

# ¿ES INCONVENIENTE O INUTIL LA PROCLAMACION DE LA INTERDICCION DE LA ARBITRARIEDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL? UNA NOTA

Por  
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

*SUMARIO:* I. El juicio de Rubio Llorente sobre la constitucionalización del principio y sus aporías.—II. Una precisión bibliográfica sobre su formulación.—III. La reseña del libro de Leibholz.—IV. El artículo de «RAP» 29.—V. El artículo de «RAP» 30.—VI. La suerte del principio.—VII. La iniciativa constituyente de L. Martín-Retortillo y su explicación.—VIII. ¿Contradicción o interferencia entre interdicción de la arbitrariedad e igualdad? Conclusión.

## I

En un libro colectivo recién aparecido, *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, en el cual, por cierto, yo mismo colaboro, leo un agudo trabajo del Profesor Francisco RUBIO LLORENTE con el título *Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad*, págs. 91 y ss., en el que resulto aludido (pág. 108) para criticar la incorporación del principio de «interdicción de la arbitrariedad» entre los principios que la Constitución «garantiza», según su artículo 9.3.

Su tesis es que ese principio es en todo equivalente al principio de igualdad, formulado ya en otro artículo de la Constitución, el 14. La sustantivación del primero como independiente supone el autor que se hizo, incorporándolo a la Constitución, «por inspiración» de un trabajo mío (que identifica como *La Ley y los principios generales del Derecho*). Se trataría de la «recepción poco meditada de terminologías extranjeras», un «episodio curioso», que ha introducido a nuestra Constitución en una «curiosa aporía». La noción de interdicción de la arbitrariedad «fue acuñada por LEIBHOLZ en 1928 (1) para ofrecer un criterio con el cual pon-

(1) Hay aquí un error, probablemente de impresión. La fecha de la primera edición de la obra es 1925, en los «Offenrechtlichen Abhandlungen», dirigidos por TRIEPEL, E. KAUFMANN y SMEND, Heft 6. No es baladí la corrección, pues esa fecha explica mejor los límites en que se movió el trabajo de LEIBHOLZ, dentro del primer constitucionalismo weimariano.

derar el respeto por el legislador del principio de igualdad. El principio de igualdad significaría, en definitiva, de acuerdo con ello, la prohibición de la arbitrariedad, de las diferenciaciones carentes de una razón de ser justificada».

## II

Por el respeto que me merece el Profesor RUBIO LLORENTE y por el no menos grande que siento por la Constitución, pacto social básico de nuestra convivencia, me veo obligado a ofrecer algunas explicaciones sobre la cuestión suscitada.

En efecto, parece ser cierto que fui yo el primer autor que habló en España de un principio de interdicción de la arbitrariedad oponible a la Administración como un límite a su libertad de actuación. Pero tengo que hacer una precisión bibliográfica: no fue en el artículo que RUBIO cita, publicado en el número 40 de esta REVISTA (1963), donde sólo se encuentran dos inespecíficas menciones a uno de los trabajos que cito a continuación, sino en tres trabajos que le precedieron en cuatro años donde la cuestión fue examinada en sí misma con toda detención. Dos de estos trabajos están publicados en el número 29 de esta REVISTA (1959), y son: una recensión del propio libro de LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2.<sup>a</sup> ed. ampliada del mismo año 1959, a que RUBIO se refiere (págs. 449-452 de la REVISTA, en la sección de bibliografía) y el artículo *Recurso contencioso-directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, págs. 161 y ss., en particular la larga nota de las págs. 167-169. El tercer trabajo es el ya específico sobre el tema, *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, publicado en el número 30 de esta REVISTA, 1959. Los dos últimos de estos trabajos se incluyeron luego en mi libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, 1970, y 2.<sup>a</sup> ed., 1981, páginas 189 y ss. y 237 y ss., lo que acaso les prestó alguna mayor difusión.

Si seguimos por su orden esos tres trabajos, creo que resulta claro, por de pronto, que la adopción del concepto de LEIBHOLZ no fue inmeditada o «poco meditada», ni siquiera circunstancial, sino absolutamente confesada y deliberada; y, segundo, que con la misma deliberación utilicé desde el primer momento el concepto de LEIBHOLZ en un sentido más extenso (aunque no extraño, como

veremos) al que el que este autor proponía, y así lo proclamé, en uso de mi libertad científica, buscando abiertamente la conexión con el término «arbitrariedad» que se había deslizado, sin duda como término puramente retórico, en un precepto de las llamadas «Leyes Fundamentales», que hacían entonces las veces de una Constitución. No fue, pues, un prurito de pedantería, o de estar a la última en otros Derechos que el propio, lo que me movió a adoptar el famoso término, sino una operación de «construcción» (como dicen los norteamericanos) de una Ley constitucional española, famosa por su absoluta ineficacia, y con el más deliberado propósito de apoyarse en ella para oponer un límite jurídico, precisamente, a sus propios autores.

Nada más lejos, pues, de la adopción «poco meditada de terminologías extranjeras», sino de algo perfectamente meditado, tanto que al tema dediqué tres trabajos (70 págs. en el libro citado, que no incluye uno de ellos) en unos meses, y de una terminología que no es propiamente «extranjera», más que en su primer estímulo, sino la terminología de una Ley básica española (¡y cuánto!), buscando lo que he entendido siempre que es una de las misiones más estimulantes del trabajo jurídico, la interpretación de las Leyes de forma que permita extender bajo su seno el ámbito de la libertad y, correlativamente, el control en justicia de los poderes públicos desbocados (y bien se sabe también cuánto entonces). Expliquemos despacio todo esto.

### III

Si partimos de mi conocimiento del libro de LEIBHOLZ en el mismo momento de su segunda edición (primera postweimariana), 1959, esto es, de mi reseña crítica del mismo en el número 29 de esta REVISTA, págs. 449 y ss. (es tanto el orden lógico como el cronológico, pues en el artículo *Recurso contencioso-directo*, publicado en el mismo número 29, pág. 168, cito ya esa reseña en estos términos: «vid. más ampliamente mi reseña de este libro —el de LEIBHOLZ—, en otro lugar de esta misma Revista»), me permitiré subrayar lo siguiente:

1.º Explico que «toda la temática de este estudio reside en la aplicación del principio de igualdad ante la ley al terreno de la

legislación..., y no sólo al de la aplicación legal, es decir, en instrumentarlo como un límite sustancial que al legislador se impone restringiendo su libertad de determinación, antes que como un límite que afectase sólo a los Tribunales o a la Administración, aplicando normas ya establecidas. Era esta última la forma en que el derecho público alemán anterior a la Constitución de Weimar interpretaba ese principio».

2.º Añado que «el estudio no se limita a justificar esa simple extensión, sino que partiendo de ella se esfuerza en ofrecer una construcción técnica de la vinculación a la igualdad... Para la determinación del concepto de igualdad, tras una revisión de la literatura sobre el tema, el autor fija un contenido material alrededor de la idea de arbitrariedad (*Willkür*); el principio de igualdad ante la Ley implicaría la prohibición de normas arbitrarias. Arbitrario es lo contrario de razonable y jurídicamente lo opuesto polarmente a la justicia»; el mismo autor, observo, utiliza la jurisprudencia constitucional americana sobre *reasonableness*.

3.º Llamo también la atención (lo que parece haber escapado a RUBIO, por cierto, y que demuestra por sí solo que la transposición que yo hice del concepto de LEIBHOLZ está en la propia línea apuntada por éste) que «Leibholz acude especialmente a la ciencia del Derecho Administrativo, replanteando el tema de las potestades discrecionales. Establece una correspondencia entre arbitrariedad y abuso de la discrecionalidad o *Ermessensmissbrauch*...; para el autor la diferencia entre la potestad discrecional del legislador y la de la Administración o de los Tribunales es, desde el punto de vista estructural, puramente cuantitativa; simplemente su *Spielraum*, su campo de juego, su ámbito de movimiento es mayor».

4.º Concluyo descartando el tema, tratado por el autor, de la igualdad de los Estados en el Estado federal, «que no tiene para nosotros especial interés» (aunque después llegase a tenerlo tanto), y diciendo: «Este interés nuestro [*i.e., como españoles, en 1959*] está en relación con el conjunto de esta obra y... sobre todo en un punto, a mi juicio, al cual me refiero ya en un trabajo que se publica en otra parte de esta misma REVISTA. Es concretamente el de nuestro recurso contencioso-administrativo contra Reglamentos... [recurso] en el cual puede y debe hacerse valer, sobre cualquier intento de achatamiento de su técnica, los principios jurídicos materiales del ordenamiento por encima de la simple exigen-

cia de la legalidad formal... Desde esta perspectiva el interés de una investigación como la que estamos reseñando es para nosotros inmediato y directo. Incluso edificada su parte material, según hemos visto, sobre el concepto de arbitrariedad, se da la feliz coincidencia de que el precepto único de nuestro ordenamiento constitucional que se refiere a los Reglamentos, aunque sin nombrarlos, el artículo 17 del Fuero de los Españoles, prohíbe justamente en la estructura del sistema jerárquico de normas la interpretación o *alteración arbitrarias*... Este concepto de "alteración arbitraria" no puede entenderse más que como un límite al ejercicio de la potestad reglamentaria... por donde, sin esfuerzo, sobre esa base expresa, puede introducirse toda la técnica sustancial de control que sobre el concepto de arbitrariedad intenta instrumentar técnicamente el estudio de LEIBHOLZ. Esta posibilidad es, sin duda, la más interesante que ofrece un recurso directo contra normas».

Desde el momento de la inicial lectura del libro, pues, explico con toda precisión por qué me parece interesante acoger el término de LEIBHOLZ y cómo poder conectarlo a una norma constitucional española hasta entonces retórica.

#### IV

Así lo explico con más detención en el artículo publicado en el propio número 29 de esta REVISTA, *Recurso contencioso-directo contra disposiciones reglamentarias y recurso de reposición*. En efecto, no existía en nuestro Derecho en 1959 la posibilidad de un control jurisdiccional de las Leyes, pero sí la de un control de las normas secundarias que son los Reglamentos; incluso resultaba que la Ley Jurisdiccional de 1956 (que comenzó su vigencia adentrado 1957) acababa de estrenar en nuestro Derecho un recurso directo contra Reglamentos, que estaba virtualmente inédito y que permitía un «control abstracto» de normas por vez primera, cuyo paralelismo con los recursos de inconstitucionalidad de las Leyes es bastante evidente, aunque no familiar hasta entonces a la doctrina administrativa. Dado que en el régimen político imperante se admitía con normalidad (y así suele proclamarlo con reiteración

el Tribunal Constitucional, a efectos de darlos por válidos cuando se promulgaron) los Reglamentos independientes de las Leyes, se trataba de buscar un criterio material de control de dichos Reglamentos al margen del criterio formal de infracción de las Leyes, que, por hipótesis, era impracticable en el caso. También, a la vez, se arbitraba la posibilidad de un control más estrecho de los propios Reglamentos subordinados o ejecutivos de las Leyes.

En efecto, ése es, justamente, el punto de abordaje de la cuestión en ese segundo trabajo. Cuando el texto habla de que «la sanción de la legalidad de un Reglamento es siempre la nulidad de pleno derecho», inmediatamente del término Reglamento viene una nota, la 9 (pág. 167), que comienza así: «Conviene notar en cuanto a este tema de la ilegalidad de los Reglamentos que esta ilegalidad no se concreta sólo en la infracción expresa de una norma superior o en la posible invasión de una "materia reservada" a la Ley. Con independencia de estos supuestos típicos de ilegalidad formal, que no ofrecen duda alguna, y que recogen hoy los artículos 23, 26 y 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, hay que afirmar enérgicamente, y ello constituye a mi juicio la posibilidad más importante abierta por el recurso directo, que la ilegalidad de un Reglamento puede venir también por la infracción de los principios jurídicos sustanciales del ordenamiento».

Añado algo importante para explicar la transposición del concepto que LEIBHOLZ había configurado para ser aplicado a la justicia constitucional: «Estos principios jurídicos materiales circunscriben el ejercicio de la potestad reglamentaria en cuanto potestad administrativa a un ámbito más estricto que el propio de la potestad legislativa formal, pues ésta se beneficia de la nota de la soberanía que, evidentemente, no alcanza a la Administración». LEIBHOLZ había confesado que partía de la doctrina iusadministrativa del «abuso de discrecionalidad» (e incluso de la francesa del *détournement de pouvoir*) para extender al concepto al legislador; yo propongo la operación inversa, llenar con más contenido, como es propio de las potestades administrativas, límites que se habían formulado para controlar al legislador; restituyo, en cierto modo, el concepto de LEIBHOLZ a sus orígenes.

En efecto, añado: «Estas soluciones han sido facilitadas por la técnica de la justicia constitucional, que con normalidad en todos los países donde se reconoce ha reducido la propia potestad legis-

lativa a una potestad discrecional, afectada de límites sustanciales y no formales, y en concreto vinculada por principios generales que lucen en las declaraciones constitucionales y en sus tablas de derechos individuales; esta técnica, que sólo ha podido desarrollarse por la existencia de un proceso especial para la verificación abstracta de la validez de las normas, es de mucho más fácil y obvia aplicación, como se comprende, al caso de la valoración de la regularidad de un Reglamento».

Y es a continuación cuando hago la referencia explícita: «Vid., por ejemplo, en una de las construcciones más características, LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...* que construye todo el tema de la vinculación del legislador al principio de igualdad ante la Ley... como una prohibición de normas arbitrarias...; lo interesante es que reduce ese concepto de arbitrariedad a la técnica iusadministrativa del *Ermessensmissbrauch*, que es más cercana, podríamos decir rápidamente, al “*ecceso di potere*” italiano que al concepto estricto de desviación de poder francés, que es lástima, por cierto (como ya notó S. M.-RETORTILLO), que sea el que haya acogido nuestra Ley de la Jurisdicción como control normal (no único, dados los términos del art. 83.2, “*incluso* la desviación de poder”»).

Y, finalmente, la conexión con la Ley Fundamental española, único lugar posible donde intentar radicar un control sobre los Reglamentos independientes: «A este mismo criterio de prohibición genérica de la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad reglamentaria puede llegarse fácilmente en Derecho español, no sólo a través, según la tesis de LEIBHOLZ, de la vinculación de la Administración por el principio de igualdad ante la Ley, que está también en nuestras declaraciones constitucionales, sino, mucho más específicamente, invocando el artículo 17 del Fuero de los Españoles, que prohíbe la interpretación y *alteración arbitrarias* del orden jerárquico de normas (“Todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas que no podrán arbitrariamente ser interpretadas y alteradas”); así como la “interpretación arbitraria” se refiere al plano de la aplicación legal, la “alteración arbitraria” no puede aludir más que al plano de la creación normativa, y afecta, pues, como un límite sustancial, al ejercicio de la potestad reglamentaria; a la vez, por este mismo precepto se impone sin esfuerzo la vinculación del Reglamento no sólo a la Ley, sino también a las declara-

ciones constitucionales materiales, jerárquicamente superiores. Una jurisprudencia atenta ha de encontrar aquí uno de los más fecundos campos de desenvolvimiento del recurso directo contra Reglamentos, en esta época de... legislación motorizada, en la certera fórmula de Carl SCHMITT... para imponer a la Administración un cuidado de los principios generales del orden jurídico en su significación precisamente material y no sólo formal, que es evidente que no siempre guarda en sus copiosas, inciertas y ocasionales determinaciones reglamentarias».

Me parece que ahí está todo dicho: que el estímulo inicial del concepto es de LEIBHOLZ, pero que se ha de ir más allá de la tesis de éste, «mucho más específicamente», según la norma constitucional española, cuya interpretación queda ya propuesta; en fin, que la interdicción de la arbitrariedad ha de conducir a una vinculación a los «principios generales del orden jurídico». Quizá sea importante mi referencia a otras autoridades distintas de LEIBHOLZ: la primera, al Derecho Administrativo francés, donde menos de un año antes la Constitución de 1958 había creado un verdadero Reglamento independiente con base constitucional; estos Reglamentos, observo en la misma nota, «ya no pueden ser tachados de ilegalidad», sino que habrá que acudir a los «principios jurídicos materiales» con los que el *Conseil d'Etat* había desarrollado una de las más importantes construcciones de fiscalización de la Administración; citaba ya en ese sentido el artículo premonitorio de DE SOTO, en «Revue de Droit Public» del mismo año 1959, pero es bastante importante notar que así ocurrió, y que hoy el control por el Consejo de Estado de dichos Reglamentos se hace estrictamente y únicamente por esa técnica de los principios generales del Derecho, como puede verse en cualquier manual. No era, pues, tan absurda mi propuesta, sino que invocaba un ejemplo verdaderamente preciso en el mismo sentido, haciendo un juicio prospectivo que ha resultado exacto. La segunda referencia que quiero resaltar es la que hice en estos términos, que son los últimos de esa larga nota: «una luminosa exposición del papel del juez en la defensa de estos principios materiales frente al Legislador actual, en BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, 1959; *passim*, especialmente: págs. 28 y ss.». Recordaré que ese mismo año 1959 hice una muy amplia reseña de esta obra de BACHOF en «Revista de Estudios Políticos», núm. 105, y que, poco después, por iniciativa de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, ese librito,

en efecto luminoso, se tradujo en Editorial Taurus, por un alumno de nuestro curso de entonces, Rodrigo BERCOVITZ, traducción que supuso, quizá, una de las primeras noticias en España del constitucionalismo alemán de esta posguerra (tan distinto del de Weimar, por cierto, y aquí hay que incluir a LEIBHOLZ mismo —que no imaginó entonces otro límite al legislador que el del principio de igualdad—, sin perjuicio de su segunda etapa) (2), con su criterio que se llamaría del «Estado material de Derecho», como superación de un Estado formal de Derecho, ejerciendo una influencia real en nuestro mundo jurídico, incluyendo a nuestra jurisprudencia. De este modo puede verse una intención inequívoca de conectar la intuición del primer weimarianismo de LEIBHOLZ al sistema de valores más rico del constitucionalismo de la *Grundgesetz*.

La adaptación a nuestro Derecho del famoso concepto no fue, pues, lejos de ello, ni inmediata, ni automática, ni acrítica, mucho menos «poco meditada», sino creo que sostenida en algunos firmes apoyos, más o menos felizmente desarrollados o expresados.

## V

Y con ello haré una alusión final, y ya mucho más corta, al trabajo específico sobre el tema, mi artículo *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, publicado cuatro meses después en el número 30 de esta misma REVISTA, 1959.

Es un comentario, intentando extraer las consecuencias generales, a dos Sentencias del Tribunal Supremo que habían anulado sendas disposiciones reglamentarias, la de 20 de febrero y la de 6 de julio de 1959. Tras la exposición de la doctrina de cada una de esas dos Sentencias, concluyo con una exposición sobre la necesidad de someter la validez de los Reglamentos, no sólo al criterio de su no infracción de las Leyes, sino a un juicio de fondo a realizar por los principios generales del Derecho. Frente a la inmunidad judicial de los Reglamentos, afirmada por nuestra antigua jurisprudencia contencioso-administrativa, se afirma que no exis-

---

(2) Puede verse, sobre la significación general de LEIBHOLZ, la obra colectiva, dirigida por Christoph LINK, *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat. Symposium zum 80. Geburtstag von Gerhard Leibholz*, Baden-Baden, 1982. La bibliografía general sobre el constitucionalismo weimariano es bien conocida.

te la menor razón para dar a la voluntad administrativa expresada en Reglamentos el menor plus de consistencia respecto a la expresada en actos; antes bien lo contrario, dada la mayor peligrosidad del Reglamento, por su alcance general y tendencialmente permanente respecto de los simples actos singulares.

Aquí se habla ya, tomándolo confesadamente de BACHOF, de algo que el Tribunal Constitucional ha repetido luego y ha introducido en los hábitos jurídicos, del «orden material de valores», que hay que imponer incluso frente al legislador, orden de valores que ha de buscarse en los principios generales del Derecho y no en la sustitución de un criterio político (el del juez) por otro. Se reflexiona sobre la actualidad de la técnica de los principios generales del Derecho, cuya expansión en el campo de la justicia administrativa ha sido la aportación más importante impuesta por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés a partir de 1945, criterio hoy general en todo el Derecho Administrativo occidental. Esos principios «pueden encontrarse en cuanto a su aplicación específica a los Reglamentos alrededor de un principio matriz, el principio de la interdicción de la arbitrariedad... principio fácilmente deducible... del texto del artículo 17 del Fuero de los Españoles». Se contrasta el principio así formulado con los criterios que para la formulación de principios enunció uno de los creadores de esa jurisprudencia del Consejo de Estado, LATOURNERIE, así como con la doctrina alemana e inglesa.

Y se concluye, finalmente, con la especificación de supuestos que pueden significar arbitrariedad en el ejercicio de la potestad reglamentaria: partir de una apreciación falsa de los hechos, ruptura del principio de igualdad (y aquí se cita a LEIBHOLZ y a otros varios autores alemanes, franceses, americanos, españoles), transgresión de los «principios inmanentes a la naturaleza de las instituciones», falta de proporcionalidad, manipulación de los medios elementales de vida como instrumento coercitivo, desviación de poder, vulneración de derechos fundamentales (un nuevo intento de dar un contenido de protección precisa en vía contencioso-administrativa a las declaraciones meramente retóricas), retroactividad, iniquidad manifiesta, «justicia natural» en el sentido inglés, irrazonabilidad, falta a la buena fe exigible en la relación poder público ciudadanos, *standard* de buena Administración, reserva a la Ley formal por la magnitud e importancia de los efectos que el Reglamento pretenda. Cada uno de estos posibles su-

puestos que intentan ejemplificar casos de arbitrariedad reglamentaria que los Tribunales deben anular se ilustran con doctrina administrativista y constitucionalista resumida en las notas. Se trata de «afirmar el imperio del Derecho sobre la Ley» (aquí el Reglamento), con cita final de JAHREIS y de BACHOF.

## VI

No soy yo, naturalmente, quien tiene que juzgar el eco de esa propuesta que intentó justificarse con algún detenimiento técnico. Diré sólo que es un hecho que nadie la contradijo, y que, antes bien, pasó a la corriente general de nuestra doctrina y de nuestra jurisprudencia, lo que ahora resultaría enojoso, naturalmente, detallar.

## VII

Pero su mayor éxito, evidentemente, fue haber sido recogida por el artículo 9.3 de la Constitución de 1978, casi veinte años después de su formulación.

Resulta que es perfectamente conocido cómo ese concepto pasó al texto supremo. No fue, claramente, una iniciativa «poco meditada», contra lo que cree RUBIO, ni fue tampoco el prurito de adoptar una «terminología extranjera». La historia está contada perfectamente, con prolijidad incluso, por el autor de esa iniciativa, el Senador constituyente LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, que dedica al tema un capítulo de su importante libro *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, Alkal Editor, Madrid, 1984, págs. 56 y ss.

Comienza observando que «parecía útil dar acogida, como un mecanismo más de control de los poderes públicos, al principio de interdicción de la arbitrariedad» (pág. 57).

Y explica en la página 58: «Había presentado también una enmienda personal, pequeño homenaje a mi maestro Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, con la concreta pretensión de que en la larga enumeración del párrafo tercero se diera cabida a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos...». La enmienda iba precedida de la siguiente justificación:

«ya que se incluyen tan importantes principios, vale la pena dar cabida al de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, desarrollado por la doctrina, asimilado por la jurisprudencia y que puede surtir beneficiosos efectos a la hora de informar la actuación de todo el aparato público» (pág. 59).

Especifica más todo el proceso que le había llevado a la enmienda en los siguientes dos párrafos de la página 66: «Como pequeño homenaje a mi maestro el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA y sabedor de las posibilidades de control y fiscalización de los poderes públicos que abría, me pareció oportuno seguir su sugerencia y enmendar al ya de por sí farragoso párrafo tercero del artículo 9, con la finalidad de dar cabida al que se ha llamado principio de interdicción de la arbitrariedad».

«Como homenaje a mi maestro, digo, en primer lugar. El había sido quien en cuantas ocasiones había podido supo recibir las mejores experiencias foráneas para potenciar aquí la utilización de los principios generales del derecho como mecanismo de control de las Administraciones públicas; quien, en concreto, teorizó entre nosotros el que gracias a sus aportaciones ha dado en llamarse principio de interdicción de la arbitrariedad al comentar dos famosas Sentencias del Tribunal Supremo... de modo que, si ya había utilizado con anterioridad la expresión, la dotó entonces de una riqueza dogmática que le hizo ganar carta de naturaleza. De forma que esta construcción ha pasado a ser usual entre los autores y, lo que es más importante, ha penetrado en los repertorios de jurisprudencia. Enlazo así con la segunda de las razones que tuve en cuenta al preparar mi enmienda: el deseo de abastecer en la mayor medida posible modalidades de control, es decir, técnicas jurídicas concretas, para someter a pautas jurídicas verificables el funcionamiento administrativo. Tantos años de insolencia del poder necesitaban numerosos y diversos correctivos, necesitaban la reprobación expresa, pero demandaban también las modalidades específicas que la técnica jurídica puede abastecer. Entendí que la mención por su nombre del principio de interdicción de la arbitrariedad era una opción saludable para una Constitución democrática».

No sin rubor, puesto que se refiere a mí en términos inmerecidos, transcribo la nota 6 de la misma página 66, al pie, donde

concretaba: «Me refiero al trabajo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA cuyo título es bien revelador: *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*. Este trabajo, muy enjundioso, de una categoría ejemplar para la difícil ciencia española de su época, alimentado por una bibliografía extranjera que aún hoy sorprende y admira, apareció como un mero comentario monográfico de jurisprudencia en el núm. 30 (1959) de REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, págs. 131 y ss. Hoy se encuentra recogido en el libro del autor *Legislación delegada*», etc.

Explica luego la suerte de su enmienda (págs. 67-68).

En su intervención ante el Senado, el día 23 de agosto de 1978, hace la propuesta de agregar a la enumeración del Proyecto del artículo 9.3 el concepto de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos. Y en su discurso de presentación dijo:

«Es una bonita concreción que trabajosamente ha ido construyéndose, que ha avanzado, que ha ganado carta de naturaleza en la doctrina jurídico-política de estos últimos años y que se afianzó como obra de colaboración entre autores y tribunales, entre estudiosos y jurisprudencia... Amplio poder, sí, pero que se sepa que, al ejercerlo, la libertad que se concede de realización impide en todo caso la arbitrariedad.

Se establece así una pieza más en los delicados mecanismos de control... Principio que, sobre todo, donde ha de tener mayor eficacia, donde ha de tener su mayor efecto, donde ha de tener mayor trascendencia, donde ha de tener mayor rigor ha de ser en el ámbito de las Administraciones Públicas... No se niega libertad de actuar, sino simplemente se proscribire la arbitrariedad. Ciertamente que habrá situaciones límite en las que no sea posible el enjuiciamiento, pero hay obviamente un margen de apreciación más allá del cual es preciso no ceder. Entonces, si son tantas las reglas que han tenido acceso a este apartado 3 del artículo 9.º, a mí me parece que sería de interés dar entrada también a ésta, para recordar siempre que el Estado de Derecho que recalca el artículo 1.º impone

siempre mantener la guardia levantada para impedir la arbitrariedad» (3).

Añade el autor, finalmente (pág. 69): «Tuve la alegría de que mi enmienda fuera aceptada y pasara al texto definitivo». Y cierra su reflexión (pág. 70): «Los poderes públicos, todos y cada uno de ellos, por muchas facultades que ejerciten, deben tener presente que les queda prohibida la arbitrariedad. De manera que, al ir a controlar a cada uno de los poderes públicos, por más que puedan parecer cerradas las puertas de acceso a ese control, ahí está la llave, que sea del caso, de la interdicción de la arbitrariedad».

El único comentario que me permitiré hacer, a propósito del generoso «homenaje» que L. MARTÍN-RETORTILLO quiso rendirme —y que tan profundamente agradecí y agradezco de nuevo—, es que cuando en el párrafo que he transcrito de la página 66 de su libro dice que «me pareció oportuno seguir su sugerencia», refiriéndose a mí, no alude a ninguna sugerencia privada que yo me hubiese permitido hacerle durante el ejercicio de su función senatorial, como bien se comprende, sino a la sugerencia general que se proponía en el artículo que él cita.

## VIII

Queda por responder a la afirmación, un tanto sorprendente, de que la inclusión del principio de interdicción de la arbitrariedad entre los garantizados por la Constitución ha introducido a ésta en una «curiosa aporía».

Parece evidente que no se aprecia la aporía por ninguna parte. RUBIO pretende que el principio está incluido en el de igualdad ante la Ley del artículo 14 y que ello puede crear perplejidad para la aplicación de este artículo o la del artículo 9.3. Aunque no lo especifique, bastaría con observar que el artículo 14 es susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en tanto que no lo son los principios enumerados en el artículo 9.3, lo cual es ya una diferencia de bulto en la eficacia de uno y otro precepto.

---

(3) Todo esto, naturalmente, está en el «Diario de Sesiones» y recogido puntualmente en la obra básica *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, edición de las Cortes Generales, preparada por F. SAINZ MORENO, 1980, tomo III. No es necesario, por ello, haber leído el libro de L. MARTÍN-RETORTILLO para conocerlo.

Pero si se ha seguido la historia hasta aquí, nada más evidente que el principio de interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos no está, en modo alguno, comprendido en el de igualdad ante la Ley. La ruptura de la igualdad puede ser un caso de arbitrariedad pero nunca el único. Arbitrariedad es sinónimo, tanto en el lenguaje vulgar como en el jurídico, de injusticia ostensible, y no se comprende por qué ha de limitarse la injusticia a la desigualdad. «Acto o proceder contrario a la justicia, a la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho», dice con precisión y concisión el Diccionario de la Real Academia Española (4). Lo que la prohibición de la arbitrariedad condena es, justamente, la falta de un fundamento objetivo; la Constitución no admite que el poder público, en cualquiera de sus expresiones, se ejerza por la sola voluntad del agente o por su capricho, simplemente. Exige que en cualquier decisión del poder público se hagan presentes los valores superiores del ordenamiento jurídico que formula su artículo 1.º, como los menores, presentes cada uno en las distintas ramas del Derecho y en todas y cada una de sus instituciones. Si nuestro Estado es un Estado de Derecho, el Derecho y no el capricho del gobernante (el cual opera en cuanto tal como agente del Derecho) debe dominar la totalidad de sus decisiones.

No creo necesario repetir de nuevo lo que ha quedado ya

(4) Significado que coincide exactamente con el del término alemán *Willkür*, que es el utilizado por LEIBHOLZ. Vid. en el propio libro de éste, tan citado, págs. 72 y ss., con muchas referencias de juristas y de filósofos del Derecho. Cfr. ahora, por todos, Albert ASCHL, *Staats- und verfassungsrechtliches Lexikon (mit Zitatenanhang)*, 6.ª ed., Walhalla u. Praetoria Verlag, Regensburg, 1988, voz «Willkür» y los textos que cita en págs. 726 y ss. y 751 y ss. El significado es común en todas las lenguas, y de una manera específica en la teoría del Derecho, precisamente. Vid., por todos, y con especial autoridad, Chaïm PERELMAN, *Le Raisonné et le Déraisonné en Droit. Au-delà du Positivisme juridique*, Paris, 1984. Y, últimamente, Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, Paris, 1987 (hay trad. española, 1988). Si RUBIO pretendiese que en el lenguaje jurídico establecido, tanto en alemán como en otras lenguas, antes y después de LEIBHOLZ, «arbitrariedad» es equivalente a ruptura irrazonable de la igualdad, estaría en un claro error. El mismo concepto específico de *Willkürverbot* se aplicó en el constitucionalismo weimariano como un límite general, comprendiendo la proporcionalidad, la justicia sustantiva, etc., a la «dictadura del Presidente» en las situaciones de excepción del art. 48, tema clave de ese constitucionalismo: vid. Erntis Rudolf HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*. Tomo VI. *Die Weimarer Reichsverfassung*, Kohlhammer, Stuttgart, 1981, pág. 682; en pág. 427 de este mismo volumen se podrá ver que en esta tesis, en la expresión *Missbrauchverbot* (interdicción del abuso), están C. SCHMITT, THOMA (y el propio LEIBHOLZ! Más aún: en el tomo VIII de esta magna obra, que acaba de salir y que se dedica íntegro a sus índices, *Registerband*, 1991, pueden consultarse las cinco referencias que incluye al término *Willkürverbot* y se encontrará idéntico resultado. Por cierto que en una de ellas podemos ver que la Ley Fundamental de Hannover de 1833 identifica la arbitrariedad con la «contradicción manifiesta con los principios generales del Derecho» (tomo II, pág. 103). Vid. *infra* nota 6 sobre la cuestión en la ciencia jurídica anglosajona.

expuesto, tanto sobre la formulación doctrinal del principio de interdicción de la arbitrariedad como sobre la intención explícita que movió a incluirlo en la Constitución al autor de la iniciativa durante el proceso constituyente. Me será permitido sólo precisar que, como expliqué desde el comienzo de mi reflexión sobre el concepto, la arbitrariedad no puede ser nunca un simple juicio subjetivo del juez (que obraría entonces sin fundamento objetivo y, por tanto, arbitrariamente él mismo) y que la vía normal de objetivarlo es el recurso resuelto a los principios generales del Derecho. Esto puede hacer entrar en juego otros principios constitucionales, desde luego, aunque no necesariamente (repátese en la lista de principios que, sin afán agotador, enuncié en mi artículo del número 30 de esta REVISTA), pero el juego combinado de varios principios y valores constitucionales no es ninguna novedad de este caso, sino algo perfectamente común. No crea, por tanto, aporía alguna, sino más bien riqueza de patrones de enjuiciamiento. Lorenzo M.-RETORTILLO lo entendió así desde el primer momento y por eso habló de «abastecer con una pieza más los delicados mecanismos de control». Podría pretenderse que ello era quizá ocioso, aunque muchos no lo creamos, incluyendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (5), que utiliza constante-

(5) E incluso del Tribunal Constitucional, contra lo que cree curiosamente RUBIO. Así, por ejemplo: Sentencia 49/1988, como caso de Sentencia anulatoria de una Ley (aquí la de Organos Rectores de Cajas de Ahorros) en virtud del discutido principio, que, por cierto, separa perfectamente el principio del art. 9.3 del del artículo 14: «ninguna justificación tiene que todos los Ayuntamientos en que actúe una Caja pierdan su representación porque la entidad fundadora sea otro Ayuntamiento o una Diputación o un Cabildo Insular. Esta falta de justificación supone, en este caso, un acto arbitrario por parte del legislador, que vulnera la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que establece el artículo 9.3 CE. Y ello por dos razones. Una, porque supone una flagrante contradicción en el mismo sistema configurado por el legislador, que obliga a una participación considerable de los Ayuntamientos cuando el fundador de la Caja no es una Corporación Local y la suprime cuando lo es. Y la segunda consiste en que, aun prescindiendo de si el artículo 14 CE es aplicable a los entes públicos, lo cierto es que las Corporaciones municipales son tratadas de forma radicalmente distinta sin motivo que lo justifique y el trato desigual manifiestamente injustificado entraña una arbitrariedad aunque no encaje exactamente en la previsión del artículo 14 de la Norma suprema». Mucho más frecuentes son las Sentencias contencioso-administrativas que anulan Reglamentos o Planes de Urbanismo (que son Reglamentos) o cualquier género de actos discrecionales. Simples ejemplos: Sentencia de 14 de diciembre de 1988, que anula preceptos del Reglamento sobre Estructuras, Organización y Funcionamiento de Hospitales del Insalud porque «al establecerse tales facultades al Director General se ha procedido de una manera contraria a la naturaleza de las cosas o de forma irracional, incurriendo en la arbitrariedad prosrita en el artículo 9.3 de la Constitución»; Sentencia de 20 de mayo de 1990, que anula prescripciones del Plan Metropolitano de Barcelona porque «vulnera las exigencias de racionalidad que derivan del principio de interdicción de la arbitrariedad de la Administración —art. 9.3 de la Constitución— que al informar todo el ordenamiento jurídico —art. 1.4 del Título Preliminar del Código Civil— ha de regir también la actuación de la potestad de planeamiento». Los ejemplos pueden multiplicar-

mente el concepto en el sentido censurado por RUBIO. Lo que veo difícil es poder justificar que haya sido un error, y menos aún que haya supuesto la creación de una grave antinomia interna en el texto supremo. Esto me parece completamente injustificado.

Conozco muy bien, por cierto, el firme escepticismo de este ilustre jurista sobre los principios generales del Derecho. En un artículo publicado en el número 16 de «Revista de Derecho Constitucional» (1986), *El procedimiento legislativo en España. El lugar de la Ley entre las fuentes del Derecho*, dice (pág. 110): «Los principios generales del Derecho a los que el precepto antes citado [art. 1 del Código Civil] alude constituyen para este relator una realidad impenetrable acerca de la cual no se siente cualificado para razonar».

Esa firme convicción me parece, ciertamente, digna de mejor

---

se con facilidad; se encontrarán muchos más en el libro de Tomás R. FERNÁNDEZ que luego cito.

Un caso notable es lo que ocurre en cuanto al control (o más bien negativa de control) de los poderes del juez ordinario por el Tribunal Constitucional; éste suele omitir cualquier control con un argumento sorprendente, que el juez ordinario tiene la «competencia» o hasta la «competencia soberana» para decidir sobre la materia (por ejemplo, para otorgar o denegar las pruebas cuya proposición es un inequívoco derecho constitucional según el artículo 24 de la Constitución; para decidir a su albur diligencias para mejor proveer —incluso en un caso en el que se demostraba que la negativa a abrir dichas diligencias estaba encubriendo la falsedad penal de un documento básico para la decisión del pleito: Auto de 11 de abril de 1991, recurso 835/90—, etc.). Que no hay competencias soberanas de nadie es el primer principio del Estado de Derecho; que ninguna puede ser ejercida arbitrariamente es la consecuencia y lo precisa el artículo 9.3 de la Constitución. El argumento del Tribunal Constitucional es el bien conocido en la historia (ya lejana) del contencioso-administrativo en la cual la calificación como «competencia discrecional» de la Administración excusaba la posibilidad de cualquier control; claro que hay competencia, el problema es si ha sido bien ejercida, o más bien arbitrariamente, porque si tal ocurre se manifiesto que no se habrá otorgado la tutela judicial efectiva del artículo 24. Véase, como ejemplo de la aplicación de estos conceptos elementales al poder de los jueces lo que dice la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, bien habituada a manejar una doctrina más sutil sobre las competencias y su ejercicio, en su reciente e importante Auto de 20 de diciembre de 1990 (estudiado por mí en «REDA», núm. 69, marzo 1991, págs. 65 y ss.): «no basta... afirmar o negar, sin más, que el supuesto de hecho que se discute no cumple los requisitos exigidos... Es necesario razonar suficientemente por qué el caso planteado en vía incidental encaja o no en aquella doctrina general. *Lo contrario implica una actuación arbitraria, y la arbitrariedad está prohibida a los poderes públicos* (art. 9.3 de la Constitución), *por tanto también a los Tribunales de Justicia*»; prescindir de la motivación y usar supuestos poderes absolutos «no es lícito ni legítimo... si no se guardan escrupulosamente aquellas garantías cuyo respeto viene exigido por ese derecho de contenido complejo que es el derecho a la tutela judicial efectiva. Entre esas garantías se encuentra, precisamente, la motivación de la decisión adoptada»; prescindir de ella mediante decisiones apodícticas, «vicia radicalmente la decisión». Obsérvese que de nuevo aquí aparece la conexión arbitrariedad-motivos objetivos. Aunque la deficiente, en este punto, incluso gravemente deficiente, doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia parezca pretender lo contrario, la interdicción de la arbitrariedad opera también como un límite de los poderes del juez, además de respecto de los de la Administración y del legislador.

causa, aunque no pretenda, en modo alguno, hacerle desistir de ella. Es claro que lo que en cualquier otro iuspublicista podría resultar una grave carencia, no lo es en RUBIO LLORENTE, que la suple con su enorme talento, al que rindo tributo sincero.

Que el criterio de *reasonableness* (al que el propio LEIBHOLZ equipara la prohibición de la arbitrariedad) el Tribunal Supremo americano lo aplica fuera del supuesto de la igualdad es tan evidente que basta con remitirse al índice de conceptos de cualquier Tratado o Manual de Derecho Constitucional de ese país, voz «*reasonableness*», o «*test of reasonableness*», o «*rational relationship*», etc. (6). Que el concepto de arbitrariedad se extiende en el Derecho Administrativo bastante más allá del mismo límite convencional, lo acredita ahora, por última vez, el reciente libro de Tomás R. FERNÁNDEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, 1991. Me parece ocioso seguir dando referencias, que tan fácilmente podrían multiplicarse.

Creo, sencillamente, que el profesor RUBIO LLORENTE está en un error en su explicación y valoración del «curioso episodio» y de la supuesta «curiosa aporía» interna de nuestra Constitución.

---

(6) Pero, con independencia del sentido general del *reasonableness*, el específico término de arbitrariedad se utiliza por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1946 como criterio propio para el control judicial de la Administración, Secc. 706 del «United States Code». Según este precepto, el juez declarará la ilegalidad de las resoluciones y las revocará cuando sean *arbitrary, capricious... abuse of discretion*. Cfr., por todos, B. SCHWARTZ, *Administrative Law*, 3.ª ed., Boston, 1991, págs. 652 y ss. Aquí dice el gran iuspublicista americano que ésta es la clave misma del control judicial sobre la Administración, pues «en verdad, ¿qué es el Derecho Administrativo si no es el control de la discrecionalidad?», recordando la frase de un voto particular del juez Douglas en una Sentencia del Tribunal Supremo de 1951: «El Derecho ha alcanzado sus más hermosos momentos cuando ha liberado al hombre de la ilimitada discrecionalidad de algún agente imperante, de algún burócrata. La absoluta discrecionalidad es un amo sin compasión. Es la invención más destructiva de la libertad que ha podido hacer el hombre». Cfr. también Christopher F. EDLEY, Jr., *Administrative Law. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, Yale University Press, 1990, págs. 106 y ss. y *passim*, donde propone incrementar resueltamente el control de esta prohibición de la arbitrariedad frente a la «*extremely deferential review*». La misma relación dialéctica entre arbitrariedad y discrecionalidad se encontrará en el excelente libro de D. J. GALLIGAN, *Discretionary powers. A legal study of official discretion*, Oxford, 1990, en particular págs. 140 y ss. —para no salirse del mundo anglosajón—.

# JURISPRUDENCIA

