

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 diferenciables: 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*, Lustel, 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.

