestión evidentemente por quien no haya tenido la misma relación directa con las pruebas o la posibilidad de visionar su práctica videograbada²². En cambio, una adecuada concepción del razonamiento probatorio, compatible con la concepción racionalista de la prueba y con el derecho fundamental al debido proceso, niega que el principio de inmediación imponga cortapisa alguna al control de las inferencias

¹⁹ Véase, por ejemplo, Jordi FERRER BELTRÁN: *Motivación y valoración de la prueba*, Grijley, Lima, 2016, p. 49 ss; y, más extensamente, FERRER BELTRÁN, 2021: 44 ss.

²⁰ Por todos, Piero CALAMANDREI: *Instituciones de derecho procesal civil*, EJEA, Buenos Aires, 1973, vol. I, p. 330.

²¹ Sobre el papel del juez en la implementación del principio de contradicción, como herramienta cognoscitiva, véase Carmen VÁZQUEZ, “Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 11, 2017, 341-378 (p. 363 ss.). Desde este punto de vista, la inmediación es, pues, “una técnica para la formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez” (Francesco IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 151).

²² Es claro, en mi opinión, que el uso de tecnologías de grabación en imagen y sonido de las vistas orales permite a las partes y a los órganos jurisdiccionales de control poner también en cuestión la corrección de las percepciones del juez o sus lagunas respecto de la práctica de las pruebas realizadas en el juicio oral. Un tribunal superior podrá entonces disfrutar de los aspectos de la inmediación vinculados con la eliminación de intermediarios gracias a las grabaciones. Sin embargo, nunca podrá disfrutar de las ventajas de la inmediación vinculadas a la posibilidad de que el juzgador participe en la contradicción. Así, el tribunal superior tendría, en este sentido, una especie de inmediación limitada.

probatorias. Así, por dar un ejemplo banal pero habitual, depende estrictamente de la percepción determinar si un testigo se muestra manifiestamente nervioso, pero concluir de ello que el testigo no es fiable, es el resultado de una inferencia probatoria a la que se incorpora la premisa de que el nerviosismo de un testigo es síntoma de su mendacidad. Esa inferencia no depende en absoluto de la percepción, sino de generalizaciones o máximas de experiencia que han sido estudiadas por la psicología del testimonio y demostradas absolutamente infundadas²³. Por ello, en conclusión, no necesitamos haber estado presentes en la práctica de la prueba para mostrar la incorrección de una valoración testifical basada en una generalización falsa de ese tipo. El principio de inmediación resulta, pues, compatible con el control de la percepción de las pruebas (si hay videograbación) y, más importante aún y en todo caso, de las inferencias probatorias²⁴.

De lo dicho hasta aquí, parece ya claro que no está justificada la deferencia en el juzgador de primera instancia en materia de razonamiento probatorio y que el principio de inmediación no da cobertura para sostenerla. Sin embargo, quisiera hacer referencia a dos aspectos más del razonamiento probatorio que pueden y deben ser objeto de revisión en segunda instancia y que en nada dependen de la inmediación.

En efecto, la toma de decisiones sobre los hechos probados exige otros pasos inferenciales más complejos. Así, para determinar que una hipótesis fáctica ha sido probada necesitamos recorrer el camino de su progresiva corroboración: la hipótesis de que la contaminación del agua de un acuífero proviene de una explotación minera permite inferir que encontraremos en el agua elementos o residuos del mineral, así como de los productos químicos o de otro tipo que se utilicen en esa explotación. No depende de inmediación alguna controlar si esas inferencias posibles fueron o no contrastadas y cuál fue su resultado. Si el análisis químico del agua identifica aquellos residuos, ello aportará un grado de corroboración a la hipótesis de la contaminación por la mina, y la pondrá en cuestión en caso contrario (FERRER BELTRÁN, 2007: 126 ss.). Constatar si esas inferencias han sido objeto de contrastación y si su resultado fue aportado como prueba al proceso es muy importante para controlar la corrección del razonamiento probatorio, porque nos permite identificar lagunas probatorias cuyo impacto en el razonamiento puede llevar a la total falta de fundamentación de sus conclusiones²⁵.

²³ Sobre los tópicos infundados en el uso y valoración de pruebas testificales puede verse, por todos, Margarita DIGES, *Testigos sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*, Trotta, Madrid, 2016. En el mismo sentido, TARUFFO: 2002, p. 454, y Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, “Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)”, en Id.: *Los ‘hechos’ en la sentencia penal*, Fontamara, México DF, 2005, 191-221 (p. 207 ss.).

²⁴ Sobre las inferencias probatorias véase Stephen TOULMIN, *Los usos de la argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2019; Daniel GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra, Lima-Bogotá, 2005, p. 53 ss; y Michele TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 237 ss.

²⁵ Sobre el impacto de las lagunas probatorias en el razonamiento probatorio y en la suficiencia o insuficiencia de la prueba, vid. FERRER BELTRÁN, 2021: 229 ss.

Y aún nos queda un paso más, que en nada depende de la intermediación: tomar una decisión sobre los hechos probados de un caso depende de la aplicación del estándar de prueba previsto para el proceso en cuestión. En otros términos, necesitamos determinar si el grado de corroboración de la hipótesis fáctica de la que se plantea su prueba alcanza o no el umbral de suficiencia probatoria previsto. Y para ello resulta fundamental determinar si están disponibles otras hipótesis capaces de explicar o dar cuenta de los mismos datos fácticos conocidos y si esas hipótesis fueron refutadas en el proceso mediante pruebas suficientes o no. Si se han tomado en consideración esas hipótesis y si, en su caso, han sido refutadas puede y debe ser objeto de control en sede de recursos sobre el razonamiento probatorio del juez de primera instancia. No hacerlo supone dejar en total desprotección el derecho a la presunción de inocencia²⁶ (cuando estén en debate consecuencias de tipo sancionador) y, más en general, el derecho al debido proceso.

En definitiva, como ha podido comprobarse, una concepción racional de la prueba exige que la práctica de la prueba se realice con adecuado cumplimiento del principio de intermediación, pero ello en nada cercerna las posibilidades de revisión del razonamiento probatorio del juzgador, realizado a partir de las pruebas practicadas y de lo percibido a partir de ellas. Preguntas como las siguientes deben ser siempre planteadas por el órgano revisor si se impugna la decisión probatoria adoptada por un órgano inferior y en nada requieren o afectan a la intermediación: ¿las conclusiones extraídas sobre la fiabilidad de las pruebas se basan en generalizaciones bien soportadas por información empírica corroborada? ¿se han contrastado las previsiones o inferencias que la hipótesis que se considera probada permite realizar o hay lagunas probatorias al respecto? ¿hay otras hipótesis, compatibles con las alegaciones de la parte recurrente, que puedan explicar los hechos conocidos?, si las hay, ¿se han refutado sobre la base de pruebas incorporadas debidamente al proceso? La primera de las preguntas hace referencia a la valoración individual de las pruebas; las demás, a la valoración en conjunto. A ellas habrá que añadir también las relativas a la satisfacción del umbral de suficiencia probatoria que establezca el estándar de prueba aplicable para la decisión recurrida²⁷.

²⁶ Una mayor argumentación al respecto puede encontrarse en Jordi FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en José Juan MORESO y José Luis MARTÍ (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 137-156 (149 ss.).

²⁷ El debate sobre los estándares de prueba en el ámbito del derecho administrativo está en buena parte pendiente de desarrollar y se ha visto perjudicado por la imprecisa idea de que, al menos para el derecho administrativo sancionador, deben trasladarse las garantías del proceso penal de *forma matizada*. Sin embargo, algunos textos pueden ya tomarse como referencias: Bárbara ORELLANA LAVOZ, “Elementos para un estándar de prueba en el procedimiento administrativo”, en *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, año 4, núm. 5, 2015, 56-83; Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación?”, en *InDret*, núm. 4, 2015, 2-42; Luis MEDINA ALCOZ, “Los hechos en el derecho administrativo. Una aproximación”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 177, 2016, 103-158 (148 ss.); Raúl LETELIER, “Garantías penales y sanciones administrativas”, en *Política Criminal*, vol. 12, núm. 24, 2017, 622-689; Raúl LETELIER, “El precio del *statu quo*. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas”, en *Revista de*

Todo ello, como espero que resulte ya patente, va mucho más allá del control de mínimos, más bien excepcional, que se suele plantear en la jurisdicción contencioso-administrativa (aunque no solo en ella). Otorga a los juzgadores de segunda instancia, ahora sí, una competencia plena para revisar el razonamiento probatorio del juzgador de primera instancia, si ese es el fundamento del recurso que se les plantea. Siendo así, si se quiere instaurar seriamente la doble instancia en el proceso contencioso-administrativo, es necesario abandonar la concepción persuasiva o subjetivista de la prueba y del principio de inmediatez, adoptando una concepción racional de la prueba, que es la única compatible con el debido proceso. Ello muestra también que ese cambio en pos de la doble instancia requiere no solo de modificaciones legislativas sino también de un cambio en el modo en que los tribunales de lo contencioso entienden la prueba y el razonamiento probatorio.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Valerio AIUTI, *Contributo allo studio dell'apperlo penale. Tra principio di immediatezza e doppio grado di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2023.
- Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, “Sobre el valor de la inmediatez (una aproximación crítica)”, en Id.: *Los ‘hechos’ en la sentencia penal*, Fontamara, México DF, 2005, 191-221.
- Omar BOUAZZA ARIÑO, *El recurso de apelación contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 2023.
- Piero CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, EJEA, Buenos Aires, 1973, vol. I.
- Ignacio COLOMER HERNÁNDEZ, “La denominada «doble instancia» como garantía procesal: Límites en la revisión del juicio de hecho y de derecho”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 99, 2022, 5-15.
- Andrés DE LA OLIVA, “La sentencia”, en Andrés DE LA OLIVA, Sara ARAGONESES, Rafael HINOJOSA, Julio MUERZA y José Antonio TOMÉ: *Derecho procesal penal*, 5ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.
- Margarita DIGES, *Testigos sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*, Trotta, Madrid, 2016.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación?”, en *InDret*, núm. 4, 2015, 2-42.
- Mauricio DUCE, “Reflexiones sobre el proceso sancionatorio administrativo chileno: debido proceso, estándar de convicción (prueba) y el alcance del sistema recursivo”, en *Diritto penale contemporáneo, revista trimestrale*, vol 2/2018, 83-100.
- Jordi FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Jordi FERRER BELTRÁN, “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en José Juan MORESO y José Luis MARTÍ (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

Derecho, vol. XXXI, núm. 1, 2018, 209-229; Mauricio DUCE, “Reflexiones sobre el proceso sancionatorio administrativo chileno: debido proceso, estándar de convicción (prueba) y el alcance del sistema recursivo”, en *Diritto penale contemporáneo, revista trimestrale*, vol 2/2018, 83-100; Hugo OSORIO MORALES, “Carga de la prueba y estándar probatorio en los procedimientos sancionatorios tributarios”, en *Revista de Estudios Tributarios*, núm. 21, 2019, 185-207; y Diana Marcela PEÑA CUÉLLAR y Astrid Daniela VIDAL LASSO, “La flexibilización del estándar probatorio en materia contencioso administrativa: integración de pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Eduardo Andrés VELANDÍA CANOSA, *Derecho procesal constitucional. Pruebas judiciales*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2020.

- Jordi FERRER BELTRÁN, *Motivación y valoración de la prueba*, Grijley, Lima, 2016.
- Jordi FERRER BELTRÁN, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- Daniel GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra, Lima-Bogotá, 2005.
- Carmen HERRERO, “Los conocimientos de la psicología más allá de la prueba pericial”, en *Quaestio facti, revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm. 2, 2021, 363-408.
- Francesco IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997.
- Juan IGARTUA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- Juan IGARTUA SALAVERRÍA, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Temis, Bogotá, 2014.
- Juan IGARTUA SALAVERRÍA, “Valoración de las pruebas: Algunos tópicos a revisar en la cultura probatoria de nuestra jurisdicción contenciosa”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 102, 2022, 79-117.
- Giuliana MAZZONI, *Psicología del testimonio*, Trotta, Madrid, 2019.
- Luis MEDINA ALCOZ, “Los hechos en el derecho administrativo. Una aproximación”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 177, 2016, 103-158.
- Massimo NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974.
- Raúl LETELIER, “Garantías penales y sanciones administrativas”, en *Política Criminal*, vol. 12, núm. 24, 2017, 622-689.
- Raúl LETELIER: “El precio del *statu quo*. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas”, en *Revista de Derecho*, vol. XXXI, núm. 1, 2018, 209-229.
- Bárbara ORELLANA LAVOZ, “Elementos para un estándar de prueba en el procedimiento administrativo”, en *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, año 4, núm. 5, 2015, 56-83.
- Hugo OSORIO MORALES, “Carga de la prueba y estándar probatorio en los procedimientos sancionatorios tributarios”, en *Revista de Estudios Tributarios*, núm. 21, 2019, 185-207.
- Diana Marcela PEÑA CUÉLLAR y Astrid Daniela VIDAL LASSO, “La flexibilización del estándar probatorio en materia contencioso administrativa: integración de pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Eduardo Andrés VELANDIA CANOSA, *Derecho procesal constitucional. Pruebas judiciales*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2020.
- Michele TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002.
- Michele TARUFFO, *Simply la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Stephen TOULMIN, *Los usos de la argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- Carmen VÁZQUEZ, “Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 11, 2017, 341-378.
- Jaime VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.
- Jerzy WRÓBLEWSKI, “La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación”, en Jerzy WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el derecho*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.

CONTROL JUDICIAL Y DEFERENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO*

JUDICIAL REVIEW AND DEFERENCE IN ADMINISTRATIVE LAW

Luis Arroyo Jiménez
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha
ORCID: 0000-0002-1158-9442

RESUMEN: El problema de la deferencia está relacionado con la intensidad del control judicial de la administración: mientras que en algunas ocasiones los jueces realizan un control pleno de la legalidad de la actuación administrativa, en otras llevan a cabo un control menos intenso, un control deferente, de la legalidad de la actuación administrativa sometida a su enjuiciamiento. Después de describir el fenómeno de la deferencia en el Derecho administrativo español, europeo y comparado, en este artículo se afrontan tres cuestiones relevantes: la de su delimitación conceptual, la de las razones que la justifican y, en fin, la de las herramientas con las que se gradúa.

PALABRAS CLAVE: derecho administrativo; control judicial; deferencia; discrecionalidad.

ABSTRACT: The problem of deference relates to the intensity of judicial review: while on some occasions judges carry out a full review of the legality of the administrative action, on others they carry out a less intense control, a deferential review. After describing the phenomenon of deference in Spanish, European and comparative administrative law, this article addresses three relevant issues: how deference should be defined, the reasons that justify it and, finally, the tools with which it is fine-tuned.

KEYWORDS: administrative law; judicial review; deference; discretion.

* Abreviaturas utilizadas: APA: Administrative Procedure Act; TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; CE: Constitución Española; BVerfGE: Sentencia del Tribunal Constitucional Federal; p./pp.: página/s; GG: Constitución Alemana; PO: Procedimiento Ordinario; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; RC: Recurso de Casación;

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL FENÓMENO DE LA DEFERENCIA: 2.1. Estados Unidos; 2.2. Unión Europea; 2.3. Alemania; 2.4. España.— 3. EL SIGNIFICADO DE LA DEFERENCIA: 3.1. El concepto de deferencia; 3.2. Las manifestaciones de la deferencia.— 4. LAS RAZONES DE LA DEFERENCIA: 4.1. Deferencia y razones constitucionales; 4.2. Deferencia y ponderación; 4.3. Deferencia y reserva de ley.— 5. LAS PIEZAS DE LA DEFERENCIA: 5.1. La disección de la deferencia; 5.2. La determinación del canon; 5.3. La aplicación del canon; 5.4. El complemento del canon.— 6. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas centrales del Derecho público es el del alcance del control judicial de las decisiones administrativas. Los jueces controlan la legalidad de la actuación administrativa de acuerdo con un conjunto de principios, reglas y doctrinas de las que resulta un control de amplitud variable. Con carácter general, el alcance del control judicial es función de factores que pueden clasificarse en dos grupos: unos se refieren a la *extensión* del control, mientras que otros se proyectan más bien sobre su *intensidad*. Entre los primeros se encuentran las normas que delimitan la actividad administrativa impugnabile, las que reservan el acceso a la jurisdicción a las personas que se encuentran en una determinada situación por referencia al objeto procesal, o las que definen plazos para el ejercicio de las correspondientes acciones. El funcionamiento conjunto de estas piezas determina que el control judicial sea más o menos extenso. Los factores pertenecientes al segundo grupo determinan la intensidad o profundidad del control que el juez puede realizar sobre la actuación administrativa controvertida, así como la calidad de la tutela que puede llegar a proporcionar a las partes que intervienen en el proceso. Entre ellos se encuentran las normas y doctrinas jurisprudenciales que configuran la amplitud de los poderes del juez, delimitando, por ejemplo, la aplicación del principio dispositivo, configurando el régimen de la tutela cautelar o, en fin, regulando los posibles pronunciamientos de la sentencia. El modo en que se configuren estos elementos determina que el control judicial sea más o menos intenso.

El problema de la deferencia del control judicial de la administración se localiza en este segundo contexto. En algunas ocasiones los jueces realizan un *control pleno* de la legalidad de la actuación administrativa. En otras ocasiones, sin embargo, los jueces realizan un control menos intenso, un *control deferente*, de la legalidad de la actuación administrativa sometida a su enjuiciamiento. En una primera aproximación puede, por tanto, entenderse por deferencia el fenómeno consistente en la reducción de la intensidad del control judicial que se produce cuando el juez no realiza un control pleno de la correspondencia entre la actuación administrativa y las normas que la regulan. La alternativa entre un control pleno y un control deferente puede lógicamente plantearse en relación con las tres dimensiones comúnmente observadas al estudiar analíticamente la decisión administrativa: el control judicial de la corrección de la *interpretación de la ley* puede ser más o menos deferente, el control judicial de la corrección de la *apreciación y valoración de los hechos* puede también reflejar diversas intensidades y, en fin, el control judicial de la corrección del *ejercicio de la discrecio-*

nalidad se ha configurado tradicionalmente en el Derecho administrativo como un control deferente.

Así entendida, la deferencia del control judicial de la administración es un fenómeno que, tal y como se demuestra a continuación, puede apreciarse en diversos sistemas de Derecho administrativo. A pesar de su amplitud, sin embargo, la construcción, la comprensión y la crítica del fenómeno de la deferencia ha tenido lugar fundamentalmente en el seno de cada uno de ellos. Las normas legales y las doctrinas jurisprudenciales que delimitan la intensidad variable del control judicial se han desarrollado en los diversos ordenamientos jurídicos a partir de su concreta evolución histórica, de la respectiva cultura administrativa y de los fundamentos constitucionales en cada caso aplicables¹. De igual modo, los principios justificadores y las doctrinas académicas desarrolladas para racionalizar jurídicamente el fenómeno de la deferencia, facilitando su comprensión y orientándolo en un sentido o en otro, se han elaborado también en el seno de concretos ordenamientos administrativos. La consecuencia de todo ello es que tanto el desenvolvimiento práctico de la deferencia como su racionalización jurídica se caracterizan más bien por la diversidad y el pluralismo.

A pesar de estas diferencias, es posible también explorar los rasgos comunes del tratamiento de la deferencia en los diversos sistemas de Derecho administrativo. Una posible concreción de este análisis sería la reconstrucción de los procesos de trasplante jurídico de las normas y doctrinas jurisprudenciales que han construido las diversas manifestaciones de la deferencia, así como de los conceptos y doctrinas académicas desarrollados para mejorar su comprensión y funcionamiento. Ejemplos de lo primero serían la incorporación en el Reino Unido del principio de proporcionalidad, procedente de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE², y la incorporación en España de la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre las valoraciones económicas complejas³. Un ejemplo de lo segundo lo encontramos, también en España, en la incorporación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados⁴ y de la noción de desviación de poder⁵. Otra posible contribución al desarrollo de una teoría de la deferencia del control judicial de la actuación administrativa sería comparar las diversas formas en las que los ordenamientos jurídicos pueden cumplir la misma función o resolver un problema semejante, como, por ejemplo, el control de la corrección de las proposiciones fácticas formuladas por la administración en situaciones de incertidumbre científica, el control de la interpretación de los enunciados normativos que manejan conceptos

¹ Sebastian UNGER, «Kontrolldichte», en Armin VON BOGDANDY, Peter M. HUBER, Lena MARCUSSON (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europeum*, Vol. IX, C. F. Müller, 2021, p. 378.

² Paul CRAIG, *Administrative law*, Sweet & Maxwell, 2003, pp. 617-622.

³ Francisco José RODRÍGUEZ PONTÓN, «El control judicial en el ámbito de la regulación económica», en Elisenda MALARET GARCÍA (dir.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Aranzadi, 2019, pp. 47-213.

⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder* (1962), Civitas, 1983, pp. 32-38; Fernando SÁINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, 1976, p. 347.

⁵ Carmen CHINCHILLA, *La desviación de poder*, Civitas, 2004, pp. 33-42.

complejos procedentes del sistema de la ciencia o, en fin, el control de la adecuación de las decisiones administrativas a los fines que les son propios. Otra perspectiva de análisis sería examinar el proceso de creciente europeización de los principios, reglas y doctrinas jurisprudenciales por medio de los cuales se construye la deferencia en los sistemas nacionales de Derecho administrativo correspondientes a los Estados miembros. Un buen ejemplo es el de las exigencias que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 47 CDFUE impone al control judicial por los tribunales nacionales de la discrecionalidad de las autoridades administrativas internas dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea⁶.

Todas ellas son vías adecuadas para estudiar las semejanzas en el tratamiento de la deferencia en distintos ordenamientos particulares, o si se prefiere, para desarrollar una teoría general de la deferencia en el control judicial de la actuación administrativa. Sin embargo, lo que aquí se pretende es algo bien distinto: se trata de explorar la hipótesis de que, prescindiendo de los conceptos y doctrinas que caracterizan a los diversos sistemas de Derecho administrativo, cargados como están de inercias históricas y de particularismos, la deferencia del control judicial de la administración se ha construido en ellos con piezas abstractas relativamente semejantes. Con ello no pretende afirmarse que esas piezas operen siempre de la misma manera, ni que se combinen en todos de forma semejante, ni mucho menos que con ellas se llegue siempre a los mismos resultados. Más modestamente, lo que en este trabajo se intenta es reducir un conjunto de reglas y doctrinas particulares a una expresión formal semejante, para poder así compararlas con más precisión, comprender mejor su comportamiento y modularlas con más eficacia.

A tal efecto, después de describir sucintamente el estado de la cuestión en cuatro ordenamientos administrativos a fin de disponer de un material normativo suficiente y representativo (*infra* 2), en el artículo se afrontan sucesivamente las tres cuestiones siguientes. La primera cuestión es en qué consiste exactamente la deferencia en el control de la legalidad de las decisiones adoptadas por otros actores. La tesis que aquí se mantiene es que una aproximación conceptual adecuada a la deferencia permite contemplar con más claridad la naturaleza al mismo tiempo bivalente y gradual del propio concepto y del fenómeno al que alude (*infra* 3). La segunda cuestión se refiere a cuáles son los criterios o razones normativas que reclaman la ampliación o reducción de la intensidad del control judicial de la actuación administrativa y que, por tanto, gobiernan la determinación del grado óptimo de deferencia. La tesis que se defiende es que la tendencia a considerar prioritaria o incluso exclusivamente las razones que presionan en el sentido de aumentar la intensidad del control judicial no se compadece bien con el marco constitucional relevante, que está caracterizado más bien por razones tendencialmente contrapuestas que requieren alcanzar acomodos y equilibrios diversos (*infra* 4). La tercera cuestión es la de cómo construyen (esencialmente) los

⁶ Rob WIDDERSHOVEN, «The European Court of Justice and the Standard of Judicial Review», en Jurgen DE POORTER, Ernst HIRSCH BALLIN, Saskia LAVRIJSEN (eds.), *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Springer, 2019, pp. 39-61.

órganos judiciales la deferencia que otorgan a la administración y, por tanto, cuáles son las piezas con las que gradúan la intensidad del control judicial de su actuación. La tesis que aquí se sostiene es que la doctrina académica puede proporcionar a los jueces una caja de herramientas sustancialmente mejor que de la que disponen (*infra* 5). El artículo termina, en fin, con la formulación de algunas conclusiones (*infra* 6).

2. EL FENÓMENO DE LA DEFERENCIA

Esta sección tiene dos finalidades distintas: la primera es acreditar que la deferencia del control judicial de la legalidad de la actuación administrativa constituye un fenómeno ciertamente extendido y plenamente normalizado en el Derecho administrativo comparado; y la segunda es proporcionar una muestra significativa de las normas y doctrinas jurisprudenciales a través de las cuales se materializa, a fin de proceder más tarde a su reconstrucción sistemática. El examen se centra a continuación en el Derecho de los Estados Unidos, el Derecho de la Unión Europea, el Derecho administrativo alemán y, en fin, el Derecho administrativo español.

2.1. Estados Unidos

La APA regula la adopción de decisiones administrativas descomponiendo el proceso de su adopción en tres fases lógicamente diferenciadas y configura el control judicial de cada una de ellas mediante la definición de varios estándares de control⁷.

En primer término, la administración debe interpretar las normas que le confieren el poder de adoptar la decisión de que se trate. La cuestión de si esa interpretación se ha realizado correctamente es una *cuestión jurídica*. Los jueces realizan un control pleno o un control deferente de las cuestiones jurídicas dependiendo de cuáles sean las normas de cuya interpretación se trate⁸. El control judicial es pleno (*de novo*) cuando la norma interpretada es la Constitución, cuando es una ley administrativa general o cuando es una ley sectorial diferente de la que regula y permite la actuación de la agencia, mientras que el control es deferente, en esencia, cuando la norma interpretada es la ley sectorial que regula y permite la actuación de la agencia y cuando es una norma dictada por la propia agencia en ejercicio de los poderes que dicha ley le confiere. En el caso de que la interpretación controvertida se refiera a la ley que regula la actuación de la agencia, la jurisprudencia aun distingue según que la actuación administrativa tenga o no lo que podríamos denominar efectos jurídicos directos (*force of law*)⁹. Si no los tiene, el canon de control es más intenso: corresponde al juez, en

⁷ APA § 557(c)(A).

⁸ Paul CRAIG, «Judicial review of questions of law. A comparative perspective», en Susan ROSE-ACKERMAN, Peter L. LINDSETH (eds.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, 2019, pp. 453-459.

⁹ *United States v. Mead*, 533 U.S. 218 (2001).

último término, apreciar cuál es la interpretación correcta de la ley, aunque en caso de indeterminación de la norma deba otorgar un cierto peso, de variable intensidad según las características del caso, a la interpretación que de dicha norma haya realizado la administración¹⁰. Si la actuación administrativa tiene efectos jurídicos directos, el canon de control es más deferente: en caso de que la norma solo admita una única interpretación plausible, el juez puede anular la decisión si la administración ha realizado otra distinta, pero si el texto es ambiguo y admite diversas interpretaciones, el juez está obligado a aceptar la realizada por la administración siempre que dicha interpretación sea una de ellas y, además, no sea irrazonable a la luz de los métodos ordinarios de interpretación (teleológico, sistemático, histórico, etc.)¹¹. En el caso de la interpretación por la agencia de las normas por ella misma dictadas para especificar o concretar la ley que regula su actuación, el juez debe también aceptarla si la norma admite diversas interpretaciones, si la realizada por la administración es una de ellas y si, además, no se trata de una interpretación irrazonable¹². Buena parte de la discusión que tiene lugar en el Derecho administrativo estadounidense contemporáneo, tanto en la doctrina académica¹³ como en la de los tribunales¹⁴, se refiere a la conveniencia de mantener o modular la deferencia del control judicial de la interpretación de estos dos tipos de normas.

En segundo lugar, la administración debe también apreciar y valorar los hechos relevantes de cara a la decisión que ha de tomar. La relativa a si esos hechos se encuentran adecuadamente fundamentados en el expediente es una *cuestión fáctica*. Los jueces solo realizan un control pleno (*de novo*) de las cuestiones fácticas en supuestos muy excepcionales: allí donde una ley especial lo contemple y allí donde se aleguen infracciones constitucionales. Fuera de estos casos, el control judicial de los hechos es muy deferente, pues a los jueces no les corresponde decidir si están o no de acuerdo con la apreciación realizada por la administración, a la que se reconoce con carácter general una mejor posición para valorarlos, especialmente en materias científica o técnicamente complejas¹⁵, sino solo comprobar si dicha apreciación supera o no un canon de control de menor intensidad. La APA contempla dos normas de control diferentes según que la decisión se haya adoptado en un procedimiento formal o informal. En el primer caso rige el estándar relativo al fundamento suficiente (*substantial*

¹⁰ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944).

¹¹ *Chevron v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984).

¹² *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997).

¹³ Phillip HAMBURGER, *Is Administrative Law Unlawful?*, University of Chicago Press, 2014; Chris J. WALKER, "Attacking *Auer* and *Chevron* Deference: A Literature Review", *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 12, 2018, pp. 103-122; Cass R. SUNSTEIN, Adrian VERMEULE, *Law & Leviathan*, Harvard University Press, 2020.

¹⁴ En *West Virginia v. EPA*, 597 U.S. ____ (2022), el Tribunal Supremo confirmó la doctrina conforme a la cual las leyes no deben interpretarse en el sentido de que confieren a las agencias un poder para decidir cuestiones políticas relevantes a menos que contengan una disposición expresa en tal sentido. En *Loper v. Raimondo*, No. 22-451, el Tribunal Supremo se pronunciará sobre la cuestión de si procede o no suprimir o, cuando menos, restringir el alcance de *Chevron* (<https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/22-451.html>).

¹⁵ *Dickinson v. Zurko*, 527 U.S. 150 (1999).

evidence) en el expediente¹⁶, que comprende dos exigencias: que la apreciación haya podido ser realizada por una persona razonable y que la apreciación, además de razonable, haya sido efectivamente razonada o motivada en el propio expediente¹⁷. En el segundo caso la APA impone un estándar aparentemente distinto y más deferente, como es el que prohíbe las apreciaciones fácticas arbitrarias o caprichosas (*arbitrary or capricious*)¹⁸. A pesar de tratarse de estándares de control formalmente distintos, en ambos casos los jueces tienden a aplicarlos de forma parecida, en el sentido de que la proposición fáctica ha de ser razonable. La mayor deferencia que se atribuye al segundo resulta más bien de la mayor amplitud del material fáctico sobre el que la agencia puede construir sus alegaciones¹⁹.

En tercer lugar, la aplicación de la norma es una operación que comprende consideraciones relativas tanto a la interpretación de la ley como a la apreciación de los hechos y que, además, puede también comprender la realización de valoraciones discrecionales por parte de la agencia. Allí donde estas aparezcan, determinar cuál sea la mejor manera de ejecutar la norma se concibe como una *cuestión relativa a la discrecionalidad*. La APA somete el control del ejercicio de la discrecionalidad al canon más deferente de los en ella previstos (*arbitrary, capricious, abuse of discretion*)²⁰, que sin embargo ha sufrido una importante evolución en su interpretación judicial²¹. El canon de control ha pasado de limitarse a verificar si la decisión tiene o no un fundamento razonable, a desembocar en un canon más denso, conocido como *hard look review*, que comprende tres reglas de control que han reducido la deferencia de modo variable, pero en todo caso sensible: primera, el contenido de la decisión no puede ser manifiestamente implausible o irracional, ya sea por incurrir en un error manifiesto de apreciación, por no hallarse una conexión racional entre la decisión y los hechos, o por ser la decisión manifiestamente desproporcionada; segunda, la agencia debe haber considerado adecuadamente todas las cuestiones relevantes a lo largo del procedimiento administrativo, sin otorgar importancia a consideraciones ajenas a la norma ni dejar de atender las que sí la merecían, incluyendo la valoración de alternativas obvias o evidentes; y tercera, la agencia debe haber motivado racionalmente la manera en la que ha ejercido su discrecionalidad, incluyendo las diversas elecciones en las que se haya concretado dicho ejercicio. Como puede observarse, según cuál sea el grado de exigencia con el que se proyecten al caso todas estas reglas, el juez puede llegar a realizar un control de elevada intensidad. Sin embargo, este control en ningún caso llegará a convertirse en un control pleno del ejercicio de la discrecionalidad, sino que permanece en todo caso en el marco de un estándar que confiere cierta deferencia a la administración.

¹⁶ APA § 706(2)(E).

¹⁷ *Universal Camera v. NLRB*, 340 U.S. 474 (1951); *Allentown Mack v. NLRB*, 522 U.S. 359 (1998).

¹⁸ APA § 706(2)(E).

¹⁹ *Association of Data Processing Service Organizations v. Board of Governors of Federal Reserve System*, 745 F.2d 677 (D.C. Cir. 1984).

²⁰ APA 706(2)(A).

²¹ *Citizens to Preserve Overton Park Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971); *Motor Vehicle Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S.29 (1983).

2.2. Unión Europea

La mirada al Derecho administrativo de la Unión Europea arroja un paisaje bien distinto por dos razones. La primera es que, a diferencia del Derecho estadounidense, el TJUE controla la *interpretación de la ley* aplicando siempre un canon de control pleno²², de modo que la deferencia, en cualquiera de sus posibles manifestaciones, solo aparece en relación con la apreciación de los hechos y con el ejercicio de la discrecionalidad²³. La segunda es que, frente a la claridad y estabilidad de la distinción entre cuestiones de hecho, de Derecho y de ejercicio de la discrecionalidad que caracteriza la aparición y la graduación de la deferencia en los Estados Unidos, ni el TJUE ni la doctrina académica europea se apoyan de una manera tan clara y consistente en esta distinción analítica a la hora de racionalizar el control de las decisiones administrativas. La situación es especialmente confusa en lo que respecta a la delimitación recíproca entre las valoraciones fácticas y el ejercicio de la discrecionalidad, pues el TJUE en ocasiones mantiene esta distinción y en otras afronta determinadas formas de discrecionalidad como un problema de apreciación y valoración de hechos. Con todo, la situación puede reconstruirse del modo siguiente.

En primer lugar, el control judicial de la *apreciación de los hechos* se desenvuelve a través de dos cánones de control diferentes. Con carácter general, el TJUE realiza un control pleno de la corrección de las proposiciones fácticas sobre las que descansan los actos de las Instituciones y agencias, de modo que el canon es aquí el de la prohibición del error. Sin embargo, en aquellos casos en los que para la formulación de dichas proposiciones haya sido preciso realizar apreciaciones científicas, técnicas o económicas complejas, el canon de control pasa a ser, con carácter general, el de la prohibición del error manifiesto²⁴. El TJUE considera que en estos casos no debe sustituir la apreciación de los hechos realizada por el autor del acto por la suya propia, a no ser que la parte demandante acredite que el acto ha incurrido en un error manifiesto, entendiendo por tal un error de suficiente gravedad y evidencia.

El TJUE ha venido aplicando tradicionalmente este canon de control de manera muy deferente. Sin embargo, durante los últimos años se ha producido una muy relevante evolución: aunque el canon de control sustantivo sigue siendo el de la prohibición del error manifiesto, los tribunales europeos han aumentado la intensidad con la que lo aplican en dos áreas muy relevantes del Derecho administrativo de la Unión, como son la regulación de riesgos²⁵, de un lado, y la defensa de la competencia²⁶, de otro lado. En estos ámbitos el estándar de control sigue siendo la prohibición

²² Paul CRAIG, «Judicial review of questions of law. A comparative perspective», pp. 461-462; Paul CRAIG, *EU Administrative Law*, OUP, 2019, pp. 441-443; Sebastian UNGER, «Kontrolldichte», pp. 400-401.

²³ Paul CRAIG, *EU Administrative Law*, pp. 444-445.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 1979, 98/78, *Racke*, para. 5.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2002, T-13/99, *Pfizer*.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005, C-13/03, *Comisión c. Tetra Laval*.

del error manifiesto, pero el TJUE ha densificado la norma de control mediante el establecimiento de tres exigencias adicionales: primera, las evidencias sobre las que descansan las apreciaciones fácticas complejas han de ser precisas, seguras y consistentes; segunda, la Institución o agencia ha debido tomar en consideración toda la información relevante de cara a valorar la situación compleja de que se trate; y tercera, la información manejada ha de poder sustentar las conclusiones que en relación con los hechos se hayan hecho derivar de ella²⁷.

En segundo lugar, el control judicial del *ejercicio de la discrecionalidad* también está sujeto a un canon diferenciado que refleja la falta de claridad en la descomposición analítica de los diversos elementos de las decisiones de las Instituciones y agencias europeas. Tal y como se ha adelantado, es frecuente que la distinción entre hechos y discrecionalidad se desvanezca, de tal manera que la fuente de la discrecionalidad se localice en la apreciación de los hechos relevantes. En estos casos, la razón por la cual la Institución o agencia disfruta de un poder discrecional es, se dice, que la norma le exige realizar apreciaciones fácticas que entrañan un margen de apreciación discrecional. Esto es lo que sucede con frecuencia en el caso de la formulación de apreciaciones científicas, técnicas o económicas complejas, en las que el TJUE reconoce espacios de discrecionalidad cuyo ejercicio, según se ha comprobado, está sometido al canon de control propio del error manifiesto²⁸.

En otros casos, sin embargo, la fuente de la discrecionalidad y la apreciación de los hechos permanecen estrictamente separadas. Así sucede allí donde las normas europeas permiten tanto a las Instituciones o agencias, como a los Estados miembros, determinar el contenido de sus decisiones a partir de preferencias políticas y de consideraciones sociales o económicas. En estos casos el TJUE aplica (aunque rara vez estima infringido) el canon de la desviación de poder, que prohíbe adoptar una medida para perseguir una finalidad distinta de la que justifica su adopción²⁹. Más relevancia tiene aquí el sometimiento del ejercicio de la discrecionalidad a un control de proporcionalidad³⁰. En ciertas ocasiones el TJUE aplica la versión tripartita del principio de proporcionalidad, conforme a la cual la medida ha de ser adecuada, necesaria y estrictamente proporcionada, mientras que en otros casos reduce su contenido a las exigencias de adecuación y necesidad. En cualquiera de los dos casos, sin embargo, el control de proporcionalidad

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005, C-13/03, *Comisión c. Tetra Laval*, para 39. Patrycja DĄBROWSKA-KŁOSIŃSKA, «Risk, Precaution and Scientific Complexity before the Court of Justice of the European Union», en Lukasz GRUSZCZYŃSKI, Wouter WERNER (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, Edward Elgar, 2014, pp. 192–208; Ellen VOS, «The European Court of Justice in the face of scientific uncertainty and complexity», en Mark DAWSON, Bruno DE WITTE, Elise MUIR (eds.), *Judicial activism at the European Court of Justice*, Edward Elgar, 2013, pp. 142–164; Paul CRAIG, *EU Administrative Law*, pp. 452–467.

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 1973, 57/72, *Westzucker*; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2002, T-13/99, *Pfizer*.

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 1976, 105/75, *Giuffrida c. Consejo*.

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

opera sometido a criterios de evidencia, de tal modo que solo se declara la lesión del principio cuando la medida es manifiestamente desproporcionada³¹. La exigencia de que el vicio sea manifiesto, cuya consecuencia es que el control de proporcionalidad pase de ser pleno a ser deferente, se proyecta sobre los tres elementos del principio de proporcionalidad, de tal manera que solo se declarará su infracción cuando la medida sea manifiestamente inadecuada para satisfacer su finalidad, cuando haya alternativas manifiestamente menos restrictivas e igualmente eficaces, o cuando la medida produzca unos efectos restrictivos manifiestamente excesivos a la vista de su contribución a la finalidad perseguida³². Con todo, esta es solo la descripción abstracta del canon; en su aplicación práctica, tal y como se indica más adelante, el TJUE despliega un grado variable de profundidad en el análisis de los diversos elementos del principio de proporcionalidad, examina con más o menos rigor la corrección de las apreciaciones fácticas sobre las que dichos elementos operan, y modula las reglas relativas a las cargas de argumentación y prueba, lo cual da lugar a que el mismo canon de control termine siendo aplicado con más o menos intensidad según las materias y grupos de casos³³.

2.3. Alemania

La forma de graduar la intensidad del control judicial de la actuación administrativa y, sobre todo, de racionalizar ese proceso es en Alemania bien distinta a las dos experiencias que se acaban de describir. El punto de partida está conformado por dos consideraciones³⁴. La primera es la identidad entre la norma de conducta con la que la ley programa la actuación administrativa y la norma de control que debe aplicar el juez a la hora de enjuiciarla. Quiere ello decir que, como regla general, el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa es un *control pleno*, y que este solo deja de serlo en aquellos casos en los que la ley otorga a la administración la competencia para decidir con carácter definitivo (es decir, sin quedar sujeta a una posterior revisión judicial) el modo en que se ha de interpretar y aplicar el Derecho. La segunda consideración es que aquella identidad sobre la que se fundamenta la regla del control pleno encuentra su fundamento constitucional en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 19.IV GG. La reducción de la intensidad del control judicial por comparación con la densidad con la que el Derecho programa la actuación administrativa se concibe, pues, como una restricción del derecho fundamental precisada de justificación, para la que frecuentemente se invocan los límites funcionales de los órganos judiciales. Aunque es esta una cuestión discutida en la doctrina

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 2002, C-491/01, *British American Tobacco*.

³² Paul CRAIG, «Judicial review and judicial deference», en Miroslava SCHOLTEN, Alex BRENKMEIJER (eds.), *Controlling EU Agencies*, Edward Elgar, 2020, p. 108.

³³ Paul CRAIG, *EU Administrative Law*, pp. 642-668, 669-693.

³⁴ Wolfgang KAHL, «Grundzüge des Verwaltungsrechts im gemeineuropäischen Perspektive: Deutschland», *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Vol. V, C. F. Müller, München, 2014, p. 141.

académica³⁵, los espacios en los que la ley reduce la *intensidad de la programación* de la conducta administrativa y, por tanto, también la *intensidad de su control judicial*, pueden reconducirse a dos, tradicionalmente vinculados a elementos diversos de la estructura de la norma administrativa: la interpretación y aplicación de algunos conceptos jurídicos indeterminados y el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

La doctrina de los *conceptos jurídicos indeterminados* (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) parte de la constatación de que los enunciados normativos utilizan con frecuencia conceptos vagos para delimitar el supuesto de hecho de las normas jurídico-administrativas que con ellos se expresan. La regla general es la de que la simple indeterminación semántica no altera la exigencia constitucional del control judicial pleno de la interpretación y aplicación de las normas por parte de la administración³⁶. La interpretación y aplicación al caso de estos conceptos indeterminados admitiría una única solución correcta y el juez dispondría de plena jurisdicción para declararla. Sin embargo, esta regla se excepciona en ciertos grupos de casos en los que la jurisprudencia considera que, mediante la utilización de un concepto jurídico indeterminado, la norma atribuye realmente a la administración un margen de apreciación (*Beurteilungsspielraum*). Como quiera que este margen de apreciación podría en principio ejercerse de maneras diversas, la jurisprudencia entiende que con este segundo tipo de conceptos jurídicos indeterminados la ley quiere atribuir a la administración la competencia para adoptar la decisión definitiva sobre la mejor manera de interpretarlo y aplicarlo al caso, con la consecuencia de que el control judicial sería menos intenso. Aunque esta jurisprudencia está muy apegada a las características del caso y no es sencillo establecer generalizaciones, los conceptos jurídicos indeterminados que atribuyen a la administración un margen de apreciación suelen estar relacionados con los siguientes tipos de decisiones administrativas: las decisiones de evaluación en materia educativa, las decisiones de selección de empleados públicos, las decisiones de órganos colegiados formados por expertos y no sujetos a órdenes e instrucciones, las decisiones que expresan juicios de pronóstico complejos o, en fin, las decisiones de carácter político exclusivamente sometidas a normas de programación final³⁷.

La doctrina de la *discrecionalidad* (*Ermessen*) localiza la reducción de la programación normativa y del control judicial de la actuación administrativa en el plano de la consecuencia jurídica de la norma jurídico-administrativa. El margen de discrecionalidad estaría, pues, referido, al menos formalmente, a la determinación de la consecuencia jurídica que procedería aplicar al caso. En función del modo en que se produce esa apertura, la doctrina distingue al respecto entre la discrecionalidad de decisión (*Entschliessungsermessen*), que se refiere a la elección acerca de si actuar o no; la discrecionalidad de elección (*Auswahlermessen*), que alude a la elección del conte-

³⁵ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, 2004, pp. 205-210,

³⁶ BVerfGE 103, 142, 156.

³⁷ Harmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C. H. Beck, 2011, pp. 131-139; Wolfgang KAHL, «Grundzüge des Verwaltungsrechts im gemeineuropäischen Perspektive: Deutschland», pp. 141-142.

nido de la medida en que se concreta la actuación; la discrecionalidad planificadora (*Planungsermessen*), que se corresponde con las elecciones realizadas en el ejercicio de la función planificadora; o la discrecionalidad normativa (*Regulierungsermessen*), que se refiere al ejercicio de la función normativa³⁸.

Finalmente, la doctrina de los vicios en el ejercicio de la discrecionalidad (*Ermessensfehler*) ha establecido una serie de errores característicos que contribuyen a delimitar el alcance de la discrecionalidad (y por tanto también la intensidad del control judicial)³⁹, que se han extendido también al control del ejercicio de los márgenes de apreciación otorgados mediante el uso de ciertos conceptos jurídicos indeterminados⁴⁰. Se trata del exceso en el ejercicio de la discrecionalidad (*Ermessensüberschreitung*), que consiste en la aplicación de una consecuencia jurídica no permitida por la norma; el defecto en el ejercicio de la discrecionalidad (*Ermessensunterschreitung*), que alude a la ausencia de respuesta por considerar la administración erróneamente que esta no le era dada; el abuso en el ejercicio de la discrecionalidad (*Ermessensmissbrauch*), consistente en ejercer la discrecionalidad para perseguir un fin distinto al previsto en la norma aplicable; y el ejercicio de la discrecionalidad de forma contraria a normas de rango superior, como los derechos fundamentales, las determinaciones constitucionales que imponen fines al Estado o los principios generales del Derecho administrativo, entre los que destacan los de igualdad, confianza legítima o proporcionalidad. Este último, en particular, ocupa una posición ambivalente en el marco del control judicial de la discrecionalidad. Por un lado, el principio de proporcionalidad permite racionalizar el ejercicio y el control de la discrecionalidad estructurando la argumentación correspondiente. Por otro lado, sin embargo, en la medida en que no se module la intensidad de su aplicación a partir de criterios de evidencia, el principio se convierte en un instrumento en manos de los jueces para extender el control judicial sobre el espacio que la ley quiere entregar a la discrecionalidad administrativa. Por ese motivo se advierte que un manejo poco deferente del principio de proporcionalidad puede conducir a transformar indebidamente el control judicial en un control no solo de legalidad, sino también de oportunidad⁴¹.

2.4. España

La graduación de la intensidad del control judicial de la actuación administrativa también se ha desarrollado en España de un modo peculiar, en el que han sido relevantes tanto las aportaciones foráneas (especialmente la francesa, la italiana y la alemana), como las peculiaridades domésticas (sobre todo la enorme influencia en la jurisprudencia

³⁸ Sebastian UNGER, «Kontrolldichte», pp. 407-408.

³⁹ Harmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, pp. 126-128; Wolfgang KAHL, «Grundzüge des Verwaltungsrechts im gemeineuropäischen Perspektive: Deutschland», p. 142.

⁴⁰ BVerwGE 39, 355, 362-363.

⁴¹ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, p. 79; Sebastian UNGER, «Kontrolldichte», pp. 414-415.

cia de la construcción doctrinal dominante y la persistente consideración de la discrecionalidad como una patología del sistema). Sin ánimo de repetir cosas bien sabidas y a los solos efectos de completar esta aproximación fenomenológica a la deferencia, la situación puede describirse del modo siguiente. Ante todo, la Constitución configura el control judicial de la actuación administrativa como un control de legalidad, cuyo parámetro está pues configurado por todo el Derecho, pero solo por el Derecho. De ahí que exista una correlación (que sea incondicionada o relativa es un problema distinto) entre la intensidad de la programación normativa y la intensidad del control judicial de la administración⁴². La consecuencia es que, en principio, la actuación administrativa está sujeta a un control (de legalidad) pleno, y que la intensidad del control judicial solo decae allí donde la densidad del parámetro de control se reduce de acuerdo con alguno de los tres modelos siguientes.

En primer lugar, las normas administrativas utilizan en ocasiones conceptos jurídicos indeterminados cuya interpretación, suele afirmarse, admite solo una solución justa⁴³. Sin embargo, al mismo tiempo se admite que la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados (al menos la de aquellos que requieran formular juicios de valor técnicos o políticos, frente a los que simplemente reclaman aplicar criterios de la experiencia) comprende un margen de apreciación (circunscrito a la denominada zona de incertidumbre del concepto, pero no limitado a un catálogo de grupos de casos, a diferencia de lo que sucede en Alemania). El ejercicio de ese margen por la administración está sometido a un control que se considera pleno y no deferente, pero en el cual los jueces deben en principio limitarse a verificar que no se ha incurrido en un error evidente o en una manifiesta irrazonabilidad⁴⁴.

En segundo lugar, estrechamente relacionada con lo anterior se encuentra la denominada *discrecionalidad técnica*, noción esta que abre la puerta a un control judicial deferente de las decisiones adoptadas por órganos administrativos integrados por personal experto que tienen atribuida la competencia para adoptar decisiones científicas o técnicas complejas. Verdaderamente, la llamada discrecionalidad técnica no remite sino al margen de apreciación que resulta del empleo por la ley de ciertos conceptos jurídicos indeterminados, que se caracterizan por que su interpretación y aplicación al caso requiere el manejo de conocimientos técnicos altamente especializados. El alcance del control judicial queda aquí circunscrito a la comprobación de tres circunstancias: primera, que la decisión no ha incurrido en un error manifiesto; segunda, que la decisión no es arbitraria, en el sentido de que está motivada y no es

⁴² Miguel BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 111; Mariano BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa*, Civitas, 1997, pp. 78-84.

⁴³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Vol. I, Civitas, 2017, p. 506.

⁴⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Vol. I, p. 509; crítico, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, «El juego del legislador, la Administración y el juez», en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, Luis ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I. Introducción. Fundamentos, Marcial Pons, 2021, p. 909.

sustantivamente irracional; y tercera, que la decisión satisface los elementos reglados fijados por la norma⁴⁵.

Esta forma de racionalizar tanto la realización, como el control judicial de este tipo de actuación administrativa está sufriendo en la actualidad una interesante evolución. Por un lado, la jurisprudencia española viene desarrollando durante las últimas décadas una estrategia de incremento progresivo de la intensidad del control judicial de la denominada discrecionalidad técnica⁴⁶. De hecho, la noción misma es objeto de críticas por generar confusión en el sistema del Derecho administrativo. Por otro lado, sin embargo, esa misma jurisprudencia ha incorporado recientemente la doctrina del TJUE sobre el control judicial de las apreciaciones fácticas que impliquen realizar valoraciones científicas, técnicas o económicas complejas⁴⁷, que como se ha visto antes se encuentra limitado con carácter general a la prohibición del error manifiesto, pero que, al menos en materia de gestión del riesgo y de competencia, comprende también un control ciertamente intenso de las razones sobre las que descansa la decisión, de la información y evidencias manejadas en el procedimiento y de la conexión entre unas y otras⁴⁸.

En tercer lugar, la doctrina mayoritaria (no unánime) y desde luego la jurisprudencia continúan considerando fenómenos esencialmente distintos los márgenes de apreciación asociados a uso de conceptos jurídicos indeterminados y las *potestades discrecionales*, que permitirían a la administración optar entre alternativas igualmente justas desde la perspectiva del Derecho⁴⁹. La intensidad del control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales resulta de la aplicación judicial de las denominadas *técnicas de control de la discrecionalidad*, que suelen reconducirse a las tres siguientes⁵⁰.

La primera técnica es el control judicial de los hechos que determinan la concurrencia del supuesto de hecho de la norma que atribuye a la administración el poder para adoptar una decisión discrecional. El control judicial de la apreciación administrativa de los hechos se ha considerado tradicionalmente un control pleno⁵¹.

⁴⁵ Mariano BACIGALUPO, «La vinculación de la Administración pública a la ley y al Derecho», en Francisco VELASCO CABALLERO, M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA (dirs.), *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2023, pp. 150-151.

⁴⁶ SSTS de 28 de enero de 1992, RC 1726/1990; de 11 de diciembre de 1995, RC 13272/1991; de 15 de enero de 1996, RC 7895/1991; de 1 de julio de 1996, RC 7904/1990; y de 17 de diciembre de 2020, RC 312/2019.

⁴⁷ SSTS 1857/2018, de 20 de diciembre (RC 6552/2017); 1867/2018, de 21 de diciembre (5720/2017); y 1/2019, de 8 de enero (RC 5618/2017).

⁴⁸ Francisco José RODRÍGUEZ PONTÓN, «El control judicial en el ámbito de la regulación económica», pp. 175-180.

⁴⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Vol. I, pp. 504-505.

⁵⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Vol. I, pp. 510-523.

⁵¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Vol. I, 517.

Por este motivo, la incorporación de la doctrina jurisprudencial del TJUE a la que se acaba de hacer referencia produce tensión en el sistema del Derecho administrativo español. Acaso permita poner de manifiesto también que en los supuestos de discrecionalidad técnica vinculados a conceptos jurídicos indeterminados que remiten a criterios científicos o técnicos especialmente complejos lo que ha venido estando en juego no era tanto la interpretación de la ley, cuanto la apreciación y valoración de los hechos. O, lo que es lo mismo, que no es del todo cierto que las proposiciones fácticas sobre las que descansan las decisiones administrativas hayan estado siempre sujetas a un control pleno.

La segunda técnica es el control judicial de los elementos reglados, esto es, de la satisfacción de las exigencias legales que circundan el espacio que la norma abre al ejercicio de la discrecionalidad, entre las que tradicionalmente se han contado la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia, el procedimiento y la forma a través de la cual se ha de exteriorizar, la finalidad de su ejercicio, o, en fin, los elementos de carácter sustantivo que la norma haya predeterminado y a cuya concurrencia haya condicionado por tanto la validez de la decisión discrecional⁵².

La tercera técnica es el control judicial del cumplimiento de los principios generales del Derecho que, en lo que ahora importa, son un conjunto heterogéneo de normas constitucionales que circunscriben el margen de apreciación de la administración, entre las que cabe destacar las tres siguientes. Por un lado, el principio de interdicción de la arbitrariedad ha sufrido un proceso de progresiva ampliación de su contenido hasta convertirse en un tópico formado por un conjunto de exigencias aplicadas de modo asistemático e inconsistente, relativas a la racionalidad formal (requisito de la motivación), sustantiva (control de la realidad de los hechos, de los factores o elementos tenidos en cuenta por el autor de la decisión y de la relevancia que les corresponde, así como de la ausencia de errores lógicos en el razonamiento) y procedimental (control de la proyección de las exigencias señaladas sobre el propio expediente, con reparos crecientes a admitir elementos ajenos a él) de la decisión enjuiciada⁵³.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad opera en teoría en su versión tripartita, de origen alemán, aunque no es infrecuente que en su aplicación práctica la jurisprudencia limite su contenido a las exigencias de adecuación y necesidad. También es común que la jurisprudencia aplique el canon de proporcionalidad con diversos grados de intensidad según que considere que las infracciones deben o no ser manifiestas y que otorgue una flexibilidad variable a la administración a la hora de aportar argumentos relativos a la justificación de su decisión en el marco del proceso⁵⁴. El tratamiento jurisprudencial de las medidas anti-COVID por parte del

⁵² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Vol. I, p. 501.

⁵³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Vol. I, pp. 527-528; José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2016, pp. 184-196.

⁵⁴ Daniel SARMIENTO, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 467-578.

Tribunal Supremo, por comparación con el de algunos Tribunales Superiores de Justicia, refleja con claridad la diferente intensidad con la que se puede aplicar el canon de control⁵⁵.

Finalmente, el principio de objetividad o de debido cuidado está siendo incorporado por la jurisprudencia española⁵⁶, a partir de la del TJUE⁵⁷. Esta manifestación del derecho a la buena administración (art. 41.1 CDFUE) exige que, antes de tomar su decisión, la administración tenga en cuenta todos los factores relevantes, otorgue a cada uno de ellos su debida importancia y excluya de su consideración todo elemento que no la merezca⁵⁸. Como puede observarse, la jurisprudencia española ha ido añadiendo sucesivamente diversas piezas a la caja de herramientas con la que cuentan los jueces a la hora de controlar el ejercicio de la discrecionalidad, cuyas concretas exigencias y reglas de control, sin embargo, terminan en gran medida solapándose, carecen de perfiles suficientemente definidos y permanecen sin ordenar sistemáticamente.

3. EL SIGNIFICADO DE LA DEFERENCIA

3.1. El concepto de deferencia

La finalidad de la exposición precedente es puramente instrumental. Se trata con ella de disponer de material suficiente para explorar la hipótesis de que, más allá de las diferencias advertidas, producto esencialmente de las peculiaridades históricas, culturales y constitucionales de los respectivos sistemas de Derecho administrativo, la deferencia del control judicial de la administración se ha construido (y se puede modular) en cada uno de ellos con piezas abstractas relativamente semejantes. Para poder afrontar esta cuestión, sin embargo, es todavía preciso esclarecer en qué consiste exactamente la deferencia en el control de la legalidad de las decisiones adoptadas por otros actores.

Tanto la aparición de la deferencia como la graduación de su intensidad se pueden explicar a partir de la distinción entre la *norma de conducta* y la *norma de control* de la

⁵⁵ SSTS 1103/2021, de 18 de agosto, RC 5899/2021; 1112/2021, de 14 de septiembre, RC 5909/2021; 1412/2021, de 1 de diciembre, RC 8074/2021. Francisco VELASCO CABALLERO, «Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19», en David BLANQUER (coord.), *COVID-19 y Derecho público*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 96-105; Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, «La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte COVID en un país carente de una legislación antipandemias», *Diario de Derecho*, Iustel, 5 de enero de 2022; Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad», *REALA*, Núm. 17, 2022, p. 22.

⁵⁶ SSTS de 15 de diciembre de 2016, RC 378/2013; y de 7 de noviembre de 2017, RC 228/2016.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de noviembre de 1991, C-269/90, *Technische Universität München*.

⁵⁸ Juli PONCE SOLÉ, *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, UAH, 2019, pp. 59-62.

actuación administrativa⁵⁹. El conjunto de principios y reglas que integra el Derecho administrativo proporciona criterios de actuación tanto a las autoridades administrativas como a los órganos judiciales. La norma de conducta programa el contenido de las decisiones adoptadas por parte de la administración, mientras que la norma de control programa el contenido del juicio de control que de dichas decisiones realizan los órganos judiciales (u otros órganos administrativos encargados de dicha tarea). Se trata de una formulación de origen alemán, pero, más allá de la terminología, la distinción puede apreciarse en el modo en que se racionaliza el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa en otros sistemas. Es el caso, por ejemplo, del Derecho administrativo de los Estados Unidos y de la Unión Europea, donde la noción de *standard of review* alude a la norma de control que aplican los tribunales al controlar las decisiones de las agencias y de otras autoridades administrativas.

Esta distinción conceptual revela el fundamento de la deferencia. En la generalidad de los casos, la norma de conducta y la norma de control tienen el mismo contenido, de tal manera que el canon que han de aplicar los órganos judiciales es exactamente el mismo que el canon al que está sujeta la actuación de la administración. En estos casos, en los que las normas de conducta y de control son simétricas, el control judicial sigue el modelo del *control pleno*. Este modelo, por lo demás, se proyecta sobre el conjunto de operaciones en las que se concreta la adopción de la decisión administrativa: la selección e interpretación del material normativo disponible hasta identificar con precisión la regla aplicable al caso, la determinación y valoración de los hechos relevantes y, en fin, la aplicación de la primera a los segundos. El juez despliega así un control pleno de las proposiciones lingüísticas contenidas en (o que subyacen a) la decisión administrativa, tanto si se refieren a cuestiones jurídicas, como si lo hacen a cuestiones fácticas. A este control pleno se le denomina también (a veces con matices relevantes) control positivo, *substitution of judgement*, o *de novo review*.

Sin embargo, en ciertas ocasiones el contenido de la norma de control es más reducido que el de la norma de conducta. Allí donde se produce este fenómeno de desacoplamiento entre la norma de conducta y la norma de control, el control judicial se concreta en la aplicación de un canon menos denso que el de la regla que gobierna la adopción de la decisión administrativa. La *deferencia* es, pues, el nombre que recibe la reducción de la intensidad del control judicial como consecuencia de la *asimetría entre la norma de conducta y la norma de control*, o si se prefiere, de la aplicación de un estándar de control que no sea el del control pleno. En los casos en los que aparece dicha asimetría, el juez realiza un control externo o limitado de las consideraciones fácticas o jurídicas sobre las que descansa la decisión que controla.

⁵⁹ Wolfgang HOFFMANN-RIEM, «Eigenständigkeit der Verwaltung», en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, Andreas VOSSKUHLE (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. I, C. H. Beck, 2006, p. 633. En España, Mariano BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa*, pp. 61-84; José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo*, pp. 24-25.

La comprensión de la deferencia del control judicial de la administración como el resultado de la asimetría entre la norma de conducta y la norma de control no solo permite identificar el significado de la deferencia, sino también apreciar su naturaleza a la vez *bivalente* y *gradual*. Por un lado, la deferencia es una propiedad del control judicial que opera categóricamente en el momento en que el control deja de responder al modelo de control pleno. La distinción entre control pleno y control deferente es, desde esta perspectiva, una distinción lógica: o hay deferencia o no la hay. Por otro lado, sin embargo, la deferencia es también una propiedad que puede apreciarse en mayor o menor medida, según cuánto llegue a desacoplarse la norma de control respecto de la norma de conducta. En otras palabras, el grifo de la deferencia no puede estar a la vez abierto y cerrado, pero, una vez abierto, puede graduarse proporcionando más o menos caudal. Cuanto menor sea la asimetría entre la norma de control y la norma de conducta, mayor será la intensidad del control judicial y menor la deferencia; y, al contrario, cuanto más se desvincule la primera respecto de la segunda, mayor será la deferencia ofrecida a la administración por la ley y por los jueces. Por lo tanto, aunque los conceptos de control pleno y de control deferente operen en su relación recíproca como conceptos clasificatorios, el concepto de deferencia opera propiamente como un concepto gradual o cuantitativo⁶⁰.

3.2. Las manifestaciones de la deferencia

El control judicial deferente resulta, pues, de la asimetría entre la norma de conducta y la norma de control. No obstante, a partir de esta caracterización es posible identificar aun dos expresiones distintas de la deferencia.

La primera manifestación, a la que podemos denominar *deferencia en sentido lato*, se produce como consecuencia de la atribución normativa de márgenes de apreciación discrecional a la administración, con entera independencia del modo en que dicho margen se racionalice por relación con la estructura de la norma. Cuando las normas de Derecho administrativo confieren a la administración un poder discrecional, el control judicial reproduce las limitaciones de la programación normativa de la conducta administrativa. En estos casos no hay propiamente una situación de asimetría entre la norma legal que programa la actuación administrativa y la norma que define el canon de control. Lo que sucede es, más bien, que la creación normativa de márgenes de discrecionalidad supone la consiguiente atribución a la administración de un poder de fijación de criterios adicionales mediante los cuales la norma de conducta se densifica⁶¹, y es como consecuencia de ese proceso de densificación de la norma de conducta como resulta su asimetría con respecto a la norma de control, que permanece vinculada al contenido con el que la norma de conducta quedó

⁶⁰ Juan José MORESO, «La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 1995, pp. 364-368; Silvia Díez SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, 2018, pp. 118-122.

⁶¹ Mariano BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa*, pp. 191-192.

definida por la ley. El poder para completar la norma de conducta con criterios adicionales se confiere a la administración, no al juez. Por tanto, el control judicial del ejercicio de la discrecionalidad administrativa es lógicamente un control deferente en la medida en que el juez ha de limitarse a contrastar la actuación administrativa con un parámetro de control que no comprende la parte del contenido de la norma de conducta que procede del ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Si descomponemos analíticamente la decisión administrativa en cuestiones de Derecho, de hecho y de ejercicio de la discrecionalidad, esta manifestación de la deferencia solo se proyectaría sobre la tercera.

La segunda manifestación, a la que podemos denominar *deferencia en sentido estricto*, surge con independencia de la existencia de márgenes discrecionales en manos de la administración. Efectivamente, en ciertas otras ocasiones la deferencia se expresa de un modo distinto, que no resulta de la atribución normativa de poderes discrecionales a la administración, sino de la decisión de limitar la intensidad del control judicial de la legalidad de la actuación administrativa por comparación con la intensidad de la programación normativa que de esta última ha realizado la ley. También aquí se produce, pues, una asimetría entre la norma de control que aplica el juez y la norma de conducta que el ordenamiento impone a la administración. Pero la razón no es que la segunda sea menos densa y deba por ello ser cerrada por la administración en ejercicio de un poder discrecional, sino que la primera se reduce, en atención a consideraciones diversas, dando así lugar a la ruptura de la conexión entre norma de conducta y norma de control.

Esta manifestación de la deferencia puede observarse tanto en los casos en los que la norma atribuye un margen de apreciación discrecional a la administración, como en aquellos otros en que esta carece propiamente de discrecionalidad. Verdaderamente, si descomponemos analíticamente la decisión administrativa en cuestiones de Derecho, cuestiones de hecho y cuestiones relativas al ejercicio de la discrecionalidad, esta segunda manifestación de la deferencia solo se proyectaría sobre las dos primeras: el juez puede ser deferente, en este segundo sentido, al revisar la determinación y valoración de los hechos, así como al controlar la interpretación y aplicación administrativas de las normas relevantes, y ello con independencia de que al adoptar su decisión la administración haya ejercido o no un poder discrecional.

La toma en consideración conjunta de estas dos manifestaciones de la deferencia permite comprobar que no se trata de categorías que se solapen entre sí, sino de dos *fenómenos distintos* que pueden concurrir separada o acumuladamente. Por ese motivo, para apreciar cuál es el grado de deferencia del control judicial en un supuesto concreto es necesario realizar sucesivamente las siguientes operaciones: primera, comprobar si la ley ha atribuido a la administración un margen de discrecionalidad y, en caso de que así lo haya hecho, determinar cuál es el alcance del espacio que se le ha encomendado para completar con criterios propios la norma de conducta que habrá de aplicar al caso; y segunda, comprobar si, de conformidad con las normas relevantes, el control judicial de la determinación y valoración de los hechos, así como de la interpretación y aplicación de las normas aplicables (incluidas, en su caso, las

que limitan el ejercicio de aquel margen de discrecionalidad), ha de tener lugar de acuerdo con un modelo de control pleno o si, por el contrario, el canon de control es menos denso que la norma de conducta (por ejemplo, si el control se limita a verificar si en aquellas operaciones se han producido errores que presenten determinadas características).

4. LAS RAZONES DE LA DEFERENCIA

4.1. Deferencia y razones constitucionales

El alcance y la existencia misma de la deferencia del control judicial de la administración pueden valorarse a partir de criterios normativos de diversa naturaleza⁶². Entre estos criterios normativos adquieren aquí especial relevancia los que proceden de normas jurídicas que vinculan a los sujetos encargados de abrir y de graduar el caudal de la deferencia. Se trata, por tanto, de criterios que podemos considerar formal o, al menos, funcionalmente constitucionales, sin perjuicio de que su vigencia, su concreta formulación y su alcance respectivo solo pueda apreciarse con exactitud en el marco de un concreto sistema jurídico. La tesis que aquí se pretende explorar es que las normas constitucionales que condicionan la deferencia del control judicial tienen dos características. La primera es que presionan en sentidos opuestos, esto es, proporcionan razones tanto para ampliar como para reducir la asimetría entre la norma de conducta y la norma de control de la actuación administrativa. La segunda característica es que esas razones operan a veces como reglas, esto es, como normas de aplicación incondicionada, mientras que en otras ocasiones lo hacen como principios, es decir, como normas susceptibles de cumplimiento gradual que pueden ser desplazadas por consideraciones opuestas. La conclusión que de ello resulta es que la apertura y la graduación de la deferencia del control judicial es el resultado de un conjunto de decisiones que expresan varios puntos de acomodo y equilibrio entre esas normas constitucionales⁶³.

Para desarrollar este planteamiento es preciso tener en cuenta que la valoración de la deferencia desde un punto de vista normativo ha de ser necesariamente distinta según que se trate de la que antes hemos denominado deferencia en sentido lato, es decir, la que resulta simplemente de la atribución de poderes discrecionales a la administración, o que se trate de la deferencia en sentido estricto, en la que la densidad del canon de control judicial se reduce por comparación con la programación legal de la norma de conducta de la administración. Las normas constitucionales que

⁶² Daniel SARMIENTO, *El control de proporcionalidad de la actuación administrativa*, pp. 168-204; Paul DALY, *A Theory of Deference*, CUP, 2012, pp. 70-134. Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, «Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 100, 2018, pp. 131-164.

⁶³ Luis ARROYO JIMÉNEZ, «Las bases constitucionales del Derecho administrativo», en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, Luis ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I. Introducción. Fundamentos, Marcial Pons, 2021, pp. 580-582.

gobiernan la decisión de someter a un control deferente la actuación administrativa, así como la graduación de la intensidad correspondiente, son diferentes en cada uno de estos dos casos.

En el primero la disminución de la intensidad del control judicial es puro reflejo de la reducción de la densidad de la programación legal de la actuación administrativa. El control de la legalidad de la actuación administrativa es más deferente porque hay menos legalidad que controlar. Las razones que oponen resistencia a esta manifestación de la deferencia no están, pues, relacionadas específicamente con el control judicial, sino con la dirección de la administración a través del Derecho: son las mismas que presionan en el sentido de programar con mayor densidad a través de la ley la conducta de la administración⁶⁴. Se trata, en particular, de razones asociadas a los *principios de legalidad de la actuación administrativa y de seguridad jurídica*, y, en concreto, al mandato de optimización de su predeterminación normativa: la mayor legitimidad democrática del legislador por comparación con la de la administración (pieza integrante del principio del Estado democrático) y la mayor previsibilidad de la actuación administrativa como consecuencia de su más intensa programación normativa (pieza integrante del principio del Estado de Derecho).

En el segundo caso la deferencia no surge de la menor densidad de la norma de conducta, sino de la reducción del contenido de la norma de control, lo cual afecta decisivamente a la identificación de los fundamentos constitucionales relevantes: en lugar de ser los principios de legalidad y de seguridad jurídica, son los *principios de tutela judicial efectiva y de control judicial de la legalidad de la actuación administrativa* los que presionan en sentido contrario a la deferencia. El primero puede entenderse como una norma que obliga a los jueces a proporcionar una tutela que garantice una revisión comprensiva de las decisiones administrativas, esto es, un control que alcance a pronunciarse sobre todas las cuestiones fácticas y jurídicas relevantes para decidir el caso que tienen ante sí planteado⁶⁵. El segundo, por su parte, es una norma que reclama la competencia del juez para verificar en toda su extensión la legalidad de la actuación administrativa⁶⁶.

La cuestión es que estas dos normas no se comportan siempre como reglas, esto es, como normas no derrotables; a veces lo hacen como principios que imponen un mandato de optimización de la simetría entre las normas de conducta y de control, pero que pueden ser desplazados por razones opuestas. Esta afirmación no solo describe fielmente la realidad del control judicial, que, como se ha podido comprobar (*supra* 2), no responde siempre al modelo de control pleno, sino que resulta además justificada habida cuenta de que no son estas las únicas normas constitucionales relevantes en relación con la determinación de la intensidad del control judicial. Efectivamente, frente a los principios constitucionales señalados se erigen otros principios

⁶⁴ Luis ARROYO JIMÉNEZ, «Las bases constitucionales del Derecho administrativo», pp. 597 y 642.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2017, C-682/15, *Berlioz*, para. 55.

⁶⁶ Mariano BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa*, p. 221.

constitucionales que pueden reclamar *prima facie* la apertura de una cierta asimetría entre la norma de conducta y la norma de control, al menos en determinados espacios decisorios.

En el caso de la deferencia en sentido lato, la asimetría resulta de que la administración densifica la norma de conducta mediante el establecimiento de criterios adicionales, mientras que el juez ha de limitarse a aplicar una norma de control cuyo contenido es exclusivamente el que le otorga el Derecho. La justificación de la deferencia descansa aquí sobre dos consideraciones. Por un lado, las razones que justifican y reclaman la atribución de márgenes de discrecionalidad a la administración están relacionadas con su especial posición institucional y no son muy diferentes de las que se señalan a continuación, a propósito de la deferencia en sentido estricto⁶⁷. Por otro, la limitación del alcance del control judicial por referencia a todo el Derecho, pero solo al Derecho, resulta precisamente del principio de *control judicial de la legalidad de la actuación administrativa*. Para ser más precisos, esta norma no reclama, ni siquiera *prima facie*, que el control judicial se desenvuelva por aplicación de un parámetro que no sea reconducible al contenido de una norma jurídica. O, dicho con otras palabras, la limitación del control judicial a la aplicación de un parámetro de legalidad opera como una norma no derrotable, de ahí que las excepciones presentes en el Derecho comparado, en las que los jueces tienen atribuidas funciones relativas al control de oportunidad de la actuación administrativa, constituyan verdaderas anomalías que solo se pueden explicarse por razones de inercia histórica⁶⁸.

En relación con la deferencia en sentido estricto, procede interrogarse acerca de las razones que pueden llegar a justificar la reducción de la intensidad del control judicial por relación con la densidad de la norma de conducta tal y como esta ha sido fijada por la ley y, por tanto, la reducción correspondiente del grado de satisfacción de los principios de tutela judicial efectiva y de control de la legalidad de la actuación administrativa, cuyas exigencias pasarían a quedar en esa misma medida insatisfechas. ¿Por qué motivos puede resultar admisible que el control judicial de la interpretación de las normas jurídicas aplicables, de la determinación y valoración de los hechos o, en fin, del proceso de aplicación de las primeras a los segundos no responda al modelo de control pleno? Estas razones pueden reconducirse a las dos siguientes.

La primera razón se refiere a la *eficacia y eficiencia de la actuación administrativa* en la tutela de los intereses públicos⁶⁹. Debido a sus respectivos diseños institucionales (composición interna, estructura organizativa, procedimientos de toma de decisiones, etc.), las administraciones públicas pueden ser autoridades más adecuadas que los juz-

⁶⁷ Miguel BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, p. 214; Mariano BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa*, pp. 228-232.

⁶⁸ Sebastian UNGER, «Kontrolldichte», pp. 380-382.

⁶⁹ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, «Verfassungsprinzipien für den europäischen Verwaltungsbund», en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, Andreas VOSSKUHLE (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. I, C. H. Beck, 2006, pp. 67-70; Paul CRAIG, *EU Administrative Law*, OUP, 2019, pp. 275-276; Luis ARROYO JIMÉNEZ, «Las bases constitucionales del Derecho administrativo», pp. 636-638.

gados y tribunales para apreciar y valorar los hechos en determinados contextos. Así sucede en aquellos ámbitos que se caracterizan por presentar una especial complejidad y, más claramente aún, en aquellos en los que se produce una situación de incertidumbre científica o técnica. El diseño institucional de las autoridades administrativas también puede convertirlas en sujetos mejor preparados para interpretar enunciados normativos particularmente complejos si esa complejidad resulta de la utilización de expresiones cuya comprensión exija manejar conocimientos asimismo especializados, o cuya interpretación reclame formular juicios ponderativos complejos.

Desde luego, esto no siempre es así. Lo más frecuente es que la apreciación de los hechos y la interpretación de los enunciados normativos, por más complejas que puedan resultar, sean realizadas primero por la administración y sean plenamente controladas con posterioridad por el juez. Sin embargo, en tres grupos de casos característicos los principios de eficacia y eficiencia pueden reclamar que los jueces realicen un control deferente de estas dos operaciones.

El primer grupo de casos es el de la apreciación de los hechos en situaciones de *incertidumbre científica o técnica*, en las que el problema no es tanto la falta de conocimiento especializado del juez, cuanto que el propio sistema científico-técnico no se encuentra en condiciones de proporcionar evidencias seguras y consistentes⁷⁰. En estos casos, en los que el problema de la incertidumbre no remite a los déficits epistemológicos del juez y, por tanto, no puede ser lógicamente resuelto por el Derecho procesal, el principio de eficacia aconseja que la decisión corresponda a la administración por disponer esta de un diseño institucional que reduce comparativamente el riesgo de error en la formulación de las relaciones causales sobre las que descansan los juicios de pronóstico⁷¹. Para ser más precisos: la deferencia estará aquí tanto más justificada cuanto más adecuado sea el diseño institucional del que goce la administración para gestionar la incertidumbre⁷². La jurisprudencia europea sobre el principio de precaución en situaciones de incertidumbre (*supra* 2.2) constituye un buen ejemplo.

El segundo grupo de casos es el de la apreciación de los hechos que requiera formular *valoraciones fácticas especialmente complejas* fuera de los supuestos de genuina incertidumbre científica a los me he referido. Aunque las nociones de complejidad e incertidumbre se pueden manejar de maneras diferentes⁷³, la situación es aquí

⁷⁰ Group of Chief Scientific Advisors, *Scientific Advice to European Policy in a Complex World*, EU Publication Office, 2019, p. 43, disponible en <https://data.europa.eu/doi/10.2777/80320>; Science Advice for Policy by European Academies, *Making sense of science for policy under conditions of complexity and uncertainty*, 2022, p. 33, disponible en: <https://doi.org/10.26356/MASOS>.

⁷¹ Luis ARROYO JIMÉNEZ, «El control judicial del poder en situaciones de incertidumbre», disponible en <http://almacenederecho.org>.

⁷² José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo*, pp. 52-55; Francisco VELASCO CABALLERO, «Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19», pp. 98-99.

⁷³ José ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán*, Marcial Pons, 2009; Indra SPIEKER GEN. DÖHMANN, «Instrumentos estatales para la superación de escenarios de incertidumbre y autorre-

distinta a la del primero: el sistema de la ciencia alcanza a proporcionar ese conocimiento, sin perjuicio de que pueda ser un conocimiento precario y que para acceder a él tengan que sortearse barreras de entrada más o menos elevadas. La reproducción del proceso de apreciación fáctica en el seno del proceso no es aquí lógicamente imposible, pero sí puede ser tendencialmente más difícil, así como desproporcionadamente costoso, en cuyo caso los principios de eficacia y eficiencia justificarían una medida variable de deferencia. La jurisprudencia estadounidense (*supra* 2.1), europea (*supra* 2.2) y española (*supra* 2.4) sobre valoraciones fácticas complejas, al igual que la noción de discrecionalidad técnica importada por la jurisprudencia española desde Italia (*supra* 2.4), permiten ilustrar esta consideración.

El tercer grupo de casos es el de la interpretación de normas que manejen conceptos cuya interpretación exija, bien disponer de *conocimientos científicos o técnicos especializados*, o bien formular un *juicio ponderativo* en el marco de una relación dialéctica entre intereses tendencialmente contradictorios. La necesidad de la especialización técnica y de la ponderación de intereses contrapuestos no emerge aquí al formular proposiciones relativas a los hechos, como en el supuesto anterior, sino en el marco del proceso de atribución de significado a un concepto manejado por el enunciado normativo. Con todo, en estos casos nos encontramos en una situación parecida: resolver la asimetría epistemológica e institucional entre la administración y el juez puede no ser completamente posible o resultar excesivamente costoso. En cualquiera de estos dos supuestos los principios de eficacia y eficiencia pueden reclamar una reducción de la intensidad del control judicial. La doctrina alemana sobre los conceptos jurídicos indeterminados que atribuyen a la administración un margen de apreciación (*supra* 2.3), al referirse a situaciones típicas encuadrables en este grupo de casos, permite ilustrar esta justificación mejor que la doctrina española sobre el margen de apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados (*supra* 2.4), cuyo ámbito de aplicación no se encuentra circunscrito, al menos en teoría, a un catálogo de supuestos característicos.

La segunda razón capaz de justificar un control judicial deferente está vinculada al *principio democrático*⁷⁴. El diseño institucional de los juzgados y tribunales procura asegurar su legitimidad democrática mediante el reconocimiento de su independencia y de su exclusivo sometimiento al imperio de la ley. En circunstancias ordinarias este arreglo es plenamente satisfactorio: las decisiones que adoptan los jueces cuando controlan a la administración son democráticamente legítimas porque el parámetro de control es exclusivamente jurídico, porque este se encuentra presidido por normas con una elevada legitimidad democrática, porque la apreciación de los hechos se realiza de forma independiente e imparcial y porque la interpretación de la ley tiene lugar a través de métodos y criterios jurídicos.

gulación», en M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, José ESTEVE PARDO, Indra SPIEKER GEN. DÖHMANN (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, 2015, pp. 47-52.

⁷⁴ Paul DALY, *A Theory of Deference*, pp. 101-131; Paul CRAIG, «Judicial review and judicial deference», pp. 104-105.

Sin ánimo de intervenir en la polémica, bien conocida, acerca de las implicaciones que el principio democrático puede tener respecto del control judicial⁷⁵, considero que este modelo de construcción de la legitimidad democrática del control judicial se resiente en al menos dos de los tres grupos de casos previamente señalados. Así sucede con toda evidencia allí donde la interpretación y aplicación de las normas relevantes precise formular un juicio ponderativo en el marco de una relación dialéctica entre intereses públicos contrapuestos. En la medida en que ese juicio implique *elegir entre diversas alternativas a partir de criterios de oportunidad*, la intensidad del control judicial debe limitarse tendencialmente debido a la mayor legitimidad democrática de la administración por comparación con la del juez. Las experiencias nacionales descritas demuestran que esta necesidad se puede satisfacer tanto racionalizando esos conceptos como instrumentos de atribución de un margen de discrecionalidad, tal y como ocurre en Alemania (*supra* 2.3), como negando que sean fuentes de poderes discrecionales, pero admitiendo a la vez que el control judicial de su interpretación y aplicación deba tener lugar a través de un canon de control más o menos limitado, según hemos comprobado que ocurre en España (*supra* 2.4). Obsérvese que estos dos expedientes, funcionalmente intercambiables, operan respectivamente mediante lo que aquí se ha denominado deferencia en sentido lato y en sentido estricto.

El modelo también se resiente cuando la apreciación de los hechos se desenvuelve en *situaciones de incertidumbre científica o técnica*, en las que la formulación de proposiciones fácticas puede implicar la determinación del nivel de riesgo que la sociedad ha de tolerar. Adoptar esta decisión requiere alcanzar un equilibrio entre diversos intereses públicos cuya definición tiene un marcado carácter político y que, por tanto, debe corresponder a sujetos democráticamente elegidos o, al menos, a sujetos que respondan políticamente ante ellos. El velo de la incertidumbre científica y técnica incrementa la demanda de legitimidad democrática de quien está llamado a decidir y ello proporciona razones para que el control judicial de la corrección de aquellas proposiciones fácticas sea en cierta medida deferente. En estos dos supuestos la deferencia no viene, pues, reclamada solo por razones de eficacia y eficiencia, sino también, y quizás fundamentalmente, por razones de legitimidad democrática.

4.2. Deferencia y ponderación

De lo expuesto resulta que las normas procesales y las doctrinas jurisprudenciales que reducen la intensidad del control judicial de la actuación administrativa, de tal manera que este deja de desarrollarse por aplicación de un canon control pleno para ser más o menos deferente, pueden concebirse como una *red de reglas* mediante la

⁷⁵ Luciano PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, 1993; Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 1994; Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, 1995; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, 1996.

que se alcanza una cierta *concordancia práctica entre normas constitucionales tendencialmente contradictorias*, ya sea mediante la delimitación recíproca del alcance de cada una de ellas (cuando esas normas constitucionales se comportan como reglas) o a través de juicios de ponderación entre mandatos de optimización que presionan en sentido opuesto (cuando esas normas constitucionales se comportan como principios)⁷⁶. Un ejemplo de lo primero es la prohibición constitucional del control judicial que pretenda desarrollarse aplicando criterios de mera oportunidad, pues ni el principio democrático consiente, ni el principio de control de la legalidad de la actuación administrativa reclama, ni siquiera *prima facie*, un control que vaya más allá del de la adecuación de la actuación administrativa a la ley y al Derecho. Un ejemplo de lo segundo es la doctrina jurisprudencial que reduce la intensidad del control judicial de los hechos cuando su valoración reclame la formulación de valoraciones científicas, técnicas o económicas especialmente complejas. Los tribunales han reducido aquí el grado de satisfacción de los principios de tutela judicial efectiva y control judicial de la legalidad de la actuación administrativa para atender las exigencias que se derivan de los principios de eficacia, eficiencia y democracia.

Con ello solo queda descrito el marco metodológico de la apertura y la graduación de la deferencia, sin que su aplicación conduzca necesariamente a la obligación de alcanzar una determinada intensidad del control judicial, ni menos aun a que la intensidad lograda se articule de una determinada manera en relación con el control de las cuestiones fácticas o jurídicas. En el desarrollo de aquellas operaciones son posibles *arreglos y concreciones diversas* que atiendan, de un lado, a las peculiaridades históricas, culturales y constitucionales del sistema de Derecho administrativo de que se trate, y de otro, a las consideraciones de política legislativa y jurisdiccional que en cada momento se manejen.

Pero que ese marco metodológico no imponga un grado preciso ni una conformación determinada de la deferencia no significa que las diversas decisiones en las que se concreta su apertura y graduación no se encuentren sujetas a ciertos límites. Entre ellos se han de destacar los dos siguientes. El primero es que no cabe graduar la intensidad del control judicial a través de un juicio ponderativo allí donde las normas constitucionales relevantes *no se comporten como mandatos de optimización*. Por ejemplo, la norma que limita el control judicial a un control de legalidad no es una norma susceptible de cumplimiento gradual, de tal manera que, según se ha indicado ya, la prohibición del control judicial de oportunidad opera como una regla que no puede ser desplazada.

El segundo límite es que, allí donde las normas constitucionales relevantes sí puedan ser ponderadas, es preciso que las normas y doctrinas jurisprudenciales que proceden a abrir y graduar (en un sentido y en otro) la deferencia satisfagan los presupuestos metodológicos de este tipo de discurso y, en particular, que *el desplazamiento gradual de una de ellas se pueda justificar proporcionadamente a partir de las exigencias*

⁷⁶ Luis ARROYO JIMÉNEZ, «Las bases constitucionales del Derecho administrativo», pp. 580-582.

*que resultan de otra que presione en sentido contrario*⁷⁷. Por ejemplo, la reducción de la intensidad del control judicial de la corrección de las proposiciones fácticas contenidas en una decisión administrativa adoptada en una situación caracterizada por la incertidumbre científica está justificada si responde a consideraciones atinentes a la mayor legitimidad democrática o epistémica de la autoridad administrativa que las ha formulado y no da lugar a una reducción desproporcionada de la intensidad del control judicial. De la misma manera, la deferencia del control judicial de la corrección de los hechos no está justificada si su determinación no exige disponer de conocimientos especializados o si, incluso de hacerlo, la necesidad de su aportación al proceso judicial no afecta a la eficacia ni a la eficiencia de la actuación administrativa al servicio de los intereses públicos. Finalmente, la deferencia en la interpretación de la ley solo puede aspirar a justificarse allí donde adquiera relevancia la mayor legitimidad democrática y epistémica de quien la realiza por comparación con la del juez, pero no en otro caso. Este es el fundamento del reconocimiento en Alemania de márgenes de apreciación y juicio en la interpretación de ciertos tipos de conceptos jurídicos indeterminados (*supra* 2.3), frente al reconocimiento general de un control más o menos deferente que de estos últimos hace la jurisprudencia española (*supra* 2.4).

4.3. Deferencia y reserva de ley

En las operaciones conducentes a la delimitación recíproca de las reglas y a la ponderación de los principios constitucionales relevantes están presentes consideraciones de política legislativa, pero también de política jurisdiccional. Las experiencias nacionales descritas ponen de manifiesto que el poder de graduar la intensidad del control judicial de la actuación administrativa mediante la desvinculación entre la norma de conducta y la norma de control es ejercido fundamentalmente por los propios jueces, sin que en esa operación suela intervenir significativamente el legislador. Son los órganos judiciales, en efecto, quienes han formulado las diversas opciones respecto de la admisión y la racionalización jurídica de la deferencia en la interpretación de la ley, así como las distintas manifestaciones de la tendencia a mantener un canon sustantivo de control de los hechos relativamente deferente, como es el del error manifiesto, completándolo con la imposición de exigencias adicionales de carácter formal y procedimental. Estos y otros fenómenos tienen su origen fundamentalmente en consideraciones de política jurisdiccional realizadas por los jueces. Y allí donde el legislador sí se pronuncia en relación con la deferencia, tal y como sucede en los Estados Unidos, se ha limitado a adoptar criterios muy generales que los jueces manejan y modulan posteriormente en ejercicio de su arbitrio (*supra* 2.1). Es esta una diferencia importante respecto de lo que sucede con otros factores de los que también es función el alcance del control judicial, que sí están configurados, al menos parcial-

⁷⁷ Luis ARROYO JIMÉNEZ, «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», en Luis ORTEGA y Susana DE LA SIERRA (dirs.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2009, pp. 28-34.

mente, por la ley (por ejemplo, la delimitación de las pretensiones de las partes, de la extensión de los poderes del juez o del objeto procesal de los recursos judiciales).

Todo esto no debe sorprender: al igual que los tribunales constitucionales formulan una política jurisdiccional propia en relación con la intensidad del control de constitucionalidad de las leyes, que puede modularse en función de las especialidades de la materia y evolucionar con el paso del tiempo, los jueces ordinarios también hacen lo propio en relación con el control de la legalidad de la actuación administrativa. Sin embargo, si la decisión de abrir un espacio de asimetría entre la norma de conducta y la norma de control, así como la consiguiente graduación de la intensidad de la deferencia, afectan de una manera tan intensa a principios constitucionales de la máxima relevancia, cuyo contenido contribuyen así a delimitar recíprocamente, cabe preguntarse si esas operaciones no habrían de considerarse reservadas al legislador. La respuesta a esta pregunta no puede alcanzarse en abstracto, sino que pasa por el examen de las concretas normas constitucionales que ordenan la materia reservada a los diversos tipos normativos en el ordenamiento de que se trate.

En el caso del Derecho de la Unión Europea, la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para determinar la intensidad del control de legalidad que despliega sobre la actuación de las Instituciones y agencias resulta inmediatamente del artículo 19.1 del Tratado de la Unión, que le encomienda la garantía del respeto al Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. Es cierto que la reducción de la intensidad del control judicial asociada a la deferencia constituye un límite al derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 47 CDFUE, tal y como este derecho ha sido interpretado por el propio TJUE⁷⁸, de manera que cabría preguntarse si su adopción no quedaría reservada, en virtud del art. 52.1 CDFUE, a un acto legislativo de Derecho secundario, pues los límites a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta están sujetos a la exigencia de su establecimiento mediante ley. Sin embargo, la referencia a la ley debe interpretarse aquí, también a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como comprensiva de un tipo de regla de Derecho reconocido en el respectivo ordenamiento⁷⁹, y en el caso del ordenamiento propio de la Unión no hay duda de que los principios y doctrinas jurisprudenciales vertidas por el TJUE en la interpretación de los Tratados y del resto de normas del sistema que estos presiden satisfacen dicha exigencia.

En el caso del Derecho interno la cuestión es más compleja. Ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo se han pronunciado al respecto, entre otras razones porque ninguno de ellos ha admitido explícitamente el presupuesto indicado, esto es, que la deferencia en el control judicial de la actuación administrativa responda a veces al modelo de la deferencia en sentido estricto y no siempre al modelo de la deferencia en sentido lato. El proceso no se explica, pues, aludiendo al desacoplamiento entre la norma de conducta definida por la ley y la norma de control, sino al

⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2017, C-682/15, *Berlioz*, para. 55.

⁷⁹ Tobias LOCK, «Article 52», en Manuel KELLERBAUER, Markus KLAMERT, Jonathan TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, OUP, 2019, p. 2250.

desvanecimiento del propio parámetro de control de legalidad. Y la consecuencia que de ello se deriva es que la modulación del alcance del control judicial no se concibe como una reducción de la intensidad del control por comparación con la programación normativa de la ley (que es lo que propiamente constituiría una restricción del derecho fundamental), sino como una reducción de la intensidad de la segunda (que sería iusfundamentalmente inocua).

En caso de que se asumiera, por el contrario, que la deferencia en sentido lato y la deferencia en sentido estricto son fenómenos distintos que pueden apreciarse en la práctica de nuestros tribunales, la segunda tendría que concebirse como un límite o restricción al derecho reconocido en el artículo 24.1 CE, cuya configuración, al menos en relación con sus aspectos esenciales, pasaría a estar cubierta por la reserva de ley del artículo 53.1 CE. Parece, pues, necesaria una mayor intervención del legislador español en la configuración de la intensidad del control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, al igual que sucede en los Estados Unidos. Esa mayor intervención puede ya apreciarse en relación con la deferencia en sentido lato (por ejemplo, el art. 71.2 LJCA regula los poderes del juez a la hora de anular reglamentos o actos discrecionales), y acaso no estaría de más que lo hiciera también en relación con la deferencia en sentido estricto (por ejemplo, excluyendo la deferencia en la interpretación de la ley, o admitiéndola, sin perjuicio de su posterior graduación judicial, en el control de proposiciones fácticas especialmente complejas y adoptadas en situaciones de incertidumbre científica).

Sea como fuere, incluso de aceptarse que la deferencia en sentido estricto constituye un límite al derecho a la tutela judicial efectiva, de ello no se deriva que cualquier restricción del alcance del control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, cualquier apertura de un espacio para la deferencia judicial, tenga que estar necesariamente contemplada por una norma con rango y fuerza de ley. Esta operación requiere desenvolverse mediante una estrategia de ensayos, correcciones y modulaciones constantes que solo los jueces y no las asambleas están en condiciones de acometer. Y precisamente por ello parece razonable hacer compatible la necesidad de una mayor presencia del legislador en la ordenación normativa del proceso con la entrega a los jueces de la responsabilidad de su desarrollo. Verdaderamente, cuando los jueces gradúan la asimetría entre la norma de conducta y la norma de control no operan sobre el vacío; lo hacen en un espacio gobernado por normas constitucionales directamente aplicables que, al tiempo que les imponen una obligación *prima facie* de optimizar la intensidad del control, les obligan también a tomar en consideración razones que presionan en sentido opuesto y que pueden justificar dejar de satisfacer la primera en cierta medida. Esto no excluye, sin embargo, que acaso fuera conveniente, como se ha indicado, que el legislador adoptara algunas decisiones estructurales en relación con la apertura y la graduación de la deferencia.

5. LAS PIEZAS DE LA DEFERENCIA

5.1. La disección de la deferencia

La tercera cuestión que aquí se afronta es la descomposición analítica del proceso de construcción y graduación de la deferencia del control judicial de la legalidad de la actuación administrativa. En un artículo esclarecedor⁸⁰, Paul Craig ha definido un catálogo de criterios que permite reconstruir los pasos en los que se concreta ese proceso, utilizando como ordenamientos de referencia el Derecho administrativo estadounidense, el Derecho administrativo del Reino Unido y el Derecho administrativo de la Unión Europea. La finalidad de esta sección, mucho más modesta, es depurar y sistematizar ese catálogo, así como completar la ilustración de su funcionamiento por referencia a otros sistemas de Derecho administrativo.

También aquí es preciso partir de la distinción entre la deferencia asociada a la atribución de poderes discrecionales y la que resulta de la reducción de la densidad de la norma de control judicial. En el primer caso la deferencia es producto de que la ley atribuye a la administración el poder de completar el contenido de la norma de conducta mediante el establecimiento de criterios adicionales, mientras que la norma de control permanece inalterada. Las llamadas técnicas de control de la discrecionalidad no se proyectan realmente sobre el contenido del margen de apreciación discrecional, sino sobre los elementos que lo circundan. El parámetro que aplican los jueces cuando controlan los actos discrecionales es siempre una norma jurídica: la que condiciona la validez de la decisión administrativa a la concurrencia del supuesto de hecho previsto en la norma que la regula, la que le impone presupuestos reglados de validez de carácter formal o sustantivo, la que prohíbe su adopción para perseguir fines distintos de aquel al que la ley vincula su ejercicio, la que condiciona la validez de la decisión administrativa al cumplimiento del principio de proporcionalidad, etc. Por este motivo, aunque en el examen del proceso de ejercicio de la discrecionalidad podamos distinguir analíticamente entre hechos, Derecho y discrecionalidad, en el examen del proceso de control de su ejercicio solo hay hechos y Derecho. Por el contrario, la deferencia en sentido estricto aparece cuando los órganos judiciales reducen la intensidad con la que controlan el cumplimiento de las normas que regulan la actuación administrativa, ya se trate de normas que ordenan una actuación puramente reglada, o de las normas jurídicas que circunscriben el ejercicio de un margen de discrecionalidad. En ambos casos puede, pues, llegar a apreciarse esta segunda modalidad de la deferencia, que es en la que me voy a centrar a continuación.

La intensidad con la que los jueces comprueban la corrección de la apreciación y valoración de los hechos que subyacen a la decisión administrativa, así como la interpretación y aplicación de las normas que en cada caso adquieren relevancia,

⁸⁰ Paul CRAIG, «Varying intensity of judicial review: A conceptual analysis», *Public Law*, núm. 3, 2022, pp. 442-462 [se cita por el pre-print, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4066564>].

es función de tres factores: la determinación del canon o estándar de control, la definición de los términos de su aplicación judicial y el posible establecimiento de cargas compensatorias. Para obtener una mejor comprensión de la deferencia en un determinado sistema de Derecho administrativo, así como para poder valorarla críticamente, es necesario diseccionar con precisión cada uno de ellos y examinar su comportamiento a partir de diversos grupos de casos.

5.2. La determinación del canon

El primero de ellos es la determinación del contenido del canon o estándar de control judicial, que a su vez tiene lugar a través de un proceso que consta de tres fases lógicamente diferenciables: la elección del canon abstracto, la definición de su significado preciso y su posible adaptación en función del ámbito relevante.

En relación con el control judicial de las proposiciones relativas a la *apreciación y valoración de los hechos*, el canon abstracto en Europa es la corrección fáctica. A su vez, el canon de la corrección fáctica se puede definir como una norma que prohíbe los errores fácticos significativos, pues no todo error en relación con la apreciación de los hechos es determinante del sentido de la decisión ni debe tener, por tanto, consecuencias jurídicas. Finalmente, mientras que, como regla general, la prohibición del error significativo posibilita un control pleno, en determinados contextos los jueces reducen la intensidad del control, ampliando consiguientemente la deferencia, mediante la adaptación del canon de control en el sentido de que solo lo infringe el error manifiesto, es decir, el error particularmente grave y evidente. La cualificación del canon por referencia al carácter manifiesto del error es característica de la jurisprudencia del TJUE en aquellos ámbitos en los que la administración ha de realizar valoraciones fácticas de carácter científico, técnico o económico especialmente complejas (*supra* 2.2). Y, como no podía ser de otro modo, ha sido también incorporada a la doctrina jurisprudencial del TS, al menos en los casos que caen dentro del ámbito de aplicación de las normas europeas en cuya interpretación y aplicación ha desarrollado el TJUE aquella doctrina (*supra* 2.4).

La situación es parcialmente distinta en los Estados Unidos, donde la APA contempla dos normas de control distintas en relación con los hechos, según que la decisión se haya adoptado en un procedimiento formal o informal: en el primer caso rige el estándar del fundamento suficiente en el expediente, mientras que en el segundo la ley impone el estándar de la prohibición de apreciaciones fácticas arbitrarias o caprichosas (*supra* 2.1). A su vez, cada uno de estos dos cánones se puede definir de modos diversos, tal y como prueba la evolución de la interpretación que los tribunales han realizado de la APA: mientras que algunos continúan considerándolos dos cánones sustantivos distintos, más intenso el primero que el segundo, otros tribunales entienden que su significado respectivo ha evolucionado para terminar convergiendo en una común exigencia de razonabilidad de la vinculación entre la proposición fáctica y la información y prueba producida durante la tramitación del

procedimiento administrativo (*supra* 2.1). Finalmente, el canon de control aplicable puede graduarse para permitir un control más intenso de los hechos en determinados grupos de casos. Así, por ejemplo, la intensidad con la que se aplica el canon del fundamento suficiente en el expediente es mayor en aquellos supuestos en los que la apreciación de los hechos inicialmente formulada por la administración fue posteriormente cuestionada en vía de recurso administrativo⁸¹.

Algo parecido sucede en relación con el control judicial de las proposiciones relativas a la *interpretación y aplicación del Derecho*. El canon abstracto suele ser también aquí el de la interdicción del error en la interpretación de las normas relevantes y en la aplicación al caso de la consecuencia jurídica que de ellas resulte. Este es el régimen común en el Derecho administrativo europeo supranacional y comparado, incluyendo aquí el Derecho administrativo inglés contemporáneo⁸². Sin embargo, en los Estados Unidos el canon de control no es, al menos en ciertas ocasiones, la prohibición de la interpretación errónea, sino la prohibición de la interpretación irrazonable. Buena parte de la discusión académica contemporánea gira precisamente en torno a la justificación de la definición de este segundo canon de control, así como sobre la delimitación de los casos en los que procede aplicar este y no el primero (*supra* 2.1). El ejemplo norteamericano también ilustra cómo el canon abstracto elegido puede definirse de maneras diversas: la prohibición de la interpretación irrazonable se ha entendido con carácter general en el sentido de que el juez ha de ser deferente con la interpretación de la agencia si es una de las que permiten el texto de la norma y los métodos de interpretación ordinarios; sin embargo, en alguna ocasión los tribunales han ampliado la intensidad del canon permitiendo la sustitución de interpretaciones que satisfacen ese requisito⁸³.

La misma estructura en tres fases lógicamente diferenciables puede observarse en la delimitación de la deferencia que muestran los jueces en relación con el *ejercicio de la discrecionalidad*, lo cual no es sorprendente si se tiene en cuenta que el control judicial consiste aquí en contrastar la decisión con un parámetro jurídico. La peculiaridad reside en que, en estos casos, además de apurar las posibilidades de control que ofrecen las normas de control relativas a los hechos y al Derecho que resultan de las normas jurídicas condicionales que disciplinen la decisión, en el ejercicio y en el control de la discrecionalidad entran en juego además otras normas jurídicas específicamente diseñadas para racionalizar y limitar jurídicamente el ejercicio del poder discrecional. En particular, allí donde el margen de discrecionalidad esté gobernado también por normas jurídicas finales, es decir, por normas de conducta que obligan a la administración a optimizar un determinado estado de cosas, el control judicial de la legalidad del ejercicio del poder discrecional pasa a quedar condicionado por un canon específico.

⁸¹ *Universal Camera v. NLRB*, 340 U.S. 474 (1951).

⁸² Paul CRAIG, «Judicial review of questions of law. A comparative perspective», pp. 451-452; Sebastian UNGER, «Kontrolldichte», p. 378. Pail CRAIG, *Administrative law*, pp. 376-377.

⁸³ *Judulang v. Holder*, 565 U.S. 43 (2011).

La primera fase de su definición sustantiva consiste en la *determinación del canon abstracto*, que en el Derecho comparado suele ser alguna versión de las nociones de razonabilidad o de proporcionalidad. En el Derecho estadounidense el control de las normas y actos que incorporan tratamientos diferentes para distintos grupos de casos puede limitarse a un control de mera razonabilidad (*rational basis*) o ampliarse al examen de la adecuación y necesidad de la medida⁸⁴. De igual modo, una de las discusiones de política jurisdiccional contemporáneas más relevantes en los Estados Unidos es si el control de las medidas que restringen la propiedad y la libertad debe seguir sujeto a un mero control de razonabilidad o si debe también comprobarse, de manera más o menos incisiva, la existencia de alternativas⁸⁵. Algo parecido se ha producido en España como consecuencia de una verdadera revolución silenciosa llevada a cabo por el TC: los límites al derecho de propiedad, así como a la libertad de empresa en su manifestación de libertad de ejercicio de actividades económicas, están sujetos a un control de razonabilidad que se corresponde con el principio de adecuación, mientras que los límites a la libertad de empresa en su manifestación de libertad de acceso al mercado lo están a los principios de adecuación y necesidad⁸⁶.

La segunda fase consiste aquí igualmente en la *definición del significado concreto del canon*, que puede variar y de hecho varía en función del sistema, e incluso dentro de un mismo ordenamiento administrativo. Así, la noción de razonabilidad en el Reino Unido se ha concretado de modos diversos hasta condensarse en la fórmula *Wednesbury*⁸⁷. Igualmente, el principio de proporcionalidad se ha concretado en Europa de forma diversa: mientras que en Alemania opera de modo consistente en su versión tripartita⁸⁸, en el Derecho administrativo de la Unión no siempre llega a aplicarse el principio de proporcionalidad en sentido estricto, sino que con frecuencia se agota en los principios de adecuación y necesidad⁸⁹. Partiendo de una concepción limitada a estos dos elementos⁹⁰, el Derecho administrativo español ha evolucionado hasta acoger aquella versión tripartita⁹¹, de una manera ya muy clara a raíz de la pandemia⁹².

⁸⁴ *US v Carolene Products*, 304 U.S. 144, 152 nota 4 (1938). Katie R. EYERER, «The canon of rational basis review», *Notre Dame Law Review*, núm. 93, 2018, pp. 1317-1370.

⁸⁵ Erwin CHEMERINSKY, «The rational basis test is constitutional (and desirable)», *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, núm. 14, 2016, pp. 401-417.

⁸⁶ SSTC 111/2017, de 5 de octubre; 16/2018, de 22 de febrero; y 32/2018, de 12 de abril. José M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Luis ARROYO JIMÉNEZ, «A silent revolution. Property and Free Enterprise before the Spanish Constitutional Court», en Cristina IZQUIERDO SANS, Carmen MARTÍNEZ CAPDEVILLA, Magdalena NOGUEIRA GUSTAVINO (eds.), *Fundamental rights challenges: horizontal effectiveness, rule of law and margin of national appreciation*, Springer, 2021, pp. 289-298; Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*, Marcial Pons, 2022.

⁸⁷ *Associated Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation* [1948] 1 K.B. 223.

⁸⁸ Harmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, pp. 234-235.

⁸⁹ Paul CRAIG, *EU Administrative Law*, pp. 652-655.

⁹⁰ Artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado mediante Decreto de 17 de julio de 1955.

⁹¹ Daniel SARMIENTO, *El control de proporcionalidad de la actuación administrativa*, pp. 709-710.

⁹² STS 719/2021, de 24 de mayo, RC 3375/2021, FJ 4; STC 183/2021, de 27 de octubre, FJ 6.c).

En tercer lugar, es también habitual que, una vez configurado el canon a partir de un contenido determinado, los jueces *modulen la intensidad del control* que este permite ejercer en función del ámbito material o de las características del caso. En los Estados Unidos, el examen de la adecuación y de la necesidad de las normas y actos que incorporan tratamientos diferenciados a partir de los criterios del sexo y de la raza opera de acuerdo con un nivel medio (*intermediate scrutiny*) o intenso (*strict scrutiny*) de control, respectivamente⁹³. Más claramente aún, los tribunales alemanes, españoles y europeos suelen aplicar los diversos elementos del principio de proporcionalidad con una elevada dosis de deferencia, que se obtiene limitando su infracción a los casos en los que resulte evidente o manifiesto que la medida es inadecuada, innecesaria o estrictamente desproporcionada⁹⁴. Sin embargo, en ciertas ocasiones los jueces renuncian a la contención que encierra la aplicación de criterios de evidencia y controlan la adecuación o la necesidad de la medida de manera más intensa, sin limitar su infracción a los casos en los que el vicio sea manifiesto⁹⁵. Una de las claves del funcionamiento del principio de proporcionalidad es, precisamente, determinar en qué grupos de casos debe modularse la regla general conforme a la cual sus tres elementos solo prohíben infracciones o errores manifiestos.

De todo lo expuesto se deriva que el mismo *canon de control* abstracto puede presentar *contenidos diversos* y que sus exigencias se pueden proyectar con *distinta intensidad*. Esta constatación merece tres consideraciones. La primera es que la graduación de la deferencia tiene lugar fundamentalmente en la segunda y sobre todo en la tercera de las fases señaladas. Esto no se aprecia claramente cuando el canon abstracto es ya muy deferente, tal y como sucede con el control de razonabilidad, pero sí en el caso del principio de proporcionalidad, que permite diversos grados de deferencia en función de los elementos con los que se aplique y de si solo se aprecian o no sus infracciones manifiestas. La segunda es que la graduación se desarrolla esencialmente a la vista de las peculiaridades del ámbito en el que se haya realizado la actuación controvertida, de las características del grupo de casos al que esta pueda pertenecer, y de consideraciones relativas a la posición institucional, a la relevancia constitucional y a las capacidades epistémicas de los sujetos relevantes. Por ese motivo la deferencia aparece o se incrementa, esencialmente, allí donde la decisión requiera, bien manejar conocimientos científicos, técnicos o económicos especializados, o bien formular juicios ponderativos para resolver conflictos entre diversos intereses públicos. En tercer lugar, la constatación de que el mismo canon de control puede aplicarse con una

⁹³ Richard H. FALLON, «Strict judicial scrutiny», *UCLA Law Review*, núm. 54, 2007, pp. 1267-1337; Stephen GARDBAUM, «Limiting constitutional rights», *UCLA Law Review*, núm. 54, 2007, pp. 789-854; Vicki J. JACKSON, «Constitutional law in the age of proportionality», *Yale Law Journal*, núm. 124, 2015, pp. 3094-3196.

⁹⁴ Javier BARNÉS, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», p. 16; Pavel ONDREJEK, Filip HORÁK, «Proportionality during times of crisis: precautionary application of proportionality analysis in the judicial review of emergency measures», *European Constitutional Law Review*, 2024, pp. 1-24 (<https://doi.org/10.1017/S1574019624000051>).

⁹⁵ Daniel SARMIENTO, *El control de proporcionalidad de la actuación administrativa*, pp. 715-720.

mirada más superficial o incisiva obliga a relativizar el dilema relativo a si conviene o no diseñar cánones de control uniformes. Es plausible que cuanto mayor sea el ámbito de aplicación de un canon o estándar de control mayor sea a su vez la necesidad de introducir variaciones en su aplicación a fin de atender a los factores indicados⁹⁶.

5.3. La aplicación del canon

Una vez seleccionado el canon abstracto, definido su contenido preciso y fijadas la gravedad y la evidencia del vicio que determinan su infracción, todavía es posible graduar con más precisión la deferencia en el control judicial mediante la determinación del modo en que el canon, así configurado, va a ser aplicado por el juez. En efecto, el mismo canon de control puede proyectarse sobre el caso controvertido de formas diferentes, dando lugar a distintos grados de deferencia dependiendo de los dos factores siguientes.

El primer factor es la definición del *estándar de prueba* aplicable a las proposiciones fácticas sobre las que descansa la alegación de que la decisión controvertida satisface o no el canon de control. No es posible desarrollar aquí los problemas que suscita la fijación de ese estándar⁹⁷. Baste realizar aquí dos consideraciones. De un lado, la cuestión relativa al estándar de prueba es lógicamente diferenciable de la definición sustantiva del canon de control, incluyendo aquí la modulación o adaptación de su contenido por referencia al carácter manifiesto o grosero del error. La definición sustantiva del canon permite delimitar el contenido de las proposiciones fácticas relevantes. Por su parte, la definición del estándar de prueba se refiere al umbral de suficiencia probatoria que debe exigirse para que una de aquellas afirmaciones pueda darse por cierta. De otro lado, la fijación del estándar de prueba puede resultar de diversos criterios. En el caso del control de la legalidad de la actuación administrativa, uno de ellos es el relativo a que esta se haya realizado en contextos caracterizados por la complejidad científica, técnica o económica, y dentro de ellos, en particular, en situaciones de incertidumbre científico-técnica. En estos casos hay buenas razones, como hemos señalado antes, para aumentar la deferencia del control judicial de las proposiciones fácticas sobre las que descansa la decisión controvertida, también mediante la reducción del umbral probabilístico que ha de quedar satisfecho para que un hecho o una relación de causalidad afirmados por la administración puedan llegar a darse por ciertos⁹⁸.

⁹⁶ Paul CRAIG, «Varying intensity of judicial review: A conceptual analysis», *Public Law*, No 3, 2022, p. 15 [se cita por el pre-print, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4066564>].

⁹⁷ José M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo*, pp. 38-41; Luis MEDINA ALCOZ, «Los hechos en el Derecho administrativo. Una aproximación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 177, pp. 103-158; Raúl LETELIER WARTENBERG, «El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas», *Revista de Derecho*, núm. 31-1, 2018, pp. 209-229; Gabriel DOMENECH PASCUAL, «El análisis económico del Derecho probatorio (con especial referencia al ámbito administrativo)», *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 6, 2024, pp. 169-197.

⁹⁸ La experiencia habida en España en relación con el COVID-19 pone de manifiesto, sin embargo, que los tribunales no siempre han sido conscientes de sus propias limitaciones epistemológicas. Por

El segundo factor es la *distribución de la carga de argumentar y probar* las alegaciones sobre las que descansan las pretensiones relacionadas con el control de la legalidad de la actuación administrativa, tanto si se refieren a los hechos, como si lo hacen a la interpretación de la ley o a la realización de las elecciones en las que se concreta el ejercicio de un margen discrecional. La manipulación de la carga de argumentar y probar las alegaciones correspondientes es, junto con la adaptación del canon por referencia al carácter manifiesto del vicio, la principal llave que permite al juez graduar el caudal de deferencia en el control de la legalidad de la actuación administrativa. El control judicial del poder puede ser más o menos deferente según el rigor con el que se requiera la justificación de los juicios de pronóstico y de las relaciones de causalidad sobre las que descansan las alegaciones de las partes, y también según cómo se ordenen las consecuencias de la falta de justificación de dichos presupuestos.

Con todo, dicha manipulación no tiene lugar a través de las normas procesales sobre la carga de la prueba, que permanecen inalteradas con carácter general, sino a través de la alteración de las relaciones de preferencia *prima facie* que subyacen a las reglas que permiten distribuir y graduar la carga de la argumentación⁹⁹. Valgan los tres ejemplos siguientes. La ordenación y limitación administrativas de la libertad de empresa y del derecho de propiedad descansan como regla general sobre la existencia de una relación de preferencia *prima facie* a favor de las segundas, de la que resulta que es su restricción la que debe ser justificada. A la hora de controlar la legalidad de la actuación administrativa correspondiente, la carga de la prueba de un hecho corresponderá a quien lo alegue, pero el debate procesal se refiere en todo caso a si la restricción de aquellos derechos está o no justificada. Pues bien, la principal función del principio de precaución es, precisamente, modular esa regla general cuando la decisión se ha adoptado en situaciones de incertidumbre científica¹⁰⁰. Por su parte, el control de la existencia de medidas nacionales menos restrictivas e igualmente eficaces para satisfacer razones imperiosas de interés general tiene lugar en algunos casos haciendo recaer la carga de acreditar su existencia sobre la Comisión, mientras que en otros se traslada directamente al Estado la carga de acreditar su ausencia¹⁰¹. Es conocido que el TJUE altera la distribución de la carga de la argumentación en relación con el principio de necesidad, con frecuencia en términos fatales para una parte o para la otra, a partir de consideraciones relacionadas con el sector o actividad sobre la que se proyecta la medida enjuiciada y en función de consideraciones de política jurisdiccional¹⁰². En España, en fin, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supre-

ejemplo, ATSJ Aragón de 12 de julio de 2021, PO 596/2021, FJ 6 (“*En definitiva, como es público y notorio, han sido los viajes de fin de bachillerato, así como las fiestas ligadas al fin de curso, a menudo con características de ‘botellón’, como se ha podido ver en los medios de comunicación, los que han generado los nuevos brotes*”).

⁹⁹ Luis ARROYO JIMÉNEZ, «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», pp. 28-32.

¹⁰⁰ Paul CRAIG, *EU Administrative Law*, p. 701.

¹⁰¹ Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, «El reconocimiento mutuo y el Derecho europeo del mercado interior», en Luis ARROYO JIMÉNEZ, Adán NIETO MARTÍN (dirs.), *El reconocimiento mutuo en el Derecho español y europeo*, Marcial Pons, 2018, pp. 42-44.

¹⁰² Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, 2004, pp. 486-487.

mo también distribuye de modo diferente la carga de argumentar la concurrencia o la falta de satisfacción de los diversos elementos del principio de proporcionalidad, sin que ello responda a criterios sólida y claramente establecidos: mientras que en ciertas ocasiones considera que dicha carga corresponde al recurrente¹⁰³, en otras se la impone a la parte demandada¹⁰⁴.

5.4. El complemento del canon

Los elementos examinados hasta ahora se orientan a definir el contenido y la intensidad de la norma de control, así como a establecer el modo en que los jueces han de aplicarla al enjuiciar la legalidad de la actuación administrativa. El resultado de la conjunción de unos y otros es un grado de deferencia variable en el contraste entre la decisión administrativa controvertida y la norma de conducta que la ley impone a la administración. Entre las experiencias nacionales descritas es posible observar una tendencia a *incrementar la intensidad del control judicial*, aun manteniendo inalterado el contenido y los términos de aplicación de la norma de control así definidos, mediante la imposición a la administración de *exigencias adicionales o complementarias* que operan como técnicas compensatorias de la deferencia inicialmente otorgada. Esta tendencia, que se aprecia tanto en los Estados Unidos (*supra* 2.1), como en el Derecho administrativo europeo (*supra* 2.2, 2.3, 2.4), desemboca en la proyección de un control judicial más intenso (*hard look*) sobre la actuación administrativa; sin embargo, dicha intensificación del control no llega a sustituir la aplicación de un canon deferente (error manifiesto, desproporción manifiesta, etc.) por un canon de control pleno. Estas piezas compensatorias se pueden sistematizar en tres categorías.

La primera consiste en la imposición de exigencias adicionales en relación con la *solidez de las razones* sobre las que descansa la decisión y con la *motivación* que en ella se aporta. En los Estados Unidos esta estrategia se aprecia en la evolución del estándar *arbitrary and capricious* aplicado al ejercicio de la discrecionalidad (*supra* 2.1). Aunque la definición sustantiva del canon sigue siendo la misma, junto a las exigencias que de él se derivan se han impuesto requisitos añadidos vinculados al tipo de razones que la agencia está obligada a tomar en consideración o que, en sentido opuesto, no le es dado valorar, así como a la calidad de la motivación aportada

¹⁰³ STS 921/2018, de 4 de junio, RC 438/2017, FJ 7 (“*si la Administración no ha ofrecido justificación razonada de la concreta proporción 1/30, tampoco los recurrentes plantean una posible alternativa a la misma, al margen de su oposición frontal a la contingentación de las licencias VTC*”).

¹⁰⁴ STS 1112/2021, de 14 de septiembre, RC 5909/2021, FJ 9 (“*El contenido de los detallados informes pone de manifiesto, con abundancia de datos científicos al respecto y mediante la identificación de las fuentes de sus aseveraciones, que la única medida eficaz posible, para proceder a la apertura de los locales de ocio, que proporcione un alto nivel de protección para la salud pública, es la implantación del denominado pasaporte COVID, pues solo ella puede disminuir considerablemente el riesgo de contagio en dichos establecimientos. [...] La medida, en consecuencia, ha sido justificada respecto de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad*”).

junto a la decisión administrativa¹⁰⁵. La doctrina establecida por el TJUE en *Tetra Laval* y consistentemente aplicada desde entonces ha cumplido una función parecida en relación con la apreciación y valoración de los hechos en situaciones de elevada complejidad científica, técnica y económica¹⁰⁶. El canon de control sustantivo sigue siendo el de la prohibición del error manifiesto, pero junto a él los tribunales europeos controlan que la decisión administrativa haya satisfecho otros requisitos, entre los que destacan las tres exigencias en su momento indicadas (*supra* 2.2): los elementos probatorios invocados por la administración deben ser materialmente exactos, fiables y coherentes; deben integrar el conjunto de datos pertinentes para apreciar la situación compleja de que se trate; y deben ser adecuados para sustentar las conclusiones que de ellos pretendan deducirse¹⁰⁷. Conviene señalar que el endurecimiento del control de esta dimensión de la decisión administrativa es plenamente coherente con la creciente relevancia que está adquiriendo el principio y derecho a la buena administración, en sus dimensiones relativas al deber de motivación y al deber de objetividad o debido cuidado¹⁰⁸.

La segunda pieza compensatoria alude a la imposición de exigencias adicionales relacionadas con las *estructuras organizativas y procedimentales* en el marco de las cuales se haya adoptado la decisión enjuiciada. En los sistemas descritos puede apreciarse efectivamente una relación directa entre la configuración de esas estructuras y la reducción de la densidad con la que la ley programa las normas de conducta correspondientes. La reflexión sobre la transformación del Estado administrativo durante los años setenta, en los Estados Unidos¹⁰⁹, o la doctrina de los contenidos objetivos de los derechos fundamentales, de los que resultaría la necesidad de compensar la menor densidad sustantiva de las normas constitucionales que imponen la obligación de perseguir ciertos fines, en Alemania¹¹⁰, permiten ilustrar esta relación. Aunque quizá no de forma tan clara, la función compensatoria de las estructuras organizativas y procedimentales también se ha construido a la vista de la intensidad del posterior control judicial. Así sucede en los Estados Unidos, donde la imposición de requisitos organizativos y procedimentales se ha orientado a compensar la menor densidad de las leyes administrativas precisamente por relación con la deferencia del control judicial de los actos dictados por las agencias llamadas a administrar sus contenidos¹¹¹. Y lo mismo puede decirse en Alemania de algunos tipos de conceptos jurídicos indeterminados que atribuyen márgenes de apreciación a la administración y que se

¹⁰⁵ *Citizens to Preserve Overton Park Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971); *Motor Vehicle Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S.29 (1983).

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005, C-12/03, *Comisión c. Tetra Laval*.

¹⁰⁷ Rob WIDDERSHOVEN, «The European Court of Justice and the Standard of Judicial Review», pp. 53-56.

¹⁰⁸ Herwig C. H. HOFMANN, «The Duty of Care in EU Public Law – A Principle Between Discretion and Proportionality», *Review of European Administrative Law*, Vol. 13, No 1, 2020, pp. 87-112.

¹⁰⁹ Richard STEWART, «The reformation of American administrative law», *Harvard Law Review*, núm. 88-8, 1975, pp. 1667-1813.

¹¹⁰ Peter HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», *VVDStRL*, núm. 30, 1972, pp. 43-131.

¹¹¹ Richard STEWART, «The reformation of American administrative law», pp. 1667-1813.

encuentran condicionados precisamente a que su ejercicio corresponda a un órgano administrativo con una determinada conformación¹¹².

En España, la doctrina académica ha explorado recientemente esta relación a propósito de la autonomía reforzada de ciertas administraciones encargadas de realizar valoraciones económicas o técnicas complejas¹¹³. Sin embargo, los resultados no son concluyentes: entre ese modelo de organización administrativa y la reducción de la intensidad de su control judicial puede apreciarse una correlación cierta, pero no es evidente que entre ambas haya propiamente una relación de causalidad. No solo porque la segunda puede también apreciarse en otros muchos contextos, sino también porque las dos circunstancias son propiamente función de una tercera: el carácter especialmente complejo de las valoraciones científicas, técnicas o económicas que debe realizar la administración. Es esta circunstancia la que explica tanto la opción por un modelo organizativo específico, como por un control judicial deferente. Cuestión distinta es que, a la hora de afinar el concreto grado de deferencia aplicado por el juez, el hecho de que la decisión se haya adoptado a través de ciertos tipos organizativos o procedimentales pueda operar como criterio normativo que justifique una mayor deferencia.

La tercera pieza se refiere a si el debate que se desenvuelve en el seno del proceso puede proyectarse directamente sobre todas las cuestiones que las partes quieran aportar o si, por el contrario, su objeto se encuentra constreñido por los términos en los que quedaron definidas en la vía administrativa. Con ello no me refiero tanto a si los motivos de impugnación pueden o no haberse suscitado por vez primera ante el juez, cuestión esta resuelta con carácter general a partir del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva (y en España incluso con anterioridad a partir de la Ley de la Jurisdicción de 1956), sino más bien a si la fundamentación de la corrección del acto controvertido ha de realizarse necesariamente por referencia al *contenido del expediente*. La limitación de las apreciaciones y valoraciones fácticas que pueden ser tomadas en consideración para sustentar la decisión administrativa por referencia a aquellas que se encuentren debidamente incorporadas al expediente, especialmente si la norma o el acto se ha adoptado en el marco de un procedimiento formal, es una característica del Derecho administrativo estadounidense que incrementa la intensidad del control judicial y hasta cierto punto compensa la amplia deferencia de la que se beneficia la administración en relación con las tres dimensiones en las que se estructura la decisión administrativa (*supra* 2.1). En el Derecho administrativo europeo puede también apreciarse la tendencia a cerrar la posibilidad de que la administración aporte argumentos novedosos durante el proceso a fin de sostener la legalidad de su actuación, especialmente en el marco de la doctrina *Tetra-Laval* (*supra* 2.2). Así, por ejemplo, a la hora de valorar las finalidades de la medida enjuiciada, el TJUE se limita a examinar

¹¹² H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 101 (comisiones integradas por expertos o por representantes de intereses no sujetas a instrucciones procedentes de otros órganos).

¹¹³ Elisenda MALARET GARCÍA (dir.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Aranzadi, 2019.

aquellas que se encuentren suficientemente descritas en el expediente. En el marco del control de la discrecionalidad planificadora, los tribunales españoles, en fin, están acometiendo un proceso de intensificación del control judicial respecto del cual, en lo que ahora importa, la doctrina académica ha defendido la necesidad de exigir que el control de la corrección de los juicios ponderativos tenga lugar exclusivamente por referencia al material incorporado al expediente (*supra*, 2.4).

6. CONCLUSIONES

La deferencia del control judicial de la administración es un fenómeno que puede apreciarse en diversos sistemas de Derecho administrativo. Sin embargo, el modo en que se conforma en cada uno de ellos puede llegar a ser muy distinto. Las normas jurídicas y las doctrinas jurisprudenciales que gradúan la intensidad del control judicial, así como los conceptos y doctrinas académicas construidas para explicar, justificar y valorar críticamente ese proceso están cargados de inercias históricas y de particularismos. En este trabajo se ha explorado la posibilidad de acometer una teoría general de la deferencia del control judicial de la actuación administrativa en la que los sistemas particulares proporcionan ilustraciones del fenómeno, pero no limitan necesariamente el alcance de la reflexión. A partir del análisis comparado de un conjunto de experiencias se ha realizado una *aproximación conceptual, normativa y analítica a la deferencia* que ha permitido alcanzar las siguientes conclusiones.

La *primera* se refiere a la comprensión misma del fenómeno. Por un lado, la deferencia surge del desacoplamiento (asimetría) entre la norma de conducta que programa la actuación de la administración y la norma de control que programa su revisión judicial. Esta aproximación conceptual a la deferencia es funcionalmente adecuada porque permite contemplar con más claridad la naturaleza a la vez bivalente y gradual del concepto y del propio fenómeno al que este alude: la deferencia puede existir o no, y una vez que aparece puede presentar una intensidad variable. Por otro lado, esta aproximación conceptual también permite aislar sus dos posibles manifestaciones lógicas: la deferencia en sentido lato surge cuando se confiere un margen discrecional a la administración para densificar la norma de conducta, mientras que la norma de control permanece en los términos en los que ha quedado definida por la ley (desacoplamiento hacia arriba). La deferencia en sentido estricto surge, por el contrario, cuando se reduce la intensidad del control judicial por comparación con la densidad de la norma de conducta, tal y como esta ha quedado legalmente definida (desacoplamiento hacia abajo).

Estas dos manifestaciones de la deferencia se refieren a fenómenos lógicamente distintos y pueden, por ello, concurrir simultáneamente en un mismo sistema. Así sucede con toda evidencia en los Estados Unidos y aun en el Derecho administrativo de la Unión Europea. Sin embargo, las experiencias comparadas analizadas también ponen de manifiesto la posibilidad de racionalizar por entero el espectro de la deferencia a través de una sola de las dos. Esto es lo que sucede cuando se niega, si no

la posibilidad lógica, sí la admisibilidad constitucional y, por tanto, la procedencia sistemática de aceptar la categoría de la deferencia en sentido estricto, reconduciendo esa parte del fenómeno a la deferencia en sentido lato. El control judicial de la legalidad de la actuación administrativa sería siempre pleno porque allí donde no lo es esta circunstancia se explica como un caso especial de discrecionalidad administrativa. Así, tanto lo que en los Estados Unidos se concibe como deferencia en sentido estricto en el control de la interpretación de la ley, como lo que en la Unión Europea se explica como deferencia en sentido estricto en el control de la apreciación de los hechos, se racionaliza en Alemania como deferencia en sentido lato en el control de un margen de apreciación discrecional. La situación en España es más confusa y quizá menos satisfactoria, pues en esos espacios no habría deferencia ni en sentido lato ni en sentido estricto: el ejercicio del margen de apreciación propio de la zona de incertidumbre de los conceptos jurídicos indeterminados es para muchos una cuestión de interpretación de la ley y no de ejercicio de la discrecionalidad, sobre la que los jueces proyectan un control que se afirma pleno (no deferente), pero que se limita a la aplicación del canon de la prohibición de la arbitrariedad (que es, probablemente, uno de los más deferentes de los que conoce el Derecho administrativo comparado). Sea como fuere, estas consideraciones permiten ilustrar la utilidad de esta aproximación conceptual: la delimitación del fenómeno y la distinción entre sus dos posibles manifestaciones permite comprender cómo se desarrolla y ordena dogmáticamente la deferencia en un concreto sistema de Derecho administrativo, más allá de las peculiaridades que este pueda presentar y que son producto de la inercia histórica, de la cultura administrativa y de su marco constitucional.

La *segunda* conclusión se refiere a la comprensión y crítica de las razones constitucionales que pueden justificar la ampliación o reducción de la intensidad del control judicial de la actuación administrativa y que, por tanto, gobiernan la determinación del grado óptimo de deferencia. Una perspectiva de análisis como la que hemos heredado en España, que parte de la consideración de la deferencia como una patología del sistema y que asume la conveniencia de eliminarla o reducir su alcance en la mayor medida posible, no se compadece adecuadamente con el marco constitucional relevante (al menos en la Unión Europea, en Alemania y en España), que se caracteriza más bien por facilitar razones que presionan en sentidos opuestos. El examen de ese marco constitucional (interno, europeo y comparado) permite distinguir, por una parte, un conjunto de principios que se ven desplazados como consecuencia de la deferencia en sentido lato (legalidad y seguridad jurídica) y en sentido estricto (tutela y control judicial), y por otra, un conjunto de principios que pueden justificar su proporcional desplazamiento (eficacia, eficiencia y democracia). Corresponde (al menos parcialmente) al legislador y (sobre todo) al juez alcanzar un conjunto de acomodos y equilibrios entre estas razones constitucionales por medio de la delimitación recíproca de sus exigencias y de la formulación de los correspondientes juicios ponderativos.

La *tercera* conclusión se refiere a la posibilidad y a la utilidad de examinar analíticamente la apertura y graduación de la deferencia judicial en el control de la actuación administrativa. Las experiencias comparadas analizadas ponen de manifiesto

que en el desarrollo de ese proceso operan los tres factores que a continuación se indican. El primero es la determinación del contenido del canon o estándar de control judicial, que a su vez tiene lugar en tres fases lógicamente diferenciadas: la elección del canon abstracto, la definición de su significado preciso y su posible relajación a partir de criterios de evidencia. El segundo es la determinación del modo en que se ha de aplicar dicho canon por referencia a dos cuestiones que conviene distinguir de las anteriores: la definición del estándar de prueba aplicable a las proposiciones fácticas sobre las que descansan las alegaciones de que la decisión controvertida satisface o no el canon de control, por un lado, y el reparto de la carga de argumentar dichas alegaciones, por otro. El tercero se refiere a la eventual adopción de medidas compensatorias que, sin alterar la definición y la aplicación del canon sustantivo, permiten aumentar la intensidad del control y consiguientemente reducir la deferencia. Estas estrategias compensatorias van desde la imposición de exigencias adicionales en relación con la solidez de las razones sobre las que descansa la decisión y con la motivación que en ella se aporta, a la toma en consideración de las estructuras organizativas y procedimentales en el marco de las cuales se haya adoptado la decisión enjuiciada, pasando por la posible restricción de su defensa procesal por referencia al expediente administrativo. Todas estas piezas pueden graduarse de forma distinta a partir del ámbito relevante o del grupo de casos al que se adscriba la decisión, según cuáles sean las exigencias que en cada uno de ellos se deriven de los principios constitucionales indicados, dando así lugar a un grado de deferencia variable y diferenciado. Disponer de una caja de herramientas analíticas bien definidas permitiría obtener una mejor comprensión de cómo y cuánto controlan los jueces la legalidad de la actuación administrativa, así como formular una valoración crítica no meramente intuitiva y más atenta a las exigencias de intensidad variable que en esta materia resultan de las normas constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, «La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte COVID en un país carente de una legislación antipandemias», *Diario de Derecho*, Iustel, 5 de enero de 2022.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, 2004, pp. 486-487.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ, «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», en Luis ORTEGA y Susana DE LA SIERRA (dirs.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2009, pp. 28-34.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ, «Las bases constitucionales del Derecho administrativo», en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, Luis ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I. Introducción. Fundamentos, Marcial Pons, 2021.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ, «El control judicial del poder en situaciones de incertidumbre», 2022, disponible en <http://almacendederecho.org>.
- Mariano BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa*, Civitas, 1997.
- Mariano BACIGALUPO, «La vinculación de la Administración pública a la ley y al Derecho», en Francisco VELASCO CABALLERO, M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA (dirs.), *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2023.

- Javier BARNÉS, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.
- Miguel BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- Erwin CHEMERINSKY, «The rational basis test is constitutional (and desirable)», *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, núm. 14, 2016, pp. 401-417.
- Carmen CHINCHILLA, *La desviación de poder*, Civitas, 2004.
- Paul CRAIG, *Administrative law*, Sweet & Maxwell, 2003.
- Paul CRAIG, «Judicial review of questions of law. A comparative perspective», en Susan ROSE-ACKERMAN, Peter L. LINDSETH (eds.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, 2019.
- Paul CRAIG, *EU Administrative Law*, OUP, 2019.
- Paul CRAIG, «Judicial review and judicial deference», en Miroslava SCHOLTEN, Alex BRENNINKMEIJER (eds.), *Controlling EU Agencies*, Edward Elgar, 2020.
- Paul CRAIG, «Varying intensity of judicial review: A conceptual analysis», *Public Law*, núm. 3, 2022, pp. 442-462 [se cita por el pre-print, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4066564>].
- Patrycja DĄBROWSKA-KŁOSIŃSKA, «Risk, Precaution and Scientific Complexity before the Court of Justice of the European Union», en Lukasz GRUSZCZYŃSKI, Wouter WERNER (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, Edward Elgar, 2014.
- Paul DALY, *A Theory of Deference*, CUP, 2012.
- Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*, Marcial Pons, 2022.
- Silvia DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, 2018.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, «Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 100, 2018, pp. 131-164.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, «El juego del legislador, la Administración y el juez», en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, Luis ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I. Introducción. Fundamentos, Marcial Pons, 2021.
- Gabriel DOMENECH PASCUAL, «El análisis económico del Derecho probatorio (con especial referencia al ámbito administrativo)», *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 6, 2024.
- José ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán*, Marcial Pons, 2009; Indra SPIEKER GEN. DÖHMANN, «Instrumentos estatales para la superación de escenarios de incertidumbre y autorregulación», en M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, José ESTEVE PARDO, Indra SPIEKER GEN. DÖHMANN (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, 2015.
- José ESTEVE PARDO, «La apelación a la ciencia en el gobierno y gestión de la crisis de la COVID-19», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 2, 2020, pp. 35-50.
- Richard H. FALLON, «Strict judicial scrutiny», *UCLA Law Review*, núm. 54, 2007, pp. 1267-1337.
- Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 1994.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder* (1962), Civitas, 1983.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, 1996.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Vol. I, Civitas, 2017.
- Stephen GARDBAUM, «Limiting constitutional rights», *UCLA Law Review*, núm. 54, 2007, pp. 789-854.
- Peter HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», *VVDStRL*, núm. 30, 1972, pp. 43-131.
- Phillip HAMBURGER, *Is Administrative Law Unlawful?*, University of Chicago Press, 2014.
- Herwig C. H. HOFMANN, «The Duty of Care in EU Public Law – A Principle Between Discretion and Proportionality», *Review of European Administrative Law*, Vol. 13, No 1, 2020, pp. 87-112.
- Wolfgang HOFFMANN-RIEM, «Eigenständigkeit der Verwaltung», en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, Andreas VOSSKUHLE (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. I, C. H. Beck, 2006.

- Manuel IZQUIERDO CARRASCO, «COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad», *REALA*, Núm. 17, 2022.
- Vicki J. JACKSON, «Constitutional law in the age of proportionality», *Yale Law Journal*, núm. 124, 2015, pp. 3094-3196.
- Wolfgang KAHL, «Grundzüge des Verwaltungsrechts im gemeineuropäischen Perspektive: Deutschland», *Handbuch Ius Publicum Europeum*, Vol. V, C. F. Müller, München, 2014.
- Raúl LETELIER WARTENBERG, «El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas», *Revista de Derecho*, núm. 31-1, 2018, pp. 209-229.
- Tobias LOCK, «Article 52», en Manuel KELLERBAUER, Markus KLAMERT, Jonathan TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, OUP, 2019.
- Elisenda MALARET GARCÍA (dir.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Aranzadi, 2019.
- Harmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C. H. Beck, 2011.
- Luis MEDINA ALCOZ, «Los hechos en el Derecho administrativo. Una aproximación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 177, pp. 103-158.
- Juan José MORESO, «La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 1995.
- Pavel ONDREJEK, Filip HORÁK, «Proportionality during times of crisis: precautionary application of proportionality analysis in the judicial review of emergency measures», *European Constitutional Law Review*, 2024, pp. 1-24 (<https://doi.org/10.1017/S1574019624000051>).
- Luciano PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, 1993.
- Juli PONCE SOLÉ, *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, UAH, 2019.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2016.
- José M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Luis ARROYO JIMÉNEZ, «A silent revolution. Property and Free Enterprise before the Spanish Constitutional Court», en Cristina IZQUIERDO SANS, Carmen MARTÍNEZ CAPDEVILLA, Magdalena NOGUEIRA GUSTAVINO (eds.), *Fundamental rights challenges: horizontal effectiveness, rule of law and margin of national appreciation*, Springer, 2021.
- Francisco José RODRÍGUEZ PONTÓN, «El control judicial en el ámbito de la regulación económica», en Elisenda MALARET GARCÍA (dir.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Aranzadi, 2019.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, 1995.
- Fernando SÁINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, 1976.
- Daniel SARMIENTO, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 467-578.
- Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, 2004.
- Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, «Verfassungsprinzipien für den europäischen Verwaltungsverbund», en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, Andreas VOSSKUHL (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. I, C. H. Beck, 2006.
- Richard STEWART, «The reformation of American administrative law», *Harvard Law Review*, núm. 88-8, 1975, pp. 1667-1813.
- Cass R. SUNSTEIN, Adrian VERMEULE, *Law & Leviathan*, Harvard University Press, 2020.
- Sebastian UNGER, «Kontrolldichte», en Armin VON BOGDANDY, Peter M. HUBER, Lena MARCUSSON (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europeum*, Vol. IX, C. F. Müller, 2021.
- Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, «El reconocimiento mutuo y el Derecho europeo del mercado interior», en Luis ARROYO JIMÉNEZ, Adán NIETO MARTÍN (dirs.), *El reconocimiento mutuo en el Derecho español y europeo*, Marcial Pons, 2018.

- Francisco VELASCO CABALLERO, «Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19», en David BLANQUER (coord.), *COVID-19 y Derecho público*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 96-105.
- Ellen VOSS, «The European Court of Justice in the face of scientific uncertainty and complexity», en Mark DAWSON, Bruno DE WITTE, Elise MUIR (eds.), *Judicial activism at the European Court of Justice*, Edward Elgar, 2013.
- Chris J. WALKER, «Attacking *Auer* and *Chevron* Deference: A Literature Review», *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 12, 2018, pp. 103-122.
- Rob WIDDERSHOVEN, «The European Court of Justice and the Standard of Judicial Review», en Jurgen DE POORTER, Ernst HIRSCH BALLIN, Saskia LAVRIJSEN (eds.), *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, Springer, 2019.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, DECISIONES ADMINISTRATIVAS DISCRECIONALES TOTALMENTE AUTOMATIZADAS Y ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL: ¿INDIFERENCIA, INSUFICIENCIA O DEFERENCIA?*

ARTIFICIAL INTELLIGENCE, FULLY AUTOMATED DISCRETIONARY ADMINISTRATIVE DECISIONS AND THE SCOPE OF JUDICIAL REVIEW:

* Fecha de finalización del trabajo: 30 de diciembre de 2023 (actualizado a 19 de marzo de 2024). El presente estudio es resultado del proyecto de investigación PID2020-115774RB-I00, “Personalización de los servicios públicos, sesgos e inteligencia artificial: Hacia la consolidación de los derechos digitales en las administraciones públicas”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación español, en el que el autor es coinvestigador principal.

Algunas ideas contenidas en este estudio fueron expuestas inicialmente en el blog del mencionado proyecto de investigación: [Inteligencia artificial en el sector público: retos, límites y medios. – Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación y al Uso de Algoritmos y de Inteligencia Artificial \(wordpress.com\)](#) y en trabajos previos mencionados en la bibliografía. Esas reflexiones iniciales han sido reconsideradas, modificadas y ampliadas específicamente para esta publicación.

Los puntos principales de este análisis fueron debatidos en el marco del cuarto Seminario del ciclo Del Derecho y del Revés Tecnológico, asociado al proyecto de investigación mencionado más arriba, que versó sobre el control judicial de las decisiones administrativas adoptadas con uso de Inteligencia Artificial, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra el día 19 de abril de 2023. Asimismo, una versión de este estudio se presentó en el Seminario de Teoría y Método del Derecho Público, en su XIX sesión, celebrado en la Universidad de Valencia a finales de mayo de 2023. Quiero agradecer a los y las colegas académicos que participaron en ambas actividades sus observaciones y sugerencias. Naturalmente, las opiniones y errores de este estudio sólo son atribuibles a su autor.

Abreviaturas utilizadas: AP= Administración Pública, CE=Constitución Española, EBEP=Estatuto Básico del Empleado Público, LJCA= Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, IA=inteligencia artificial, LPAC= ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, LRJSP=Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, RUEIA= Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))

INDIFFERENCE, INSUFFICIENCY OR DEFERENCE?

Juli Ponce Solé

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

Resumen: El objeto de este artículo se centra en las posibilidades y límites de la adopción totalmente automatizada de decisiones administrativas discrecionales, el papel de la supervisión humana y el alcance e intensidad del control judicial de dichas decisiones. El estudio se detiene brevemente en la explicación de algunos conceptos esenciales vinculados a la IA para clarificar su uso en este análisis. Entre ellos, se realiza un breve análisis del concepto tradicional de discrecionalidad administrativa en España, poniendo de relieve su falta de profundidad y la necesidad de repensarlo a la luz de la buena administración. A partir de aquí, se abordan cuáles son los límites jurídicos de la IA y cómo deberían conducir a evitar su uso para la automatización total del ejercicio de potestades discrecionales, en el estado actual de la técnica. Esa limitación conduce a lo que se denomina una reserva de humanidad, que se desarrolla a continuación. Finaliza el análisis exponiendo la adaptación de las técnicas de control judicial al ejercicio de potestades administrativas con IA, los posibles problemas de indiferencia e insuficiencia que puede tener dicho control judicial y el nivel de intensidad de control judicial que debiera desarrollarse.

Palabras clave: inteligencia artificial, discrecionalidad, supervisión humana, control judicial, reserva de humanidad, deferencia.

Abstract: The focus of this article is on the possibilities and limits of fully automated discretionary administrative decision-making, the role of human supervision and the scope and intensity of judicial control of such decisions. The study stops briefly to explain some essential concepts linked to AI in order to clarify their use in this analysis. Among them, a brief analysis is made of the traditional concept of administrative discretion in Spain, highlighting its lack of depth and the need to rethink it in the light of good administration. From here, the legal limits of AI are addressed and how they should lead to avoid its use for the total automation of the exercise of discretionary powers, in the current state of the art. This limitation leads to what is called a reservation of humanity, which is discussed below. The analysis ends with the adaptation of judicial control techniques to the exercise of administrative powers with AI, the possible problems of indifference and insufficiency that such judicial control may have, and the level of intensity of judicial control that should be developed.

Keywords: artificial intelligence, discretion, human in the loop, judicial review, human reserve, deference.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. HUMANOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: EMPATÍA E INFERENCIAS ABDUCTIVAS: 2.1. IA y humanos; 2.2. Clases de IA, tipo de participación de la IA en la toma de decisiones administrativas y clase de potestad a ejercer: buena administración y discrecionalidad; 2.3. La IA simbólica o de reglas preprogramadas: el problema jurídico de la *rigidificación (fettering)* de la discrecionalidad; 2.4. La IA basada en estadística: el problema jurídico de la falta de empatía humana y de ausencia de capacidad de realizar inferencias abductivas: 2.4.1. Empatía humana; 2.4.2. Inferencias abductivas.; 2.5. Derecho a una buena administración:

audi alteram parte, participación ciudadana y motivación; 2.6. Consecuencias de la imposibilidad de eliminar totalmente la discrecionalidad, de la falta de empatía, de la incapacidad de abducción de la IA, de la audiencia y la participación y de la motivación en el ámbito administrativo.— 3. EN DEFINITIVA: RESERVA DE HUMANIDAD.— 4. VIGILANCIA HUMANA DE LA IA: *THE HUMAN IN THE LOOP*.— 5. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS ADOPTADAS CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LAS DISCRECIONALES: 5.1. Control judicial, IA y actividad administrativa; 5.2. Adaptación del control judicial del ejercicio de potestades por humanos a su posible ejercicio por máquinas: ¿Indiferencia insuficiencia o deferencia judicial?: 5.2.1. Técnicas jurídicas para el control judicial del ejercicio de potestades administrativas mediante IA: la relevancia del procedimiento administrativo complejo y la invalidez de las decisiones administrativas; 5.2.2. Cuestiones específicas relativas al control judicial del uso de IA por las Administraciones: indiferencia, insuficiencia, deferencia.— 6. CONCLUSIONES.— 7. BIBLIOGRAFÍA.

“Lejos de ser ciencia-ficción, la inteligencia artificial (IA) forma ya parte de nuestras vidas”
COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES *Inteligencia artificial para Europa* {SWD(2018) 137 final}

“En el software, las cosas suelen ir mal”
SHNEIDERMAN, B., “Algorithmic Accountability: designing for safety through human-centered independent oversight”, *Turing Lecture*, 31st May 2017.

“La deferencia es respeto y el respeto fortalece en el ejercicio de sus funciones a quien lo tiene,
(...), y el respeto, se gana”

RODRÍGUEZ PONTÓN, F., “El control judicial en el ámbito de la regulación económica: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) un relato de la deferencia en el marco del Derecho común europeo”, en MALARET, E., *Autonomía Administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Thompson Reuters Aranzadi, 2019, pág. 212.

1. INTRODUCCIÓN

La adopción de decisiones administrativas a través de máquinas nos obliga a repensar algunas de las categorías y técnicas esenciales del Derecho Administrativo, para reflexionar sobre si las mismas son actualmente idóneas para un escenario en el que de forma creciente las decisiones administrativas no serán adoptadas ya únicamente por humanos, sino por humanos con ayuda de máquinas o por máquinas, directamente, sin decisor humano.

El uso de sistemas algorítmicos con IA creemos que obliga a reflexionar, por ejemplo, sobre el concepto histórico de la discrecionalidad administrativa en España, así como cuál deba ser el papel humano en su ejercicio y, en general, su relación con las máquinas. También nos obliga a considerar si los estándares tradicionales de control judicial contencioso siguen siendo útiles en este contexto o si hay que adaptarlos en relación con la IA.

Por lo que se refiere a la relación entre humanos y máquinas, ya en los años 60 del pasado siglo Lickelider, psicólogo de formación y uno de los padres de la IA, se ocupó

de esta cuestión, en un famoso artículo en el que abogaba por una colaboración en la que las máquinas desarrollaran las labores rutinarias aportando a los humanos sus capacidades singulares (LICKELIDER, 1960).

Sin embargo, fue un militar de la extinta Unión Soviética, el teniente Stanislav Petrov, quien experimentó en los años ochenta, en la práctica, las tensiones que pueden surgir en la relación máquina-humano. La mañana del 26 de septiembre de 1983, las computadoras del centro donde se hallaba como responsable detectaron el lanzamiento de misiles nucleares estadounidenses. Petrov tomó la decisión de que se trataba de una falsa alarma, generada por el sistema de algoritmos existente, y no actuó. Esta decisión, que se dio a conocer años después, posiblemente salvó al mundo de una guerra nuclear¹.

En las líneas que siguen, de los temas posibles en esa relación entre seres humanos e IA se van a seleccionar los referidos al papel de los humanos respecto a la *limitación y supervisión* del funcionamiento de la IA en relación con las decisiones administrativas discrecionales formalizadas, esto es adoptadas a través de un procedimiento administrativo, por lo que se refiere a su posible automatización total. En la primera, limitación, son los humanos, a través de los mecanismos propios del Estado Democrático y de Derecho los que deciden prohibir el uso de la IA en ciertos ámbitos, por diversas razones jurídicas que analizaremos. En cambio, en el segundo caso, aceptado dicho uso, la supervisión humana deberá de garantizar el correcto funcionamiento del sistema para evitar la violación de derechos o intereses legítimos de los ciudadanos afectados por la IA usada por la Administración.

En ambos casos, el Derecho tiene que hacer frente a una posible situación que hasta hace relativamente poco era inédita: que quien tome la decisión final no sea un humano, un gestor público, un burócrata, sino una IA, un sistema algorítmico que hace uso de *Big Data*, una máquina, pues. Ésta puede servir de apoyo para la toma de la decisión final administrativa por parte de un ser humano (resolución, contrato o convenio, reglamento, plan), caso de decisión semiautomatizada, o bien, prescindiendo totalmente de éste, para adoptarla directamente mediante el correspondiente procedimiento, caso de decisión totalmente automatizada (art. 41.1 LRJSP²), supuesto éste que es el que vamos a considerar aquí.

Frente a esa intervención de las máquinas, el Derecho, como decimos, puede decidir, prohibirla en ciertos casos, como veremos ya sucede, debido a determinadas razones, o aceptarla, pero con supervisión humana o sin ella. Una pregunta relevante

¹ Véase: [Muere a los 77 años Stanislav Petrov, el hombre que salvó al mundo de una guerra nuclear entre la Unión Soviética y Estados Unidos —BBC News Mundo](#). Existe un documental al respecto: [This Man Single Handedly Stopped All Out Nuclear War— The Man Who Saved The World —War Documentary— Bing video](#), así como una entrevista con Petrov, quien murió en 2017, a la edad de 77 años: [Stanislav Petrov, who averted possible nuclear war, dies at 77 —BBC News— YouTube](#)

² “Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público.”

entonces puede ser la siguiente: ¿por qué el Derecho se debe ocupar de prohibir o imponer una supervisión humana respecto al uso de la IA por las AAPP?

A partir de estas ideas iniciales expuestas, el objeto de este artículo se centra en las posibilidades y límites de la adopción totalmente automatizada de decisiones administrativas discrecionales, el papel de la supervisión humana en el uso de la IA, así como el alcance e intensidad del control judicial de las decisiones automatizadas en general, con especial atención a las discrecionales. Si bien el objeto del trabajo puede sostenerse que es doble, creemos que la exposición conjunta de las limitaciones y obligaciones en el desarrollo de decisiones automatizadas discrecionales y de su control judicial tiene todo el sentido, pues sólo tras la exposición de las primeras se está en condiciones de entender el alcance del segundo, existiendo una conexión entre ambos aspectos que se pretende resaltar aquí.

La metodología empleada es la jurídica, aunque también se tienen en cuenta aportaciones de otras ciencias, puesto que ello deviene inevitable e importante³. Se emplean, asimismo, elementos de comparación con otros sistemas jurídicos, si bien éste no es un estudio de Derecho comparado.

Algunas de las principales preguntas que pretende abordar este trabajo son las siguientes, tomando como referencia el estado *actual* de desarrollo tecnológico de la IA:

¿Es posible y deseable emplear IA para ejercer potestades discrecionales? ¿Con qué requisitos y límites, en su caso? ¿Deben quedar reservadas a los seres humanos gestores públicos ciertas funciones públicas? ¿Qué relevancia tiene la supervisión humana de la IA respecto de la protección de las personas que se van a ver afectadas por decisiones administrativas adoptadas mediante IA y de su derecho a una buena administración?

Y, como cierre del sistema en un Estado de Derecho:

¿Debe ser el juez o la jueza del contencioso-administrativo más deferente, menos deferente o igual de deferente de lo que lo es ante decisiones humanas cuando nos hallamos ante decisiones adoptadas por máquinas o con ayuda de éstas? En otras palabras, ¿la intervención de la IA en la toma de una decisión administrativa debe alterar el alcance e intensidad de su control judicial de algún modo?

A partir de estas reflexiones y cuestiones, el estudio se estructura de la siguiente manera. Tras esta introducción, me detengo brevemente en la explicación de algunos conceptos esenciales vinculados a la IA para clarificar su uso en este análisis. Realizo luego un breve análisis del concepto tradicional de discrecionalidad administrativa

³ Ello va en la línea, por ejemplo, de los trabajos de la Liga de Universidades Europeas de Investigación (LERU, que en 2017 publicó un documento titulado (traducción nuestra) “La interdisciplinariedad y la universidad intensiva en investigación del siglo XXI” (DARBELLAY, WERNLI, MAES, 2017). El documento considera que la colaboración entre disciplinas académicas (interdisciplinariedad) es esencial y puede ir más allá incluyendo la asociación entre el mundo académico y la sociedad en general (enfoque transdisciplinar).

en España, poniendo de relieve su falta de profundidad. Por ello, intento incorporar una visión más sofisticada de lo que significa ejercer la discrecionalidad por humanos/as, de la mano de la buena administración, para plantearme a continuación si mi enfoque tiene alguna relevancia respecto al posible ejercicio de discrecionalidad administrativa por máquinas.

Tras este previo recorrido por algunos conceptos claves me ocupo en los apartados siguientes de cuáles son los límites jurídicos de la IA y cómo dichos límites deberían conducir a evitar su uso para la automatización total del ejercicio de potestades discrecionales, en el estado actual de la técnica y de acuerdo con el principio jurídico de precaución. Esa prohibición conduce a lo que hemos denominado una reserva de humanidad, que se expone a continuación. Finalizo mi análisis exponiendo la adaptación de las técnicas de control judicial al ejercicio de potestades administrativas con IA, los posibles problemas de indiferencia e insuficiencia que puede tener dicho control judicial y concluyo con algunas reflexiones respecto al nivel de intensidad de control judicial que debiera desarrollarse en estos momentos respecto a ese tipo de decisiones.

Mi hipótesis de partida es que IA y humanos adoptan decisiones de forma distinta en el momento actual y que ello debería conducir a la limitación del uso de la primera, de acuerdo con el principio de precaución, en relación con el ejercicio de la discrecionalidad, en el que sólo debería cumplir funciones de apoyo al juicio volitivo humano. Además, el control judicial del uso de IA en el ejercicio de potestades administrativas en general no debe dar lugar a la deferencia —entendiendo ésta aquí como una modulación de su intensidad en función del contexto administrativo organizativo y procedimental y elementos democráticos y/o de *expertise* administrativa específica— si se busca una protección adecuada de los derechos de los ciudadanos, incluido el derecho a la buena administración, frente al uso de la IA. Por el contrario, ante el panorama actual que describiremos, los jueces y las juezas deben estar muy atentas a los posibles impactos del uso de la IA en los derechos de los ciudadanos, puesto que, si bien la IA puede redundar en una mejora de la gestión pública, también puede generar sistemas opresivos y con profundos impactos negativos, lo que exige un escrutinio judicial adecuado de la actuación administrativa.

2. HUMANOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: EMPATÍA E INFERENCIAS ABDUCTIVAS

2.1. IA y humanos

Las ventajas de la IA frente a nosotros los humanos parecen indudables: una capacidad de procesamiento mucho mayor (la memoria humana es mucho más limitada y se ve afectada por la fatiga), la capacidad de realizar predicciones mediante correlaciones, mayor eficacia, eficiencia y, por tanto, buena administración (COGLIANESE y LAI, 2022), la posibilidad de evitar los sesgos cognitivos de los humanos (PONCE, 2022b) y de acabar con el *ruido* humano, esto es la existencia de

decisiones distintas no queridas en condiciones similares (KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN, 2021). Asimismo, como elemento positivo añadido, el uso de la IA tiene la capacidad de generar nuevas ocupaciones laborales relacionadas.

Ahora bien, en todo caso no hay que olvidar los problemas que también puede generar la IA: desde la substitución de humanos en tareas privadas y públicas con el consiguiente desempleo (para el sector público, PASTOR, A. y NOGALES, P. 2019), pasando por el hecho de que las correlaciones generadas por la IA pueden dar lugar a errores y que dichas correlaciones tienen una tendencia *conservadora*, al primar el *statu quo*, puesto que se extraen predicciones de lo que ocurrió en el pasado, pero el pasado, y las personas, pueden cambiar. Los mencionados errores pueden existir también en la programación (*bugs*), que pueden tener un impacto a gran escala, afectando a muchas más personas que una decisión adoptada por un humano.

Por otro lado, no es cierto que la IA esté libre de sesgos (pues sesgos existen en los datos manejados para entrenar a la IA y para que esta decida o estadísticos). Ni siquiera de los sesgos cognitivos humanos, de los que es *infectada* por los humanos que interaccionan con los algoritmos y los datos, (PONCE, 2022), apareciendo sesgos como el de *confirmación*, por ejemplo, al seleccionar dichos datos (MARTÍNEZ, AGUDO y MATUTE, 2022).

Además, la IA produce un sesgo cognitivo humano específico y bien estudiado: el *sesgo de automatización*, por el que, en general, los humanos tendemos a confiar en lo que nos dicen los sistemas empleados y rara vez lo cuestionamos, lo que puede dar lugar a supuestos extremos como las llamadas *muertes por GPS*: personas pérdidas en el desierto que mueren por seguir a rajatabla las equivocadas indicaciones del navegador (BRIDLE, 2020).

Por otro lado, como es sabido, los sistemas de aprendizaje automático y profundo presentan el problema de las llamadas *cajas negras*. La complejidad de estos sistemas de toma de decisiones hace difícil explicar los pasos seguidos hasta la toma de la decisión final, lo que plantea cuestiones jurídicamente relevantes, relativas al control judicial del seguimiento del debido procedimiento, en términos de interdicción de la arbitrariedad (recogida en el art. 9.3 de la Constitución española), es decir la prohibición de decisiones irracionales o no motivadas, y también al respeto de una buena administración, de la que luego nos ocuparemos, esto es, el cumplimiento de la exigencia de decisiones fruto del respeto de la obligación jurídica de debido cuidado o debida diligencia en la toma de la decisión final, que debe haber considerado todos los factores relevantes y descartado los irrelevantes.

Ahora bien, siendo cierto todo ello, la limitación humana del uso de la IA se basa en algo mucho más profundo aún. La doctrina jurídica y normativa que se ocupan del tema mencionan los conceptos de dignidad humana y posible violación de derechos, como en este segundo caso hace el Reglamento de la Unión Europea de IA

aprobado por el Parlamento el 13 de marzo de 2024 (en adelante, RUEIA⁴), para justificar la “desconfianza” humana en la IA, debido, como dice su art. 14, a “...los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir cuando se utiliza un sistema de IA de alto riesgo conforme a su finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible, en particular cuando dichos riesgos persistan a pesar de la aplicación de otros requisitos establecidos en la presente sección”⁵.

2.2. Clases de IA, tipo de participación de la IA en la toma de decisiones administrativas y clase de potestad a ejercer: buena administración y discrecionalidad.

Para abordar el objeto de este estudio es necesario realizar algunas distinciones que serán importantes para extraer conclusiones. En concreto, es interesante utilizar una tríada de conceptos que, como veremos, se interrelacionan entre sí:

a) Según la clase de IA que se emplea: frente a la simbólica, que desarrolla inferencias deductivas (*Good Old Fashioned IA* o *GOFAD*), se sitúa la no simbólica, conexionista o basada en estadística (aprendizaje automático, aprendizaje profundo), que realiza inferencias inductivas.

b) Según el tipo de participación de la IA en la toma de la decisión administrativa formalizada: obviando ahora matices, la participación puede consistir en ser soporte y ayuda para la toma de una decisión administrativa humana, que será semiautomatizada, frente a una participación de la IA que supone la adopción de la decisión final que termina el procedimiento, esto es una decisión automatizada (para distinciones más detalladas, que creemos se pueden reconducir a estas dos variantes, véanse los seis tipos posibles de interacción entre humanos/as y máquina identificados por Ulrik Rohel y expuestos por MORAL, 2022).

c) Según la clase de potestades administrativas que se ejercen: que por lo que nos interesa aquí, la IA puede aplicarse al ejercicio de potestades regladas o discrecionales.

A continuación, vamos a analizar cómo se combinan estas tres perspectivas y que conclusiones podemos extraer de todo ello. Para ello, debemos partir de tres conceptos cruciales, uno técnico y los otros dos jurídicos: la IA, la buena administración y la discrecionalidad administrativa.

⁴ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)): [Textos aprobados - Reglamento de Inteligencia Artificial - Miércoles 13 de marzo de 2024 \(europa.eu\)](#)

⁵ Los sistemas de IA de alto riesgo vienen definidos en el art. 6 en combinación con los Anexos I y III del Reglamento.

a) Tipos de IA

La Comisión Europea se ha referido a que la expresión IA se usa para hablar de un grupo de tecnologías que están automatizadas, es decir, que pueden decidir por sí solas. Se trata de programas informáticos que son diseñados para resolver de forma autónoma. Son sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción, con cierto grado de autonomía, con el fin de alcanzar objetivos específicos⁶. Estos sistemas, basados en el uso de algoritmos y de datos masivos⁷, pueden consistir en un simple programa informático (por ejemplo, motores de búsqueda o sistemas de reconocimiento facial o de voz) pero también pueden estar incorporados en dispositivos *de hardware* (como robots o automóviles autónomos).

La IA incluiría tanto la IA basada en reglas (o simbólica, o determinista o *GOFAI*, *good old-fashioned AI*) en desarrollo desde los años 50 del pasado siglo hasta los 90 (por ejemplo, un programa básico del juego de ajedrez), basado en razonamientos lógicos del tipo de inferencia deductiva, basada en premisas que llevan a una conclusión (si a y b, entonces c), como la IA que con uso de la estadística para inferencias inductivas conduce a la AI de aprendizaje automático o profundo (*machine o deep learning*), un tipo de IA entrenada para absorber una gran cantidad de datos, encontrar patrones entre ellos y arrojar ciertas conclusiones basadas en el análisis.

Este segundo tipo de IA es capaz de proporcionar más conclusiones diferentes al captar más datos, mediante un entrenamiento y un *autoaprendizaje*, sea este supervisado (esto es con datos etiquetados por humanos, lo que puede ayudar a minimizar los errores) o no supervisado (o auto supervisado o por refuerzo). Este segundo tipo de IA (también llamado conexionista o subsimbólico) también incluiría el llamado aprendizaje profundo (*deep learning*), un tipo de IA con aprendizaje autónomo con modelos matemáticos de gran complejidad⁸.

Estos dos tipos de IA no tienen por qué considerarse separadamente: así, por ejemplo, un *chatbot* usa ambos tipos de IA⁹.

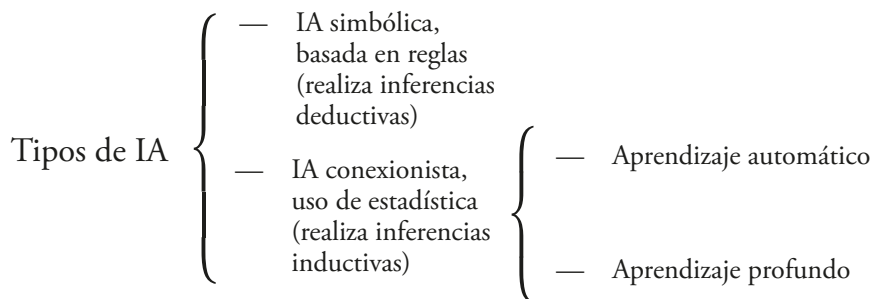
⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, *Inteligencia artificial para Europa* {SWD(2018) 137 final}: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52018DC0237>

⁷ Como es sabido, un algoritmo es una secuencia de operaciones y reglas, como una ecuación matemática, diseñada por una persona o grupo de personas para resolver un problema. Por su parte, los datos masivos, o *big data*, son ingentes cantidades de datos caracterizados por su volumen, variedad y velocidad, las llamadas tres v.

⁸ Comunicación citada en nota anterior.

⁹ El RUEIA define a los sistemas de IA como “un sistema basado en una máquina diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía, que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar información de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que puede influir en entornos físicos o virtuales” (art. 3. 1).

Lo dicho puede esquematizarse así:



b) Buena administración y discrecionalidad

Las últimas décadas han conocido una creciente relevancia de la buena administración, sobre la que ya existen numerosos estudios a nivel nacional e internacional y abundante jurisprudencia internacional, europea y española (PONCE, 2019b). A los limitados efectos de este análisis, simplemente queremos destacar que, como es sabido, el derecho a una buena administración puede hallarse en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y también en ordenamientos nacionales como el español (entre otros, para Italia, véase art. 97 de su Constitución), sea implícitamente en la Constitución española (como repetidamente ha sostenido el Tribunal Supremo), sea en diversos Estatutos de Autonomía aprobados en las últimas décadas, sea en legislación de procedimiento administrativo, régimen jurídico, contratación o acceso a la información y buen gobierno (PONCE, 2023b).

Referencias a la buena administración se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (que lo extrae del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, pese a no estar reconocido en éste explícitamente, PONCE y VILLORIA, 2020, 2021, 2022, 2023), del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en literalmente miles de sentencias desde 1955, en las que ha reconocido a la buena administración como una de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la Unión Europea) y también en los tribunales nacionales (HOFMANN, 2020).

Por ejemplo, en España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como dijimos, ha establecido la existencia de un derecho a una buena administración implícito en la Constitución española, en numerosas sentencias, por ejemplo, STS de 4 de noviembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:4117. Asimismo los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades autónomas hacen un uso frecuente de la buena administración en el control de las AAPP (PONCE, 2023b).

Un elemento relevante y propio de la buena administración, que actúa como principio y derecho, que la distingue y la aleja de ser un concepto paraguas sin substantividad propia, el cual destaca al analizar toda la normativa y la jurisprudencia aludidas, es el de que los cargos electos, los altos cargos y los empleados públicos en

cumplimiento de sus obligaciones de buen gobierno y buena administración deberán actuar con diligencia debida y debido cuidado, un elemento enfatizado hasta la saciedad por el TJUE y nuestro TS, lo que implica para las AAPP (PONCE, 2019b):

- actuar solo en ausencia de conflictos de intereses,
- con la información necesaria,
- teniendo en cuenta los factores relevantes y
- otorgando a cada uno de los mismos su debida importancia en la decisión, excluyendo de su consideración todo elemento irrelevante,
- motivando suficiente y congruentemente la misma en relación con la fundamentación existente en el expediente.

En definitiva, lo que supone la buena administración, pues, es un replanteamiento radical de la tradicional idea de discrecionalidad administrativa empleada en la doctrina y jurisprudencia española, como libertad de elección entre indiferentes jurídicos. La discrecionalidad administrativa en el siglo XXI no implica ni libertad ni indiferencia para el Derecho, sino la existencia de un poder entregado para ser ejercido con la debida diligencia y el debido cuidado en la toma en consideración de los elementos relevantes para adoptar la mejor decisión posible en servicio a los intereses generales. Como hemos expuesto con más detalle en otro momento, la discrecionalidad no puede ser arbitrariedad, como es sobradamente sabido, pero ello no es suficiente. Debe ser, además, buena administración (PONCE, 2016).

Sin embargo, conviene antes de seguir precisar el concepto de discrecionalidad administrativa que aquí se maneja, evitando darlo por supuesto. Cuando aquí hablamos de discrecionalidad administrativa nos referimos a todos aquellos casos en que las administraciones toman decisiones entre alternativas jurídicamente relevantes, bajo la obligación de debida diligencia y debido cuidado, disponiendo de un margen de apreciación para elegir lo más conveniente a los intereses generales. Ello supone la existencia de márgenes de apreciación a desarrollar por la Administración en base a criterios no jurídicos, sean estos de tipo político, económico, estético, técnico¹⁰, etc., incluyendo, por tanto, la determinación de ciertos conceptos jurídicos indeterminados con un componente valorativo. Se trata en todos estos supuestos de ámbitos, como señala Bacigalupo, en los que estamos ante la adopción administrativa de “una

¹⁰ Incluyendo por tanto la escurridiza noción de discrecionalidad técnica, que entendemos, siguiendo a LAGUNA DE PAZ (2017), como la existencia de un margen de apreciación que el uso de la técnica no elimina, pues “existe un margen de apreciación que no puede ser controlado con arreglo a criterios jurídicos, ni con la realización de pruebas o la solicitud de otros informes, que —por regla general— no añadirían mayor certeza al análisis, sino que simplemente ofrecerían una valoración alternativa. A este respecto, no puede dejar de reconocerse que las respuestas que ofrece la técnica no siempre son unívocas. La solución puede variar en función del método aplicado o, en último término, de la escuela de pensamiento a la que se adscriba su autor, sin que exista un consenso científico que permita reputar unos u otros resultados como equivocados. Esto explica que el juez deba respetar el inevitable margen de discrepancia que existe en todos los sectores de saber, siempre que la solución técnica, aunque discutible, resulte aceptable para un porcentaje significativo de la comunidad científica de que se trate”.

decisión volitiva que en modo alguno emana de un juicio meramente cognitivo” (BACIGALUPO, 2023, 150).

2.3. La IA simbólica o de reglas preprogramadas: el problema jurídico de la rigidificación (*fettering*) de la discrecionalidad.

El correcto ejercicio de la discrecionalidad de acuerdo con la buena administración exige, pues, aplicarla a cada caso en función de las circunstancias específicas del mismo, no siendo posible su cristalización de antemano en decisiones ya pre adoptadas, lo que en el ámbito angloamericano se denomina *fettering*, debiendo el decisor administrativo cumplir la obligación de tener en cuenta las circunstancias del caso¹¹, obligación jurídica que diversos ordenamientos jurídicos destacan, especialmente los de aquellos países donde la visión de la discrecionalidad no es esencialmente negativa, probablemente por no haber experimentado períodos prolongados de autoritarismo político ni dictaduras y haber contado con regímenes democráticos durante siglos¹².

CRAIG (2021) señala al respecto que el principio general en Derecho británico es que un organismo público dotado de poderes discrecionales concedidos por ley no puede adoptar una política o norma que le permita resolver un caso sin ninguna consideración de los méritos del solicitante individual. La línea de autoridad dominante permite al organismo aplicar su norma, siempre que se conceda al individuo la oportunidad de impugnar su aplicación al caso concreto. La política debe ser legítima dado el marco legal en el que se ejerce la discrecionalidad. Debe basarse en consideraciones pertinentes y no perseguir fines indebidos. Estos controles son necesarios ya que, de lo contrario, una autoridad pública podría eludir las limitaciones normales al ejercicio de la discrecionalidad mediante la elaboración de políticas generales. Sin embargo, señala CRAIG también existe un principio de coherencia, que crea la presunción de que un organismo público seguirá su propia política. Si pretende apartarse de esa política, debe haber buenas razones para ello y éstas deben comunicarse al solicitante.

¹¹ “Where a decision maker has a discretionary power, he should take individual circumstances into account when exercising it, they should make each decision on its merits rather than taking a one size fits all approach, and they should be prepared to depart from policies or guidelines where appropriate. Otherwise they may have acted illegally by fettering their discretion. This will particularly be where decisions involve human right issues, with a balance of rights and interests, and thus necessarily require discretionary powers to be exercised with due consideration” (COBBE, 2018)

¹² Existe, por ejemplo, en el *Common Law* un deber de la Administración de ejercer su discrecionalidad previo análisis específico del supuesto concreto. Este deber ha sido afirmado en distintas ocasiones por la jurisprudencia, la cual ha declarado gráficamente en el caso *British Oxygen v. Board of Trade* que “*the general rule is that anyone who has to exercise a statutory discretion must not “shut his ears” to an application*”, afirmando la necesidad de un análisis administrativo de las circunstancias del caso antes de adoptar la decisión discrecional. Un análisis de estos casos con cita específica de la jurisprudencia y de la doctrina de diversos países, también de la tradición del *Civil Law*, puede hallarse en PONCE, 2001.

Estos preceptos doctrinales expuestos pueden resultar problemáticos cuando las decisiones se toman mediante sistemas de inteligencia artificial en la opinión de CRAIG. Esto se debe a que dichos sistemas suelen estar orientados a la uniformidad de los resultados, en lugar de tener en cuenta consideraciones específicas de cada caso concreto. Esto es especialmente cierto cuando un organismo público se basa exclusiva o irreflexivamente en un algoritmo a la hora de ejercer su poder discrecional¹³.

En la misma línea se pronuncia PILVING a propósito de una iniciativa legislativa que tuvo entrada a mediados de 2022 en el Parlamento estonio (PILVING, 2023). El proyecto de ley permitiría excepcionalmente el ejercicio de potestades discrecionales mediante ley específica o en el caso en que la discrecionalidad pueda especificarse de forma adecuada en una directriz administrativa interna, un instrumento de *soft law*, que parametrizaría la discrecionalidad.

Para este autor, esta estrategia “puede parecer problemática y conducir a deficiencias en el uso de la discrecionalidad”, dado que “las autoridades disponen de potestades discrecionales precisamente porque la naturaleza de muchas funciones públicas exige un juicio humano que no puede programarse de antemano y que las máquinas no pueden substituir”, por lo que la solución diseñada por la máquina sólo puede ser “provisional y condicional: la autoridad debe tener la posibilidad y el deber de desviarse de la propuesta basada en el algoritmo siempre que ello parezca justo y necesario a la luz de circunstancias no consideradas en la fase en que se elaboró el algoritmo sobre la base de las directrices”.

Puede existir aquí una controversia basada en diversas tradiciones jurídicas y maneras de afrontar la discrecionalidad. Así, en el caso continental europeo, incluyendo a España, dado que la discrecionalidad es vista con desconfianza, debido a la historia autoritaria preexistente en diversos casos, a la *path dependency* y a la consecuente cultura política y administrativa existente cabría afirmar que la obsesión es eliminar la discrecionalidad, mediante instrucciones, circulares, protocolos, directrices, etc., mientras que, en cambio en el caso británico, los jueces son muy conscientes del valor positivo de la discrecionalidad en la gestión pública y no permiten su eliminación: así lo sostuvo, precisamente GIANNINI en 1965 en la presentación a la traducción al italiano del libro de WADE sobre Derecho administrativo inglés, como destaca DELLA CANANEA (2022).

Quizás el enfoque de GIANNINI era algo excesivo, por cuanto los jueces franceses y de otros países de la Europa continental también protegen la discrecionalidad, aunque no utilicen la doctrina británica del *fettering*. Incluso en el caso español, donde este tipo de reflexiones son inexistentes aún, en conexión con un análisis de la discrecionalidad que ha sido históricamente limitado, podemos encontrar algún caso judicial. Así, por ejemplo, cabe citar la STS de 28 de octubre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4576, por la que se anula la Disp. Adicional Segunda del Real Decreto 177/2014, por el que se regula el sistema de precios de referencia y agrupa-

¹³ CRAIG, 2021, párrafo 10-025.

ciones homogéneas de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud. Tal anulación deriva de que el reglamento fija un procedimiento de revisión de los precios de comercialización de determinadas presentaciones de los medicamentos que, en contra de lo establecido legalmente que implicaba otorgamiento de discrecionalidad administrativa, se articula por el Real Decreto como una decisión meramente aritmética que se adoptará de forma automática en función de un único parámetro que se crea.

En todo caso, esta obligación de respeto del ejercicio individualizado de la discrecionalidad, que en el sistema español se desprende sin esfuerzo del deber de diligencia debida o debido cuidado asociado al derecho a una buena administración citado, impediría una eliminación completa de la discrecionalidad prefigurándola rígidamente mediante su parametrización previa sin análisis del caso concreto.

2.4. La IA basada en estadística: el problema jurídico de la falta de empatía humana y de ausencia de capacidad de realizar inferencias abductivas.

2.4.1. Empatía humana

Las máquinas carecen de empatía (aunque puedan imitarla), por lo tanto, no pueden adoptar buenas decisiones en aquellos casos en que exista un margen de valoración administrativo, manteniendo el debido respeto al derecho a una buena administración de los ciudadanos.

Efectivamente, las máquinas carecen de empatía, un factor relevante en las relaciones entre seres humanos, que se vincula con su dignidad y su personalidad (art. 10.1 CE). Podemos definir la empatía, un concepto muy poco conocido entre nosotros en el ámbito jurídico a diferencia de otros países, muy básicamente como un componente cognitivo humano que permite comprender a los demás, incluyendo sus dificultades, vulnerabilidades y problemas, y adaptar nuestro comportamiento de forma correspondiente. Se trata del sentimiento de identificación con algo o alguien y la capacidad de identificarse con alguien y compartir sus sentimientos¹⁴. De hecho, formar parte de la humanidad implica una sensibilidad, una compasión por las desgracias de otras personas, pues es humano aquél que es comprensivo, sensible a los infortunios ajenos, como señala el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española¹⁵.

¹⁴ La bibliografía sobre empatía es enorme. Desde una perspectiva divulgativa pero completa, puede verse MATTHIEU, 2016.

¹⁵ Éste define a la empatía como el “sentimiento de identificación con algo o alguien” y como la “capacidad de identificarse con alguien y compartir sus sentimientos”. Asimismo, incluye en una de las entradas de la palabra humanidad la siguiente: “sensibilidad, compasión por las desgracias de otras personas”. A su vez, la palabra humano/a es definida en una de sus entradas como “comprensivo, sensible a los infortunios ajenos”.

Obviamente, no todos los humanos tienen el mismo nivel de empatía, pero casi todos tienen la capacidad no sólo de tenerla sino de entrenarla. Decimos casi todos porque, precisamente, un rasgo que caracteriza a los psicópatas, que serían un 1 por cien de la población, sería la falta de esta (lo que no significa que no la puedan imitar, para manipular a otros seres humanos en su favor). Estamos frente a una enfermedad grave y peligrosa, pese a intentos de configurarla como una ventaja evolutiva (!) (PULLMAN, REFAIE, LALUMIÈRE y KRUPP, 2021), en vez de como lo que es: un trastorno grave de la personalidad, denominado por el DSM-5 trastorno de la personalidad antisocial¹⁶.

Por otro lado, no cabe confundir la empatía con la simpatía o con la compasión: la primera incluye sentimientos similares a los que siente el otro, pero no sentimientos por lo que siente esa otra persona. La empatía es un primer paso que puede o no conducir a la simpatía y la compasión o bien a un contagio emocional que puede ser de angustia orientado no al otro, sino a uno mismo. En consecuencia, no cabe asimilar a la empatía con una emoción que va a conducir en el ámbito jurídico a la adopción de decisiones parciales y no objetivas, algo que normalmente viene a la mente de forma rápida: bien al contrario, va a ser esa empatía, esa capacidad de considerar perspectivas distintas la que nos llevará a la imparcialidad y a la objetividad ponderando todos los factores.

Pues bien, los sistemas algorítmicos y la IA no tienen empatía. Los medios de comunicación acostumbran a utilizar un lenguaje metafórico, *humanizando* a las máquinas, y así, por ejemplo, han dado noticia de *Norman*, un sistema, que, entrenado con datos específicamente negativos, al cual se le ha denominado el primer sistema de IA psicópata¹⁷.

No somos partidarios de usar ese lenguaje metafórico con las máquinas, pero si seguimos ahora el juego, en realidad los medios de comunicación creemos que erraron completamente: *Norman* no era el primer sistema de IA psicópata, por la sencilla razón de que *todos ellos han sido, son y, en principio, luego diremos algo más al respecto, serán psicópatas*. Todos carecen de empatía, no pueden comprender ni ponerse en el lugar de un ser humano, porque las máquinas no enferman, envejecen o mueren; no sufren y por tanto no pueden empatizar con un ser humano, si bien pueden imitar la empatía (como los humanos psicópatas), lo cual si cabe es todavía más escalofriante y puede conducir a manipulaciones de los humanos...

En ese sentido, es destacable el análisis de WEIZENBAUM, científico y programador del MIT (*Massachusetts Institute of Technology*), de origen alemán, que, como es sabido, diseñó en 1966 el primer *chatbot* de la historia, a quien bautizó como Eliza, en honor del personaje de la obra *Pigmalión* de George Bernard Shaw. Eliza fue diseñada y programada para actuar como un terapeuta rogeriano, entrando en comuni-

¹⁶ El DSM-5 es el *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, editado por la *American Psychiatric Association*.

¹⁷ La BBC, por ejemplo, habla de algoritmo psicópata. Véase [Así funciona “la mente” de Norman, el algoritmo psicópata del MIT que solo ve lo más tenebroso de la red - BBC News Mundo](#)

cación con las personas mediante preguntas y respuestas, que se realizaban mediante un teclado. Weizenbaum descubrió que las personas, incluidas su secretaria, pasaban a confiar en el programa, al que humanizaban y en el que confiaban, dando lugar al llamado *efecto Eliza*¹⁸. En 1976 Weizenbaum publicó un relevante libro, traducido al español, en el que alertaba sobre el peligro de atribuir tareas que exigían auténtica empatía humana a sistemas algorítmicos, aludiendo entre ellas a algunas tales como la de juez o jueza u oficial de policía¹⁹.

Mucho más recientemente se ha cuestionado la utilización de la automatización total en relación con la IA y las armas, aludiendo al riesgo de deshumanización de la guerra (TRUMBULL, 2020). Asimismo, en el ámbito del Derecho mercantil, CHAMORRO en España ha señalado como la sustitución de las decisiones de los administradores en las sociedades de capital por decisiones adoptadas por máquinas no es “conveniente”, puesto que la IA “carece del sentido común y las emociones que caracterizan a los humanos” (CHAMORRO, 2020).

Pasando de estas reflexiones generales y jurídicas del ámbito privado al ámbito del Derecho administrativo y de la gestión pública, hay que destacar que, en diversos países, la literatura ha insistido en la importancia de la empatía, un valor del servicio público y un elemento a considerar en la elaboración y aplicación del Derecho²⁰, que cristaliza, por ejemplo, en el principio jurídico de equidad, que “habrá de ponderarse en la aplicación de las normas”, como manda el art. 3 del Código Civil español, principio cuya importancia ha sido destacada por ejemplo por NIETO (NIETO, 2021, NIETO y SÁNCHEZ, 2022).

De hecho, la empatía debe entenderse ínsita en el principio y derecho de buena administración ya mencionado, por cuanto, como es sabido, la buena administración exige la debida diligencia y debido cuidado en la toma en consideración de todos los factores relevantes antes de adoptar una decisión administrativa y, sin duda, la situación concreta de la persona que se relaciona jurídicamente con la Administración (por ejemplo, su vulnerabilidad por pobreza, discapacidad, dificultades vitales, errores humanos...) es un factor relevante a tomar en cuenta.

Así lo destacan tanto el Consejo de Europa como el *ombudsman* federal belga, por ejemplo. En el primer caso, el Consejo de Europa destaca su relevancia, porque nos lleva a comprender los intereses, las necesidades y los puntos de vista de los demás. La empatía es un importante determinante del comportamiento moral y un elemento

¹⁸ Del que, por cierto, en 2022 hemos tenido un nuevo ejemplo con la IA LaMDA desarrollada por Google, un sistema mucho más sofisticado. LaMDA es el acrónimo en inglés de Modelo de Lenguaje para Aplicaciones de Diálogo. En 2022 un ingeniero de Google, Blake Lemoine, padeció el efecto Eliza, al afirmar que LaMDA era un ser consciente y sintiente, al que incluso proveyó de ayuda legal mediante un abogado. Puede consultarse “The Google engineer who thinks the company’s AI has come to life”, *The Washington Post*, 11 de junio de 2022.

¹⁹ WEIZENBAUM, J. (1976) traducido al español un año más tarde con el título *La frontera entre el ordenador y la mente*, Ed. Pirámide, S.A. Madrid. 1977.

²⁰ RANCHORDAS, S. (2022).

necesario para construir comunidades morales²¹. En el segundo caso, el ombudsman belga afirma con rotundidad que la empatía es la clave en la base de una prestación de buenos servicios públicos y una condición necesaria para un servicio público humano que se adapta a la situación individual de cada ciudadano. Favorece los cambios de perspectiva, determina la forma en que miramos a una persona o a un grupo, y tiene un gran impacto en la forma en que percibimos y respondemos a los demás y a los acontecimientos de la vida (MÉDIATEUR FÉDÉRAL, 2021).

Para adoptar buenas decisiones (también administrativas) hace falta racionalidad, pero no sólo, como ha destacado el neurocientífico portugués que investiga en los EE. UU. Antonio DAMASIO, por ejemplo, en su conocido libro *El error de Descartes* (DAMASIO, 1994). En el ámbito jurídico, como en otros ámbitos profesionales, persiste la creencia arraigada, heredera de la Ilustración, de que una buena decisión no debe incorporar ni emociones ni sentimientos, sino que ha de usar, simplemente, la *fría racionalidad*. Sin embargo, los estudios neurocientíficos de las últimas décadas nos demuestran que ese es un concepto burdo y anticuado: somos seres sintientes y emocionales que, por ello y gracias a ello, toman decisiones racionales. Parece como si la naturaleza hubiese construido el aparato de la racionalidad desde y con el cuerpo. Usar la *fría racionalidad* conduce, en realidad, a malas decisiones (sobre el papel de las emociones en el correcto desempeño de la actividad administrativa por sus agentes y la necesidad de combinar la objetividad con la subjetividad, VAQUER, 2023, 41).

En este sentido, es muy destacable el trabajo de los profesores brasileños de Derecho REIS DE ALBURQUERQUE Y DE BRITO MACHADO SEGUNDO (2023), quienes han puesto de relieve como en la toma de decisiones razón y emociones, cuerpo y mente se entrelazan en los humanos, algo que la IA está lejos de conseguir, si lo consigue algún día.

En definitiva, la adopción de buenas decisiones en el ámbito administrativo exige respetar el derecho a una buena administración. Éste implica la obligación jurídica de tomar en cuenta los factores relevantes antes de decidir. Entre ellos se encuentra el poder conocer la situación de las personas que se relacionan con la Administración, entenderla y obrar en consecuencia, aplicando la equidad si fuera preciso, en garantía del procedimiento administrativo debido, de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad.

Nada de todo eso pueden hacer, hoy en día, y está por ver si lo logran alguna vez²², los sistemas algorítmicos y la IA. En consecuencia, esa falta de empatía de las

²¹ <https://www.coe.int/fr/web/digital-citizenship-education/ethics-and-empathy>

²² ¿Podrían adquirir empatía real en el futuro las máquinas y por tanto replantearnos algunas de las reflexiones que vamos a efectuar aquí? En un interesante artículo en coautoría con Man, aparecido en 2019 en *Nature* (MAN, K.; DAMASIO, A. (2019) y en su libro *Sentir y Saber* (2021, Destino), Damasio no cierra la puerta a ello: propone trabajar en la línea de otorgar a las máquinas un sentido de supervivencia, simulando en ellas una propiedad biológica de los humanos, la de la homeostasis, esto es, la capacidad de los organismos de permanecer en unas condiciones aceptables para la vida (por ejemplo, temperatura). Si fuéramos capaces de dotar a las máquinas de un sentido de vulnerabilidad y de un comportamiento auto conservador, mediante unos sensores que les enseñen qué factores ocupan un papel

máquinas es la que las hace inadecuadas para adoptar decisiones administrativas totalmente automatizadas que afectan a seres humanos.

2.4.2. *Inferencias abductivas*

Además de emplear racionalidad y emociones, adoptar buenas decisiones (administrativas) significa pensar como lo hacen los humanos. Las máquinas no deciden como nosotros, que utilizamos inferencias denominadas abductivas, teorizadas por PIERCE en el siglo XIX, capaces de formular conjeturas e integrar el sentido común en un mundo cambiante (BRENT, 1993, 349).

Las máquinas realizan inferencias deductivas (IA basada en reglas) o inductivas (IA estadística) pero no inferencias abductivas. Las máquinas, a diferencia de nosotros no pueden realizar conjeturas vinculadas a una comprensión global del mundo y a las experiencias vividas, con sentido común, mediante este tipo de inferencias que, de acuerdo con Larson, “impregnan nuestra cultura” y “son en un sentido amplio lo que nos convierte en humanos. Es posible que el sueño de una IA capture algún día esos saltos de manera automática, pero mientras tanto deberíamos admitir que la verdad es que no sabemos cómo mecanizar nuestra experiencia” (LARSON, 2022, p. 226).

Esta imposibilidad de las máquinas de realizar abducciones puede tener conexión con su falta de empatía, ya señalada antes, puesto que como se ha dicho (la traducción es nuestra): “La abducción requiere la capacidad de considerar un punto de vista singular implicado en el razonamiento. En otras palabras, el modelo abductivo presupone una forma de empatía. (...) La empatía es, por tanto, uno de los motores cognitivos cruciales del sistema abductivo. Sin empatía, el razonamiento abductivo es imposible” (HUYS, 2018).

2.5. **Derecho a una buena administración: *audi alteram parte*, participación y motivación.**

Una regla clásica del Estado de Derecho, que forma parte del derecho a una buena administración (por ejemplo, art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), como es sabido, es la imposibilidad de adoptar decisiones que afecten a una persona sin escuchar a ésta antes y considerar sus aportaciones (en Derecho español, art. 82 LPAC). Ello impide automatizar totalmente la toma de decisiones, puesto que exige una previa intervención humana en el procedimiento administrativo de adopción de la decisión que considere diligentemente, de acuerdo con la

en su propia supervivencia (cables conectados, cantidad adecuada de electricidad...), se sostiene, ello podría conducir a generar sentimientos (inquietud, satisfacción...) y de ahí, quizás, llegar a la empatía.

En todo caso, se trata de una hipótesis. El presente estudio elaborado en 2023 se basa en la situación existente en estos momentos, que no parece vaya a cambiar ni a corto ni a medio plazo.

buena administración, las alegaciones del afectado. Además, en caso de existencia de información pública en la toma de la decisión, “quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada” (art. 83 LPAC), por lo que la automatización total de todas las fases de la decisión no es posible jurídicamente.

Por otro lado, exigencias de racionalidad, buena administración y transparencia explican la necesidad de motivar las decisiones administrativas, incluidas las adoptadas con IA (art. 9.3 CE prohibiendo la arbitrariedad, art. 35 LPAC). Ahora, el art. 86 RUEIA, titulado “derecho a explicación de decisiones tomadas individualmente” señala, por su parte, que toda persona que se vea afectada por una decisión que se adopte basándose en los resultados de un sistema de IA de alto riesgo que figure en el anexo III, con excepción de los sistemas enumerados en su punto 2, y que produzca efectos jurídicos o le afecte considerablemente del mismo modo, de manera que considere que tiene un efecto perjudicial para su salud, su seguridad o sus derechos fundamentales, tendrá derecho a obtener del responsable del despliegue explicaciones claras y significativas acerca del papel que el sistema de IA ha tenido en el proceso de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada.

Sin embargo, las decisiones discrecionales que pudieran adoptarse con IA estadística (aprendizaje automático o profundo) no podrían ser justificadas conforme a hechos, fundamentos de derecho y criterio de oportunidad manejado, al encontrarnos ante cajas negras. Si esta es la situación actual, debería concluirse entonces que si se pretendiera adoptar decisiones administrativas discrecionales mediante sistemas que no pueden justificarlas (más allá de la explanabilidad del funcionamiento del propio sistema, esto es ofreciendo razones basadas en criterios no jurídicos) tal pretensión resultaría en decisiones arbitrarias contrarias al ordenamiento jurídico vigente. En definitiva, no es posible emplear por las Administraciones sistemas que no permitan motivar sus decisiones.

2.6. Consecuencias de la imposibilidad de eliminar totalmente la discrecionalidad, de la falta de empatía, de la incapacidad de abducción de la IA, de la audiencia y participación y de la motivación en el ámbito administrativo.

En resumen, el uso de sistemas algorítmicos e IA para adoptar decisiones administrativas discrecionales de forma totalmente automatizada puede presentar problemas en relación con el adecuado uso de la discrecionalidad administrativa en un Estado de Derecho y violar el derecho a una buena administración, en nuestra opinión, frente a cualificadas opiniones que no ven mayor problema en ello (por ejemplo, GAMERO, 2023 o HUERGO, 2023²³), debido a las razones expuestas.

²³ GAMERO, 2023, sostiene en la pág. 450: “En mi opinión, fuera de los ámbitos expresamente vetados por el Derecho positivo no existe una objeción de carácter dogmático que impida adoptar

McCANN, quien se muestra en contra del uso de IA para adoptar decisiones discrecionales, añade una interesante consideración complementaria en contra del mismo: el ejercicio por máquinas de la discrecionalidad conllevaría el desplazamiento del compromiso moral humano que el ejercicio de la misma debe conllevar, de tal manera que los servidores públicos tendrían la (muy humana) tentación de escudarse tras las decisiones maquinales, no afrontando su responsabilidad última por ellas (McCANN, 2023).

Por consiguiente, la IA para el ejercicio totalmente automatizado de potestades administrativas discrecionales (esto es, todos aquellos casos en que exista un margen de valoración) debería quedar, en principio, descartada (y prohibida legalmente de forma expresa), en aplicación del principio/derecho de buena administración, en conexión además con el principio de precaución relacionado con el uso de IA (SOM, C., HILTY, L.M and KÖHLER, A.R. 2009, PONCE, 2022c), salvo decisión legal expresa distinta, que deberá justificar la ausencia del violación del principio constitucional de buena administración.

Por tanto, el uso de IA para una total automatización debería quedar restringida al ejercicio de potestades regladas y aún en estas no será posible una automatización total si hay obligación de apertura de trámite de audiencia.

Eso sí, en todos los casos puede emplearse la IA como apoyo a la final decisión administrativa humana.

Todo lo expuesto respecto a las decisiones administrativas discrecionales automatizadas conduce, entonces, al uso de dos vías (la reserva de humanidad y la supervisión humana), que debemos entender basadas en el principio de precaución aplicado al uso de la AI en el ejercicio de potestades administrativas, para limitarla y vigilarla en aquellos ámbitos que una sociedad considere especialmente sensibles, dadas las limitaciones intrínsecas de la tecnología ya expuestas. Veamos ahora ya brevemente, a la luz de todo lo antedicho, estos dos conceptos.

decisiones automatizadas en ejercicio de potestades administrativas discrecionales. Con arreglo a los postulados que regentan la cuestión –no solo clásicos, sino unívocos, por lo que resulta innecesaria su cita–, la discrecionalidad concede a la Administración un margen de apreciación para adaptarse a las circunstancias del caso concreto. Es perfectamente defendible que esa adaptación a las circunstancias tenga lugar mediante el desarrollo de un sistema algorítmico, de decisión automatizada y, finalmente, de IA, si las circunstancias concurrentes y la parametrización del sistema determinan que ese sea el mejor modo de ejercer la discrecionalidad en un concreto ámbito”. Por su parte, HUERGO, 2023, 49 y 58, tampoco ve problema alguno, afirmando que la IA conexionista basada en la estadística “influye” en el contenido de la decisión y tiene sentido “en decisiones...en las que la Administración tiene un margen de discrecionalidad o bien hay conceptos legales indeterminados...”, siendo su uso “posible”, pues “Teóricamente sí” puede emplearse donde exista discrecionalidad administrativa.

3. EN DEFINITIVA: RESERVA DE HUMANIDAD

En cuanto al concepto de reserva de humanidad, se trata de la decisión humana de excluir el uso de la IA de ciertos ámbitos porque se considera inadecuado el uso de ésta de acuerdo con el Estado de Derecho de conformidad con todo lo expuesto anteriormente²⁴.

La idea de reserva de humanidad es comparable a la idea de reserva del ejercicio de potestades para los funcionarios de carrera²⁵. En este contexto, se considera por el legislador que las potestades administrativas sólo deben ser ejercidas por empleados públicos que, debido a su relación estatutaria con la Administración, la cual protege su imparcialidad y objetividad y les ofrece resistencia a presiones políticas o de grupos de presión privados, están en la situación adecuada para el buen servicio a los intereses generales.

Pues bien, en el ámbito de la IA, un fundamento similar creemos que se encuentra implícitamente en las normas jurídicas que ya requieren que sólo sean humanos los que tomen ciertas decisiones (impidiendo pues, decisiones administrativas completamente automatizadas) debido a diversas razones, entre las que se encuentran las limitaciones que hemos expuesto con detalle en el epígrafe anterior.

Así, el art. 22 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (en adelante, RGPD²⁶) configura, de hecho, una reserva de humanidad como

²⁴ La expresión Reserva de Humanidad fue escuchada por mí por primera vez en boca de la profesora Silvia Díez en el marco de las conversaciones sostenidas en uno de los Seminarios de Teoría y Metodología del Derecho que son organizados cada seis meses desde hace más de diez años. Introducida en el ámbito de la IA en España en 2019 (PONCE, 2019), la expresión española ha conocido fortuna más allá de nuestras fronteras (GALLONE, 2023).

²⁵ Reserva prevista en España, como es sabido, en el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

²⁶ “Artículo 22

Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles

1. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.

2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión:

a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento;

b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o

c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.

3. En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

principio, que puede ser excepcionado en diversos casos, como es sabido, entre los que se encuentra que una norma específicamente prevea y regule el uso de la IA. Norma que en el ámbito español entendemos que debería ser una norma con rango de ley aprobada por los representantes democráticamente elegidos, no un simple reglamento, por aplicación del art. 18.4 de la Constitución española (“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”). No consideramos que la reserva de ley deba ser entendida como una habilitación específica para cada uso de la IA en el sector público (en la misma línea, TORCHIA, 115), sino como una reserva de ley relativa (similar a la que establece la Constitución española para el ejercicio de la potestad organizativa, que no supone necesidad de una ley en la creación de cada órgano concreto²⁷).

En definitiva, y por lo que se refiere al papel de la ley en el ámbito de las decisiones automatizadas, podríamos, decir, parafraseando la conocida expresión acuñada en la Revolución norteamericana: *No Automation Without Representation*. Reserva de ley que impone una regulación marco con rango de ley con la suficiente densidad, evitando remisiones en blanco a reglamentos, que establezca los límites (incluyendo la posible reserva de humanidad que aquí se propugna respecto a la total automatización de la discrecionalidad), el procedimiento, la competencia y los límites en relación con el uso de la IA.

En cuanto a las regulaciones nacionales referidas a esa reserva de humanidad, diversas leyes prohíben ya hoy en día el uso de IA, salvo que se trate del ejercicio de potestades regladas. Así, la legislación alemana (*Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG, § 35^a Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes*, la traducción es nuestra): “Un acto administrativo puede dictarse de forma totalmente automática, siempre que así lo permita la ley y que no exista ni discrecionalidad ni margen de apreciación”, o catalana, ley 26/2010, art. 44.2: “Sólo son susceptibles de actuación administrativa automatizada los actos que puedan adoptarse con una programación basada en criterios y parámetros objetivos”. En la misma línea en España, si bien con mayor flexibilidad, y sin referencia específica a autorización por norma con rango de ley, aludido en el art. 18 de la Constitución española ya mencionado) se sitúa el art. XVIII.6.d de la Carta española de derechos digitales, norma de *soft law* aprobada en 2021 por el gobierno español (“Que la adopción de decisiones discrecionales quede reservada a personas, salvo que normativamente se prevea la adopción de decisiones automatizadas con garantías adecuadas”)²⁸.

4. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, salvo que se aplique el artículo 9, apartado 2, letra a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado”.

²⁷ Art. 103.2 CE: “Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley”

²⁸ [140721-Carta Derechos Digitales RedEs.pdf \(lamoncloa.gob.es\)](#)

La lógica detrás de estas regulaciones, creemos, debe hallarse en las ya mencionadas limitaciones intrínsecas de la IA en relación la discrecionalidad, esto es, cuando exista un margen de apreciación, una necesaria elección basada en elementos no jurídicamente predeterminados que incorporan una valoración, un juicio volitivo, que debe basarse con la empatía y la sabiduría humanas, por decirlo en los términos ya referidos de Weizenbaum²⁹. En este sentido, creemos que la legislación estatal debería incorporar un límite semejante, por ejemplo, en el actual art. 41 LRJSP. Cuestión diferente es la aplicación automatizada de potestades regladas sin ningún tipo de margen de apreciación o el uso como apoyo de la IA en la adopción de decisiones discrecionales por humanos, posibles jurídicamente.

En el nivel europeo, el RUEIA, en su art. 5, toma la decisión de excluir diversos supuestos del uso de la IA, entre ellos, salvo autorización específica, ciertos sistemas de identificación biométrica, pero no utiliza la distinción reglado-discrecional para prohibir el ejercicio totalmente automatizado de potestades administrativas discrecionales ni siquiera en los supuestos de alto riesgo de uso de la IA por administraciones, supuestos en los que creemos que debería evitarse que una máquina adopte decisiones que incidan en personas, por los motivos expuestos.

4. VIGILANCIA HUMANA DE LA IA: THE HUMAN IN THE LOOP

Una segunda técnica reguladora para controlar la IA, menos drástica, es permitir su uso, si bien sometido a supervisión o vigilancia humana.

En esta línea se sitúan el mencionado art. 22 RGPD (en caso de que se excepcione la reserva de humanidad), así como también la Carta española de derechos digitales en su art. XXV.2 y 3 (cuando no se aplique la reserva de humanidad para la discrecionalidad, esto es en potestades regladas o en discrecionales donde exista norma permitiendo el uso de IA) y legislación española, como el ya citado art. 41.2 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, por ejemplo.

En las Directrices éticas para una IA fiable, de 2019, elaboradas por el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre IA creado por la Comisión Europea se desarrollaron siete principios éticos no vinculantes para la IA, que tienen por objeto contribuir a garantizar la fiabilidad y el fundamento ético de la IA, entre ellos el de acción y supervisión humanas. De acuerdo con las directrices del Grupo de Expertos, por «acción y supervisión humanas» se entiende que los sistemas de IA se desarrollan y utilizan como herramienta al servicio de las personas, que respeta la dignidad humana y la autonomía personal, y que funciona de manera que pueda ser controlada y vigilada adecuadamente por seres humanos (véase ahora el Considerando 27 del RUEIA).

En aplicación de lo expuesto, el ya citado art. 14 del RUEIA se refiere ahora precisamente a esta cuestión, bajo el título “Vigilancia humana” y respecto, eso sí,

²⁹ Sobre esta cuestión, tempranamente, el clásico trabajo de MARTÍN DELGADO, I (2009)

sólo a los usos de IA calificados como de alto riesgo (los detallados en el art. 6, en conexión con los Anexos I y III), no existiendo dicha obligación jurídica de vigilancia, pues, en caso de inexistencia de ese tipo de riesgo³⁰. Las líneas maestras de este precepto del RUEIA, que hay que interpretar sistemáticamente con otros, son las siguientes:

Para qué se vigila a los sistemas de IA de alto riesgo:

El objetivo de la vigilancia humana será prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir cuando se utiliza un sistema de IA de alto riesgo conforme a su finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible³¹, en particular cuando dichos riesgos persistan a pesar de la aplicación de otros requisitos establecidos en el RUEIA.

Quien vigila:

— La vigilancia debe llevarse a cabo por el responsable del despliegue, bajo las indicaciones del proveedor.

El primero es definido en el art. 3.4 RUEIA como una persona física o jurídica o autoridad, órgano u organismo de otra índole públicos que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad, salvo cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional. Por su parte, el art. 3. define al proveedor como una persona física o jurídica o autoridad, órgano u organismo de otra índole públicos que desarrolle un sistema de IA o un modelo de IA de uso general o para el que se desarrolle un sistema de IA o un modelo de IA de uso general y lo introduzca en el mercado o ponga en servicio el sistema de IA con su propio nombre o marca comercial, previo pago o gratuitamente.

Si bien quien debe supervisar es quien usa el sistema, el responsable del despliegue, el proveedor tiene determinadas obligaciones jurídicas al respecto también. Así, los sistemas de IA deben ser diseñados y desarrollados de modo que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante su período de uso, lo que incluye dotarlos de herramientas de interfaz humano-máquina adecuados. Dicha supervisión del responsable del despliegue del sistema de alto riesgo de IA debe

³⁰ Sobre la propuesta realizada en 2021 por la Comisión, el Consejo formuló en 2022 su posición común, con muy pocos cambios relevantes en este aspecto, mientras que el Parlamento europeo aprobó algunas enmiendas al texto en junio de 2023 pero que en relación con este art. 14 no introducían grandes cambios, insistiendo sobre todo en el conocimiento de la IA por parte de la persona que supervise. Analizamos aquí el texto final del art. 14 del RUEIA aprobado por el Parlamento europeo el 13 de marzo de 2024.

³¹ Un uso indebido razonablemente previsible es, de conformidad con el art. 3.13 del RUEIA, un supuesto en el que se produce la utilización de un sistema de IA de un modo que no corresponde a su finalidad prevista, pero que puede derivarse de un comportamiento humano o una interacción con otros sistemas, incluidos otros sistemas de IA, razonablemente previsible.

realizarse de conformidad con las especificaciones que el proveedor incluya en sus instrucciones de uso (art. 13, especialmente apartado d)³².

— Los seres humanos que vigilen a la IA deben tener determinadas capacidades para poder realizar bien su labor, pues en las palabras del art. 14 deben estar en condiciones de:

a) entender adecuadamente las capacidades y limitaciones pertinentes del sistema de IA de alto riesgo y poder vigilar debidamente su funcionamiento, por ejemplo,

³² Considerando 72 del RUEIA: “A fin de abordar las preocupaciones relacionadas con la opacidad y complejidad de determinados sistemas de IA y ayudar a los responsables del despliegue a cumplir sus obligaciones en virtud del presente Reglamento, debe exigirse transparencia respecto de los sistemas de IA de alto riesgo antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio. Los sistemas de IA de alto riesgo deben diseñarse de modo que permitan a los responsables del despliegue comprender la manera en que el sistema de IA funciona, evaluar su funcionalidad y comprender sus fortalezas y limitaciones. Los sistemas de IA de alto riesgo deben ir acompañados de la información adecuada en forma de instrucciones de uso. Dicha información debe incluir las características, las capacidades y las limitaciones del funcionamiento del sistema de IA. Estos elementos abarcarían la información sobre las posibles circunstancias conocidas o previsibles relacionadas con el uso del sistema de IA de alto riesgo, incluida la actuación del responsable del despliegue capaz de influir en el comportamiento y el funcionamiento del sistema, en cuyo marco el sistema de IA puede dar lugar a riesgos para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales, sobre los cambios que el proveedor haya predeterminado y evaluado para comprobar su conformidad y sobre las medidas pertinentes de supervisión humana, incluidas las medidas para facilitar la interpretación de la información de salida del sistema de IA por parte de los responsables del despliegue. La transparencia, incluidas las instrucciones de uso que acompañan a los sistemas de IA, debe ayudar a los responsables del despliegue a utilizar el sistema y tomar decisiones con conocimiento de causa. Entre otros, los responsables del despliegue deben estar en mejores condiciones para elegir correctamente el sistema que pretenden utilizar a la luz de las obligaciones que les son aplicables, estar informados sobre los usos previstos y excluidos y utilizar el sistema de IA correctamente y según proceda. A fin de mejorar la legibilidad y la accesibilidad de la información incluida en las instrucciones de uso, cuando proceda, deben incluirse ejemplos ilustrativos, por ejemplo sobre las limitaciones y sobre los usos previstos y excluidos del sistema de IA. Los proveedores deben garantizar que toda la documentación, incluidas las instrucciones de uso, contenga información significativa, exhaustiva, accesible y comprensible, que tenga en cuenta las necesidades y los conocimientos previsibles de los responsables del despliegue destinatarios. Las instrucciones de uso deben estar disponibles en una lengua fácilmente comprensible para los responsables del despliegue destinatarios, según lo que decida el Estado miembro de que se trate”

Considerando 73 del RUEIA: “Los sistemas de IA de alto riesgo deben diseñarse y desarrollarse de tal modo que las personas físicas puedan supervisar su funcionamiento, así como asegurarse de que se usan según lo previsto y de que sus repercusiones se abordan a lo largo del ciclo de vida del sistema. A tal fin, el proveedor del sistema debe definir las medidas adecuadas de supervisión humana antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio. Cuando proceda, dichas medidas deben garantizar, en concreto, que el sistema esté sujeto a limitaciones operativas incorporadas en el propio sistema que este no pueda desactivar, que responda al operador humano y que las personas físicas a quienes se haya encomendado la supervisión humana posean las competencias, la formación y la autoridad necesarias para desempeñar esa función. También es esencial, según proceda, garantizar que los sistemas de IA de alto riesgo incluyan mecanismos destinados a orientar e informar a las personas físicas a las que se haya asignado la supervisión humana para que tomen decisiones con conocimiento de causa acerca de si intervenir, cuándo hacerlo y de qué manera, a fin de evitar consecuencias negativas o riesgos, o de detener el sistema si no funciona según lo previsto.”

con vistas a detectar y resolver anomalías, problemas de funcionamiento y comportamientos inesperados;

b) ser conscientes de la posible tendencia a confiar automáticamente o en exceso en la información de salida generada por un sistema de IA de alto riesgo («sesgo de automatización»), en particular con aquellos sistemas que se utilizan para aportar información o recomendaciones con el fin de que personas físicas adopten una decisión;

c) interpretar correctamente la información de salida del sistema de IA de alto riesgo, teniendo en cuenta, por ejemplo, los métodos y herramientas de interpretación disponibles;

d) decidir, en cualquier situación concreta, no utilizar el sistema de IA de alto riesgo o desestimar, invalidar o revertir la información de salida de este género;

e) intervenir en el funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo o interrumpir el sistema pulsando un botón de parada o mediante un procedimiento similar que permita que el sistema se detenga de forma segura.

Por lo tanto, no basta con que haya un humano que vigile. Debe ser un humano cualificado y dotado de conocimientos y habilidades específicas para ello, lo que debe relacionarse con el art. 4 del RUEIA, que señala que los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA adoptarán medidas para garantizar que, en la mayor medida posible, su personal y demás personas que se encarguen en su nombre del funcionamiento y la utilización de sistemas de IA tengan un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA, teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, su experiencia, su educación y su formación, así como el contexto previsto de uso de los sistemas de IA y las personas o los grupos de personas en que se utilizarán dichos sistemas³³. Asimismo, en el art. 26.2 el RUEIA insiste en que se encomendará la supervisión humana a personas físicas que tengan la competencia, la formación y la autoridad necesarias.

³³ Considerando 91 del RUEIA: “Habida cuenta de las características de los sistemas de IA y de los riesgos que su uso puede conllevar para la seguridad y los derechos fundamentales, también en lo que respecta a la necesidad de garantizar la correcta vigilancia del funcionamiento de un sistema de IA en un entorno real, conviene definir las responsabilidades específicas de los responsables del despliegue. En particular, los responsables del despliegue deben adoptar las medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar que utilizan los sistemas de IA de alto riesgo conforme a las instrucciones de uso. Además, es preciso definir otras obligaciones en relación con la vigilancia del funcionamiento de los sistemas de IA y la conservación de registros, según proceda. Asimismo, los responsables del despliegue deben garantizar que las personas encargadas de poner en práctica las instrucciones de uso y la supervisión humana establecidas en el presente Reglamento tengan las competencias necesarias, en particular un nivel adecuado de alfabetización, formación y autoridad en materia de IA para desempeñar adecuadamente dichas tareas. Estas obligaciones deben entenderse sin perjuicio de otras obligaciones que tenga el responsable del despliegue en relación con los sistemas de IA de alto riesgo con arreglo al Derecho nacional o de la Unión”

Cuándo se vigila:

El art. 14 RUEIA quiere que exista vigilancia humana en todo el ciclo de funcionamiento de los sistemas de IA, incluyendo el servicio poscomercial, entendido como todas las actividades realizadas por los proveedores de sistemas de IA destinadas a recoger y examinar la experiencia obtenida con el uso de sistemas de IA que introducen en el mercado o ponen en servicio, con objeto de detectar la posible necesidad de aplicar inmediatamente cualquier tipo de medida correctora o preventiva que resulte necesaria (art. 3. 25 RUEIA). Por ello, los responsables del despliegue deben informar a los proveedores de incidencias (art. 26.5, 72, suspendiendo el sistema si existe un riesgo en el sentido del art. 79.1) y en caso de incidencias graves también al importador o distribuidor y a la autoridad de vigilancia del mercado (art. 73, si bien no abarca a los datos operativos sensibles cuando quien despliega el sistema sea una autoridad encargada de aplicar la ley).

Cómo se vigila:

- Las medidas a adoptar pueden ser de uno o dos de estos tipos:
- Las definidas e integradas por el proveedor cuando sea técnicamente viable en el sistema de IA de alto riesgo antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio,
- Las definidas por el proveedor y que sean adecuadas para que las ponga en práctica el responsable del despliegue.
- Recuérdese el papel ya apuntado de las instrucciones de uso del proveedor al respecto (art. 13). Antes del primer uso de un sistema de IA de alto riesgo, el responsable del despliegue debe realizar una evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales, diferente y concurrente con la evaluación de impacto relativa a la protección de datos, indicando en la misma que medidas de supervisión humana prevé de acuerdo con las instrucciones de uso del proveedor (art. 27.1e RUEIA).
- Para el caso de los sistemas de alto riesgo mencionados en el punto 1, letra a del Anexo III del RUEIA, esto es, sistemas de identificación biométrica remota, con exclusión de los utilizados con fines de verificación cuya única finalidad sea confirmar que una persona física concreta es la persona que afirma ser (y sólo para éste supuesto del Anexo III, no para otros casos que pueden llegar a ser igual de sensibles, por cierto), se aplica la técnica de los *cuatro ojos*: una doble supervisión humana, consistente en que las medidas de vigilancia garantizarán que no se actúe ni se tome ninguna decisión basándose en la identificación generada por el sistema, salvo si al menos dos personas físicas con la competencia, formación y autoridad necesaria verifican y confirman por separado dicha identificación (este requisito podrá no aplicarse si el Derecho nacional o de la UE considera que es desproporcionado respecto

a sistemas de IA empleados con fines de aplicación de la ley, de migración, de control fronterizo o de asilo)³⁴.

— Conforme a lo que desde hace tiempo se viene señalando (así, recuérdense las *guidelines* de *Article 29 Working Party* en relación con el RGPD³⁵) la supervisión debe ser significativa (*meaningful*) esto es, debe ser capaz de intervenir en el sistema, decidiendo, en cualquier situación concreta, no utilizar el sistema de IA de alto riesgo o desestimar, invalidar o revertir la información de salida que este genere. Incluso más aún, como vimos: el vigilante debe poder interrumpir el sistema pulsando un botón de parada o mediante un procedimiento similar que permita que el sistema se detenga de forma segura, mediante lo que podríamos definir como el *botón del pánico*: la capacidad de activar un mecanismo de parada de un sistema que funcione deficientemente.

Qué grado de intensidad en la vigilancia:

— No se establece por el RUEIA un estándar determinado de diligencia en la supervisión de la IA, indicándose que las medidas que se adopten deben ser proporcionales a tres variables: los riesgos, el nivel de autonomía del sistema de IA y el contexto del uso del sistema.

En lo que se refiere a la Administración, cuando ésta sea responsable del despliegue y por tanto de organizar la vigilancia humana, ese estándar debe hallarse en la obligación de buena administración de diligencia debida o debido cuidado, un concepto jurídico indeterminado que habrá que precisarse caso a caso, si bien en otro momento hemos propuesto la fórmula $c=p \times D$, una sencilla adaptación de la conocida fórmula del juez estadounidense Learned Hand, donde el coste del nivel de diligencia administrativa © ha de ser, como mínimo, igual a la probabilidad de daño (p) multiplicada por la gravedad de éste (D). Por supuesto, la falta de supervisión administrativa que genere daños podrá dar lugar a la correspondiente responsabilidad administrativa (PONCE, 2023b).

³⁴ Considerando 73 del RUEIA: “Teniendo en cuenta las enormes consecuencias para las personas en caso de una correspondencia incorrecta efectuada por determinados sistemas de identificación biométrica, conviene establecer un requisito de supervisión humana reforzada para dichos sistemas, de modo que el responsable del despliegue no pueda actuar ni tomar ninguna decisión basándose en la identificación generada por el sistema, salvo si al menos dos personas físicas la han verificado y confirmado por separado. Dichas personas podrían proceder de una o varias entidades e incluir a la persona que maneja o utiliza el sistema. Este requisito no debe suponer una carga ni retrasos innecesarios y podría bastar con que las verificaciones que las distintas personas efectúen por separado se registren automáticamente en los registros generados por el sistema. Dadas las especificidades de los ámbitos de la aplicación de la ley, la migración, el control fronterizo y el asilo, este requisito no debe aplicarse cuando el Derecho nacional o de la Unión considere que su aplicación es desproporcionada.”

³⁵ La traducción es nuestra: “Para que se considere intervención humana, el controlador debe asegurarse de que cualquier supervisión de la decisión sea significativa, y no sólo un gesto simbólico. Debe ser llevada a cabo por alguien que tenga la autoridad y competencia para cambiar la decisión. Como parte del análisis, debe considerar todos los datos de entrada y salida disponibles”.

Finalmente, habrá que esperar a ver, el papel que asumirá la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial al respecto, pues su regulación aprobada en 2023 parece abrirle un campo importante respecto a lo dicho, incluyendo la formación de los supervisores públicos humanos³⁶.

5. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS AUTOMATIZADAS ADOPTADAS CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LAS DISCRECIONALES.

5.1. Control judicial, IA y actividad administrativa

En primer lugar, cabe aclarar que no es objeto de esta sección el papel que la IA vaya a tener, a su vez, en la actividad judicial en general y, en particular, en el control que ejerce la jurisdicción contenciosa de las decisiones administrativas³⁷ (al respecto, por ejemplo, DE LA SIERRA, 2020). El interés de esta sección se centra, en cambio, en el control por parte de la jurisdicción contenciosa de decisiones administrativas adoptadas de forma automatizada. En todo caso, simplemente quiero apuntar aquí que existen debates abiertos relativos a la posibilidad de un juez o jueza (también en el contencioso-administrativo) “robot” y al papel humano y la discrecionalidad judicial, algunos de los cuales guardan semejanza con los planteados y vistos en el caso del poder ejecutivo, como la posible existencia de una reserva de humanidad también en el ámbito judicial³⁸.

³⁶ Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial.

³⁷ Así, por ejemplo, en el caso argentino la prensa informa de la emisión de miles de sentencias ya con el uso de IA: “La justicia de Río Negro dictó seis mil fallos con inteligencia artificial”, *Infobae*, 2 de octubre de 2023.

³⁸ Es el caso de la conocida sentencia norteamericana *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (2016), del Tribunal Supremo del estado de Wisconsin, se conoció del caso de Eric L. Loomis, quien fue arrestado en Wisconsin por resistirse a una autoridad pública después de ser encontrado conduciendo un automóvil robado. Para determinar la sentencia, el tribunal utilizó COMPAS (*Correctional Offenders Management Profiling for Alternative Sanctions*), un sistema algorítmico capaz de estimar el riesgo de reincidencia del delincuente sobre la base de una entrevista (137 preguntas con respuestas restringidas) así como la inclusión en el programa de datos relacionados con los *antecedentes* penales y las condiciones socioeconómicas y personales del imputado. La sentencia se planteó si hubo un erróneo uso de la discrecionalidad judicial. La conclusión del Tribunal Supremo de Wisconsin fue que no, pues en este caso la discrecionalidad judicial fue ejercida tomando en consideración todos los elementos relevantes del caso, entre ellos COMPAS, como uno más, pero sin substituir la ponderación judicial. Un voto particular recogió alguna de las cuestiones cruciales del caso (traducción nuestra):

“Al dictar sentencia, el tribunal de circuito debe considerar tres factores principales: la gravedad del delito, el carácter del delincuente y la necesidad de proteger al público (...) El ejercicio adecuado de la discreción de un tribunal de circuito para dictar sentencia incluye una sentencia individualizada basada en los hechos del caso y puede incluir la explicación de cómo la sentencia impuesta fomenta los objetivos del tribunal de circuito. Id. (...) Un tribunal sentenciador debe articular los factores que consideró

Así, el Anexo III del RUEIA aprobado por el Parlamento europeo en 2024 señala que entre los sistemas de IA de alto riesgo se encuentran:

“8. Administración de justicia y procesos democráticos:

a) Sistemas de IA destinados a ser utilizados por una autoridad judicial, o en su nombre, para *ayudar* a una autoridad judicial en la investigación e interpretación de hechos y de la ley, así como en la aplicación de la ley a un conjunto concreto de hechos, o a ser utilizados de forma similar en una resolución alternativa de litigios”.

El texto emplea el verbo *ayudar*. La cuestión por dilucidar aquí sería si el uso de este verbo excluye la toma de decisiones judiciales con margen de apreciación de forma totalmente automatizada. En esta línea, en las enmiendas presentadas por el Parlamento Europeo al proyecto de reglamento de IA, se modificó el considerando 40 mediante la enmienda 71, señalando lo siguiente: “La utilización de herramientas de inteligencia artificial puede apoyar la toma de decisiones, pero no debe substituir el poder de toma de decisiones de los jueces o la independencia judicial, puesto que la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad y una decisión de origen humano”. Las ideas esenciales de esa enmienda han sido finalmente incorporadas con el número 61 al texto definitivamente aprobado por el Parlamento en marzo de 2024, con este texto: “La utilización de herramientas de IA puede apoyar el poder de decisión de los jueces o la independencia judicial, pero no debe sustituirlas: la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad humana”. Consideramos que las mismas razones que utilizamos en el caso de los decisores del poder ejecutivo tienen aplicación en el ámbito judicial y que los límites explicitados por el RUEIA para éste último deberían extenderse al primero conforme lo ya expuesto³⁹.

No cabe duda, en todo caso, que el uso adecuado de la IA en el ámbito judicial puede contribuir a hacer realidad el principio de una buena administración de justicia, afirmado por el TS, el TJUE y el TEDH (PONCE, 2021)⁴⁰. Buena adminis-

al dictar la sentencia y cómo afectaron a la sentencia que impuso. (...) Es a través de esta articulación que determinamos si el tribunal de circuito ejerció adecuadamente su discreción en la sentencia. Los acusados tienen un derecho al debido proceso (*due process*) de no ser sentenciados en base a factores impropios como la raza o el género”.

³⁹ Por su parte, el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, en sus arts. 56 y 57, en una dirección similar, señala que entre las actuaciones automatizadas procesales sin intervención humana no puede hallarse un documento complejo basado en datos y producido por algoritmos que sea una resolución judicial o procesal “sin validación de la autoridad competente”: este documento sólo puede ser un borrador parcial o total, una ayuda para la decisión humana final (“actuación asistida”), el cual ha de poder ser “libremente modificado” y validado como texto definitivo por el juez/a, magistrado/a, fiscal o letrado/a de la Administración de justicia.

⁴⁰ El Poder Judicial debe, a su vez, desarrollarse también conforme a las exigencias de *una buena administración de justicia*, a la que se refiere la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en distintos artículos (81.3, 152.1. 3º, 165, 167.1, 268, 269, 292, 293, 296, pero sin definir el concepto). La misma es citada no infrecuentemente también por nuestro Tribunal Supremo (por todas, STS, sala de lo contencioso, de 11 de junio de 2020, aludiendo al “principio de una buena administración de justi-

tración de justicia que, a su vez, en analogía con lo ya expuesto sobre las decisiones administrativas, exigiría una ponderación cuidadosa de todos los elementos relevantes por parte del juez o jueza (ser humano) en ejercicio de los posibles márgenes de apreciación.

Entrando ahora ya en el objeto de nuestra atención, el control judicial de decisiones administrativas, cabe señalar que existen ya decisiones judiciales en todo el mundo controlando la toma de decisiones automatizadas⁴¹. En el caso español, la primera litigación asociada al uso de sistemas algorítmicos ha llegado en relación al código fuente del programa BOSCO de otorgamiento del bono social previsto en la legislación energética, centrándose en la necesidad jurídica de conceder el acceso al mismo cuando es solicitado ejerciéndose el derecho de acceso a la información pública. Se trata de la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo núm. 8 núm. 143/2021, de 30 de diciembre de 2021, que ha denegado dicho acceso y se encuentra en fase de recurso al escribir estas líneas⁴².

cia”), por el TJUE (en numerosas sentencias como la STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones, S.L.*, y *Cristina Rodríguez Nogueira*, apartado 36) y por el TEDH, quien ha declarado que el derecho de acceso a un tribunal se ve menoscabado cuando las normas dejan de servir a los objetivos de seguridad jurídica y de buena administración de justicia y constituyen una especie de barrera que impide al litigante que el tribunal competente se pronuncie sobre el fondo de su asunto (véase la STEDH 14 de septiembre de 2021, caso de *Inmovilizados y Gestiones S.L. v. Spain*, asunto en el que España se vio condenada a indemnizar con 16.600 euros a una empresa por una disparidad de criterios de la sala de lo contencioso del Tribunal Supremo ante cinco casos idénticos).

⁴¹ Por ejemplo, en el caso australiano de *Robodebt*, determinadas tareas administrativas desarrolladas por humanos fueron automatizadas en el ámbito social. El resultado de los errores de la automatización ha sido 400,000 beneficiarios de asistencia social en Australia que fueron acusados erróneamente de informar de manera equivocada sus ingresos a la agencia de bienestar y, en consecuencia, fueron multados. Desde julio de 2015 hasta noviembre de 2019, el sistema utilizó algoritmos para calcular los pagos excesivos, recaudando más de 1.2 mil millones de dólares, que el gobierno se verá obligado a devolver, como consecuencia de que un tribunal decidió que el esquema era ilegal en 2019.

En Francia, la sentencia de 7 de diciembre de 2022 del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de París anuló una decisión de asignar al alumno a un centro de enseñanza secundaria que solo cumplía la sexta opción registrada para el alumno en la solicitud *Affelnet*, debido a que los métodos de cálculo de la escala de puntos de dicho alumno eran incorrectos y que esos «errores materiales» influían en el sentido del dictamen emitido por la comisión preparatoria para el encargo y, en consecuencia, sobre la decisión de asignación tomada por el director académico de los Servicios Nacionales de Educación.

En Italia, el Consejo de Estado italiano, se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el uso de IA por la Administración en Italia, por ejemplo, en su decisión de 13 de diciembre de 2019, No 8472 o en la Sentencia de 4.2.2020, N° 881. Más recientemente, la decisión judicial italiana del Tribunal Administrativo Regional de Campania de 14 de noviembre de 2022 ha anulado una decisión administrativa adoptada con uso de algoritmos y con mención también al art. 41 de la CDFUE y la buena administración.

⁴² La sentencia ha sido objeto de apelación no resuelta en el momento de escribir estas líneas. Puede consultarse un comentario a la misma del autor de estas líneas en: [El bono social energético y el programa Bosco: sobre algoritmos, errores y código fuente. A propósito de la primera decisión judicial recaída en 2021: una mala sentencia que esperamos sea corregida pronto – Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación y al Uso de Algoritmos y de Inteligencia Artificial \(wordpress.com\)](#).

5.2. Adaptación del control judicial del ejercicio de potestades por humanos a su posible ejercicio por máquinas: ¿Indiferencia insuficiencia o deferencia judicial?

5.2.1. Técnicas jurídicas para el control judicial del ejercicio de potestades administrativas mediante IA. La relevancia del procedimiento administrativo complejo y la invalidez de las decisiones administrativas.

Más allá de decisiones específicas ya recaídas, nuestra reflexión se refiere al ejercicio de la función judicial de lo contencioso-administrativo de control jurídico de las decisiones administrativas adoptadas con uso de IA. En este sentido, el control judicial clásico, mediante la revisión de los elementos reglados de las decisiones y del respeto de los principios generales del Derecho⁴³, debería adaptarse, como argumentaremos, a las nuevas perspectivas abiertas por la IA. En lo que sigue, se utiliza un orden sistemático basado en dicho control clásico, analizando primero los elementos reglados para terminar con el control mediante los principios generales del Derecho.

Así, respecto de los *elementos reglados*, el control judicial deberá tener en cuenta la legislación vigente en materia de IA, tanto la estatal de aplicación a las CCAA y entes locales⁴⁴, como la autonómica que exista (dado que el poder legislativo autonómico dispone de competencias para mejorar el sistema actualmente vigente, derivadas de sus competencias en materia de desarrollo de las bases estatales de régimen jurídico y del procedimiento administrativo común), así como el RUEAI.

Asimismo, la Carta española de Derechos digitales de 2021, aunque es *soft law*, tiene también efectos jurídicos a tener en cuenta en el control judicial⁴⁵. Téngase en

⁴³ Como señala la STS de 9 de julio de 2021, ECLI: ES:TS:2001:5939:

“Al menos, desde la década de los sesenta forman parte de nuestra jurisprudencia, como mecanismos ordinarios de control judicial de la discrecionalidad administrativa: los presupuestos de hecho, los elementos reglados (existencia de la potestad y su extensión, la competencia, el procedimiento y el contenido parcialmente reglado, en su caso), la desviación de poder, los conceptos jurídicos indeterminados y los principios generales del derecho”

⁴⁴ Recuérdese, art. 41 LRJSP, arts. equivalentes en los sectores tributarios y de seguridad social, ley estatal Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cuyo art. 23 ya aludido se considera dictado al amparo del art. 149.1.1 CE, de acuerdo con la Disposición Final octava de esta ley y legislación de protección de datos.

⁴⁵ En este sentido, la jurisprudencia del TS se ha referido a los efectos interpretativos que despliega este Derecho débil o dúctil, como en la STS de 27 de marzo de 2023, ECLI:ES:TS:2023:990, que alude a sentencias anteriores:

“En el auto de 8 de marzo de 2017 y en la ulterior sentencia de 31 de mayo de 2017 (recurso 88/2017), hacíamos mención al «soft law». Tradicionalmente en el ámbito del Derecho Internacional Público, y más recientemente en Derecho Comunitario (sentencia de 13 de diciembre de 1989, asunto 322/1988, *Grimaldi*), actualmente de la Unión Europea se han venido reputando como «soft law» las recomendaciones, por su carencia de efectos jurídicos vinculantes. Carecen de naturaleza imperativa. No obstante, lo cual afirmó el Tribunal de Justicia que «las recomendaciones» no están privadas de efectos jurídicos desde el momento en que los jueces nacionales han de tenerlas en consideración para resolver las controversias sirviendo como criterio interpretativo”

cuenta, que esta Carta puede pasar a tener la vinculación propia del Derecho si una norma jurídica la incorpora, cosa que ya se ha hecho en el caso de Extremadura⁴⁶.

En cuanto a la *atribución normativa de potestad y competencia*, el juez o la jueza del contencioso debe comprobar, en primer lugar, si es aplicable una reserva de humanidad, bien esté establecida explícitamente por el ordenamiento (como es el caso del actual art. 44 de la ley catalana 26/2010, ya mencionado), bien derivada del principio constitucional de buena administración, conforme a lo expuesto más arriba, lo que impediría el uso de IA para la adopción de decisiones automatizadas discrecionales, tanto mediante IA de reglas predeterminadas (por rigidificación ilegal de la discrecionalidad, como dijimos) como mediante IA estadística, esto es aprendizaje automático o profundo (por ausencia de empatía y de razonamiento abductivo, como se expuso).

Recuérdese asimismo la Carta de Derechos Digitales, que exige una norma específica para que se pueda ejercer la discrecionalidad de forma automatizada. Si el juez o la jueza o Tribunal cree que la regulación legal existente (art. 41.1 LRJSP) no cubre la reserva de ley del art.18.4 CE podría presentar una cuestión de inconstitucionalidad. En todo caso, véase más abajo lo que se indica sobre posible violación del principio de buena administración por el ejercicio automatizado de discrecionalidad.

Asimismo, caso de no existir reserva de humanidad, en cuanto a la decisión finalmente adoptada, debe en todo caso controlarse judicialmente, como es habitual, la atribución de potestad y competencia al órgano específico para adoptar la decisión, que la habrá asumido mediante la firma de esta, como indica MARTÍN DELGADO (2009).

En cuanto al *ejercicio de la competencia con imparcialidad y objetividad*, el juez o la jueza puede detectar sesgos cognitivos de los programadores traspasados al sistema, sesgos contenidos en los datos manejados que han afectado a la decisión, sesgos de la persona supervisora del sistema o sesgos de quien decide (si la decisión no fue automatizada), ya descritos anteriormente. Si existen dichos sesgos, se podrá judicialmente declarar bien una violación de la imparcialidad de la Administración, bien de su objetividad, al tener en cuenta elementos irrelevantes y, por tanto, de la buena administración.

⁴⁶ Decreto-ley 2/2023, de 8 de marzo, de medidas urgentes de impulso a la inteligencia artificial en Extremadura:

“Artículo 11. Sistemas de inteligencia artificial en la toma de decisiones.

1. La Administración pública autonómica podrá adoptar actos administrativos mediante sistemas de inteligencia artificial en el marco de un procedimiento administrativo, de acuerdo con los Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas, descritos en la Carta de Derechos Digitales del Gobierno de España y la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01)”.

Recuérdese, art. 41 LRJSP, arts. equivalentes en los sectores tributarios y de seguridad social, ley estatal Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cuyo art. 23 ya aludido se considera dictado al amparo del art. 149.1.1 CE, de acuerdo con la Disposición Final octava de esta ley y legislación de protección de datos.

Asimismo, es de gran relevancia el *control procedimental*. En concreto, en cuanto al procedimiento administrativo como relevante institución para la adopción de adecuadas decisiones automatizadas, hay que distinguir entre:

a) el procedimiento de evaluación, aprobación, supervisión y revisión de los algoritmos, de acuerdo con las exiguas exigencias actuales del art. 41.2 LRJSP⁴⁷, algoritmos que serán empleados en muchos procedimientos específicos sectoriales posteriores, desarrollados de forma asíncrona, formando el primer procedimiento administrativo y los segundos un procedimiento complejo asíncrono.

b) a la evaluación en cada uno de estos posteriores procedimientos específicos de la oportunidad y necesidad del uso de IA y de su supervisión humana ya aludida.

Efectivamente, de acuerdo con lo expuesto es importante retener que en la adopción de decisiones automatizadas estamos ante dos procedimientos distintos pero conexos, configurándose así un procedimiento complejo, formado por estos dos procedimientos administrativos integrados (cada uno de los cuales concluye con su propia resolución) que se concatenan entre sí para lograr, en suma, una finalidad de interés público que no sería posible sin esa integración. Procedimiento complejo (en este caso para la adopción de decisiones automatizadas) que coloquialmente es conocido como *procedimiento de procedimientos* (GONZÁLEZ NAVARRO, 1981, RAE *et al.*, 2023).

Sobre el procedimiento administrativo inicial de preparación del uso del sistema algorítmico, el control judicial deberá comprobar la realización de las exiguas exigencias legales actuales, contenidas en el art. 41.2 LRJSP, insuficientes en nuestra opinión. La regulación actual no exige específicamente una ponderación de aspectos relevantes para decidir si automatizar o no el ejercicio de una potestad, considerando costes y beneficios, si bien el juez o la jueza del contencioso podría utilizar diversos principios constitucionales para controlar este momento procedimental, como enseguida argumentaremos, e incluso deducir del art. 23 de la Ley estatal 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la necesidad implícita de la existencia de dicha valoración, al menos en cuanto a los posibles sesgos⁴⁸.

⁴⁷ En el caso español, como es sabido existe una norma con rango de ley que alude a la automatización, el art. 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Sin embargo, su densidad normativa es muy ligera y no incluye el uso de la IA en los procedimientos específicos sectoriales tras la aprobación de las especificaciones generales, por lo que creemos que existen dudas sobre el correcto cumplimiento de la reserva de ley del art. 18 CE a la que aludimos más arriba. Su texto es el siguiente:

“Artículo 41. Actuación administrativa automatizada.

2. En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación.”

⁴⁸ “Artículo 23. Inteligencia Artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados.

1. En el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial, las administraciones públicas favorece-

En concreto, en relación con la primera fase del procedimiento complejo descrito, el control judicial podría articularse como sigue:

— El control judicial debe garantizar el cumplimiento del art. 41.2 LRJSP (previo establecimiento “del órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”). Dicho cumplimiento no debe ser puramente formal, como parece ocurrir en ocasiones en la realidad, sino comprobando la existencia real de todas esas exigencias y su cumplimiento diligente⁴⁹.

— El juez o la jueza debe tener en cuenta, además, el art. 35 del RGPD y comprobar el cumplimiento de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos, cuando sea preciso.

— Sobre el análisis a desarrollar con la diligencia debida y el debido cuidado propio del derecho a una buena administración de los costes y beneficios existentes en el empleo de los sistemas de IA, nada exige actualmente la legislación española vigente, de forma explícita, pero cabría preguntarse si es posible jurídicamente tomar la decisión de usar IA sin esa previa ponderación, lo que podría considerarse irracional y contrario a la buena administración, que, recordemos, es un principio general constitucional conforme afirma reiteradamente la jurisprudencia del TS, complementando así el ordenamiento jurídico (art. 1.6 del Código Civil). Enseguida volveremos sobre el tema.

— Esta ponderación, no sólo referida, pues, a la protección de datos, deberá respetar el principio de proporcionalidad, que puede ser violado por la generación de costes o riesgos excesivos, por ejemplo, que afecten al derecho a la intimidad, aunque el sistema sea meramente de apoyo. El conocido caso holandés *SyRI* que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya de 13 de febrero de 2020 supone un ejemplo del uso de este principio (COTINO, 2020). Véase más abajo lo que se indica sobre el principio de proporcionalidad como canon de control.

— Respecto a la decisión sobre el papel del control humano del sistema, el control judicial debería comprobar no sólo si se ha nombrado a una persona supervisora (cumpliendo la obligación jurídica establecida en el art. 41 LRJSP al respecto)

rán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio.”

⁴⁹ En aplicación del art. 41 LRJSP, pueden detectarse publicaciones de decisiones administrativas que no incluyen, por ejemplo, las especificaciones del sistema. Véanse los siguientes ejemplos: para el nivel estatal: [Disposición 2076 del BOE núm. 52 de 2016](#) [Resolucion nuevas aplicac informaticas.pdf](#) ([agenciatributaria.gob.es](#)); para el autonómico: [BOJA22-229-00002-19405-01_00272609.pdf](#) ([juntadeandalucia.es](#)); para el local: [0_4535_1.pdf](#) ([teruel.es](#))

sino si la persona y el sistema de supervisión son adecuados: si el humano tiene el suficiente conocimiento técnico y es capaz de supervisar el sistema de forma significativa, como vimos (aspecto sobre el que el art. 41 nada dice en la actualidad). Cabría plantear si la mera posibilidad de presentar un recurso administrativo o judicial ante un humano contra la decisión automatizada adoptada satisface la necesidad de supervisión humana. Creemos insuficiente una supervisión humana sólo *ex post*, aunque sea necesaria, si no existe también una supervisión *ex ante*, durante el procedimiento administrativo de elaboración de la específica decisión.

— En cuanto a la participación ciudadana, entendemos que, en el estado actual de la legislación, el juez o la jueza debería comprobar el adecuado seguimiento bien del procedimiento reglamentario, si se acepta que el sistema algorítmico supone la existencia de un reglamento, bien, en otro caso, del art. 83 de la LPAC⁵⁰ y comprobar, siempre, que la Administración ha cumplido su obligación de apertura de información pública cuando traduce a código la norma y prepara los algoritmos en este primer procedimiento, al concurrir las circunstancias legales descritas en la LPAC, que respecto a actos habla de cuando su naturaleza “lo requiera”, como sucede en este supuesto, puesto que el sistema de IA afectará en el futuro a un conjunto indeterminado de personas.

Asimismo, la decisión adoptada en este primer procedimiento, que debe incluir, como exige el art. 41 LRJSP “la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente”, no podrá ser eficaz si no es publicada (bien bajo su consideración de reglamento, bien bajo su entendimiento como acto, en este segundo caso, de acuerdo con el art. 45 LPAC).

Entrando ahora en el *segundo tipo de procedimiento administrativo*, se trata del procedimiento administrativo conexo de adopción de la concreta decisión automatizada, que va precedido del previo procedimiento acabado de analizar para el cumplimiento de las exigencias del art. 41.2 LRJSP, del que depende, formando ambos el procedimiento complejo expuesto, con dos decisiones independientes pero íntimamente vinculadas. Aquí el juez o la jueza debe realizar el control habitual sobre el respeto del procedimiento específico establecido sectorialmente. Reviste especial importancia *la audiencia a los interesados*, que en caso de tener que otorgarse, lo que es regla general, conforme al art. 82 LPAC, implica la suspensión de la automatización completa del procedimiento y la introducción de una necesaria ponderación humana de las alegaciones, como se expuso.

En cuanto a este segundo tipo de procedimiento y en relación con la determinación administrativa de los *hechos determinantes*, los datos manejados por el sistema deberán ser suficientemente representativos, reflejar la realidad, ser fiables y ciertos y

⁵⁰ Desde un punto de vista jurídico, se ha planteado en la doctrina española reciente la naturaleza jurídica de los algoritmos, sosteniéndose su naturaleza reglamentaria (BOIX, 2019) o negándola (como en el caso de, por ejemplo, HUERGO, 2023).

estar exentos de sesgos. Asimismo, la detección de errores de programación también será tarea judicial.

El control judicial deberá analizar también el *elemento causal* de la decisión automatizada concreta que se adopte mediante el procedimiento administrativo. Si se adopta con IA conexionista, esto es aprendizaje automático o profundo u otras técnicas que puedan surgir, deberá controlar que la correlación establecida por el sistema no sea incorrecta, por ilusoria.

En cuanto a la *motivación*, el art. 86 RUEIA, el art. 9.3 CE y el art. 35 de la LPAC, como ya dijimos antes, exige la motivación de las decisiones administrativas adoptadas con el uso de IA. Motivación que deberá ser expresada en lenguaje natural comprensible para cualquier persona, puesto que el derecho a una buena administración impone el derecho a comprender lo que la Administración le explica al ciudadano. Por supuesto, explicaciones y justificaciones estereotipadas y sin contenido deben ser consideradas como inexistentes⁵¹.

El juez o la jueza debe comprobar que la motivación de la decisión finalmente adoptada, en caso de que en ésta se haya empleado IA, explique qué impacto ha tenido el uso del sistema algorítmico en ella y demostrar que no se han producido los sesgos cognitivos de anclaje, *ilusión correlacional* o *alucinación estadística* o automatización ya expuestos. Para ello, no debería bastar en ningún caso una motivación *in aliuende*, con remisión al sistema algorítmico, con una referencia similar a “de acuerdo”, como en el caso de la empleada para la intervención del Consejo de Estado, por ejemplo, sino que la motivación debe justificar en qué medida el sistema o el ser humano que decida ha considerado los *inputs* proporcionados y por qué, si hay decisión final humana, se ha aceptado, o no, las sugerencias de la IA en la decisión final.

En cuanto, en segundo lugar, al control de la decisión con IA mediante *los principios generales del Derecho*, tendrán especial relevancia los siguientes:

— Principio de interdicción de la arbitrariedad: permitirá el control judicial, al implicar que la decisión debe ser racional, lo que también enlaza con las posibles correlaciones erróneas que establezca el sistema, ya aludidas, que podrían violar este principio. Asimismo, en cuanto a la motivación, violaría también este principio la ausencia de motivación, o la motivación ininteligible para una persona, de acuerdo con lo ya expuesto antes.

— Principio de Proporcionalidad: que exigirá que la decisión automatizada discrecional además de perseguir el interés general sea la menos restrictiva de los derechos de los ciudadanos y que sus beneficios superen a sus costes, como es sabido.

⁵¹ Téngase en cuenta que el art. XVIII de la Carta de Derechos Digitales española establece el derecho de las personas a “Obtener una motivación comprensible en lenguaje natural de las decisiones que se adopten en el entorno digital, con justificación de las normas jurídicas relevantes, tecnología empleada, así como de los criterios de aplicación de estas al caso. El interesado tendrá derecho a que se motive o se explique la decisión administrativa cuando esta se separe del criterio propuesto por un sistema automatizado o inteligente”.

— Principio de igualdad: evidentemente, se violará el mismo si se produce una discriminación causada por sesgos, que, como hemos visto, pueden afectar especialmente a cuestiones de género debido a los datos que se manejen. Recuérdese, asimismo, el apartado 1 del artículo 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, que establece que las AAPP favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio⁵².

— Principio de buena administración: el art. XVIII 6 de la Carta de Derechos Digitales española prevé que “las decisiones y actividades en el entorno digital respeten los principios de buen gobierno y el derecho a una buena Administración digital”. El ejercicio de la potestad de forma automatizada sin un análisis completo y diligente de los elementos relevantes y descartando los irrelevantes (como los sesgos cognitivos, de los datos o estadísticos) supondría una violación del derecho a la buena administración.

También es una violación de este principio *rigidificar* el ejercicio de la discrecionalidad, procediendo a usar IA simbólica o con reglas preprogramadas como dijimos.

De igual modo, como se dijo también, el ejercicio totalmente automatizado de potestades discrecionales mediante IA estadística violaría también el principio de buena administración, debido a la falta de empatía y de razonamiento abductivo, que impide tener en cuenta todos los factores relevantes en el ejercicio de la discrecionalidad, salvo que una ley permita dicho uso y aun así con comprobación del respeto de la buena administración.

En fin, como es obvio, la detección judicial de una violación del ordenamiento jurídico puede dar lugar a la declaración de invalidez de la decisión automatizada. De conformidad con las categorías clásicas en nuestro Derecho, como es sabido, deberá

⁵² En relación con el control de la discriminación, téngase en cuenta la facilidad de la carga de la prueba para el ciudadano que se establece ahora en la ley estatal de igualdad 15/2022, en su art. 30:

“Artículo 30. Reglas relativas a la carga de la prueba.

1. De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

2. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo primero, el órgano judicial o administrativo, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad.

3. Lo establecido en el apartado primero no será de aplicación a los procesos penales ni a los procedimientos administrativos sancionadores, ni a las medidas adoptadas y los procedimientos tramitados al amparo de las normas de organización, convivencia y disciplina de los centros docentes”.

analizarse caso por caso si se ha producido anulabilidad (art. 48.1 LPAC), nulidad (art. 47.1 y 2 LPAC) o una mera irregularidad no invalidante (art. 48.2 LPAC) (con carácter general, ALAMILLO y URIÓS, 2011). La peculiaridad más destacada en el caso de las decisiones totalmente automatizadas, y en especial, de las discrecionales que son las que más nos interesan especialmente, reside en el incumplimiento de la previsión del actual art. 41.2 LRJSP, en el sentido de no realizar la aprobación del órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente, así como el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación, o aprobar sólo unos aspectos y no otros o aprobarlos todos pero con defectos jurídicos.

La ausencia total de aprobación de dichas garantías supone, en nuestra opinión, un supuesto de invalidez de la decisión totalmente automatizada que se adopte, puesto que, como dijimos, estamos ante un procedimiento complejo asíncrono: si no se ha producido dicha aprobación, la decisión automatizada posteriormente adoptada debería ser declarada nula de pleno derecho de acuerdo con el art. 47.1, apartado e, al prescindirse totalmente de uno de los dos procedimientos administrativos que forman el procedimiento complejo (en este sentido, MENÉNDEZ, 2017, 106). O bien, si se considera, como sabemos hace parte de la doctrina, que la naturaleza jurídica de los algoritmos es reglamentaria, la invalidez sobrevendría por inexistencia del reglamento previo que la decisión automatizada debe ejecutar, art. 48.1 LPAC.

Si por el contrario, dicha aprobación existe pero es defectuosa, deberá estarse al tipo concreto de violación del ordenamiento jurídico caso por caso: la aprobación de algunas garantías, pero no de otras, entendemos que debería equipararse a la ya mencionada nulidad de pleno derecho, mientras que la existencia formal de todas pero con comprobación judicial de su insuficiencia (por ejemplo, se designa órgano para supervisión, pero se detecta su incapacidad para realizar adecuadamente la tarea o existe ponderación defectuosa de los costes y beneficios de la automatización, por citar ejemplos aludidos más arriba) debería conducir a que la aprobación inicial de las garantías fuera declarada, en principio, anulable y su invalidez debiera arrastrar la de la decisión automatizada adoptada mediante el segundo procedimiento de ejercicio de la potestad de que se trate, que constituye parte del procedimiento administrativo complejo descrito⁵³.

⁵³ Si la aprobación de las garantías del art. 41 LRJSP es entendida como una disposición de naturaleza reglamentaria, entonces se abre temporalmente su control, ya que mediante el recurso indirecto ante la jurisdicción contenciosa puede discutirse al impugnar la decisión totalmente automatizada adoptada posteriormente (art. 26 LJCA). El límite a ello vendría marcado por la jurisprudencia que impide alegar defectos *formales* por la vía del recurso indirecto, si bien en ésta se matiza que “aunque la jurisprudencia relativa al recurso indirecto se ha mantenido después de la entrada en vigor de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, de lo que son exponente, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 11 de octubre de 2005 (recurso de casación 6822/2002), 21 de abril de 2008 (recurso de casación 5038/2003), 11 de mayo de 2009 (recurso de casación 1871/2006) y 11 de febrero de 2010 (recurso de casación 4581/2008), sin embargo, se viene admitiendo la impugnación indirecta de disposiciones generales por defectos formales cuando se hubiese incurrido en una omisión clamorosa, total y absoluta

5.2.2. *Cuestiones específicas relativas al control judicial del uso de IA por las Administraciones. Indiferencia, insuficiencia, deferencia.*

El control desarrollado por jueces/zas y magistrados/as del uso de IA por las AAPP puede encontrarse con diversos de problemas y riesgos específicos.

Por un lado, si se aceptara que es posible ejercer discrecionalidad mediante IA, cosa que aquí se rechaza, y se mantuviera la concepción tradicional de la discrecionalidad, expuesta más arriba y discutida allí, de la *indiferencia* del Derecho frente a la *libre* elección administrativa, ahora realizada por máquinas, podría provocarse la ausencia de control judicial adecuado.

Además, los jueces/zas y magistrados/as, como seres humanos que son, pueden sufrir sesgos cognitivos específicos, esto es, errores sistemáticos predecibles, que podrían conducir a un control *insuficiente* de las potestades administrativas. Pensemos en el sesgo de automatización (que también pueden sufrir los gestores públicos, como dijimos, es decir, una confianza excesiva en la tecnología), en la combinación de este sesgo con el sesgo de anclaje en referencia a la decisión administrativa adoptada (el sesgo cognitivo de anclaje lleva a decidir en función de la primera información recibida, de la que es difícil deshacernos, fijando el marco de la futura decisión) y en otros posibles sesgos cognitivos, como el de grupo. Así respecto a éste, tomemos el ejemplo del papel de las pruebas periciales en los procesos contenciosos que puedan suscitarse en torno a la IA, las cuales pueden ser cruciales y, en el peor de los casos, llevar a substituir la decisión judicial por la de los expertos⁵⁴.

del procedimiento establecido para su aprobación, en perjuicio del recurrente” (STS 19 de abril de 2012, E CLI:ES:TS:2012:2721). Pero es que, además, en nuestra opinión, los problemas procedimentales que se susciten durante la aprobación no son un mero defecto de forma, sino vicios que afectan al fondo tanto de dicha aprobación como de la decisión automatizada que se adopte posteriormente. Con carácter general, hemos insistido en diversas ocasiones en el error de entender los vicios procedimentales como meros defectos de forma, PONCE (2001, 2019c).

Si por el contrario se considera que la aprobación de las garantías del art. 41 LRJSP es un acto administrativo, sin naturaleza reglamentaria, la exigencia de su nulidad no tendría fecha de exigencia, dada la vía abierta por la revisión de oficio (art. 106 LPAC), como es sabido, si bien su impugnación mediante recursos administrativos y judiciales tendrá el conocido límite temporal, de meses, establecido por la LRJSP para los recursos administrativos ordinarios y por la LJCA para los recursos judiciales contra resoluciones expresas. Entonces, al discutir, dentro de plazo, la decisión automatizada adoptada procedente de una ausencia de aprobación de garantías o de aprobación defectuosa (nulidad o anulabilidad, en principio, respectivamente), al alegar que su invalidez trae causa de los defectos del primer procedimiento, nos podríamos encontrar ante un acto previo firme consentido, lo que obligaría entonces a obtener la revisión de oficio primero, para poder discutir luego la decisión automatizada (art. 125 b LPAC). Una manera de salvar esto sería entender que el procedimiento complejo no termina, en realidad, hasta la adopción de la decisión automatizada, por lo que al adoptar ésta podría recurrirse también la defectuosa aprobación de garantías violando el art. 41 LRJSP, aprobación que es, en definitiva, un acto trámite del procedimiento complejo que termina con la decisión automatizada.

⁵⁴ En este ámbito de las pruebas judiciales, puede darse, y de hecho se ha dado históricamente, un sesgo cognitivo judicial específico: el sesgo de grupo. Este sesgo supone la existencia de un error al valorar de forma homogénea, sea positiva o negativa, las actitudes, actos y opiniones de las personas de

Hay que tener en cuenta que, el uso de IA y su control es un tema complejo. Esta complejidad dificulta el control jurídico y puede hacer aparecer el riesgo de un insuficiente control judicial en garantía de los derechos de los ciudadanos. Volviendo al tema de las pruebas periciales, se ha señalado como “El juez ha dejado de ser mero receptor pasivo de la ciencia y de la tecnología para situarse en una posición en la que debe establecer qué datos técnicos o científicos son social y jurídicamente relevantes, como deben ser interpretados los datos científicos y qué parámetros (jurídico técnicos o científicos) han de fijar la credibilidad de los peritos” (DE LARRUCEA, 2010). Sin embargo, “el Juez o Sala pueden tener dificultades para comprender los informes técnicos y para resolver las dudas de contenido que estos le plantean (...) para valorar los informes, hay que entenderlos” (TRIANA, 2016)⁵⁵.

Por ello, entendemos que frente a esta complejidad es imprescindible trabajar intensamente en la formación de los jueces en estos ámbitos, con componentes interdisciplinarios, e incidir en esa formación en la evitación (*debiasing*) de los sesgos descritos como más frecuentes en el ámbito de la IA, es decir los sesgos de automatización, anclaje y grupo, para evitar la insuficiencia del control judicial.

Aunque la situación real del uso de la IA en la actividad administrativa es todavía inicial, podríamos decir que se encuentra en su infancia, su despliegue es rápido y no se espera que decaiga, sino todo lo contrario. Además, aunque actualmente no son frecuentes supuestos de automatización total mediante uso de IA, no cabe descartar su incremento futuro. En este contexto, cabe plantearse, en tercer lugar, si el control judicial debe o puede ser deferente. Cuestión que nos introduce en el concepto de deferencia judicial, una expresión no demasiado utilizada en nuestra tradición jurídica y que cuyo significado, cuando se emplea, se da por supuesto⁵⁶.

Respecto a la deferencia judicial, un análisis del *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* (RAE et al, 2023) arroja la inexistencia de una entrada con esta palabra, a diferencia de otras voces relacionadas que sí constan. Sí es posible hallar el término *Self-Restraint*, que se define por este diccionario como “Posición de auto restricción de los tribunales; tendencia conservadora en la interpretación de las leyes que se

un mismo grupo. En el ámbito de la prueba pericial, un sesgo de grupo se ha dado históricamente en el sentido de que los jueces de lo contencioso han valorado más positivamente de forma automática los informes periciales elaborados por funcionarios públicos (MUÑOZ, 2011), lo que afortunadamente está dejando paso a pronunciamientos del Tribunal Supremo en el sentido de negar ese mayor peso por sistema de pericias aportadas por la Administración controlada (STS de 17 de febrero de 2022 (rec. 5631/2019)). Pues bien, habrá que evitar que en el futuro se produzca otro sesgo judicial en favor de la delegación del ejercicio de la función judicial en expertos informáticos.

⁵⁵ Por ello se han efectuado diversas propuestas para mejorar la situación en general, entre ellas, la posibilidad de crear un cuerpo de peritos judiciales (imitando el cuerpo de médicos forenses) para asesorar a los órganos judiciales. Pese al coste y dificultades que ello pudiera generar, no es absurdo pensar en el futuro en un cuerpo de peritos judiciales profesionales con conocimientos multidisciplinarios que incluyeran la IA para poder ayudar a los jueces del contencioso, al menos respecto a los asuntos de mayor relevancia, que pudieran seleccionarse (por ejemplo, por afectación de derechos fundamentales, por cuantía, etc.).

⁵⁶ En la doctrina, véase el interesante análisis de RODRÍGUEZ PONTÓN, 2019.

atiene de modo estricto a su letra, al criterio seguido en actuaciones anteriores o a la adopción de las soluciones menos innovadoras del orden establecido” o el antónimo *activismo judicial*: “Posición fuertemente creativa de los jueces y tribunales, llevada a cabo mediante interpretaciones de la legalidad existente o a través de la cobertura de sus lagunas”⁵⁷.

El TS español alude a la “doctrina legal sobre la naturaleza la extensión y los límites del control jurisdiccional de la potestad reglamentaria no supone reconocer un espacio de inmunidad a la actuación normativa del Gobierno, *que se soporte en el controvertido principio de deferencia del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, que no se reconoce en el art. 106 de la Constitución*, sino someter la disposición general a un escrutinio riguroso basado en la aplicación de cánones de estricta legalidad, para no cercenar arbitrariamente el margen de decisión que le corresponde legítimamente al Gobierno” (STS de 23 de febrero de 2010)⁵⁸.

El poco uso tradicional de la expresión en nuestro Derecho administrativo y el riesgo de malinterpretación del concepto aconsejan manejar el término deferencia con mucha cautela. En todo caso, en nuestra opinión, la actividad judicial respecto a las decisiones administrativas automatizadas no debe ser ni indiferente, ni insuficiente, ni tampoco timorata en la defensa de los derechos de las personas en relación con la IA. Es cierto que la legitimidad de las Administraciones obtenida mediante una composición organizativa vinculada estrechamente a elementos democráticos (ej. ámbito local) o procedimientos administrativos participativos son factores que llaman a la prudencia judicial para evitar invadir ámbitos constitucionalmente vedados. Como también lo es la complejidad técnica o mejor dicho “la diferencia de capacidad o brecha cognoscitiva entre la Administración y los Tribunales” (DOMÈNECH, 2021, 919). Pero dicha prudencia no puede convertirse en un incumplimiento de las funciones otorgadas por el art. 106.1 CE para la tutela de los derechos, conforme al art. 24 CE, puesto que como ha sido puesto de relieve, existe el riesgo siempre de que la Administración “se desvíe de la solución más conveniente para el interés público y presumiblemente querida por el legislador. Cuanto mayor sea ese riesgo, menor habrá de ser la deferencia judicial” (DOMÈNECH, 2021, 915).

⁵⁷ Sobre el activismo judicial, puede consultarse ATIENZA, M. (2018),

⁵⁸ Las referencias judiciales se extraen de RODRÍGUEZ PONTÓN, 2019. En votos particulares de diversos ponentes a diversas SSTs de 2011, como la de 7 de febrero, realizado en este caso por el magistrado Garzón Herrero, se mantiene esa visión negativa de la deferencia judicial: “Por lo que hace al “principio de deferencia”, no puedo por menos que expresar mi frontal rechazo a tal principio. En primer lugar, porque aparece en ordenamientos jurídicos que nada tiene que ver con el nuestro en los que los derechos individuales llevan siglos consagrados, y en donde la misión de los órganos constitucionales está, generalmente, muy elaborada, lo que no sucede en nuestro caso. En segundo término, porque el principio constitucional de igualdad procesal de las partes tiene difícil acomodo con el enunciado expuesto. Finalmente, porque la función de la jurisdicción contenciosa no es “observar” “deferencia con el ejecutivo” sino “controlar la legalidad de la actividad administrativa”, “garantizar derechos e intereses de los ciudadanos” y “hacer frente a las extralimitaciones de la Administración” (Conforme al párrafo primero de la Exposición de Motivos de nuestra Ley)”.

Pues bien, *en el contexto actual expuesto*, de creciente empleo de IA por las Administraciones, de insuficiente regulación en España de las garantías para el ciudadano, como demuestra el art. 41.2 LRJSP aquí comentado, de falta de suficientes garantías organizativas — con una Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial en fase de constitución (cuyo Estatuto fue aprobado por Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto)— y de riesgo de impactos negativos en el uso de la IA, de carácter masivo, además, que pueden afectar a miles de ciudadanos, un elemento que diferencia el uso de máquinas frente a la decisión humana, creemos que *en la actualidad* el control judicial debería consistir en un control riguroso (*hard look*, en la expresión clásica norteamericana empleada desde los años 70 del siglo pasado⁵⁹), especialmente del cumplimiento del procedimiento administrativo complejo de preparación del uso de los algoritmos y de adopción de la decisión automatizada con estos, eso sí, sin violar el principio constitucional de distinción funcional entre poderes.

En línea similar, la negación de la deferencia judicial en este ámbito es expuesta por diversos especialistas angloamericanos, pese a provenir de sistemas que, por su historia y tradición son menos autoritarios y más favorables al uso de la discrecionalidad y que han manejado históricamente este concepto de deferencia. Así, entre otros, Coglianese (COGLIANESE, 2021, pp. 109 y 110), tras considerar diversos aspectos de las decisiones automatizadas administrativas desde la óptica norteamericana señala que (la traducción del inglés y la cursiva es nuestra):

“Por supuesto, *todo esto no quiere decir que las agencias vayan a recibir o deban recibir siempre deferencia por la forma en que diseñan o gestionan sus sistemas*. En virtud de la norma articulada en el asunto *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Insurance Co.* deberán proporcionar información básica sobre los objetivos

⁵⁹ Las reflexiones sobre la deferencia en el ámbito del Derecho administrativo no pueden desligarse de la toma en consideración de otros desarrollos simultáneos. Así, en EE. UU. de la doctrina judicial norteamericana del *hard look*, vinculada, de hecho, al llamado segundo paso de la sentencia *Chevron* de 1984 del Tribunal Supremo de los EEUU (*Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*), epítome de la deferencia en aquel país (dictada en relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria de las agencias y la interpretación jurídica de las leyes que desarrollan).

La doctrina jurisprudencial norteamericana de *hard look*, también conocida como el estándar del “procedimiento razonado” (*reasoned decision making*) es ampliamente empleada por la jurisprudencia norteamericana y muestra como en el moderno Derecho Público de los Estados Unidos “el énfasis en la revisión de la arbitrariedad se ha movido hacia el escrutinio de la calidad del razonamiento administrativo” (LEVIN Y GELLHORN, 2007), que es también lo que ha ocurrido en el ámbito de la Unión Europea y de sus estados miembros al calor del derecho a una buena administración, por cierto. Desde la década de 1970, los tribunales, e incluso el Tribunal Supremo de los EE. UU., han exigido que los decisores administrativos actúen con cautela, prestando especial atención a los factores e intereses relevantes en juego. La jurisprudencia ha establecido el deber de escuchar a los ciudadanos, el deber de responder a sus comentarios mediante una exposición de motivos, y el deber de estudiar detenidamente la regulación antes de decidir, como marco para garantizar unas normas sólidas (MATHEWS, 2015). Los tribunales exigen a las agencias que incluyan en sus declaraciones de bases y propósitos discusiones detalladas de sus razones que apoyan el ejercicio de la discrecionalidad y muestran la existencia de la debida atención al considerar los hallazgos y comentarios presentados durante la audiencia pública prevista en el artículo 553 de la APA (AUBY & PERRAUD, 2014, 27).

de sus sistemas automatizados y su funcionamiento general⁶⁰. Deberán demostrar que han estudiado detenidamente las principales opciones de diseño. Y es probable que tengan que demostrar, mediante auditorías y validaciones aceptadas, que estos sistemas funcionan para producir los resultados previstos. Pero todo esto equivale a decir que es casi seguro que las agencias podrán proporcionar la información necesaria para justificar resultados que producen sus sistemas. En otras palabras, los antiguos principios del derecho administrativo parecen estar preparados para la era de la automatización.”⁶¹ .

Recogiendo estas preocupaciones, el CONSEJO DE EUROPA a finales de 2022 (CONSEJO DE EUROPA, 2022) publicó el estudio comparativo *Artificial Intelligence and Administrative Law* , preparado por WOLSWINKEL⁶², el cual señala en su página 14 que (traducción del inglés nuestra): “hay el riesgo de que debido a una falta de conocimiento técnico los tribunales avanzarán hacia la deferencia aún más”, por comparación al tradicional estándar de control judicial, “cuando complejos ADM” (iniciales en inglés de sistemas de decisión automatizada) “sean usados por las autoridades públicas. Al mismo tiempo, se sostiene que el Derecho administrativo debería moverse lejos de la tradicional asunción sobre deferencia hacia más fuertes formas de rendición de cuentas en términos de transparencia y comunicación, doctrinas de relevancia y revisión substantiva en particular respecto a resultados que provienen de ADM”.

6. CONCLUSIONES

Que exista IA disponible técnicamente, ahora o en el futuro, para ser aplicada en cualquier ámbito de funcionamiento administrativo no significa que sea ni deseable ni posible jurídicamente aplicarla y obtener decisiones discrecionales totalmente automatizadas.

⁶⁰ Mientras que en el ámbito de la adjudicación, el caso judicial principal referido al *hard look* en EE.UU. es *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 US 402 (1971), en el ámbito de la elaboración de reglamentos, el asunto principal es *Motor Vehicle Manufacturers Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463, U.S. 29 (1983), que se refería a la impugnación de una decisión de la *National Highway Traffic Safety Administration* de rescindir una norma en virtud de la cual la agencia había exigido a todos los fabricantes de automóviles que incluyeran en todos los coches comercializados en EE.UU. a partir de una fecha determinada uno o dos dispositivos de seguridad (airbags o cinturones de seguridad automáticos). En esta decisión, el Tribunal Supremo enunció el criterio de arbitrariedad y capricho de la siguiente manera (traducción nuestra):

“Normalmente, una norma de una agencia sería arbitraria y caprichosa si la agencia se ha basado en factores que el Congreso no pretendía que tuviera en cuenta, ha omitido por completo considerar un aspecto importante del problema, ha ofrecido una explicación de su decisión contraria a las pruebas de que disponía la agencia o es tan inverosímil que no puede atribuirse a una diferencia de opinión o al producto de la experiencia”.

⁶¹ En este mismo sentido, desde la perspectiva británica WILLIAMS (2019).

⁶² Consultable en: [4cb20e4b-3da9-d4d4-2da0-65c11cd16116 \(coe.int\)](https://www.coe.int/en/web/ai-law)

En el caso de las potestades discrecionales, desde la perspectiva no de lo deseable sino de lo jurídicamente posible, consideramos que el derecho y principio a una buena administración impide que la IA simbólica elimine la discrecionalidad y que la IA no simbólica o conexionista vaya más allá de ser un apoyo al decisor humano, puesto que, en el primer caso, no es posible jurídicamente preprogramar agotadoramente la discrecionalidad y eliminar ésta y en el caso de la IA estadística la ausencia de empatía y de capacidad de formular inferencias abductivas recomiendan la ausencia de automatización total. Por otra parte, la misma no será posible cuando el principio contradictorio en el procedimiento administrativo exija un trámite de audiencia o cuando exista participación ciudadana en trámites de información pública, sea en este caso la potestad discrecional o reglada, puesto que será preciso sopesar en la decisión las aportaciones de la ciudadanía.

Los límites vistos de la IA y sus diferencias con los humanos pueden aconsejar prohibir normativamente su uso en los ámbitos expuestos, prohibición que entendemos debería desarrollarse aplicando una opción legal por defecto (*opt out*) en favor del no uso de la IA, de acuerdo con el principio de precaución aludido, salvo que una norma específica la permita. Norma que deberá ser aprobada por los representantes democráticos en aplicación de la reserva de ley existente en el art. 18.4 CE, garantizando que no se viola el principio y derecho de buena administración que tiene relevancia constitucional, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como hemos sostenido aquí, argumentamos que esta prohibición debiera adoptarse *en estos momentos, de conformidad con el estado actual de la tecnología y el principio de precaución*. Nada impediría modificar esta conclusión, y la opinión de quien esto escribe, si la situación evoluciona de otro modo en el futuro y se avanza hacia una IA general o fuerte, equiparable a la humana y dotada de empatía, inexistente a fecha de hoy, lo que no parece que vaya a ocurrir ni a corto ni a medio plazo.

Aceptando el uso de la IA, ahora ya en el marco del procedimiento administrativo complejo para la toma de decisiones automatizadas, cuya primera fase se refiere a la evaluación previa mediante un primer procedimiento administrativo de aprobación de las características del sistema, la Administración debiera considerar, caso por caso la calidad, necesidad, idoneidad y eficiencia del uso de IA y establecer las garantías precisas para su empleo.

Superado este primer procedimiento administrativo y en fase ya de adopción de la concreta decisión administrativa en el específico procedimiento administrativo sectorial mediante uso de la IA, esta debería acompañarse de mecanismos de supervisión o vigilancia humana que sean efectivos, como se dijo. Ello implica la necesidad de una formación y entrenamientos específicos de los empleados públicos (pues tal supervisión puede afirmarse que constituye una función pública a ellos reservada) que van a vigilar los sistemas de IA en materia de *desesgamiento* cognitivo, así como formación respecto al funcionamiento de estos. Ante lo que nos podemos plantear si ese tipo de formación puede ser realmente efectiva para la evitación de dicho sesgo,

un debate abierto que parece irse decantando por la respuesta afirmativa siempre que tal formación esté convenientemente diseñada (HAUSER, 2020).

Además, la intervención humana debe ser efectiva y significativa, en el sentido de ser capaz de interferir con el funcionamiento y llegar a detener éste en caso necesario. En este sentido existen voces que cuestionan que la supervisión humana de la IA sea una solución realmente efectiva, que pueda dar respuesta adecuada a las necesidades existentes, debido a la complejidad y rapidez de la IA y las limitaciones humanas en la práctica, como en el ámbito jurídico destaca Marchetti (MARCHETTI, 2021; muy ilustrativo al respecto, desde una perspectiva técnica, es el punto de vista de LEINS, K y KASPERSEN, A., 2021). Se trata de un argumento importante, que requerirá ulteriores análisis, puesto que, de ser cierto en todos o algunos casos, podría convertir la regulación de la supervisión humana en un mecanismo psicológicamente tranquilizador para la sociedad, una especie de *placebo regulador*, ineficaz en realidad.

La supervisión o vigilancia humana de la IA en el ámbito administrativo, si es tan relevante como se sostiene, debería configurarse como un auténtico derecho subjetivo, a incluir en el art. 53 LPAC, generador de correlativas obligaciones jurídicas para la Administración, (obligaciones cuanto menos de medios, sometidas al estándar de debido cuidado propio de la buena administración; véase la interesante sentencia del Tribunal Supremo español de 15 de febrero de 2022⁶³).

En cuanto al control judicial de la IA, hemos expuesto que esa tarea judicial se encuentra con distintas dificultades que no la hacen fácil, pero que deben ser afrontadas, en garantía del control de legalidad de la actividad administrativa y de la protección de los derechos de las personas. Para ello, parece imprescindible ofrecer a los jueces y juezas formación específica en esta materia.

La automatización con IA tiene una serie de riesgos ya descritos, con un impacto posible en una escala inimaginable desde el punto de vista tradicional de la adopción de decisiones por humanos. En la actualidad, su regulación legal es insuficiente y la formalización del necesario procedimiento de aprobación de garantías conforme al art. 41.2 LRJSP inexistente. En la medida que en el futuro se afine el marco regulatorio y se potencie la organización administrativa en torno a la IA, *la importancia del atento control judicial puede decrecer*. Pero hoy en día, necesitamos que el control judicial del contencioso administrativo en España de la IA no sea indiferente ni insuficiente para la correcta protección de los derechos de las personas, puesto que no creemos que existan razones *per se* y automáticas de mayor objetividad e imparciali-

⁶³ STS de 15 de febrero de 2022, ECLI:ES:TS:2022:543, referida a la protección de datos, pero perfectamente extensible a la supervisión humana de la IA:

“En las obligaciones de resultado existe un compromiso consistente en el cumplimiento de un determinado objetivo, asegurando el logro o resultado propuesto, en este caso garantizar la seguridad de los datos personales y la inexistencia de filtraciones o quiebras de seguridad. En las obligaciones de medios el compromiso que se adquiere es el de adoptar los medios técnicos y organizativos, así como desplegar una actividad diligente en su implantación y utilización que tienda a conseguir el resultado esperado con medios que razonablemente puedan calificarse de idóneos y suficientes para su consecución, por ello se las denomina obligaciones “de diligencia” o “de comportamiento””.

dad administrativa (recuérdense los sesgos cognitivos posibles de los programadores —por ejemplo, disponibilidad y confirmación— y de los supervisores —así, automatización— en el ámbito de la IA) ni de mejor cognoscibilidad (ténganse en cuenta los problemas de las bases de datos que se manejan actualmente⁶⁴. HUERGO, 2023, sostiene la aplicación del “mismo grado de control” a las decisiones automatizadas con IA que tendría una decisión no automatizada que se “tomara sin IA”⁶⁵.

Para todo ello necesitamos jueces/zas y magistrados/as formados y activos, pero con conciencia de su limitado, aunque importante, y en parte por explorar, papel constitucional en garantía de los derechos de los ciudadanos y de la buena administración. Esta labor judicial se vería facilitada, desde luego, mediante una mejora de la regulación estatal, autonómica y local sobre régimen jurídico y procedimiento administrativo en este campo, que permita orientar y limitar el ejercicio de potestades discrecionales mediante el uso de IA, como hemos ido exponiendo en este trabajo, más allá del mero uso de códigos éticos o de la aprobación de meras normas de *soft law*, como cartas o protocolos (PONCE, 2022c).

En el desarrollo del RUEIA aprobado por el Parlamento europeo el 13 de marzo de 2024 y en las nuevas regulaciones españolas que se aprueben en el futuro en su marco deberá hacerse un esfuerzo para aunar lo mejor de lo humano con lo mejor de la IA, para evitar así combinar lo peor de ambos mundos, esto es, decisiones con la (inexistente) empatía y capacidad abductiva de la IA junto con los límites y errores cognitivos humanos.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALAMILLO, I. y URIÓS, F. X., *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las administraciones públicas. Análisis jurídico y metodológico para la construcción y la explotación de trámites automáticos*, Generalitat de Catalunya, 2011. Disponible en: [L'actuació administrativa automatitzada en l'àmbit de les Administracions Públiques \(gencat.cat\)](https://www.gencat.cat/actua)
- ATIENZA, M., *Sobre la dignidad humana*, Trotta, Madrid, 2022.

⁶⁴ Por ejemplo, un estudio publicado a finales de 2021 y titulado “*Reduced, Reused and Recycled: The Life of a Dataset in Machine Learning Research*” elaborado por Bernard Koch y Jacob G. Foster de la UCLA y Emily Denton y Alex Hanna de Google Research ha detectado que existe una creciente desigualdad en el uso de los conjuntos de datos a nivel mundial, y que más del 50 por cien de todos los conjuntos de datos utilizados en la muestra empleada correspondían a conjuntos de datos introducidos por doce instituciones de élite, principalmente occidentales (y añadimos nosotros, tradicionalmente dominadas por hombres...). Entre las instituciones dominantes se nos informa que se encuentran la Universidad de Stanford, Microsoft, Princeton, Facebook, Google, el Instituto Max Planck y AT&T. Cuatro de las diez principales fuentes de conjuntos de datos son instituciones corporativas. El estudio es consultable aquí: [2112.01716.pdf \(arxiv.org\)](https://arxiv.org/abs/2112.01716) y puede hallarse un comentario al mismo en esta página web: El estudio es consultable aquí: [A Cartel of Influential Datasets Is Dominating Machine Learning Research, New Study Suggests - Unite.AI](https://www.unite.ai/news/2022/12/21/a-cartel-of-influential-datasets-is-dominating-machine-learning-research-new-study-suggests).

⁶⁵ Como señala GALLONE (2023, 222), el uso de inteligencia artificial en los procedimientos administrativos debe venir compensado con la garantía de un control judicial humano inspirado en el criterio de *full jurisdiction*, establecido por el TEDH en relación con el art. 6.1 del CEDH.

- ATIENZA, M., “Siete Tesis sobre el Activismo Judicial”, *Grand place: pensamiento y cultura*, núm. 10, 2018.
- AUBY, J-B and PERROUD, T., “Introduction”, en AUBY, J-B and PERROUD, T. (Eds.), *Regulatory Impact Assessment*, INAP, GLP, 2013.
- BACIGALUPO, M., “La vinculación de la Administración Pública a la Ley y al Derecho”, en VELASCO, F. y DARNACULLETA, M., *Manual de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2023.
- BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, en *Revista de Derecho Público. Teoría y Método*, núm. 1, 2020, pp. 223-269.
- BRENT, J., *Charles Sanders Pierce. A life*, Indiana University Press, 1993.
- BRIDLE, J., *La nueva edad oscura: la tecnología y el fin del futuro*, Debate, 2020.
- COBBE, J., “Administrative law and the machines of government: Judicial review of automated public-sector decision-making” *Legal Studies*, 39(4), 636-655, 2019.
- COGLIANESE, C., “Administrative Law in the Automated State”, 150 *Daedalus* 104, 2021.
- COGLIANESE, C. y LAI, A., “Algorithm vs. Algorithm”, *Faculty Scholarship at Penn Law*. 2795, 2022.
- CONSEJO DE EUROPA, *Artificial Intelligence and Administrative Law*, 2022, disponible en: [4cb20e4b-3da9-d4d4-2da0-65c11cd16116 \(coe.int\)](https://www.coe.int/t/e/treaties/ai/ai_2022.asp).
- COTINO HUESO, L., ““SyRI, ¿a quién sanciono? Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020”, *La Ley Privacidad*, Wolters Kluwer nº 4, mayo, 2020.
- CRAIG, P., *Administrative Law*, Sweet and Maxwell, Thompson Reuters, 9th edition, 2021.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M.C., “La aplicación de sistemas de inteligencia artificial en el seno del órgano de administración de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 59, mayo-agosto, 2020.
- DAMASIO, A., *Sentir y Saber*, Destino, 2021.
- DAMASIO, A., *El error de Descartes*, Andrés Bello, 1994.
- DE LARRUECA, R., “La contradicción en el dictamen pericial: tratamiento conceptual de la sana crítica y efectos prácticos”, *Diario LA LEY*, núm. 7494 13413/2010, 2010.
- DELLA CANANEA, G., “The ‘Core’ of Administrative Law: an Outsider’s View”, *BACL*, 2022. Disponible en: <https://british-association-comparative-law.org/?p=4543>.
- DE LA SIERRA, S., “Inteligencia artificial y justicia administrativa: una aproximación desde la teoría del control de la Administración Pública”, *Revista General de Derecho Administrativo*, enero, 2020.
- DOMÈNECH, G., “El juego del legislador, la Administración y el Juez”, en Coordinadores Rodríguez De Santiago, José María, Domènech Pascual, Gabriel y Arroyo Jiménez, Luis, *Tratado de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2021.
- GALLONE, G., *Riserva di Umanità e Funzione Amministrative*, Wolters Kluwers, CEDAM, 2023.
- GAMERO CASADO, E., “Las garantías de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común frente a la actividad automatizada y la inteligencia artificial”, en *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, coord. por Eduardo Gamero Casado, Francisco Luis Pérez Guerrero, 2023, págs. 397-461
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”, *Revista de Estudios de La Administración Local y Autonómica*, (211), 1981, pp. 407-454
- HAUSER, C., “From Preaching to Behavioral Change: Fostering Ethics and Compliance Learning in the Workplace,” *Journal of Business Ethics*, Springer, vol. 162(4), 2020, pp. 835-855.
- HOFMANN, HCH., “The Duty of Care in EU Public Law—A Principle Between Discretion and Proportionality”, *Review of European Administrative Law*, vol. 13, no 2, 2020, p. 87-112.
- HUERGO LORA, “El derecho de transparencia en el acceso a los códigos fuente”, en *Anuario de Transparencia Local*, 5/2022, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2023, pp. 35 y ss.
- HUYS, V., “L’Abduction ou le risque interprétatif », *Revue Recherches sur la Philosophie et le Langage*, núm. 34 - *Abduction*, sous la direction de Rémi Clot-Goudard, Viviane Huys et Denis Vernant, 2018.
- KAHNEMAN, D., SIBONY, O., SUNSTEIN, C., *Ruido: Un fallo en el juicio humano*, Debate, 2021.

- LAGUNA DE PAZ, J.C., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 186, 2017.
- LARSON, E.J., *The Myth of Artificial Intelligence: Why Computers Can't Think the Way We Do*, Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2021.
- LEINS, K y KASPERSEN, A., “7 Myths of Using the Term “Human on the Loop”: “Just What Do You Think You Are Doing, Dave?”: Seven Myths of Using the Term “Human on the Loop”: “Just What Do You Think You Are Doing, Dave?” | Carnegie Council for Ethics in International Affairs, 2021.
- LEVIN, R. M. & GELLHORN, E., *Administrative law and process in a nutshell*, 5th Edition, 2007.
- LICKELIDER J.C.R., “Man-Computer symbiosis”, *IRE Transactions on Human Factors in Electronics*, volume HFE-1, pages 4-11, March, 1960.
- MATTHIEU, R., *En defensa del altruismo*, Urano, 2016.
- McCANN, S., “Discretion in the Automated State”, *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2023, pp. 1 y ss.
- MAN, K.; DAMASIO, A., “Homeostasis and soft robotics in the design of feeling machines”, *Nature Machine Intelligence*, vol. 1, núm. 10, 2019, p. 446-452.
- MARCHETTI, B., “La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica”, *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, núm. 2/2021, 2021.
- MARTÍN DELGADO, I., “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”, *Revista de administración pública*, núm. 180, 2009, págs. 353-386.
- MARTÍNEZ, N., AGUDO, U. y MATUTE, H., “Human cognitive biases present in Artificial Intelligence”, *Revista Internacional de los Estudios Vascos*, 67, 2, 2022. Disponible en: [Human cognitive biases present in Artificial Intelligence | Riev, International Journal on Basque Studies \(eusko-ikas-kuntza.eus\)](https://www.eusko-ikas-kuntza.eus/).
- MATHEWS, J., “Searching for Proportionality in US Administrative Law”, *Legal Studies Research Paper number 1-2015*, *Penn State Law*, 2015. Disponible en : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2561583.
- MÉDIATEUR FÉDÉRAL, *Rapport d'activités*, 2021. Disponible en : *Rapport annuel 2021.pdf (federalombudsman.be)*.
- MENÉNDEZ, E., *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico*, Tirant Lo Blanch, 2017.
- MORAL SORIANO, L., “Decisiones automatizadas, Derecho administrativo y argumentación jurídica”, en LLANO, F.H. (Dr.), GARRIDO, J. y VALDIVIA, R., (Coords.), *Inteligencia artificial y filosofía del Derecho*, Laborum, 2022.
- MUÑOZ ARANGUREN, A., “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, *InDret*, abril, 2011.
- NIETO, A., “El arcano de la discrecionalidad”, estudio preliminar a REBOLLO, M, HUERGO, A, GUILLÉN, J, CAMPO, T., *Anuario del Derecho Administrativo Sancionador 2021*, Civitas Thompson Reuters, 2021, pp. 27 y ss.
- NIETO, A. y SÁNCHEZ, R.M., *La equidad judicial*, Colex, 2022.
- PASTOR, A. y NOGALES, P., “El futuro del trabajo en la administración pública ¿estamos preparados?” *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. extra 3, 2019, págs. 34-51.
- PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, 2001.
- PONCE SOLÉ, J., “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 175, 2016, págs. 57-84.
- PONCE SOLÉ, J., “Inteligencia Artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 1, enero, 2019.
- PONCE SOLÉ, J., *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, UAH-Defensor del Pueblo, 2019b.
- PONCE SOLÉ, J., *Mejora de la Regulación, Lobbies y Huella Normativa*, Tirant Lo Blanch, 2019c.

- PONCE SOLÉ, J., "La buena administración y el buen gobierno: la crisis de la Covid-19 y las nuevas tendencias en el Derecho administrativo y en el control judicial del poder ejecutivo", *Jueces para la democracia*, nº núm., 102, 2021, págs. 5-20.
- PONCE SOLÉ, J., "Reserva de humanidad y supervisión humana de la Inteligencia artificial", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, 2022.
- PONCE SOLÉ, J., *Acicates (Nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022 b.
- PONCE SOLÉ, J., "Las relaciones entre inteligencia artificial, regulación y ética, con especial atención al sector público", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022c.
- PONCE SOLÉ, J. (2023): "Seres humanos e inteligencia artificial: discrecionalidad artificial, reserva de humanidad y supervisión", en Eduardo Gamero Casado (coord.), Francisco Luis Pérez Guerrero (coord.) *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, Tirant Lo Blanch.
- PONCE SOLÉ, J. (2023b): "El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos. A propósito de la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, recurso de casación 5751/2017", *Revista de Administración Pública*, núm. 221, 163-182.
- PONCE SOLÉ, J., *Manual de Fonaments del Dret Administratiu i de la Gestió Pública*, Tirant Lo Blanch, València, 4ª edición, 2023c.
- PONCE SOLÉ, J. y VILLORIA MENDIETA, M., *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2020, 2021, 2022 y 2023.
- PULLMAN LE, REFAIE N, LALUMIÈRE ML, KRUPP D., "Is Psychopathy a Mental Disorder or an Adaptation? Evidence From a Meta-Analysis of the Association Between Psychopathy and Handedness". *Evolutionary Psychology*, October, 2021.
- RANCHORDAS, S., "Experimental Regulations for AI: Sandboxes for Morals and Mores", *University of Groningen Faculty of Law*, Research Paper núm. 7/2021, 2021.
- RANCHORDAS, S., "Empathy in the digital administrative state", *Duke Law Journal*, Forthcoming, *University of Groningen Faculty of Law, Research Paper*, 2022, núm. 13.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA et al. *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Disponible en: [Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española \(rae.es\), 2023.](#)
- REIS DE ALBURQUERQUE, A. y DE BRITO MACHADO SEGUNDO, H., "A perspectiva evolutiva e o problema da relação corpo-mente: qual o impacto da ausência do instinto, das emoções e do Nao consciente no processo decisório?", en PEDRO, R. y CALIENDO, P. (Coords), *Inteligência artificial no contexto do Direito público: Portugal e Brasil*, Almedina, 2023.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, F., "El control judicial en el ámbito de la regulación económica: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) un relato de la deferencia en el marco del Derecho común europeo", en MALARET, E. (Coord.), *Autonomía Administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Thompson Reuters Aranzadi, 2019.
- SOM, C., HILTY, L.M and KÖHLER, A.R., "The Precautionary Principle as a Framework for a Sustainable Information Society", *Journal of Business Ethics*, 85, 2009 :493-505.
- TORCHIA, L., *Lo Stato Digitale*, Il Mulino, 2023.
- TRIANA REYES, B., "¿Vale de algo la prueba pericial en la jurisdicción contencioso-administrativa?", *Actualidad administrativa*, núm. 6, junio, 2016.
- TRUMBULL IV, C.P., "Autonomous Weapons: How Existing Law Can Regulate Future Weapons", *Emory International Law Review*, vol. 34, núm. 2, 2020, pp. 539 y ss.
- VAQUER, M., "La Humanidad del Derecho Administrativo de nuestro tiempo", *Revista de Administración Pública*, núm. 222, 2023, pp. 33 y ss.
- WEIZENBAUM, J., *Computer power and human reason: From judgment to calculation*, W. H. Freeman & Co, 1976, traducido al español un año más tarde con el título *La frontera entre el ordenador y la mente*, Ed. Pirámide, S.A. Madrid. 1977.
- WILLIAMS, R., "Rethinking Deference for Algorithmic Decision-Making", *Oxford Legal Studies Research Paper No. 7/2019*, 2019.

Teoría y Método

Revista de Derecho Público

www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/

