

**LAS CLASIFICACIONES DEL PERSONAL MILITAR  
EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
(COMENTARIOS A LA STC 97/1993, DE 23 DE MARZO)**

Joaquín María Peñarrubia Iza  
*Teniente Auditor*

**I. ANTECEDENTES: LA SENTENCIA 39/1983, DE 16 DE MAYO (1)**

Analiza, en resumen, dos cuestiones esta sentencia del Tribunal Constitucional:

La primera, se refiere a la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida del art. 40 f) de la LJCA y de la Disposición Adicional 3ª de la Ley 78/1968, de 5 de diciembre, sobre escalas y ascensos en los Cuerpos de Oficiales de la Armada (2), que declara. Los argumentos y el fallo en esta materia del Tribunal Constitucional, pueden quedar resumidos mediante la transcripción del siguiente párrafo de esta sentencia: *El art. 40, f) excluía del recurso contencioso-administrativo actos que normalmente debieran permitirlo y contra los que no se admite ninguna otra clase de tutela judicial. En este sentido, el art. 40, f) ha de entenderse derogado por la disposición derogatoria tercera de la Constitución (FJ II).*

---

(1) Hacer notar que esta sentencia, además de su importancia intrínseca, tiene la añadida de que el Abogado del recurrente era el Prof. don Eduardo García de Enterría.

(2) Establecía el art. 40, apdo. f), de la Ley de la Jurisdicción, lo siguiente: *No se admitirá recurso contencioso-administrativo respecto de: (...) f) Los actos que se dicten en virtud de una Ley que expresamente los excluya de la vía contencioso administrativa.*

Por su parte, el contenido de la Disposición Adicional mencionada era:

*Contra los actos y resoluciones que se adopten por aplicación de la presente Ley, en lo que se refiere a clasificación y sus consecuencias, se dará recurso de revisión ante el Consejo Superior de la Armada fundado en error de hecho.*

*Contra una u otra resolución no se dará recurso alguno, incluso el contencioso-administrativo, con la única excepción de que aleguen defectos de procedimiento.*

En este sentido, estima Fernando Garrido Falla que el art. 24 CE ha derogado todas las materias exentas que enumeraba el art. 40 LJ. Vid «La Administración pública después de la Constitución». En el «Libro homenaje al profesor J.L. Villar Palasí». Civitas, Madrid, 1989, pág. 491.

Y, en segundo lugar, ventila la impugnación jurisdiccional de la no clasificación para el ascenso de un Coronel de Infantería de Marina, donde el Tribunal Constitucional recurre al concepto de discrecionalidad técnica para declarar que *escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales*.

Coca Vita ha dedicado un artículo doctrinal específicamente al estudio de esta Sentencia del Tribunal Constitucional, en el cual la comenta y critica, por lo que a ese trabajo nos remitimos (3), pero no sin hacer una breve cita del mismo, que es expresiva del pensar de este autor: *Entiendo, desde luego —dice Coca Vita—, que no es correcta la doctrina que sienta la segunda parte de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de mayo de 1983, porque viene a anular y deja sin efecto la primera parte y los otros pronunciamientos anteriores ya operados en este campo: primacía de la Constitución sobre las leyes de exclusión. Nótese que de llegar a una aplicación literal de la segunda y posterior doctrina (exclusión de la discrecionalidad técnica) tendríamos, no la desaparición o reducción del ámbito de zonas infiscalizables consagradas por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino que habríamos llegado paradójicamente a una ampliación de las mismas*.

Igualmente ha sido criticada por parte de la doctrina, en la que destacan autores como T. R. Fernández (4), Tardío Pato (5) y Piñar Mañas (6), por cuanto consideran que no debía haber aceptado el Tribunal Constitucional estas exenciones de control jurisdiccional, y menos con una doctrina tan vaga como la que fundamenta el fallo del Tribunal, es decir, la de la discrecionalidad técnica. Así, esta es la opinión de Tardío Pato: *Lo que es desconcertante es advertir cómo nuestro Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, ha aceptado la doctrina de la discrecionalidad técnica y además en su manifestación más regresiva, poniendo de manifiesto, por otro lado, claras influencias de las sentencias del Tribunal Supremo que la han mantenido (7)*.

Al ámbito militar específicamente se refiere García Ballester, en un sentido semejante al de las opiniones reseñadas. Para este autor, la solución que adopta el

---

(3) Coca Vita, Eduardo: *Legalidad constitucional, exclusión del control judicial y discrecionalidad técnica*, RAP nº 100-102, enero-diciembre de 1983, vol. II, págs. 1039 a 1081. Véase del mismo autor: *También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los tribunales*. RAP nº 108, septiembre-diciembre de 1985, págs. 205 a 214, trabajo en el cual comenta la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1985 (R. Ar. 2854), que admite la posibilidad de controlar judicialmente las decisiones tomadas en virtud de la discrecionalidad técnica.

(4) Fernández Rodríguez, Tomás Ramón: *Arbitrariedad y discrecionalidad*. En *Homenaje a García de Enterría*. Tomo III, Madrid, 1991, págs. 2256 a 2316. En especial, págs. 2265 a 2273.

(5) *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, ed. Civitas, Madrid, 1986, 254 págs.

(6) Piñar Mañas, José Luis: *El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones*. DA nº 220, octubre-diciembre de 1989, págs. 135 a 178.

(7) Tardío Pato, op. cit., pág. 160.

Tribunal Constitucional no es cerrada, en el sentido de que ese ámbito de discrecionalidad sea infranqueable para los órganos jurisdiccionales, (...) porque en otro caso, y por lo que se refiere a las clasificaciones determinadas por el suceso de la carrera profesional del militar, la situación legal sería equivalente a los límites restringidos impuestos por la legislación derogada, esto es, todo se reconduciría a los defectos de forma que, subsanados, posibilitarían una nueva clasificación, como sucedía con anterioridad (8).

## II. DE NUEVO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECURRE A LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA. LA SENTENCIA 97/1993, DE 22 DE MARZO.

### a) Antecedentes de hecho

Un cabo primero de la Armada solicita, conforme a la Ley de 21 de julio de 1973, su selección para permanecer como militar profesional con carácter permanente, lo cual le es denegado por el órgano competente para ello, que es la Junta de Clasificación del Cuerpo de Suboficiales de la Armada, que le declara *no apto*. El Almirante Jefe de Personal del Cuartel General de la Armada ratificó en vía de recurso esta declaración y, posteriormente, desestimó el recurso de reposición interpuesto por el interesado.

Debemos señalar que la normativa aplicable en este supuesto está constituida por la Ley de especialidades de la Armada, de 21 de julio de 1973, el Decreto de 31 de mayo de 1974, de desarrollo de la Ley anterior y la Orden del Ministerio de Defensa, que aprobó el Reglamento de Especialistas de la Armada, de 3 de noviembre de 1981. Había declarado por entonces el Tribunal Supremo, en un supuesto de hecho muy semejante a este (9), que, con arreglo a la legislación vigente en aquel momento, *para obtener la condición de personal profesional permanente, aparte del requisito, no discutido en este caso, de que el Cabo 1º especialista lleve seis años de servicios, es necesario que tras su solicitud sea seleccionado por la Junta de Clasificación del Cuerpo de Suboficiales, resolución que ésta debe realizar, según lo dispuesto en los arts. 14.4 del Decreto y 78.1 de la Orden, como resultado del estudio y análisis del conjunto de fuentes de información que se detallan en el art. 14.3 del primer texto citado y 97 del segundo*. Es de tener en cuenta, en el momento presente, que estas normas no están vigentes, puesto que han venido a ser sustituidas por la nueva Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar profesional.

---

(8) García Ballester, Pascual: *Algunos aspectos de las clasificaciones de Jefes y Oficiales en las normativas de ascensos de las Fuerzas Armadas*. En la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 603 a 695 (págs. 689 a 691).

(9) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1992 (R. Ar. 86).

Pues bien, interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de Madrid, afirmó el interesado en la demanda que se le había producido indefensión, por cuanto la única argumentación dada por la Administración militar había sido un certificado expedido por la Sección de Informes del departamento de Personal del Cuartel General de la Armada acerca de los informes personales sobre el recurrente, extractados y de autor desconocido, en los cuales, de dieciséis conceptos de los que constan, había sido calificado en tres de ellos con nota *D*, teniendo en cuenta que las posibilidades de calificación van, en orden de más a menos favorable, desde la *A* hasta la *E*, respectivamente.

Alega en la demanda que esos informes no le habían sido comunicados en cuanto interesado y, en consecuencia, solicitaba el recibimiento a prueba con la remisión de los informes y todas sus circunstancias al Tribunal.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 30 de noviembre de 1989, en la que desestimó el recurso contencioso-administrativo, por dos consideraciones:

- a) En primer lugar, que la Junta de Clasificación debe disponer, además de las calificaciones personales, de otras fuentes de información, conforme a sus normas reguladoras.
- b) Además, la decisión emana de un órgano especializado de la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad técnica, que no puede someterse a un control judicial, que debe limitarse a la verificación de la adecuación de la actividad administrativa a la normativa vigente.

Es interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por cuanto considera el interesado que se ha vulnerado el art. 24 de la Constitución. Así, en primer lugar, estima que se le ha provocado indefensión, porque no se le ha comunicado los informes personales, a pesar de que por ellos se pueda producir la expulsión de la Armada y se ha vulnerado el art. 24. 1 CE. En segundo lugar, la sentencia, al dar por supuesto que la Junta ha tenido en cuenta otras fuentes de conocimiento distintas de los informes que no son mencionadas, ni mucho menos aportadas, equivale a una condena sin pruebas, basada tan sólo en las sospechas o imaginaciones del tribunal, lo cual vulnera la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

## **b) El fallo del Tribunal Constitucional**

Desestima de plano la alegación de vulneración de la presunción de inocencia el Tribunal Constitucional, por cuanto dice en el Fundamento jurídico I que: *La invocación de la presunción de inocencia carece manifiestamente de fundamento, porque no nos encontramos ante un caso de imposición de sanciones, sino ante un procedimiento de selección de personal, en el que el recurrente fue declarado no apto.* No se trata, pues, de una condena penal ni tampoco de una sanción administrativa.

Por ello, concluye el Tribunal, *sólo hemos de examinar si se causó indefensión al recurrente por desestimar su recurso contencioso-administrativo apelando a la discrecionalidad técnica de la Junta de Clasificación competente.*

*Este Tribunal ha afirmado que la discrecionalidad técnica como ámbito exento de control judicial no es contraria al art. 24.1 CE y cita expresamente la STC 39/1983 (Fto. II). El juicio técnico sobre la capacidad de un aspirante ha de realizarse sobre unos datos objetivos que permitan deducir la aptitud o inaptitud del mismo, y la existencia de ese mínimo fundamento fáctico, debe ser comprobada por el órgano judicial, como estima que se hizo en este caso (Fto. III).*

Por todo ello desestima el Tribunal Constitucional el recurso de amparo.

### c) Consideraciones críticas

En tres grandes grupos podemos distribuir las declaraciones que contiene esta sentencia del Tribunal Constitucional, referidos a las siguientes materias: al recurso de amparo en relación con la actuación administrativa y la arbitrariedad judicial, a la cuestión de la discrecionalidad técnica y, finalmente, lo relativo a los informes personales.

Sobre el primer aspecto, el relativo a la cuestión del recurso de amparo, declara el Tribunal que no corresponde al amparo constitucional revisar la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria realizada por los Tribunales. Ciertamente, esa es función propia del recurso de casación, que fue concebido precisamente con la intención de que fuera lo más uniforme posible la interpretación jurisdiccional de las normas jurídicas. Sin embargo, sí tiene capacidad de hacer esa revisión de la interpretación y aplicación de las normas cuando se produce una vulneración de la Constitución o los derechos fundamentales, y así lo ha hecho el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones. Incluso, cuando esa legislación ordinaria vulnera los derechos fundamentales, conforme a lo que establece el art. 55 párrafo 2 de la LOTC, podría derivarse de un recurso de amparo la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de una Ley.

Desde luego, lo que sí entra en el ámbito del amparo constitucional, es el caso de que el órgano jurisdiccional ordinario haya dictado sentencia manifiestamente arbitraria. *Es posible encontrar ya supuestos en los que el Tribunal Constitucional estima que el poder de apreciación judicial debe ser rectificado; en los que, en una palabra, desde fuera se está contrastando y ponderando la discrecionalidad judicial, se pudo decir ya en 1983 (10). Y así lo declara también la sentencia que nos ocupa. La cuestión es, entonces, qué es lo que habrá de entenderse por sentencia manifiestamente arbitraria, a lo cual responde el propio Tribunal diciendo que consiste esta arbitrariedad en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en dar por buena, sin más, la decisión administrativa, sin realizar el exigible control de la misma que impone el art. 24-1 y el art. 106 de la Constitución.*

---

(10) Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo: *Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial*. RAP nº 100-102, enero-diciembre de 1983, pág. 1088.

Después de esa genérica declaración de control de la actividad administrativa, añade sin embargo el Constitucional que tiene declarado que la discrecionalidad técnica no es contraria al artículo 24-1 de la Constitución, lo cual es, evidentemente, cierto, puesto que lo contrario al derecho de acceso a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales no es la existencia de potestades discrecionales, sino la falta de control jurisdiccional de esas potestades, por difícil que éste sea (11). Es entonces cuando el Tribunal Constitucional reitera expresamente el aspecto más criticado de la STC 39/1983, es decir, la conclusión de que la discrecionalidad técnica es un ámbito exento de control jurisdiccional (12). Pero como esta declaración realizada independientemente, sí que podría ser contraria al art. 24-1 de la Constitución, el Tribunal la matiza diciendo que si bien el control jurisdiccional debe ser lo más amplio y efectivo posible, puede encontrar en algunos casos límites determinados. No hay, pues, exención, sino un límite. Estos límites son descritos por el Tribunal Constitucional con argumentos que ya utilizó en la sentencia de 1983 y a los que frecuentemente recurre el Tribunal Supremo, como cuando habla de:

- Cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico (13).
- Órgano especializado de la Administración (14).
- Juicio que escapa por su propia naturaleza al control jurídico, único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales (15).

---

(11) Cfr. T. R. Fernández, op. cit.

(12) Véase cualquiera de los trabajos citados.

(13) *El criterio uniforme y constante de esta Sala reconoce que los Tribunales calificadoros de oposiciones y concursos gozan de una amplia discrecionalidad técnica, por la presumible imparcialidad de sus componentes, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas de selección, y que los Tribunales de Justicia no pueden convertirse en segundos tribunales de Justicia no pueden convertirse en segundos tribunales (...) ya que por la especialidad de los conocimientos exigidos sería necesario un informe pericial cuyo criterio habría de ser confrontado con el de los especialistas que integran la comisión, discrecionalidad que no impide la revisión jurisdiccional en ciertos casos, por razón de defectos formales sustanciales, por haberse producido indefensión, arbitrariedad, desviación de poder, etc.* SSTs de 13 de marzo de 1991 (R. Ar. 2279), 30 de abril de 1991 (R. Ar. 3364), 20 de octubre de 1992 (R. Ar. 8485, FJ 3º), 11 de noviembre de 1992 (R. Ar. 9118, FJ 4º, que añade una última frase: *u otra transgresión jurídica de similar trascendencia*), 9 de diciembre de 1992 (R. Ar. 10147, FJ 4º).

(14) *La competencia exclusiva para calificar las pruebas en razón de los conocimientos, aptitudes e historial de los concursantes, está plenamente atribuida a la comisión calificadora*, ha declarado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 17 de diciembre de 1986 (R. Ar. 7471), de 18 de julio de 1988 (R. Ar. 5639), de 16 de marzo de 1989 (R. Ar. 2102) y de 28 de septiembre de 1989 (R. Ar. 6374), FJ 3º.

(15) *Las sentencias citadas anteriormente continúan diciendo que la revisión de esta actuación, tanto en vía administrativa como en la jurisdiccional se refiere a la conformidad con las normas que regulan su actuación, no a la decisión que por razón de los conocimientos científicos, artísticos o técnicos del concursante sea la procedente, conocimientos que no son presumibles posea el órgano administrativo superior (...); e igualmente aplicable a los Magistrados componentes de los*

Sin embargo, estas afirmaciones no son fáciles de sostener, puesto que la discrecionalidad técnica no es una doctrina aplicable exclusivamente a estos supuestos, aunque en España, de hecho, sea así, por cuanto así lo estima la jurisprudencia en muchas ocasiones en las que se pronuncia sobre estas cuestiones. Lo cual no deja de ser sorprendente, por cuanto la jurisprudencia entra sin problemas en las cuestiones de licitud y oportunidad de otros juicios que igualmente tienen un carácter exclusivamente técnico y que pertenecen, en consecuencia, al ámbito de la discrecionalidad técnica, según esta doctrina fue elaborada por los autores italianos (16), como ocurre con la adecuación del justiprecio en una expropiación, o la valoración de una obra de arte, o la declaración de ruina de un bien inmueble (17). ¿No será, en definitiva, una cuestión de dificultad, como ha puesto de manifiesto T. R. Fernández? (18).

Continúa abundando el Tribunal Constitucional en esta materia, añadiendo que la discrecionalidad técnica no es contraria a la Constitución, en concreto a su art. 24.1 (lo cual, así dicho, es cierto, como vimos), porque habría superposición del juicio discrecional del Tribunal sobre el del órgano técnico. Pero, a pesar del carácter revisor de los Tribunales del orden contencioso-administrativo, al cual alude con frecuencia el Tribunal Supremo (19), en esta jurisdicción es totalmente normal que exista esa superposición cuando los Tribunales revisan las decisiones o los actos de la Administración en cualesquiera otras actividades, por cuanto anular o

*Tribunales de Justicia, incapacitados para decidir todas las cuestiones relativas al completo saber humano. Es decir, que para algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 12 de febrero de 1990 (R. Ar. 2281), la solución, evidentemente, corresponde al tribunal calificador y no a los tribunales de Justicia.*

(16) Cfr. Sáinz Moreno, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, ed. Civitas, Madrid, 1976, 364 págs. Dice este autor que: *En el Derecho Administrativo italiano, los problemas que plantean los conceptos jurídicos indeterminados se han tratado de resolver mediante la distinción entre discrecionalidad administrativa y Giannini propone en su introducción a la explicación de la discrecionalidad técnica, se advierte que todos ellos son ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados (...) Pero otros autores consideran que no se trata de una verdadera discrecionalidad, sino de una pseudodiscrecionalidad en la que el juicio tiene un contenido científico* (págs. 267 y 268).

(17) Sólo citaremos, como ejemplo, algunas sentencias de entre las más recientes, todas de 1993. Cfr. STS de 25 de enero (R. Ar. 51, 52 y 53), de 26 de enero (R. Ar. 40, 41, 43, 45 y 46), de 1 de febrero (R. Ar. 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576 y 577), de 2 de febrero (R. Ar. 581, 582, 583, 584, 585 y 586) y de 8 de febrero (R. Ar. 591).

(18) *Arbitrariedad y discrecionalidad*, op. cit., pág. 2267. Critica este autor que, cuando la cuestión técnica es de fácil apreciación, los Tribunales entran en el fondo del asunto, pero no cuando tiene cierta complejidad.

(19) *Los juicios técnicos que emiten estos órganos vinculan a la Administración y por ello no pueden ser sustituidos por una decisión de ésta, ni de los Tribunales de este orden jurisdiccional, en razón del carácter revisor de sus potestades* (STS de 7 de diciembre de 1990, R. Ar. 10139, FJ 2º). *Sin que el juicio que ha emitido pueda ser sustituido por la Corporación Provincial ni por los Tribunales de este orden jurisdiccional en el ejercicio de su potestad revisora* (STS de 27 de marzo de 1992, R. Ar. 2107, FJ 3º).

dejar sin efecto un acto administrativo no es más que realizar un juicio sobre el mismo y superponer el criterio del Tribunal al del autor de ese acto. Aunque, desde luego, no puede suponer que se realice un cambio de la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial (20). Los Tribunales deben aplicar las normas jurídicas y controlar la actividad de la Administración en lo que se refiere a su ajuste a esas normas y a los fines que justifican su existencia (el servicio público).

Concluye el Tribunal que no cabe hacer censura alguna a que el control judicial de la actividad administrativa no alcance la revisión de *lo que propiamente sea discrecionalidad técnica*. Pero, entonces, lo que ocurre es que el Tribunal debería aclarar qué es propiamente la discrecionalidad técnica, pero sabe que no puede hacerlo, por cuanto esta doctrina no es solamente aplicable a los supuestos que, como el presente, se refieren a cuestiones relativas a problemas de selección de personal, sino a cualesquiera otros que requieran un juicio para el cual sea necesaria una formación científica o técnica (21), y en las cuales ni el Tribunal Supremo ni el Constitucional han aludido nunca a esta discrecionalidad técnica de la Administración, sino que lo normal, lo lógico y natural es que se pronuncien sobre el fondo de estos asuntos sin problema alguno por carecer de conocimientos técnicos. Es más, ni siquiera su existencia y alcance son cuestiones pacíficas en la doctrina, puesto que, como pone de manifiesto Mozo Seoane, *se trata de un concepto discutido, que mientras por unos se vincula a los casos-límite o de dificultad de control de la indeterminación normativa, por otros se niega y se repudia, o se señala que, por el contrario, actividad técnica y actividad discrecional se oponen, siendo lo técnico un límite de lo discrecional* (22).

Hasta aquí el Tribunal Constitucional reitera la doctrina sentada por la sentencia de 1983, pero atiende también las críticas que a la misma realizaron algunos autores en el sentido de que no cabe excluir *a priori* estos asuntos del conocimiento de los órganos jurisdiccionales sino que se debe hacer, al menos, un *mínimo enjuiciamiento*, dice el Tribunal, para evitar la situación en la que dejó la sentencia de 1983 las clasificaciones militares de excluidas de todo control judicial. Así se expresaba Coca Vita, para quien lo que hizo la sentencia de 1983 fue *excluir del control judicial las cuestiones materiales de las clasificaciones mili-*

---

(20) Cfr. Lorenzo Martín-Retortillo: *Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial*, op. cit.

(21) Como dice Mozo Seoane, Antonio, en *La discrecionalidad de la Administración pública en España (análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983)*, prólogo del Prof. Gallego Anabitarte. Editorial Montecorvo, Madrid, 1985, 606 págs.: *La difícil aprehensión de estos casos por los esquemas doctrinales con los que pretende resolverse el tema de la discrecionalidad administrativa, los remite, en definitiva, a una zona de duda en la que no existe, a la postre, más principio fijo que el criterio judicial vigente en cada momento para delimitar hasta dónde es posible fiscalizar cada actuación administrativa. Criterio que, como es evidente, utiliza, y nutre al mismo tiempo, las construcciones doctrinales.* (pág. 340).

(22) *Ibidem*, págs. 335 y 336.

tares para ascenso, lo mismo que pasaba antes de la Constitución (se refiere al art. 40 de la Ley de la Jurisdicción), por cuanto *si algo hay en el actuar de la Administración insustituible por el juicio de un Tribunal de Justicia será porque así se diga, demuestre y razone por este Tribunal tras un proceso absolutamente abierto y lleno de todas las garantías que en términos agotadores y universales proclama y consagra nuestra Constitución*. Añade un párrafo de gran importancia, sobre todo por la influencia evidente que ha tenido en la jurisprudencia posterior, que se ha esforzado por no inadmitir, con contadas excepciones, estas cuestiones y entrar de algún modo en el fondo de estas cuestiones, sobre todo cuando se ha logrado acreditar por el actor la desviación de poder o la actuación arbitraria de la Administración (23).

Pues bien, tras ese Fundamento de Derecho segundo y el primer párrafo del tercero de la sentencia que nos ocupa, en los cuales declara el Tribunal Constitucional que la discrecionalidad técnica es un ámbito excluido de control jurisdiccional, se asienta una doctrina de fundamental importancia: deberá hacerse, en cualquier caso, un mínimo enjuiciamiento. Ya no podrá aducirse la absoluta exención, no cabe rechazar de plano la admisión de estas cuestiones técnicas como objeto del recurso contencioso-administrativo, no hay ámbitos totalmente excluidos del conocimiento de los Tribunales, sino que éstos habrán de realizar, al menos, un *mínimo enjuiciamiento*. Pero ese enjuiciamiento no es tan mínimo, según lo establece el Tribunal Constitucional, por cuanto lo extiende a todo lo que se refiere a los *fundamentos fácticos* y a los *datos objetivos* que permitan *deducir la aptitud o inaptitud de un aspirante*, lo cual es, evidentemente, la base sobre la que se asienta el juicio técnico que realiza el órgano igualmente técnico de la Administración. Luego si por un lado, el juicio técnico esta exento de control y, por otro, los Tribunales están obligados a entrar en el fondo del asunto al menos en lo relacionado con los hechos y las circunstancias objetivas que dan lugar a ese juicio de carácter técnico, la conclusión es evidente: la exclusión no es total, sino que una buena parte de esta actividad administrativa es controlable judicialmente, distinguiéndose ya entre la parte objetiva, que será siempre revisable, y la subjetiva o de juicio de valor que será discrecional (24), pero sin que puedan los Tribunales dar por buena, sin más, la decisión administrativa, porque esto sería incurrir en ar-

---

(23) Cfr. Coca Vita: *Legalidad constitucional, exclusión de control jurisdiccional y discrecionalidad técnica*, op. cit., págs. 1076 a 1080.

(24) Según la STS de 15 de marzo de 1993 (R. Ar. 2113), FJ 3º: *La discrecionalidad técnica impide a los órganos jurisdiccionales sustituir las valoraciones de las comisiones calificadoras de las pruebas selectivas para acceder a la función pública, (...) pero la limitación mencionada no alcanza a determinar si concurren circunstancias que son valorables en la fase de concurso, aspecto sobre el que es plenamente admisible un pronunciamiento jurisdiccional*. La consecuencia es, según esta sentencia, que: *una vez llegados a la conclusión de que existe un mérito valorable, sin embargo la cuantificación del mismo debemos encomendarla al propio órgano calificador*. La STS de 19 de febrero de 1991 (R. Ar. 1329, fundamentos jurídicos 4º y 5º), se pronuncia en semejante sentido.

bitriedad judicial, conforme declaró el más Alto Tribunal en el Fundamento de Derecho primero de esta misma sentencia. Por ello, el órgano jurisdiccional debe llegar al convencimiento de que la potestad administrativa fue correctamente utilizada y comprobar que ese mínimo fundamento fáctico concurre en el caso concreto, lo cual hace que cuando esa actividad probatoria se haya realizado deba estimarse o desestimarse el recurso, en función de su resultado, pero no en virtud de una genérica exclusión jurisdiccional (25). Por ello, tras examinar el caso concreto, estima en el presente supuesto el Tribunal Constitucional que no ha habido vulneración del *derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sin indefensión*, pues el órgano judicial ha comprobado que la suficiente base fáctica sobre la que se asentó el juicio discrecional del órgano técnico existía en este caso, y cualquier otro aspecto de la cuestión debe reputarse ajeno a esta sede, como dice en el último párrafo del cuerpo de la sentencia.

Esos otros aspectos que según el constitucional son ajenos a esta sede, se refieren a la cuestión de los informes personales. Declara el Tribunal Constitucional que la de los informes personales es una cuestión de mera legalidad y, en consecuencia, ajena al ámbito del amparo constitucional. Sin embargo, se refiere a ellos para decir que estos informes figuran en el proceso y fueron conocidos por el Tribunal de instancia a través de un certificado en extracto de los mismos, por lo que el actor pudo alegar sobre la existencia y alcance de los mismos, lo cual hace que estime que no se ha vulnerado el art. 24 de la Constitución. Sin embargo, estos informes personales tienen una extraordinaria función, por cuanto determinan en buena parte las evaluaciones que tanta importancia tienen en el desenvol-

---

(25) Cada vez admite con mayor amplitud la jurisprudencia del Tribunal Supremo la posibilidad de revisión, aún cuando haga suya la doctrina de la discrecionalidad técnica. Así, admite generalmente la jurisprudencia el *control normal de la discrecionalidad referido a la existencia de hechos determinantes, competencia del órgano, procedimiento, o en su caso la desviación de poder por indebida utilización de las potestades en atención a los fines públicos, e incluso, en último término, por el juego de los principios generales del derecho, entre el que se encuadra el de interdicción de la arbitrariedad*.

Cuando estima el Tribunal Supremo que la Administración ha obrado con arbitrariedad, realiza el normal control de la misma, como en la Sentencia de 11 de noviembre de 1992 (R. Ar. 9118), igual que ocurre cuando se ha producido desviación de poder, como en las sentencias de 7 de diciembre de 1990 (R. Ar. 10139) y de 30 de noviembre de 1992 (R. Ar. 9316, FJ 3º).

A la arbitrariedad como contraria a los principios de mérito y capacidad se refiere también la jurisprudencia, como en las sentencias siguientes: 14 de marzo de 1989 (R. Ar. 2301), 27 de marzo de 1990 (R. Ar. 2514), 9 de diciembre de 1992 (R. Ar. 10146), que dice, refiriéndose a la regulación constitucional de estos principios, que *estos preceptos, sin perjuicio de su eficacia directa sobre los casos concretos, son también principios inspiradores del ordenamiento, con arreglo a los cuales deben ser interpretadas las normas. Ello significa, con referencia al caso aquí debatido, que las bases de la convocatoria —las cuales vinculan a la Administración, a los tribunales que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes toman parte en ellas—, han de ser interpretadas en el sentido finalista que mejor garantice la preservación de los citados principios, como pauta para superar las posibles ambigüedades o contradicciones*.

vimiento de la carrera militar y son parte de ese fundamento fáctico que sí es controlable judicialmente, como hemos visto. Además, con el régimen que establece para todos los militares profesionales de Ley 17/1989, los informes personales han venido a constituirse en materia reservada, incluso para el propio interesado, que no tiene acceso alguno a los mismos, más que en el supuesto de que el superior que los realiza considere que debe orientar al interesado sobre su conducta, pero sólo deberá hacerlo obligatoriamente cuando sean negativos (art. 68.2) (26). Este sistema adoptado por la nueva Ley con carácter general aplicable, por tanto, a todos los miembros de las Fuerzas Armadas, ha sido traído de la anterior regulación particular de la Armada, respecto de la cual se dijo que *dado que no se articula un sistema de recursos similar al organizado en la legislación de ascensos del ejército, estas calificaciones son efectivas y definitivas, y constituyen por tanto un elemento de juicio en cierta manera decisivo para su carrera profesional* (27). Por ello, según García Ballester, *el interesado en recurrir debería tener acceso al expediente clasificatorio completo, sin perjuicio de su carácter reservado, ya que queda obligado a su mantenimiento —como previene la normativa sobre secretos oficiales—. Este derecho, que se establece con carácter general en los artículos 62 y 63 del Decreto 1408/1966, y que dado el carácter secreto de estos procedimientos aparece excluido durante la tramitación, no debería descartarse en esta fase del recurso, de acuerdo con el principio de audiencia reconocido en el art. 91 del mismo texto, y con carácter supralegal, en el art. 105 c) de la constitución* (28). Pero esta es, como dice el Tribunal Constitucional, una cuestión de mera interpretación de las leyes que corresponde, en consecuencia, a los Tribunales ordinarios, que son quienes han de juzgar si se produce en cada caso concreto indefensión para el interesado, aunque quizá deberían realizar un esfuerzo por controlar también aquí la actuación administrativa, puesto que la Ley sustrae del conocimiento de estos informes en vía administrativa, pero no en la jurisdiccional, de modo que podrán reclamar los Tribunales, cuando así lo estimen, tanto esos informes como la comparecencia ante ellos de las autoridades que los hicieron con el fin de que se realice prueba testifical, porque así lo impone, además, el art. 105 de la Constitución y el art. 35 de la nueva Ley 30/1992, de Procedimiento administrativo. Que se acepte, en este supuesto concreto, que el órgano jurisdiccional estimara suficiente el extracto de los informes personales, no quiere decir que el Tribunal Constitucional acepte que esta deba ser la regla general de actuación de los tribunales, sino sólomente si con ello basta a efectos probatorios, pues en caso contrario se estaría produciendo indefensión a la parte, lo cual sería

---

(26) El art. 68.2 de la LRPMP dispone: *El calificador es el único responsable de los informes rendidos. Sin dar a conocer el contenido de su informe, podrá orientar al interesado sobre su competencia y forma de actuación profesional y deberá hacerlo si su calificación es negativa.*

(27) García Ballester, op. cit., pág. 659, nota a pie nº 41.

(28) *Ibidem*, págs. 660 y 661. El Decreto que se cita es el 1408/1966, de 2 de junio, de adaptación de la Ley de Procedimiento a los Departamentos Militares.

contrario a la Constitución. Por esto, lo lógico y lo ajustado al ordenamiento jurídico, es que cuando los Tribunales tengan la más mínima duda de la legalidad de la actuación administrativa reclamen, desde luego, la totalidad de los informes personales.

Como palabras finales, citaremos las de García Ballester, para quien existe la *imperiosa necesidad, en garantía de las propias finalidades esenciales del sistema de clasificaciones y de los derechos individuales, de naturaleza pública, de los clasificados, que las zonas exentas del control jurisdiccional por razones técnicas, permitan a través de las posibilidades de examen de esa discrecionalidad, y posibiliten, un sistema objetivo, limpio, justo e igualitario que resulte confirmado y asentido por la generalidad de los miembros de las Fuerzas Armadas* (29).

### III. NUEVAS APORTACIONES A UNA CUESTION ABIERTA

Con posterioridad a la STC hasta aquí comentada, se ha pronunciado sobre la cuestión de la discrecionalidad técnica la STC 353/1993, de 29 de noviembre, refiriéndose a otro ámbito de la función pública distinto al militar, pero cuya doctrina es perfectamente aplicable en materia de clasificaciones. Es innegable, conforme ha declarado el TC en las sentencias mencionadas, que la discrecionalidad técnica existe. Sin embargo —añade la sentencia más moderna—, aunque los actos en los que concurre tienen presunción de veracidad y acierto, no puede estimarse esta presunción sino como es regla general para todos los actos administrativos. En consecuencia, dicha presunción tiene carácter *iuris tantum* y no, por tanto, *iuris et de iure*. Pero el hecho de que se admita prueba en contrario no significa que el juzgador necesita conocimientos técnicos a los que no está obligado, sino que exclusivamente deberá aplicar sus conocimientos jurídicos para ponerlos al servicio de la potestad de control de los actos administrativos, que corresponde a los Tribunales (art. 106.1 CE, arts. 5.1 y 8 LOPJ y art. 1 LJCA), con lo cual no se está propiciando la supervivencia de áreas de inmunidad o de excepción al ejercicio de la potestad revisora jurisdiccional reconocida en la Constitución (arts. 117.3 y 106.1), sino tratando de fijarlos límites que define el marco institucional de dicha jurisdicción (30) que, según el FJ 3º de la STC de 29 de noviembre de 1993, supone, simplemente, señalar que ese control judicial, del que no pueden excluirse las resoluciones administrativas que resuelven oposiciones o concursos, tiene, por su propia naturaleza, ciertos límites o modulaciones.

---

(29) Op. cit., págs. 692 y 693.

(30) STS de 1 de marzo de 1994 (art. 1627).

Sobre el alcance de esos límites en la fiscalización de los actos discrecionales, incluidos los de carácter técnico, se ha producido una reciente polémica doctrinal muy interesante. Para unos autores, el control jurisdiccional sobre la actuación administrativa debe ser pleno, excluyendo cualesquiera ámbitos exentos. Otros matizan, sin embargo, que la Constitución no ampara la superposición de los juicios de valor realizados por la Administración, por los de los órganos jurisdiccionales, es decir, no cabe en un Estado de Derecho cambiar la discrecionalidad administrativa por la judicial. En el primer sentido, destacan las opiniones de T.R. Fernández (31), en cuyos trabajos se pueden encontrar réplicas y dúplicas cruzadas.

No obstante, la conformidad es absoluta en un punto esencial: que en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales (33), como es obligado en un estado de Derecho.

---

(31) Vid. los siguientes trabajos de este autor: *Arbitrariedad y discrecionalidad*, op. cit. *Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*, REDA núm. 80, págs. 577 a 612. *¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?* REDA núm. 83, págs. 381 a 401.

(32) Luciano Parejo Alfonso, *Administrar y juzgar: Dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993. Miguel Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

(33) STS de 14 de abril de 1994 (Art. 3124).