

Hubo una época en el espacio germánico en la que se afirmaba la necesidad de que Prusia muriera para que Alemania viviera. Pues bien, algo de esto puede decirse del Consejo y de Europa: es necesario que el Consejo muera para que las instituciones comunes vivan. Así de sencillo: sí rotundo al Consejo Europeo en cuanto inspirador y promotor de grandes reformas políticas; no a un Consejo convertido en un órgano extenuado en reuniones constantes y que, por lo mismo, atiende mal (en noches y madrugadas maratonianas) asuntos que ha sustraído de sus lugares naturales asignados por los Tratados.

Pese a estas observaciones, Papi —debo aclararlo en esta reseña— es respetuoso con el Consejo y no llega a formular la descalificación que otros, con menos responsabilidades y más osadía, sí nos atrevemos a dejar por escrito.

En fin, el libro da para masticar mucho material europeo. El autor no es alguien que se ha sentado con un flexo en la mesa y ha echado mano de documentos de Internet, resoluciones, acuerdos, *papers* como los llaman los políglotas, y se ha puesto a transcribirlos según un orden más o menos convencional, prestándoles el vago aliento del investigador. El autor —lo he adelantado—, por su condición de alto funcionario de las instituciones europeas, sabe de qué habla de primera mano porque ha estado en el meollo de negociaciones y ha sabido calibrar y valorar los *dossiers* (también palabra de los políglotas) que han pasado por sus manos: su origen, sus vicisitudes, su destino, su éxito o, ay, su naufragio.

De indispensable lectura, pues, para el interesado en estas cuitas.

Francisco Sosa Wagner
Universidad de León

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 2016, 210 págs.

Generalmente, la teoría del derecho ha centrado su atención en la actuación de legisladores y jueces. Parecería que quienes forman parte de la Administración no constituyen ni el objeto de estudio ni un auditorio interesante al que dirigirse para los teóricos del derecho. Sin embargo, la actuación de la Administración tiene un gran impacto en el derecho, en particular en el que afecta cotidianamente la vida de los ciudadanos. Muchos ciudadanos no elevan sus pretensiones a la justicia ordinaria, por lo que la respuesta administrativa agota su relación con el derecho. La imagen que del derecho tienen quienes forman parte de la Administración adquiere entonces una gran incidencia para los individuos. A mi juicio, ello amerita que la actuación administrativa

constituya uno de los focos de atención principales de los teóricos del derecho. A estos efectos, resulta muy conveniente tender puentes entre la teoría del derecho y la dogmática administrativista, para que la primera no aborde problemas que no son interesantes sin tomar en cuenta las fundamentales aportaciones de la segunda, y para que la segunda se sirva de las herramientas de la teoría del derecho a efectos de ofrecer mejores respuestas a los diversos problemas. Considero que el libro del profesor José María Rodríguez de Santiago, *Metodología del derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, publicado en el año 2016 por la editorial Marcial Pons, constituye una magnífica oportunidad para avanzar en esta dirección.

Siguiendo el orden del libro, presentaré brevemente sus principales argumentos, antes de introducir unas breves consideraciones finales.

El libro tiene fundamentalmente por objeto las reglas de racionalidad que deben observarse en el proceso de adopción por parte de la Administración de decisiones dirigidas por el derecho. En esta medida, versa sobre la metodología *aplicativa* del derecho administrativo (pág. 14). Según se afirma en la introducción (págs. 11 y ss.), el método es una forma rigurosa de proceder para llegar a un resultado que pueda presentarse como racional y, por lo tanto, como intersubjetivamente controlable; en particular, se señala que la metodología jurídica consiste en el discurso sobre las reglas de racionalidad con las que debe trabajarse con el derecho para llegar a resultados científicamente aceptables. Por otro lado, se apunta que el planteamiento de la cuestión tiene más una intención normativa (la identificación *ex ante* de esas reglas del trabajo racional para asegurar la calidad del resultado) que descriptiva (la reflexión *ex post* sobre lo que realmente sucede en el ámbito de las profesiones jurídicas). Aunque, advierte el profesor Rodríguez de Santiago, en ocasiones «la reflexión sobre lo que racionalmente debería suceder utiliza como punto de partida lo que en realidad sucede, y los resultados a los que se llega en esa reflexión sobre el «deber ser» del trabajo con el Derecho han de superar el contraste con lo que de hecho «puede ser» en la práctica» (pág. 11).

El segundo capítulo se ocupa de las reglas racionales de elaboración de los hechos por la Administración. En este ámbito, a diferencia de lo que ocurre con la prueba de hechos en el ámbito penal, el autor enfatiza que nos situamos en un plano metodológico distinto al de la discusión sobre la capacidad del juez de acceder a la verdad sobre un hecho pasado. La actividad administrativa consiste en seleccionar, de entre el potencialmente ilimitado cúmulo de circunstancias con que puede describirse la realidad (hecho bruto), el concreto relato fáctico relevante (hecho neto) que se utilizará para adoptar la decisión administrativa, teniendo frecuentemente incidencia hechos complejos en que intervienen múltiples agentes, así como hechos futuros y conocimientos téc-

nicos y científicos que todavía no están consolidados. En esta medida, en el capítulo se abordan cuestiones muy interesantes, como la estrecha relación entre los hechos y las normas (págs. 35 y ss.), el estándar probabilístico que en general se adopta en el ámbito administrativo (págs. 38 y ss.), el principio de investigación de oficio (págs. 43 y ss.) o la cuestión de a quién perjudica que no se alcance el grado de certidumbre (págs. 45 y ss.).

En el tercer capítulo del trabajo (págs. 57 y ss.) se señala que hay diferencias notables entre las reglas metodológicas que rigen la interpretación de la norma por los jueces civiles, por ejemplo, y la forma de proceder llamada «construcción de la norma de conducta aplicable» por la Administración, que debe adoptar una decisión dirigida por el derecho. Si en el ámbito civil contamos con instrumentos para interpretar los textos jurídicos, ello resulta insuficiente para explicar la construcción de la norma aplicable en sede administrativa, en que generalmente hay una consciente entrega a la Administración de un poder discrecional y existe una gran acumulación de normas de rango diverso que se presentan como una cascada de reglas de naturaleza variada de concreción creciente en sentido descendiente. Con frecuencia, la norma que debe ser completada contiene solo directivas procedimentales y organizativas relativas a quién debe elaborar los criterios adicionales, y cómo debe hacerlo, y no es extraño que todo termine concretándose a partir de materiales jurídicos que constituyen *soft law*. El autor se refiere primero a la construcción de la norma con los criterios tradicionales de la interpretación jurídica, con un análisis exhaustivo, interesante y rico en ejemplos (págs. 70 y ss.). A continuación analiza con la misma profundidad los criterios adicionales para la construcción de la norma de conducta en una metodología específicamente jurídica administrativa (págs. 110 y ss.). Una cuestión central que se plantea el autor es si hay reglas de precedencia entre los diversos instrumentos, jurídicos y de oportunidad (págs. 124 y ss.). Entre los criterios jurídicos (que, según el autor, prevalecen sobre los de oportunidad) destaca la precedencia de la interpretación teleológica-objetiva. Según el autor, descubrir lo que la norma quiere decir es el fin de la tarea hermenéutica y otras formas para completar el margen de indeterminación del texto no son más que instrumentos al servicio del objetivo de determinar cuál es la intención regulativa del precepto de que se trata (pág. 98).

En cuanto al momento mismo de la decisión, dice el profesor Rodríguez de Santiago que hay que distinguir entre la dirección de la actividad administrativa a través de programas condicionales —a los que se venía refiriendo anteriormente, en que en última instancia se subsume el caso en la norma de conducta—, y a través de programas finales, es decir, mandatos de optimización que imponen una estructura argumentativa decisoria específica: la ponderación. Por lo que respecta a las decisiones de la Administración

programadas finalísticamente y a la ponderación, se enfatiza (págs. 134 y ss.) la exigencia de adoptar la decisión sobre planificación después de identificar los intereses en juego, de atribuirles la importancia que les corresponde y de establecer prevalencias entre ellos para la más correcta satisfacción de metas o fines. Esta es, de acuerdo con el profesor Rodríguez de Santiago, una forma de imponer racionalidad en el ejercicio de la libertad conformadora y, al mismo tiempo, la vía más adecuada que la hace compatible con el control de dicha actividad administrativa y la protección jurídica del ciudadano.

Como él mismo señala, en el último capítulo el autor hace un esfuerzo de construcción sistemática para integrar la teoría de la ponderación en una teoría general de la discrecionalidad administrativa. La Administración tiene discrecionalidad tanto cuando el supuesto de hecho de la norma que debe aplicar utiliza conceptos normativos indeterminados como cuando la norma le confiere discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica, y también en los casos que se han denominado de discrecionalidad planificadora, en los que la actuación administrativa está dirigida por programas finales y no por normas condicionales. Destacando la asimetría existente *en todo caso* entre la norma de conducta de la Administración y la norma de control empleada por los tribunales, el autor describe como algo positivo el progresivo avance en el control de las decisiones administrativas, refiriéndose especialmente al control de la ponderación de la decisión (págs. 184 y ss.). Según el profesor Rodríguez de Santiago, no cabe duda de que un control de este tipo es de legalidad, no de oportunidad. Lo que se controla es que los principios con los que se dirige la actividad de la Administración no retrocedan y se desplacen más de lo que quede justificado por un adecuado juicio de ponderación con principios contrapuestos. Si no se admitiera que este control es de carácter jurídico, habría que aceptar hoy que los altos tribunales que se valen de la ponderación para controlar la actividad pública hasta del legislador, están utilizando criterios políticos en el ejercicio de sus funciones de control.

Antes de terminar me referiré a una cuestión terminológica que, según creo, puede condicionar el diálogo entre disciplinas. Aunque sea común en el ámbito administrativo, llama la atención que no se trace una distinción entre los términos «método» y «metodología». En la introducción se señala que la Administración y los jueces emplean un método o una metodología característica en sede administrativa, que será el objeto del trabajo. En cambio, fuera del ámbito administrativo parece más adecuado distinguir entre método y metodología, siendo el primero usado generalmente de un modo más amplio que el segundo. Normalmente se emplea el término «método» para hacer referencia a un modo de hacer las cosas, sin que se exija que sea una forma rigurosa de proceder que pueda presentarse como racional. Por ello, la definición ofrecida por el autor parece demasiado exigente, y de hecho contraintuitiva,

dado que difícilmente podría hablarse entonces de *malos* métodos. Al mismo tiempo, la definición que el autor ofrece de «metodología» es poco exigente: se podría hablar de metodología en cualquier modo de proceder racional, cuando en el uso ordinario y en las teorizaciones sobre metodología parece ligada fundamentalmente a estudios teóricos. De este modo, suele diferenciarse entre método y metodología y suele enfatizarse que la metodología es un posicionamiento teórico y epistémico que determina una investigación de tipo científico o marca el rumbo de una exposición doctrinal.

Si se toma en cuenta lo anteriormente señalado y su incidencia en el ámbito jurídico, el libro no parece ser un libro de metodología, dado que parece difícil sostener que Administración y jueces emplean una metodología. Ahora bien, podría afirmarse que Administración y jueces sí adoptan un método y que por ello el libro, al ser estudio de ese método, sí versa sobre metodología. Creo, no obstante, que adoptar esa posición resulta también contraintuitivo, ya que llevaría a reconocer una cantidad ingente de libros de metodología: cualquier libro que, por ejemplo, versara sobre prueba o interpretación, sería un libro de metodología. Dado todo lo anterior, pese al título principal, considero que este no es un libro que verse centralmente sobre metodología. Es un trabajo sobre las reglas de actuación de unos y otros, pero que adopta una interesante posición metodológica que es importante explicitar, y que de hecho se explicita en la introducción y en el primer capítulo: se trata de un estudio normativo que pone el énfasis, para entender el derecho administrativo, en la construcción de la norma de conducta por la Administración, que en un sentido importante no es controlada por los jueces. En ello difiere del modo de proceder tradicional, que se centra en la aplicación judicial del derecho. Dicho brevemente, aunque se adoptan interesantes decisiones metodológicas al comienzo del libro, el trabajo no es centralmente de metodología.

Finalmente, no parece haber una correlación entre lo normativo y lo *ex ante*, y lo descriptivo y lo *ex post*. En este sentido, los análisis de tipo normativo pueden llevarse a cabo tanto *ex ante*, como señala el autor, como *ex post*, para evaluar lo ocurrido. Y puede hablarse de lo descriptivo tanto para hacer referencia a la descripción de lo ocurrido como a la predicción *ex ante* de lo que va a ocurrir. Ya he señalado que el autor enfatiza que lo que debe ser, conforme a una metodología normativa, está con frecuencia condicionado por lo que puede ser. Aunque esto puede inducirnos a pensar en la distinción entre teorías ideales y no ideales, en realidad creo que apunta a la diferencia existente entre dos sentidos de «normativo»: por un lado, lo normativo como lo que es correcto conforme al sistema normativo existente y, por otro lado, lo normativo como lo que viene dado por la mejor respuesta en términos valorativos o morales. Tomar en cuenta esta distinción creo que es fundamental para precisar y entender adecuadamente el alcance de las diferentes tesis que

se sostienen en el libro. De este modo, creo que resultaría de gran utilidad para determinar si las tesis que se sostienen en materia de prueba, interpretación o ponderación deben ser analizadas y criticadas tomando en cuenta los condicionamientos del sistema jurídico existente o como tesis acerca del mejor modo —en términos valorativos— de entender esas actividades en sede administrativa. Por ejemplo, en el segundo capítulo del trabajo, el autor en ocasiones hace referencia a consideraciones de tipo descriptivo (cómo operan en la práctica ciertos instrumentos interpretativos), a veces se refiere a consideraciones democráticas o de previsibilidad, con lo que su análisis parece ser normativo en el sentido de invocar valores que pueden ser considerados morales, y en otras ocasiones Rodríguez de Santiago parece apuntar a qué respuesta es la correcta dadas las normas existentes, pese a que estas puedan conducir a soluciones moralmente incorrectas. Esto puede también apreciarse al final del capítulo, donde el autor señala que, cuando hay conflicto entre criterios, hay que conformarse con una modesta regla que remite a la posibilidad de control intersubjetivo: es defendible aquella solución con respecto a la que no se puede demostrar, con otros argumentos convincentes con carácter general, que una solución alternativa sea mejor que aquella. Pero ¿«mejor» en qué sentido? ¿Este criterio para definir lo que es mejor se desprende de lo que ocurre en la práctica o de un juicio de corrección moral?

En todo caso, el anterior es solo un apunte menor, que simplemente pone de manifiesto el interés que el trabajo puede suscitar en los teóricos del derecho. El libro del profesor Rodríguez de Santiago constituye un instrumento excepcional para adentrarse en la práctica del derecho administrativo. Como he tratado de dejar constancia, en él se muestra con gran claridad y agudeza qué tiene de peculiar la dinámica administrativa, tanto por lo que respecta a los hechos como a la interpretación y ponderación y, finalmente, a la discrecionalidad administrativa. Por ello, es sin duda una pieza clave para la (desde mi punto de vista necesaria) progresiva aproximación entre la dogmática administrativista y la teoría del derecho.

Lorena Ramírez Ludeña
Universidad Pompeu Fabra