

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Administrativo  
de la Universidad Complutense de Madrid

DISCRECIONALIDAD,  
ARBITRARIEDAD Y  
CONTROL JURISDICCIONAL

Edición y Presentación a cargo de  
Pedro P. Grández Castro

Palestra Editores  
Lima — 2006

## ÍNDICE GENERAL

Sumario .....	5
Presentación del editor .....	7

### PRIMERA PARTE

DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD:  
ASPECTOS CONCEPTUALES A PARTIR DE SU DISCUSIÓN  
EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

<b>Capítulo I</b>	
<b>Arbitrariedad Y Discrecionalidad .....</b>	<b>23</b>
I. Introducción .....	23
II. La sombra de la excepcionalidad en la dogmática tradicional .....	29
1. En el principio fue la exención .....	29
2. Las huellas del pasado en la jurisprudencia actual	

	del <i>Conseil d'etat</i> .....	34
III.	El estado actual de la cuestión en nuestra jurisprudencia postconstitucional .....	39
	1. Observaciones generales .....	39
	2. Juicios pedagógicos y declaraciones de aptitud o idoneidad profesional .....	41
	3. Ejercicio de la potestad de planeamiento .....	53
	4. Reglamentaciones e intervenciones económicas .....	71
	5. Medidas relativas a la organización de los servicios públicos .....	76
	6. Medidas de policía .....	81
IV.	Un sincretismo insostenible .....	84
	1. De nuevo entre dos extremos .....	84
	2. La mezcla de los viejos tópicos y los nuevos principios, causa de las contradicciones al uso .....	88
	3. La necesaria inversión del planteamiento tradicional .....	92
V.	El principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad como punto de partida de la nueva dogmática. ....	94
	1. Discrecionalidad no es arbitrariedad .....	94
	2. La motivación como primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario .....	96
	3. La necesidad de justificación objetiva como segundo nivel de distinción: Presunción de legalidad y carga de la prueba .....	97
	4. Legalidad y oportunidad: un falso dilema .....	104
	5. Poderes de sustitución y tutela judicial efectiva .....	108
VI.	Reflexiones finales .....	112

## Capítulo II

<b>De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario .....</b>	<b>117</b>
---	------------

I.	Precisiones imprescindibles sobre una polémica inaceptable .....	117
II.	La dimensión individual y social de la lucha por el Derecho .....	120
III.	El <i>nouvm</i> de la Constitución de 1978 .....	125
IV.	La última palabra la tiene el Derecho .....	129
V.	Sobre el concepto de arbitrariedad .....	131
VI.	La cuestión crucial de la motivación .....	142
VII.	El polémico tema de la eventual sustitución judicial de la decisión administrativa discrecional .....	150
VIII.	El presunto «activismo judicial» y las Sentencias de 15 de marzo y 21 de septiembre de 1993 .....	159
IX.	El control judicial de la arbitrariedad del poder es hoy un denominador común de la cultura jurídica occidental .....	176

## SEGUNDA PARTE

### CONSTITUCIÓN Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL CONTROL DE LA ARBITRARIEDAD

#### Capítulo III

<b>El Artículo 9.3, <i>in fine</i>, de la Constitución, un precepto Único en el Panorama Comparado.</b> .....		189
I.	El carácter general del precepto .....	189
II.	La singularidad del precepto en el Derecho Constitucional comparado .....	195

#### Capítulo IV

<b>El Principio Constitucional de Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: <i>Quid Novum?</i>. ...</b>		209
---	--	-----

#### Capítulo V

<b>La Jurisprudencia Constitucional sobre la Arbitrariedad</b>	
--	--

<b>del Legislador</b> .....	243
I. La exigencia de razonabilidad o no arbitrariedad de las Leyes en la jurisprudencia sobre derechos fundamentales. ....	243
II. La jurisprudencia específica del artículo 9.3, <i>in fine</i> , de la Constitución. ....	251
1. La Sentencia constitucional de 20 de Julio de 1981: La percepción de la arbitrariedad como injusticia material. ....	252
2. La Sentencia constitucional de 19 de Julio de 1982: La arbitrariedad como actuación sin razones formales ni materiales en que apoyarse. ....	254
3. La Sentencia constitucional de 23 de Mayo de 1985 y las diferencias entre la arbitrariedad de la Administración y la arbitrariedad del Legislador. ....	258
4. La Sentencia constitucional de 29 de Julio de 1986: La arbitrariedad como discriminación o ausencia de explicación racional. ....	262
5. La Sentencia constitucional de 11 de Junio de 1987 y la distinción entre arbitrio legítimo y capricho, inconsecuencia o incoherencia. ....	267
6. La Sentencia constitucional de 22 de Marzo de 1988 (nº 49/88): La arbitrariedad como falta de justificación e incoherencia interna de la norma legal. ....	270
7. La sentencia constitucional de 29 de Noviembre de 1988. Reiteración de la doctrina de las diferencias entre la Administración y el Legislador. ....	276
8. La Sentencia constitucional de 17 de Diciembre de 1988. Un intento de síntesis que encubre un cierto retroceso. ....	279

9. La Sentencia constitucional de 22 de Abril de 1993 y la recuperación del test de proporcionalidad.....	283
10. La Sentencia constitucional de 22 de Junio de 1993: La arbitrariedad como discriminación no justificada. ....	284
11. Breve referencia a otras resoluciones. ....	285
12. A modo de balance. ....	293

**Capítulo VI**

<b>Análisis crítico de la Jurisprudencia. ....</b>	<b>297</b>
I. Una falacia argumental: la remodelación a conveniencia del concepto de arbitrariedad. ....	297
II. La tónica apelación a la diferente posición en que se encuentran la Administración y el Legislador en relación a la Ley y a la Constitución. ....	310
III. Una comparación instructiva: la potestad legislativa y la potestad administrativa de planeamiento. ....	319

TERCERA PARTE

JUECES Y ADMINISTRACIÓN:

EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL PODER DISCRECIONAL

**Capítulo VII**

<b>Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor .....</b>	<b>333</b>
I. La pesada herencia de la separación de poderes ....	333
II. Dos culturas jurídicas opuestas en torno al papel del Derecho y del Estado.....	339
III. La crítica a los jueces como expresión recurrente de la cultura estatocéntrica .....	344
IV. El viejo argumento de la liquidación del despotismo	347
V. El presunto apoyo de esa crítica en la cláusula del	

Estado social y democrático .....	349
VI. La doble dimensión de la garantía judicial: juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor .....	358
<b>Capítulo VII</b>	
<b>Alcance del Control Judicial de las Políticas Públicas ..</b>	<b>373</b>
I. Introducción. ....	373
II. La percepción histórica del poder discrecional, su permanencia a través del tiempo y sus limitaciones. ....	376
III. El poder discrecional en el marco de la Constitución de 1978. ....	379
IV. El origen de la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad en la jurisprudencia contencioso-administrativa española. ....	380
V. Discrecionalidad o arbitrio legítimo. ....	382
VI. Arbitrio legítimo y arbitrariedad prohibida. ....	389
VII. La extensión de los poderes del juez y la reducción a cero de la discrecionalidad. ....	394
VIII. Consideraciones finales. ....	396
Índice general .....	399