

## EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Domingo J. SESIN<sup>1</sup>

### SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Sujeción de la Administración al orden jurídico.* III. *El juez solo interpreta el derecho. No es un dominus de la sociedad.* IV. *El límite consustancial del control judicial.* V. *Juridicidad del acto y control de juridicidad.* VI. *Noción conceptual de la discrecionalidad administrativa y control solo de su "Ejercicio."* VII. *Conceptos jurídicos indeterminados. La imprecisión conceptual y el origen de la teoría.* VIII. *Diferencia cualitativa entre concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad.* IX. *Diferencia cuantitativa entre conceptos jurídicos indeterminados y determinados.* X. *Debilidad de la teoría: El margen de apreciación.* XI. *Críticas y principios aplicables.* XII. *La correcta interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados y el límite de la revisión judicial.* XIII. *El control de sostenibilidad, aceptabilidad, razonabilidad.* XIV. *La revisión judicial de las reglas técnicas y pautas de universal consenso.* XV. *La intensidad del control judicial frente a la opinabilidad intrínseca de cuestiones técnicas complejas.* XVI. *Estrategia práctica a seguir frente a la complejidad de lo discrecional, técnico y reglado.* XVII. *La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados en sus justos límites.* XVIII. *El silogismo judicial que obliga a una solución justa no es trasladable con el mismo rigor a la realidad administrativa.* XIX. *Palabras finales.* XX. *Fuentes de información.*

---

<sup>1</sup> Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Abogado, Notario y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular por Concurso de Derecho Procesal Administrativo y Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Asesor General de la Junta Federal de Cortes y Tribunales Superiores de Justicia de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JU.FE.JUS.). Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Comité Académico de la Internacional Judicial Academy, Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Comparado y Miembro honorario en la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

## **RESUMEN**

El Derecho Administrativo busca establecer un justo equilibrio que haga posible la convivencia de lo discrecional, lo reglado y lo técnico, la autoridad y la libertad, lo determinado e indeterminado, así como lo político y lo jurídico. Uno de los inconvenientes más crecientes es de orden técnico, dado a su complejidad, se busca llegar en este estudio, el equilibrio aristotélico entre lo que puede y no puede controlar un juez, enmarcados en nuestra realidad constitucional y sin caer en una concepción de hacer justicia en su totalidad.

## **PALABRAS CLAVE**

Derecho Administrativo. Discrecional. Reglado. Técnico. Autoridad. Libertad. Control.

## **ABSTRACT**

Administrative law seeks to establish a fair balance that makes possible the coexistence of the discretionary, the regulated and the technical, the authority and freedom, the determined and indeterminate, as well as the political and legal. One of the most growing inconveniences is of a technical nature, given its complexity, it seeks to arrive at this study, the Aristotelian balance between what can and can not control a judge, framed in our constitutional reality and without falling into a conception of making justice in its entirety.

## **KEY WORDS**

Administrative law. Discretionary Regulated Technical. Authority. Freedom. Control.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Desde hace aproximadamente dos siglos el Derecho Administrativo busca establecer un justo equilibrio que haga posible la convivencia de lo discrecional, lo reglado y lo técnico, la autoridad y la libertad, lo determinado y lo indeterminado, lo político y lo jurídico.

Los inconvenientes surgen de diversas circunstancias, de carácter administrativo, político, jurídico y social, de manera más creciente de orden técnico.

Determinar cuál es la oferta más ventajosa, la idoneidad profesional en un concurso, la peligrosidad de una actividad, el interés cultural, la tasa de retorno de un servicio, la renovación de una licencia, el control de los costes, la razonabilidad de una tarifa, son entre otros, los numerosos ejemplos en los que la técnica se relaciona con la práctica administrativa.

Las técnicas muy especializadas, de oscura comprensión, las relacionadas estrechamente con valoraciones subjetivas insustituibles, las de complicado control por la imposibilidad de su reproducción, las que traducen juicios de probabilidad y no de certeza, ponen en evidencia la existencia de una zona de penumbra que hace problemático el control judicial por la dificultad en determinar con precisión el ámbito de lo reglado y lo discrecional.

A la complejidad referenciada, se debe sumar la variada indeterminación del orden jurídico, con normas disyuntivas e incompletas, de remisión a conceptos técnicos, lógicos, de valor, de experiencia, de contenido expreso o implícito.

De allí la necesidad de proyectar un nuevo orden, aunque fuere opinable, de lo discrecional, lo técnico y lo reglado, con la consecuente incidencia en el control judicial.

En definitiva, se debe buscar el equilibrio aristotélico entre lo que puede y no puede controlar el juez, enmarcados en nuestra realidad constitucional y sin caer en la utópica concepción de hacer justiciable la totalidad de la actividad estatal.

## **II. SUJECCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AL ORDEN JURÍDICO**

Las reformas introducidas por el sistema constitucional comparado, como la Ley Fundamental de Bonn (Artículo 20 ap. 3§), la Constitución Italiana de 1948 (Artículo 97) y la Constitución Española (Artículo 9.2 y 103.1), expresan que la actuación de la Administración Pública hoy no solo se sujeta a la ley sino también al Derecho. Lo mismo ocurre con la reforma constitucional argentina y las modernas constituciones provinciales que como la de Córdoba subordinan la Administración al “orden jurídico” (Artículo 174). Su efecto práctico es que se otorga significativa importancia a los principios generales del derecho, los cuales junto a la ley pasan a constituir el marco de juridicidad que sirve como fuente de la actividad administrativa.

Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido.

## **III. EL JUEZ SOLO INTERPRETA EL DERECHO. NO ES UN DOMINUS DE LA SOCIEDAD**

La misión del jurista revela una nostálgica belleza: la de preparar los caminos para el advenimiento del reino de las valoraciones (apreciación política de la oportunidad, mérito o conveniencia del accionar de la Administración Pública), sin que le sea permitido entrar en sus dominios, tal como Moisés, el legislador que guio a su pueblo hacia los límites de la tierra prometida sin que le fuera dable penetrar en ella.

Desde una perspectiva práctica, la comunidad no acepta un tribunal que decida los complejos problemas administrativos con valoraciones subjetivas sobre lo que estime más conveniente. El método jurídico, por el contrario, es fundamentalmente garantía de objetividad, explicación y justificación razonada en base al orden jurídico vigente.

Pero como dice Tocqueville: “... es a menudo tan pernicioso quedarse como excederse;... por ello los jueces no deben ser solamente buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo...”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Tocqueville, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, París, Gallimard, 1951, t. II, p. 154.

No obstante, el juez no es un *dominus* de la sociedad, y hay que desechar aquellas posturas que amplían en grado sumo, su marco de acción en virtud de la libre apreciación, propiciadas por la Escuela Realista Norteamericana y algunos filósofos italianos de los últimos años<sup>3</sup>.

Con razón se afirma que una expansión sin inhibiciones de la Justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a jurificar la política, sino a politizar la Justicia.

La problemática de todos los tiempos referida a los confines del derecho y la política plantea una cuestión irresuelta: si es posible reconducir las materias discrecionales que solo competen a los órganos políticos, al campo jurídico, con parámetros objetivos.

Una respuesta positiva implica reflotar la consabida tesis del "gobierno de los jueces", que se caracteriza por la falta de legitimación democrática e incapacidad para responder a las múltiples necesidades sociales<sup>4</sup>.

La extralimitación de los jueces fue ya advertida por Roosevelt en Estados Unidos en 1913, cuando la Corte Suprema, aferrada a un liberalismo excesivo, denominado "darwinismo jurídico", se opuso a toda regulación legislativa de la economía, los salarios mínimos, las jornadas de labor, etc. Se caracterizó el período por la atribución unilateral por los jueces de funciones legislativas<sup>5</sup>. Por esto, en 1937, el Tribunal Supremo cambió de jurisprudencia y aceptó la validez constitucional del "New Deal".

La Corte Suprema argentina ha señalado que cada poder, "dentro de los límites de su competencia, obra con independencia de los otros dos en cuanto a la oportunidad y extensión de las medidas que adopta y a los hechos y circunstancias que la determinan" (C.S.J. Fallos, 243-513).

El Estado confía al juez el cometido de declarar razonadamente la voluntad concreta de la ley que vincula el mundo de los hechos con el bloque de juridicidad en forma hipotética y abstracta. La actividad cognoscitiva que precede a su pronunciamiento importa una facultad de raciocinio común a todo intérprete, pero una vez deducida la conclusión, entonces impone el sello de la autoridad del Estado.

Normalmente se asigna al juzgador la función de interpretar el ordenamiento, resolviendo una controversia entre partes con el dictado de una norma individual basada en la Constitución, la ley o los principios del derecho. Su razonamiento es absolutamente ju-

---

<sup>3</sup> Di Chierchia Merola, Pietro, *L'interpretazione sistematica della costituzione*, Padova, CEDAM, 1978, p. 10 y ss.

<sup>4</sup> García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, p. 168 y ss.

<sup>5</sup> Schiwartz, Bernard, *Le droit aux Etats Unis, une création permanente*, París, Económica, 1979, p. 125.

rídico, siéndole vedado efectuar valoraciones de oportunidad y conveniencia, o fundar en éstas sus votos porque tal cometido compete exclusivamente a la Administración Pública o al legislador, en virtud del principio de separación de poderes.

Sin embargo, excepcionalmente el ordenamiento delega en los órganos judiciales la facultad de inferir el criterio necesario para resolver el conflicto. La graduación de la pena, la determinación del monto justo de una indemnización expropiatoria, la fijación de un plazo inexistente para el cumplimiento de una obligación, son ejemplos fieles. Su contenido será rellenado con los principios inmanentes del orden jurídico, las convicciones sociales, y en definitiva, las valoraciones de lo que es “justo”, todo esto dentro del estilo del sistema jurídico vigente. Ello ocurre porque en estos supuestos es el juez el primer destinatario del orden jurídico para rellenar el concepto.

La legitimidad de los jueces no solo proviene de la idoneidad exigida para ocupar el cargo (generalmente mediante concursos públicos), sino esencialmente del mismo derecho que tienen la obligación de aplicar; su independencia se pone en evidencia cuando los jueces dirimen el caso concreto con la objetividad e imparcialidad que prescribe el propio orden jurídico al cual le deben absoluta subordinación. Su cometido no es crear normas legislativas ni ejercer el poder político o discrecional también creativo para satisfacer de la mejor forma los intereses sociales.

Una eventual elección a través del sufragio o una duración limitada en su función, podrían afectar seriamente, la división de poderes, la independencia, la imparcialidad, la neutralidad política, la competencia e idoneidad, porque el Poder Judicial no está capacitado para gobernar sino para dar efectividad al derecho. No le es dable sustituir al responsable de la decisión política, sino que tiene dos objetivos prioritarios: controlar si la decisión administrativa ha respetado el principio constitucional de sumisión de la Administración a la ley y al derecho, y garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los administrados<sup>6</sup>.

En definitiva, el juez no administra ni legisla, interpreta el orden jurídico existente y solo excepcionalmente tiene amplias facultades para explicitar el derecho en el caso concreto. Su campo de acción en aquel ámbito es mucho más reducido que el de la época del “pretor romano” y del “canciller inglés”, quienes –atento a las transformaciones sociales y el escaso perfeccionamiento del derecho– actuaban con mayor libertad<sup>7</sup>.

Distinto es lo que sucede cuando el ordenamiento le pide primero a la Administración que interprete y/o complete el concepto en su concreción práctica, por cuanto

---

<sup>6</sup> García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 1998, p. 34.

<sup>7</sup> Pound, Roscoe, *An introduction to the philosophy of law*, New Haven, Yale University Press, 1922, cap. III.

la Administración tiene una herramienta que el juez carece y que llama discrecionalidad (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho).

Cuando se trata de aplicar una potestad reglada, la Administración utiliza la misma metodología que emplea el juez, esto es, la hermenéutica interpretativa. Si en cambio el ordenamiento otorga la posibilidad de elegir entre varias opciones igualmente válidas para el derecho, la Administración utiliza la discrecionalidad, en función de lo mejor o más útil para el interés público.

En otras palabras, cuando el sistema jurídico encarga a la Administración Pública la emisión del acto particular, reglando su conducta en forma expresa o implícita, hay interpretación en su concreción. En cambio, cuando le atribuye una facultad de opción, la "zona de reserva" debe integrarse creativamente con valoraciones de oportunidad y conveniencia.

En síntesis, el contenido administrativo se integra: *a)* con pautas objetivables cuando sea posible (actividad reglada); *b)* con criterios técnicos o estándares tolerables en casos difíciles o complejos; *c)* con modalidades discrecionales ante varias soluciones igualmente válidas para el derecho.

El control judicial es total en la hipótesis *a)*; casi total en *b)*, pudiendo en este caso controlar la razonabilidad pero no sustituir un criterio técnico opinable de sustentabilidad relativa por otro también dubitable; y es escaso en *c)*, controlando solo el ejercicio de la discrecionalidad dentro de la juridicidad sin penetrar en el núcleo discrecional interno.

#### **IV. EL LÍMITE CONSUSTANCIAL DEL CONTROL JUDICIAL**

Tomás Ramón Fernández<sup>8</sup> afirma que "... en su control del ejercicio del poder discrecional los jueces no tienen otra herramienta que el derecho, de lo que, obviamente, se sigue que podrán llegar legítimamente en su crítica de las decisiones discrecionales hasta donde el derecho y el razonamiento jurídico lleguen y que más allá de ese límite, más que impreciso no precisado, no podrán dar un solo paso..."

Opina Sánchez Morón<sup>9</sup> que:

... el control judicial tiene un límite consustancial, ya que solo puede tratarse de un control jurídico y no de un control de la bondad o idoneidad política, técnica o económica de la decisión discrecional. El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el Artículo 24.1 de la Constitución Española coincide exactamente con este límite, pues como tiene declarado la jurisprudencia de manera unánime, consis-

---

<sup>8</sup> Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, 2ª. ed., Madrid, Civitas, 1994, 1997, p. 16.

<sup>9</sup> Sánchez Morón, Santiago, *Cuadernos de Derecho Judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial de España, 1994, p. 148.

te en el derecho a obtener del órgano judicial competente una respuesta razonada y fundada en derecho (no en otro tipo de argumentos o criterios) a las pretensiones deducidas en el proceso.

Por ello, interpreta en cuanto al control del ejercicio de la discrecionalidad, que solo es posible ante:

... un contraste claro con una norma jurídica y que no puede fundarse en valoraciones de otro orden o en vagas apelaciones a las soluciones preferibles, encubiertas en términos de mayor justicia o racionalidad. Si así fuera, el juez estaría sustituyendo a la Administración en la apreciación y valoración de las circunstancias que a ésta corresponde realizar para desempeñar su función dentro de los límites del derecho.

Acertadamente Felipe de Beltrán<sup>10</sup> se pregunta “... *control hasta donde: lo que queda por determinar es qué tipo de control y con qué intensidad*”; después de afirmar que “.. *la cuestión no es control sí o control no, toda vez que se ha de poder interponer recurso contra cualquier acto administrativo, siendo a mi juicio éste el sentido de la plenitud del control...*”

Tawil<sup>11</sup> manifiesta que la fiscalización “*de la legitimidad no se limita únicamente, empero, al control jurídico de legalidad, en cierta medida objetivo y de naturaleza formal. Responde, por el contrario, a un concepto más amplio de licitud y justicia que torna procedente la revisión judicial no solo contra lo ilegal, sino también contra lo legal pero injusto, antijurídico o arbitrario*”. Más adelante pone en evidencia la “.. *inconveniencia de identificar al control de legitimidad con la actividad reglada y al de oportunidad con la discrecional, en tanto el control de legitimidad abarca no solo el ejercicio de las facultades regladas, sino también el de las discrecionales al resultar siempre susceptibles de control elementos tales como la competencia, causa, forma y finalidad del acto...*”<sup>12</sup>. Al igual que la prestigiosa doctrina citada (Gordillo, Dromi, Mairal) considera que el concepto de legitimidad es notablemente más amplio que el de facultad reglada, y que el de oportunidad es mucho más restringido que el de facultad discrecional y cuestión de hecho<sup>13</sup>. Se sigue en este sentido la postura originaria de Gordillo<sup>14</sup>.

Desdentado Daroca, Eva<sup>15</sup> analiza determinados pronunciamientos del Tribunal Constitucional Español. En primer lugar la STC 39/1983, de 17 de mayo, cuando sostiene

<sup>10</sup> Beltrán de Felipe, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 77.

<sup>11</sup> Tawil, Guido S., *Administración y justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. II, p. 318.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 319.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 319, 320, 373 y ss.

<sup>14</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª. ed., Buenos Aires, Fundación de Der. Adm., 1998, t. 1, X. p. 35, 36 y 37.

<sup>15</sup> Desdentado Daroca, Eva, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997, p. 87 y ss.

que salvo que se aduzca la posible existencia de desviación de poder, lo que se impugna “.. no es una cuestión de legalidad, sino una cuestión técnica, y escapa, por tanto, al control judicial”. El fallo considera que esta conclusión no significa desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva desde que el control judicial tiene límites por cuanto las cuestiones tratadas “han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa, por su propia naturaleza, al control jurídico que es el único que pueden ejercer los órganos judiciales”.

Más adelante el autor citado comenta otros fallos del Tribunal Constitucional que comportaron un avance respecto de la situación anterior. En las STC 110/91 y 97/93 se sustenta que en los supuestos de discrecionalidad técnica el control judicial no se reduce a un mero control externo de comprobación de que no se han infringido las normas procedimentales ni se ha incurrido en desviación de poder. La discrecionalidad técnica “... es compatible con una base fáctica, ya que el juicio técnico sobre la capacidad de un aspirante, ha de realizarse sobre unos datos objetivos que permitan deducir la aptitud o ineptitud del mismo, y la existencia de ese mínimo fundamento fáctico debe ser comprobado por el órgano judicial”. Ello implica un avance porque se entra al fondo de la cuestión, pudiendo controlarse la base fáctica sobre la que se ejerce el control, empero para el citado Tribunal sigue siendo incontrolable la valoración o apreciación técnica propiamente dicha. Vuelve a sostener que esta conclusión no agravia la tutela judicial efectiva por los mismos fundamentos descritos en la sentencia anterior.

En la STC 34/1995 el Tribunal Constitucional afirma que debe respetarse la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadoros, lo que no se cumpliría si se admitiría que mediante la prueba pericial pudiera realizarse un control de las valoraciones técnicas, pues ello supondría la sustitución de la valoración del órgano calificador por la del perito o por la apreciación del órgano judicial al valorar la prueba pericial. Si bien el Tribunal considera que conforme al diseño constitucional no son admisibles exclusiones al control judicial, sin embargo, la problemática de la discrecionalidad técnica se justifica en razones de legitimidad. Afirma que en estos supuestos, los órganos de la Administración “aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados”, y que en consecuencia la limitación del control obedece a que “contribuye a salvaguardar el ámbito de competencia legalmente atribuida a la Administración”. Reitera que ello no vulnera la tutela judicial efectiva porque la decisión de la Administración fundada en elementos de carácter exclusivamente técnico, que solo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración excede el “control jurídico que incumbe realizar a los jueces” implicando una sustitución del criterio del órgano calificador.

En el devenir de los tiempos ya no es posible discutir si los actos administrativos que trasuntan el ejercicio de una facultad discrecional pueden ser revisados judicialmente (aún relacionados con cuestiones técnicas), lo mismo sucede con los llamados actos políticos en la medida en que sean susceptibles de agravar derechos o intereses de los administrados, en forma directa o en su caso a través de sus actos operativos. Lo que en verdad importa es el verdadero alcance del control que hacen los jueces y cuáles son sus fundamentos. Debe recordarse que la tutela judicial efectiva no debe ser solo una verdad declamada sino una realidad aplicada. Debe tener vigencia real y efectiva, no ficticia ni teórica.

### **V. JURIDICIDAD DEL ACTO Y CONTROL DE JURIDICIDAD**

En lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo debemos hablar de requisitos de juridicidad y consecuentemente de control de juridicidad: su razón es que la terminología actualmente en uso "legitimidad" o "legalidad" podría entenderse *prima facie* demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la Administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio<sup>16</sup>. De tal manera también son elementos que hacen a la juridicidad del acto la buena fe, la confianza legítima, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, entre otros.

En consecuencia, con el control de juridicidad, la estrategia o metodología judicial no debe construir su silogismo lógico jurídico sobre la base solo de la ley, sino revisar el acto con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico.

### **VI. NOCIÓN CONCEPTUAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONTROL SOLO DE SU "EJERCICIO"**

En este marco, la discrecionalidad queda atrapada dentro de la juridicidad de donde proviene en forma expresa o implícita, es decir, que no se desarrolla fuera del derecho, tampoco deviene solo de la norma legal, sino que actúa en los estamentos administrativos más diversos y en mayor o menor porcentaje en toda la pirámide normativa.

Siguiendo las ilustradas orientaciones contemporáneas, en mi opinión la discrecionalidad puede definirse como: "una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante

---

<sup>16</sup> Comadira, Julio Rodolfo, "La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial", *El Derecho*, Buenos Aires, 29 de marzo de 2000; del mismo autor, ver su reciente libro *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*, 2ª. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2003, p. 493 y ss.; Coviello, Pedro, "La denominada zona de reserva de la Administración y el principio de la legalidad administrativa", *REDA*, Buenos Aires, núm. 23, 1996.

una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho". Su cometido trascendente es agregar un elemento nuevo a ese ordenamiento.

Comadira entiende: que se configura la discrecionalidad cuando una norma jurídica confiere a la Administración Pública, en tanto gestora directa e inmediata del bien común, potestad para determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo y/o para elegir, también libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no, como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente) todo dentro de los límites impuestos por los principios generales del derecho<sup>17</sup>.

Si actualmente forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar efectivamente ha sido correctamente ejercida "dentro" de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas) sino solo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su "ejercicio"<sup>18</sup>.

Como dice Cassagne " ... la discrecionalidad administrativa no configura un ámbito libre del control judicial ni tampoco puede desvincularse del ordenamiento como figura desprovista de juridicidad..."<sup>19</sup>.

## **VII. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA IMPRECISIÓN CONCEPTUAL Y EL ORIGEN DE LA TEORÍA**

Un concepto es indeterminado cuando sus límites son imprecisos, es decir, cuando no reflejan claramente una realidad. En general la imprecisión no deviene exclusivamente del lenguaje utilizado ni tampoco de la materia referida, sino de la vinculación entre ambos<sup>20</sup>.

En el ordenamiento jurídico administrativo son numerosos los dispositivos constitucionales, legales y reglamentarios que trasuntan estándares o normas en blanco, cuya indeterminación es evidente.

---

<sup>17</sup> Comadira, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*, op. cit., p. 507.

<sup>18</sup> Sesin, Domingo, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 28.

<sup>19</sup> Cassagne, Juan Carlos, *Fragmentos de Derecho Administrativo, entre la justicia, la economía y la política*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, pp. 107-108.

<sup>20</sup> Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, pp. 68 y 70.

El decoro o prestigio de la institución policial, la peligrosidad de una enfermedad, la contaminación de las aguas, la idoneidad en un concurso, la urgencia de una contratación, lo riesgoso de una actividad, son ejemplos cotidianos, cuya relación con la realidad a la que se refieren, puede impregnarse de mayor o menor imprecisión.

La aplicación práctica de estos supuestos en el variado accionar administrativo, obliga a efectuar una tarea interpretativa o creativa según el caso, subsumiendo el hecho concreto en la norma.

Vemos un ejemplo: la declaración de interés histórico de un inmueble, que autoriza genéricamente el orden normativo, es susceptible de ocasionar tres alternativas distintas: *a)* una opción positiva al no existir dudas sobre el interés histórico; *b)* una opción negativa, ante la seguridad de la falta de interés; y *c)* una zona de penumbra que se ubica entre ambas, en cuanto existen razonables dudas sobre si el edificio reviste o no interés histórico.

Las hipótesis *a)* y *b)* se denominan respectivamente: zona de certeza positiva y negativa; mientras que la *c)*, “halo del concepto” o “zona de dudas”. Esta última es el ámbito de imprecisión o indeterminación que es menester clarificar al momento de su concreción práctica, teniendo presente la distancia al núcleo positivo o negativo del concepto.

La pregunta fundamental que cabe formularse es cómo se integra un concepto jurídico indeterminado, si a través de la hermenéutica interpretativa o del ejercicio de la discrecionalidad. La respuesta es por demás relevante para advertir el alcance del control judicial que corresponde realizar según se utilice uno u otro instrumento integrador del concepto.

Este interrogante ha suscitado diferentes criterios doctrinarios y jurisprudenciales.

Lo que en Italia continúa llamándose “discrecionalidad técnica” en el lenguaje ordinario –aunque se lo critique severamente– es objeto de estudio en el derecho alemán con el nombre de “conceptos jurídicos indeterminados”.

En este último ámbito la indeterminación también fue llamada “discrecionalidad técnica” en sus orígenes. Para Bernatzik<sup>21</sup> este fenómeno comprende las cuestiones administrativas complejas relacionadas con la técnica, cuya apreciación compete exclusivamente a la Administración y sobre la cual no corresponde el contralor judicial.

Tetzner<sup>22</sup> en cambio, fue quien incipientemente propició el control de los conceptos jurídicos indeterminados, planteando la necesidad de diferenciarlos con la discrecionalidad.

---

<sup>21</sup> Bernatzik, Edmund, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Viena, 1886, p. 43 y ss.; Schmidt-Salzer, J., *Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, Berlín, 1968, p. 65 y ss.

<sup>22</sup> Tetzner, Friederich, *Das Freie Ermessen Verwaltungsbehörden*, Viena, Ed. Leipzig, 1924, p. 69 y ss.

La evolución de la teoría, reduce ostensiblemente el campo de lo discrecional; concibe que los conceptos jurídicos indeterminados no admiten múltiples opciones válidas, sino, una en cada supuesto: la integración normativa se produce, entonces, por medio de la interpretación.

De tal manera, la ruina de la obra, la urgencia, la actividad riesgosa, el orden público, etc., son supuestos cuya resolución solo admite una posibilidad. La eliminación de la discrecionalidad –como se advierte– parece constituir la meta soñada de esta concepción.

Es fácil imaginar la problematicidad de la materia sobre la cual recae el análisis de la teoría. Como dice Sainz Moreno<sup>23</sup>:

No se trata sólo de resolver ciertos problemas de interpretación y aplicación, sino de establecer las razones por las que el Poder Judicial puede revisar las decisiones que en ésta materia ha tomado la Administración. Entra en juego, pues, el tema de la relación entre la Administración y la Justicia y el de los poderes que la Administración tiene para cumplir sus fines, pero sobre todo, y fundamentalmente, el de la legalidad de la acción administrativa o, lo que es lo mismo, el de la libertad de los ciudadanos.

### **VIII. DIFERENCIA CUALITATIVA ENTRE CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y DISCRECIONALIDAD**

Si esta teoría sustenta que el concepto jurídico indeterminado solo presupone en su concreción una solución justa, es fácil inferir que se opone contundentemente a la discrecionalidad, cuya esencia es la libertad de elección entre varias alternativas igualmente válidas<sup>24</sup>.

El concepto jurídico indeterminado pasa a ser estudiado como un problema de interpretación y aplicación de la ley, razón por la cual se lo considera parte de la actividad vinculada o reglada: de allí que la diferencia con la discrecionalidad no sea de cantidad sino de calidad.

---

<sup>23</sup> Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 220.

<sup>24</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Navarra, Civitas, 2017, p. 386; Mozo Seoane, A., *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Madrid, Montecorvo, 2002, p. 250; Cassagne, Juan Carlos, "La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, núm. 3, 1990, p. 98 y ss.; Quiroga Lavie, H., *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Buenos Aires, Depalma, 1985 p. 226; Barra, R.C., *Contrato de obra pública*, Buenos Aires, Abaco, 1980, t. II, p. 230 y ss.; Grecco, L. M., "La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y su fiscalización judicial", *La Ley*, 1980-D, p.1306 y ss.

## **IX. DIFERENCIA CUANTITATIVA ENTRE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y DETERMINADOS**

Para la teoría tradicional de los conceptos jurídicos indeterminados, la diferencia es solo terminológica, porque sustantivamente concibe lo determinado e indeterminado en el marco de lo vinculado, por oposición a lo discrecional que queda relegado a la escasa apreciación volitiva del órgano competente. Entre un concepto determinado y uno indeterminado solamente hay diferencias de grado y representan dos técnicas distintas solo en apariencia, porque íntimamente tienen por objetivo realizar lo preceptuado por el legislador.

La tarea de subsunción en los determinados, es casi de aplicación automática (conceder la jubilación a los 65 años); en cambio, en los indeterminados exige explicitar la voluntad normativa por medio de la compleja metodología interpretativa. La urgencia existe o no; tal bien es de interés cultural o no. Por esta razón solo es admisible para la misma una solución justa donde nada tiene que ver lo discrecional.

Para esta concepción el control judicial fluye espontáneamente. Este es el objetivo prioritario de la teoría que pretende extender al máximo la revisión de los actos administrativos.

No obstante, la polimórfica –y a veces confusa– realidad estatal presenta en su devenir situaciones en las cuales resulta difícil admitir la existencia de una sola solución justa.

## **X. DEBILIDAD DE LA TEORÍA: EL MARGEN DE APRECIACIÓN**

Los casos límite hacen criticable la construcción dogmática alemana de los conceptos jurídicos indeterminados y también dificultan la elaboración de fórmulas teóricas apropiadas para superar la penumbra, ambigüedad y variabilidad de ciertos conceptos ubicados en ámbitos indeterminados entre la zona de certeza “negativa” y “positiva”.

Establecer en una calificación pedagógica el porqué, de un nueve en lugar de un diez, es tan complicado como su revisión judicial ulterior.

Para la concepción tradicional de la teoría analizada los casos difíciles se superan concediendo a la administración un cierto “margen de apreciación”, no susceptible de revisión judicial<sup>25</sup>.

Las dificultades prácticas que genera la aplicación de reglas complejas de la experiencia común o técnica, el temor de sustituir un criterio administrativo “opinable” por una decisión judicial que trasunte un juicio de valor discutible, son algunos de los supuestos excepcionales que pueden justificar el margen de confianza en favor de la Administración.

---

<sup>25</sup> Jesch, Dietrich, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978, p. 212 y ss.

Empero, la teoría no asemeja esta modalidad restrictiva a la facultad discrecional. Pretende solo un reconocimiento explícito de la dificultad de su aplicación en determinados supuestos fácticos concretos, sin dejar de considerar –en teoría– que la integración se efectúa por intermedio de un juicio de naturaleza cognoscitiva<sup>26</sup>.

Creo que tanto el margen de apreciación como su aparente justificación no hacen otra cosa que confirmar la debilidad de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.

Así como en muchos casos la aplicación de esta concepción tiene un éxito indudable, en otros supuestos más complejos, también numerosos en la realidad administrativa, la presencia de una valoración subjetiva del órgano competente es ineludible. Esto último, unido a la posibilidad de elegir entre dos o más alternativas válidas dentro del Derecho, confirma la presencia de una modalidad discrecional en su mínima expresión. Poco importa quien tiene que apreciarla, sea un técnico, político, profesional o administrativo: implica una valoración subjetiva en el marco de un margen de libertad. Esto basta para calificarlo de discrecional.

Para justificar el rechazo de un momento discrecional en el “margen de apreciación”, se sostiene que al no efectuarse valoraciones de oportunidad, la discrecionalidad es inexistente. Sin embargo, como se definió conceptualmente, la discrecionalidad no puede limitarse solo a apreciar la oportunidad; en otras ocasiones trasunta una ponderación de intereses, una valoración del interés público o un simple acto volitivo del órgano competente. Siendo su campo de acción mucho más amplio, bien se puede considerar el contenido del “margen de apreciación”, una particular modalidad discrecional.

En su proyección práctica, poco importa si hay discrecionalidad o no, porque de todas maneras queda dentro de la zona de reserva de la administración y se excluye el control judicial.

Para evitar los resultados y restringir aún más la libertad administrativa, surgen otras posturas que conducen a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados a posiciones extremas, al eliminar el margen de apreciación y pretender la plena revisión de los actos de la administración.

Sainz Moreno<sup>27</sup> al comentar teorías alemanas avanzadas, explicita algunas preocupaciones sobre la complejidad de determinadas casuísticas, como la realización de pronósticos, la calificación de exámenes y, entre otros, la determinación de la capacidad e idoneidad de los funcionarios. Concluye admitiendo que de igual modo puede realizarse el control judicial porque ese es un problema de derecho procesal y niego –en defini-

---

<sup>26</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, p. 380.

<sup>27</sup> Sainz Moreno, Fernando, *op. cit.*, p. 243 y ss; Ossenhuhl, Fritz, *Tendenzen un gefahren der neuen Ermessenlehre*, “D. off.Verw”, 1968, p. 618 y ss.

tiva— el margen de apreciación en favor de la Administración, subrayando la preeminencia de la tutela jurisdiccional de los derechos conculcados.

Esta nueva concepción revaloriza la motivación y la razonabilidad de los actos propugnándose otra visión de lo discrecional, sometiendo su ejercicio a un profundo control judicial, por lo que pierde interés la diferencia con los conceptos jurídicos indeterminados<sup>28</sup>. En definitiva, el intento de fulminar la arbitrariedad estatal y controlar la libertad de los funcionarios atraviesa las siguientes etapas: primero se procura reducir la discrecionalidad cambiándole su rótulo externo con la configuración del “margen de apreciación”. Más tarde, al advertirse que ese pequeño reducto podría implicar un abuso de libertad o una verdadera discrecionalidad, es eliminado postulándose la revisión judicial integral de lo indeterminado. Desde mi punto de vista, para lograr ese objetivo se utilizan técnicas de reducción de la discrecionalidad, que en rigor se refieren más a elementos relativos a la juridicidad que al control intrínseco de la discrecionalidad. En efecto, la verificación de los hechos, la razonabilidad, la motivación, la finalidad y aún la comprobación de que la discrecionalidad forma parte del orden jurídico, no dejan de pertenecer al ámbito de la juridicidad o legitimidad en sentido amplio.

En esencia el proclamado “control pleno de la discrecionalidad” implica una fiscalización absoluta sobre su inserción jurídica y es superficial en su contenido interior.

Aun cuando se postule la revisión total de los conceptos jurídicos indeterminados, o se pretenda disfrazar lo discrecional con atuendos de legitimidad, lo cierto es que numerosas hipótesis llevan en su interior un momento subjetivo discrecional que ha menester un trato peculiar; este no puede ser sustituido por el juez quien solo debe controlar la integración de la libertad dentro del ordenamiento.

Estoy de acuerdo con tales técnicas de control del “ejercicio” de la discrecionalidad pero no con el propiciado “control total” porque altera el principio de división de poderes con el avasallamiento de la “zona de reserva de la Administración”.

En mi criterio los conceptos jurídicos indeterminados pueden relacionarse con el desarrollo de una actividad vinculada (reglas técnicas ciertas, estándares objetivos, etc.), o bien discrecional según el caso concreto a resolver, es decir, que pueden ser determinables por un proceso intelectual puro, o mediante la utilización de una modalidad discrecional, aunque su incidencia sea minúscula.

<sup>28</sup> En el mismo sentido, Fernández, Tomás Ramón, “De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario” y “Debe la Administración actuar racional y razonablemente”, *Separata Revista Española*, Madrid, octubre de 1993 y julio-septiembre de 1994; Ledda, F., “Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica”, *Rivista Diritto Processuales Amministrativo*, Milán, Giuffrè, diciembre de 1993; Marzuoli, C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milán, Giuffrè, 1985.

No coincido con quienes afirman que lo aludido por los términos orden público, utilidad pública, urgencia, idoneidad, emergencia, son conceptos jurídicos indeterminados que “solo admiten una solución justa”.

Es necesario analizar cada supuesto real de aplicación de los referidos conceptos para entonces determinar con certeza si su realización admite una o varias soluciones igualmente correctas para el derecho.

Hay veces que el concepto jurídico indeterminado puede ser concretado siguiendo un juicio intelectual puro. Esto sucede por ejemplo cuando en virtud de la norma la idoneidad se determina por riguroso orden de antigüedad; o cuando según los pliegos respectivos la oferta más ventajosa es la de menor precio. La realización del concepto “idoneidad” y “oferta más ventajosa” se efectiviza, entonces, siguiendo un procedimiento perfectamente objetivable.

Sin embargo, los conceptos referidos no siempre permiten llegar a una solución justa, incluso bajo el mismo esquema normativo; hay casos que admiten porcentajes de discrecionalidad: el supuesto de que existan dos concursantes que tienen idéntica antigüedad, o bien se presenten dos ofertas de igual precio. Elegir a uno u otro concursante, a una u otra oferta en el caso de que la norma nada establezca al respecto, bien puede consentir el uso de una modalidad discrecional.

Aceptar entonces que el procedimiento de concreción de un concepto jurídico impreciso sea solo intelectual, negando la posibilidad de que este, según el caso, puede también ser volitivo o discrecional, importa en mi criterio un grave error, capaz de acarrear la eliminación de la discrecionalidad y, por ende, promover el control judicial total.

Asimismo podría generar innumerables inconvenientes en la praxis administrativa y judicial, ya que bastaría la mención de ellos por la norma para deducir que al presuponer un razonamiento objetivo, todo es controlable sin distinguir, con precisión, cuando hay en verdad discrecionalidad y, por consiguiente, limitación del control.

En definitiva, los conceptos jurídicos indeterminados, son en mi criterio creaciones artificiosas que buscan reducir o aniquilar el espacio de libertad, en lugar de iluminar sus zonas limítrofes y postular una armónica convivencia aceptando una realidad tan insoslayable como la vida misma del ser humano que también discurre entre zonas signadas por la fatalidad y la libertad.

## **XI. CRÍTICAS Y PRINCIPIOS APLICABLES**

La presencia de conceptos amplios y flexibles es una realidad insoslayable. Es obvio que el legislador no puede regular minuciosamente la totalidad del accionar administrativo.

No es recomendable aceptar que para completar los conceptos indeterminados deba acudirse solamente a la libre elección de la Administración por medio de la discrecionalidad; tampoco admitir que únicamente pueden ser integrados por remisión a juicios objetivos que aseguren una solución justa de validez incuestionable. Lo primero implicaría consagrar una libertad desenfrenada, susceptible de emparentarse con la arbitrariedad. Lo segundo acarrearía la virtual desaparición de la discrecionalidad, cuya supervivencia es imprescindible en los Estados modernos.

Parejo Alfonso<sup>29</sup> comenta que alguna doctrina alemana diferencia dos tipos de conceptos: “empíricos o descriptivos” y “normativos o valorativos”. Los primeros se refieren a objetos o acontecimientos de la realidad con facilidad de ser percibidos o experimentados. Los segundos, desprovistos de referencia a la realidad, aluden a juicios o reglas meta-jurídicas o estados del conocimiento científico o técnico, provocando problemas de incerteza en su fase interpretativa. De allí que Ulé en esta última hipótesis se refiera a la “renuncia del legislador en favor de la Administración”, prerrogativa de valoración o apreciación exclusiva de la Administración, que los jueces no pueden reproducir en el proceso aplicativo de la norma, no obstante la utilización de la prueba pericial.

Como bien lo explica Bacigalupo<sup>30</sup>, la jurisprudencia alemana no reconocía en todos los casos de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados dudosos el margen de apreciación en favor de la Administración, razón por la cual el ministro de Justicia de un *Land* propuso introducir un nuevo dispositivo en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa alemana que extienda el margen de apreciación a todos los supuestos de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, con la siguiente redacción: 1. Cuando la aplicación de un concepto jurídico indeterminado haga necesaria ponderaciones, pronósticos o valoraciones, la Administración dispondrá para ello de un margen de apreciación. 2. El Tribunal controlará si a la Administración le corresponde un margen de apreciación, así como si ésta ha traspasado los límites legales de la habilitación de apreciación o ha ejercido la misma de un modo no adecuado a su finalidad.

De allí que Sainz Moreno<sup>31</sup> propugna otra visión de lo discrecional, sometiendo su ejercicio a un profundo control judicial, por lo que pierde interés la diferencia con los conceptos jurídicos indeterminados.

---

<sup>29</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 118 y ss.

<sup>30</sup> Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 128.

<sup>31</sup> Sainz Moreno, Fernando, *op. cit.*, p. 250 y ss.

En estos últimos tiempos<sup>32</sup> han surgido importantes polémicas en la doctrina española, con valiosos aportes de: Parejo Alfonso<sup>33</sup>, Sánchez Morón<sup>34</sup>, Beltrán de Felipe<sup>35</sup>, García de Enterría<sup>36</sup>, Atienza<sup>37</sup>, Bacigalupo<sup>38</sup>, Igartúa Salaverría<sup>39</sup>, entre otros que ponen límites a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados en un sentido que en muchos casos implica también el uso de la discrecionalidad.

## **XII. LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y EL LÍMITE DE LA REVISIÓN JUDICIAL**

La metodología interpretativa debe detenerse cuando percibe la presencia del momento intrínseco de la discrecionalidad: la libertad de elección que importa la ponderación de intereses, la apreciación de lo mejor para la sociedad. Cuando la interpretación agote su metodología lógico-racional y no quede otra instancia más que preguntarnos cuál de las varias alternativas es la más conveniente, entramos en la “zona de reserva de la Administración”.

La necesidad de llegar a “una solución justa” para dirimir un conflicto entre partes es característica de la función judicial. Esto no implica, sin embargo, que en el área de la actividad administrativa, la opinable y compleja realidad –susceptible de varias vías de resolución– pudiera ser reducida, por el poder del juez, a una única solución justa.

La realidad se presenta tal cual es y si, por ejemplo; existen varias técnicas idóneas para demoler un inmueble o para llevar adelante un procedimiento de privatización, la misma opinabilidad pasa a formar parte de la proposición jurídica.

El silogismo judicial no es siempre trasladable a la función administrativa. La Administración no está obligada a llegar a una solución justa utilizando solo las reglas de la interpretación jurídica. Si un hecho, fenómeno o situación no es opinable y admite solo una solución posible, la aplicación del derecho se impone: el poder del orden normativo prevalece y la hermenéutica interpretativa como herramienta judicial es plenamente articulada en la realidad estatal. Pero cuando el hecho, fenómeno o situación es esencialmente opinable, la selección que implica la opción de uno u otro camino es de naturaleza discrecional; solo aquí

---

<sup>32</sup> En su mayoría *a posteriori* de la primera edición de este libro.

<sup>33</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.*, p. 119 y ss.

<sup>34</sup> Sánchez Morón, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 116 y ss.

<sup>35</sup> Beltrán de Felipe, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 110.

<sup>36</sup> García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5ª. ed., Madrid, Civitas, 2000, p. 124 y ss.

<sup>37</sup> Atienza, M., “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, *RDA*, Madrid, núm. 85, 1995.

<sup>38</sup> Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, pp. 10, 26, 32, 38, 128, y ss.

<sup>39</sup> Igartúa Salaverría, J., *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998, p. 28 y ss.

la Administración se presenta como un verdadero poder creativo cuya autodeterminación exclusiva le pertenece.

De esta forma juega el armonioso mecanismo de la división de poderes. La opinabilidad en el campo de la Administración Pública da lugar a ponderaciones de los más diversos intereses públicos específicos. Quién mejor que los natos representantes del pueblo, entonces, para completar este marco de libertad con el ropaje ineludible de la juridicidad.

En las últimas reflexiones sobre el tema, el propio García de Enterría<sup>40</sup> distingue según que los conceptos jurídicos indeterminados sean conceptos de experiencia o de valor. Los primeros por relacionarse con los hechos, el control judicial es pleno. En cambio, los segundos que no solo se vinculan con cuestiones de hechos sino de valor, que “pueden ser técnicos (impacto ambiental) o políticos (interés público, utilidad pública), proporcionan a la primera y decisoria apreciación por la Administración una cierta presunción a favor de su juicio, que se entiende realizado, en principio, desde una posición formalmente objetiva y en virtud de medios técnicos y de criterios políticos, que, en la práctica, solo negativamente, cuando el error o la arbitrariedad pueden ser positivamente demostrados, pueden ser controlados por el juez”. De esta forma simple el autor ratifica la doctrina del “margen de apreciación” a favor de la Administración que otorga una cierta presunción de acierto dentro del halo del concepto.

Aún en dicho ámbito, es indudable que el control judicial solo es viable en las hipótesis de límites y excesos, mediante prueba irrefutable que acredite debidamente tales desviaciones.

Las apreciaciones de oportunidad, mérito o conveniencia, cuando el propio orden jurídico autoriza, explícita o implícitamente, su concreción por la Administración, no pueden ser revisadas por el juez (falta el parámetro objetivo necesario); ni siquiera con el pretexto de hacer una valoración de justicia, porque implicaría vulnerar la separación de poderes, dado que el propio sistema ordinamental quiere que tal marco de libertad sea integrado por lo que se considere más conveniente o útil (salvo, claro está, el supuesto excepcional de evidente o notoria injusticia, límites y excesos aludidos).

Así, por ejemplo, no es posible controlar, siguiendo una interpretación jurídica estricta, la conveniencia de hacer una autopista o un hotel internacional.

De todo esto se deriva la invalidez de ciertas posturas, que tratando de imitar el silogismo judicial o la interpretación jurídica, pretenden trasladar estas herramientas al ejercicio de la función administrativa.

---

<sup>40</sup> García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, op. cit. p. 137.

El ordenamiento no puede desconocer la realidad, y aunque no pueda preverla *in totum*, establece los medios idóneos para superar la problemática que genera y determina quién es el responsable para hacerlo.

El juez no administra intereses, no aprecia la conveniencia, oportunidad o utilidad, no sustituye un juicio opinable por otro igualmente opinable: solo interpreta jurídicamente el ordenamiento.

Por esta razón, el juzgador utiliza una estrategia distinta de la del propio accionar administrativo. Esto puede deducirse del positivismo lógico, la hermenéutica como crítica historicista y fenomenológica, la tópica como forma mental del razonar jurídico, y la argumentación como forma específica de la lógica deductiva.

Con frecuencia la adecuación al modelo o prototipo solo admite una alternativa válida en la cual no hay modalidad discrecional alguna: el concepto indeterminado se integra con reglas técnicas o de experiencia indiscutibles, conducta media socialmente obligatoria, estándares de universal consenso, etc. Aquí la objetividad funciona plenamente. Otras veces, pueden existir dos o más hipótesis correctas; para dirimir en este caso cual corresponde elegir es necesario hacer uso de la discrecionalidad.

Se cumple, en definitiva, lo querido por el ordenamiento, solo que en supuestos excepcionales, cuando es imposible llegar al prototipo por medio de un juicio intelectual puro, no queda otro camino que aceptar la presencia de un momento subjetivo: modo de la discrecionalidad.

### **XIII. EL CONTROL DE SOSTENIBILIDAD, ACEPTABILIDAD, RAZONABILIDAD**

En los últimos tiempos el debate doctrinario y jurisprudencial alemán<sup>41</sup>, asigna importancia a conceptos como "sostenibilidad", "aceptabilidad", que significan "plausibilidad" o, entre nosotros, "razonabilidad" de la decisión administrativa, según el parámetro de quien ha asumido la decisión. Esta metodología importa superar el modelo tradicional sobre la base de la revisión judicial de los particularizados vicios formales y sustanciales detectados. La nueva metodología propuesta comporta una visión global de la decisión administrativa, entendida como cláusula general, efectuando con control genérico sobre todo el íter procedimental desarrollado por la Administración en la actividad controlada. Es lo que en Estados Unidos se denomina "deferencia administrativa".

---

<sup>41</sup> Martini, Serenella, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica*, Tedesca, LUISS, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali; *La discrezionalità amministrativa: profili comparati*, Milán, Guiffré, 1997, p. 26 y 27.

En mi criterio es dable ejercitar tanto el control tradicional en base a los vicios del acto administrativo como el genérico aludido precedentemente, aun cuando se han ejercido facultades discrecionales. Ello, por cuanto la Administración ya no solo se subordina a los precisos límites de la ley sino a un orden jurídico más amplio, como se explicitó en los puntos precedentes.

#### **XIV. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS REGLAS TÉCNICAS Y PAUTAS DE UNIVERSAL CONSENSO**

Estoy en desacuerdo con algunas posturas vertidas precedentemente que restringen el control judicial respecto de ciertas cuestiones técnicas. La remisión normativa a valoraciones técnicas no supone automáticamente la atribución al órgano administrativo de una potestad inmune al control judicial. En efecto, las reglas técnicas (conocimiento especializado) de universal consenso, o al menos tolerables (cuando trasuntan una verdad relativa), las reglas de la experiencia (conocimientos prácticos comunes) como los estándares de conductas, integran el orden jurídico administrativo por remisión expresa o implícita de este.

Aun cuando el reenvío no surja tácitamente del ordenamiento, las pautas o reglas referidas pueden tener igualmente relevancia jurídica por el conocimiento acabado de los hechos y la apreciación de la prueba con arreglo a la sana crítica racional.

En consecuencia el control de juridicidad es perfectible, pues el juez al entrar al fondo de la cuestión verifica si en el sub-examine se ha respetado el contenido de la regla determinada por la ciencia, la técnica, la experiencia, o el comportamiento social, al momento en que se concrete el acto administrativo respectivo.

La entonces Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial especial de la Capital Argentina, con buen criterio, ha proclamado el control de los hechos aun relacionados con cuestiones técnicas, con motivo del cuestionamiento de una ordenanza municipal que disponía el retiro de los locales instalados en los andenes, que creaban un riesgo para los usuarios frente al reducido espacio que les quedaba cuando esperaban el arribo de los trenes. El Tribunal consideró que:

La discrecionalidad no es una potestad ilimitada de la Administración Pública, pues tiene un ámbito que no puede ser excedido y se halla sometido al control administrativo y judicial. Si bien es cierto que la oportunidad, conveniencia o mérito tenidos en cuenta para la emisión del acto administrativo no son controlables por el Poder Judicial, ello no impide que lo atinente a la efectiva existencia de los hechos o situaciones de hecho (invocados para emitir el acto) caiga o puede caer bajo el poder de revisión de los jueces, pues se trata de comprobar la verdadera y efectiva existencia de sus presuntos antecedentes, es decir de aquello que constituye su causa o motivo. El acto adminis-

trativo que se dicta en base a un informe técnico puede ser impugnado de acuerdo a los recursos que establezca el sistema positivo vigente, pues respecto a dicho acto rigen las reglas generales sobre control de la discrecionalidad<sup>42</sup>.

### **XV. LA INTENSIDAD DEL CONTROL JUDICIAL FRENTE A LA OPINABILIDAD INTRÍNSECA DE CUESTIONES TÉCNICAS COMPLEJAS**

Cuando el orden jurídico se remite a cuestiones técnicas complejas, de difícil comprensión o de imposible reproducción probatoria (por su característica intrínseca), de certeza técnica o científica relativa, la decisión administrativa debe ser controlada por el juez. Al menos debe verificar con el fondo de la cuestión si la decisión administrativa adopta una solución técnicamente aceptable, "tolerable", cuya razonabilidad sea aprehensible en virtud de su motivación. No se trata de un mero control de legalidad formal externa, el juez debe examinar detenidamente la verificación material de los hechos, y aún la apreciación de los mismos mediante la aplicación de pautas técnicas razonables, además de la calificación jurídica respectiva (aun cuando puedan existir mínimos porcentajes de discrecionalidad que debe respetar).

En definitiva, lo técnico –en el sentido expresado– forma parte del orden jurídico y, por tanto, el control de juridicidad es posible. Lo contrario podría cercenar la tutela judicial efectiva.

No obstante, cuando es la propia realidad del objeto o situación la que admite márgenes de opinabilidad, cuando la objetividad del procedimiento de subsunción se agota, declina la labor interpretativa y se acrecienta la discrecionalidad.

La opinabilidad intrínseca de ciertas situaciones fácticas no reconducibles a pautas objetivas por medio de la interpretación, no puede ser convertida en certeza por el administrador ni por el juez. Empero, como es la Administración a quien el orden jurídico le autoriza operar primero el concepto, en estos excepcionales supuestos, le es permitido utilizar la discrecionalidad relacionada con la técnica a fin resolver la opinabilidad buscando lo más oportuno para el interés público. La discrecionalidad no solo proviene de una norma expresa o implícita sino, excepcionalmente, de la propia naturaleza de las cosas. Es precisamente el ordenamiento quien se remite tácitamente a ello cuando no es posible un juicio objetivable que trasunte una solución justa, sino dos o más hipótesis razonables.

Es que una vez agotado el análisis de la proposición normativa y de sus principios inmanentes, expresa o implícitamente condensados en el ordenamiento, sin poder dis-

---

<sup>42</sup> Cámara en lo Civil y Comercial especial de Capital de fecha 21 de junio de 1983, "Subterráneos de Buenos Aires, Sociedad del Estado c/ Fusetti de Turro", *Revista El Derecho*, Buenos Aires, pp. 105-575; Tawil, Guido S., *Administración y justicia*, op. cit., p. 400; Guzmán, Alfredo, "Fronteras del poder discrecional", *Rev. La Ley*, Cuba, 2002.

tinguir lo reglado de lo discrecional, la observación de la propia realidad del acontecer administrativo se convierte en el factor decisivo para clarificar la identidad de los conceptos y estar en condiciones de predecir los efectos ulteriores.

En estos casos debemos aceptar aunque en su mínima expresión la posible existencia de facultades discrecionales para integrar creativamente el concepto. Debe recordarse que los órganos administrativos no solo son creados para aplicar el derecho sino también para ejercer la discrecionalidad dentro de la juridicidad.

Muchas veces la discrecionalidad se ejercita después de tener presente determinadas pautas técnicas, en cuyo caso participa de todos los caracteres de la discrecionalidad, empero otras veces se relaciona intrínsecamente con la relatividad de la ciencia o de técnica, juicios de probabilidad, no de certeza, denominada por la doctrina tradicional como discrecionalidad técnica.

La opinabilidad no excluye de por sí el control judicial porque el juez debe verificar si ha sido correctamente ejercida la discrecionalidad dentro de la juridicidad. Consecuentemente, el control debe recaer sobre todo el comportamiento administrativo objetivable (cognitivo), y cuando en algunos aspectos percibe pequeños márgenes de opinabilidad, en los que es tan aceptable una solución que otra, debe respetar el espacio de libertad relleno por la Administración. No cabe aquí sostener que se ha vulnerado la tutela judicial efectiva pues da lo mismo una solución que otra desde el punto de vista jurídico. Asimismo, si el Tribunal examina el fondo de la cuestión en sentido integral, llegando a la conclusión de que la discrecionalidad ha sido ejercida dentro del orden jurídico, el derecho al debido proceso ha quedado salvaguardado.

En este sentido el Tribunal Constitucional Español ha señalado, con relación a la actividad de los tribunales de concursos y oposiciones, que:

... Aunque los Tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones o concursos, en modo alguno pueden sustituir a estos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada tribunal o comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no solo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque estos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más. Lo que no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el Artículo 24.1 de la CE, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración a la ley y al derecho

(Artículo 103.2 CE), ni la exigencia del control judicial sobre la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (Artículo 106.1).

Es que el control del Tribunal asume “determinadas modulaciones o limitaciones que encuentran su fundamento en una presunción de razonabilidad o certeza de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación”<sup>43</sup>.

Pragmáticamente ha expresado el Tribunal Constitucional Español que:  
... Partiendo de la inteligencia de las bases que se ha realizado, es obvio que la concreta puntuación que haya de otorgarse a los distintos opositores es algo, en principio, de la competencia de la comisión calificadora. Debe recordarse que frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese razonable y prudente arbitrio, nunca excesivo, las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional solo se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Una presunción *iuris tantum*, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado, entre otros motivos por fundarse en un patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STC 48/1998; 353/1993; 34/1995). En este sentido la STC 353/1993 hace referencia al error grave o manifiesto, fundado en la malicia de la comisión evaluadora o en el desconocimiento inexcusable de la materia juzgada y, en consecuencia apreciable en su actuación arbitraria o desviación de poder.

De todo ello se advierte que si el juicio técnico fuera erróneo o ni siquiera trasunte una verdad relativa, la pauta científica inaplicable o arbitraria, contradictoria, ilógica, o el procedimiento desviado, los poderes del juez acrecen en su normal dimensión. Los medios de prueba, aún periciales pueden adoptarse como en cualquier proceso.

De tal modo, el juez controla la juridicidad en un sentido amplio, empero, no sustituye ni valora la oportunidad o conveniencia ya apreciada y seleccionada creativamente por la Administración.

---

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 353, del 29 de noviembre de 1993, Sala Segunda, Ponente: D. Carles Viver Pisunyer.

## **XVI. ESTRATEGIA PRÁCTICA A SEGUIR FRENTE A LA COMPLEJIDAD DE LO DISCRECIONAL, TÉCNICO Y REGLADO**

Al respecto pienso que para clarificar prácticamente esta problemática debemos contemplar tres supuestos:

1) Cuando se aplican estándares, reglas técnicas, científicas o de experiencia, de “universal consenso”: Si la idoneidad, la urgencia, la oferta más ventajosa, implican en el caso concreto actuar conforme a pautas ciertas, objetivas y universales, el control judicial es pleno y su operatividad no ofrece dificultad. No queda espacio para una valoración discrecional. Al admitirse solo una solución como consecuencia de una regla o pauta de universal consenso y por ende determinable intelectivamente, todo ello se remite al bloque de lo regulado o vinculado.

2) Cuando es posible elegir entre varias alternativas hay discrecionalidad: cuando el orden jurídico se remite a varias técnicas aceptables, la selección de una de ellas incumbe a la Administración.

3) El control judicial de los casos límites complejos: cuando el orden jurídico se remite a cuestiones técnicas de oscura comprensión o de difícil reproducción probatoria, juicios de probabilidad, etc., el juez no declina su jurisdicción. En efecto, la solución dada por la Administración debe ser controlada por el juez quien ha de contentarse con un juicio “tolerable”, es decir, una “aserción justificada”. La provisionalidad de la ciencia y de la técnica significa que la certeza absoluta a veces no existe, por lo que el juez debe conformarse con una solución técnicamente aceptable cuya razonabilidad sea aprehensible en virtud de su motivación. La opinabilidad intrínseca de ciertas situaciones fácticas no reconducibles a pautas objetivas por medio de la interpretación no puede ser convertida en certeza por el administrador ni por el juez. Esta misma pasa a formar parte del orden jurídico e implica que su realización o concreción cristaliza siempre una verdad relativa, razón por la cual quien la ejecute como quien la controle debe conformarse con aproximaciones atendibles, razonables y suficientes. Si existen pequeños márgenes de aquella, corresponde a la Administración integrar el concepto. Como bien dice Comadira:

... Puede, entonces, existir actividad administrativa fundada en razones científicas o técnicas, que generarán, o no, discrecionalidad, según su grado de univocidad y/o de vinculación con un objeto reglado, o no. Desde esta perspectiva, entonces, la denominada discrecionalidad técnica será, en rigor, una especie de la discrecionalidad en general, cuando el accionar administrativo, cumplido con arreglo a parámetros científicos o técnicos, reconozca, en éstos, más de una posibilidad, o cuando, siendo la valoración técnica unívoca, esté ligada a una actuación elegible...<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Comadira, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 516.

El juez o quien ejerce la función jurisdiccional no puede sustituir un juicio tolerable del administrador por otro igualmente "tolerable" de él, porque ello implica violar la separación de poderes.

Como consecuencia de lo anterior no solo es antijurídico el acto administrativo que vulnera las reglas ciertas y universales sino también cuando infrinja los criterios atendibles (falta de coherencia, disparidad de tratamiento, informes técnicos contradictorios, arbitrariedad en la verificación probatoria, etc.).

Es menester que los dictámenes técnicos y periciales informen en detalle cuáles son los aspectos perfectamente objetivables a la luz de las reglas respectivas, cuáles los tolerables, y cuáles admiten un mayor o menor grado de opinabilidad y, por ende, la posibilidad de elegir entre dos o más opciones válidas. Ello puede ser regulado en las leyes de procedimiento administrativo y códigos procesales.

Incluso en los códigos procesales o contencioso administrativos en el capítulo relativo a la sentencia podrían normarse las pautas referidas a fin de clarificar el alcance del control.

En definitiva, quien ejerce la jurisdicción controla la juridicidad, no sustituye ni valora la discrecionalidad y con ello la oportunidad, mérito o conveniencia ya apreciada y seleccionada creativamente por la administración. Llegamos así a un justo equilibrio.

Por todo ello, considero en definitiva que la conducta administrativa en relación con el ordenamiento jurídico puede ser entonces:

- a) Vinculada en forma precisa: cuando existe una normativa expresa y clara sobre la actividad que debe realizar el órgano;
- b) Vinculada en forma implícita: determinable objetivamente mediante reglas lógicas, técnicas, de experiencia o estándares, que tengan universal consenso o sean al menos tolerables;
- c) Desvinculada: objetivamente indeterminable que puede integrarse con la discrecionalidad.

Las pautas señaladas bien pueden ser aplicadas en la construcción del Consejo de Estado Francés cuando después de la "verificación" de los hechos existan vacilaciones en cuanto a la "apreciación" de los supuestos técnicos complejos; de igual modo pueden aplicarse en el derecho norteamericano para encauzar la llamada "discrecionalidad guiada" y su distinción con la verdadera discrecionalidad. Incluso podría aplicarse en aquellos ámbitos que admiten la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados para frenar su inadecuado uso y la posible aniquilación de la discrecionalidad.

## **XVII. LA TEORÍA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN SUS JUSTOS LÍMITES**

En sus justos límites, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados sigue constituyendo una de las técnicas o modos más útiles para reducir la discrecionalidad y frenar la arbitrariedad de quienes mandan, no obstante debe ser cuidadosamente interpretada.

Su caracterización fundamental, como es sabido, es someter a interpretación la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados siguiendo un razonamiento estrictamente jurídico para llegar a una solución justa.

En definitiva, la aplicación literal de esta teoría puede ser correcta cuando la realización de ciertos conceptos no admite más que una solución justa, pero no cuando su concreción presenta varias probables soluciones y es tan razonable una como otra.

En consecuencia, sostengo que los conceptos indeterminados pueden relacionarse con el desarrollo de una actividad vinculada (reglas técnicas ciertas, estándares objetivos, etc.), o bien discrecional según el caso concreto a resolver. Es decir, que pueden ser determinables por un proceso intelectual interpretativo puro, o mediante la utilización de una modalidad discrecional, aunque su incidencia sea minúscula, según el caso objeto de interpretación.

No coincido con quienes afirman<sup>45</sup> que lo aludido por los términos orden público, utilidad pública, urgencia, idoneidad, son conceptos jurídicos indeterminados que solo admiten una solución justa.

Es necesario analizar cada supuesto real de aplicación de los referidos conceptos para entonces determinar con certeza si su realización admite una o varias soluciones igualmente correctas para el derecho.

El concepto jurídico indeterminado que realmente opera como límite de la discrecionalidad es solo aquel que puede ser concretado siguiendo un juicio intelectual puro. Esto sucede, por ejemplo, cuando en virtud de la norma la idoneidad se determina por riguroso orden de antigüedad; o cuando según los pliegos respectivos la oferta más ventajosa es la de menor precio. La realización del concepto idoneidad u oferta más ventajosa se efectiviza, entonces, siguiendo un procedimiento perfectamente objetivable.

Sin embargo, los conceptos referidos no siempre permiten llegar a una solución justa, incluso bajo el mismo esquema normativo; hay casos que admiten porcentajes de discrecionalidad: el supuesto de que existan dos concursantes que tienen idéntica antigüedad o bien se presenten dos ofertas de igual precio. Elegir uno u otro concursante, una u otra oferta, en el caso de que la norma nada establezca al respecto bien puede consentir el uso de una modalidad discrecional.

---

<sup>45</sup> Entre otros Sainz Moreno, Fernando, *op.cit.* p. 347.

Considero sumamente peligroso sustentar que tales o cuales conceptos (idoneidad, insalubridad, orden público, utilidad pública, emergencia, etc.) constituyen teóricamente conceptos jurídicos indeterminados y, por ende, aprehensibles solo intelectivamente en todos los casos, sin hacer el análisis referido.

Aceptar, entonces, que el procedimiento de concreción de un concepto jurídico impreciso sea solo intelectual, negando la posibilidad de que este, según el caso, pueda ser también volitivo o discrecional, importa en mi criterio un grave error, capaz de acarrear la eliminación de la discrecionalidad, y, por ende, promover el control judicial total. Asimismo, podría generar innumerables inconvenientes en la praxis administrativa y judicial ya que bastaría la mención de ellos por la norma para deducir que al presuponer un razonamiento objetivo, todo es controlable sin distinguir, con precisión, cuándo hay en verdad discrecionalidad y, por consiguiente, limitación del control.

Por todo ello, concluyo en que los conceptos jurídicos indeterminados solo sirven parcialmente para delimitar el uso de la discrecionalidad, por cuanto esto depende de la posibilidad de utilizar parámetros objetivos o no en su realización concreta.

La prudencia frente a soluciones medianamente aceptables, y el coraje ante el abuso, la arbitrariedad, el error manifiesto y la injusticia, constituyen pautas rectoras que el juzgador debe tener presente.

### **XVIII. EL SILOGISMO JUDICIAL QUE OBLIGA A UNA SOLUCIÓN JUSTA NO ES TRASLADABLE CON EL MISMO RIGOR A LA REALIDAD ADMINISTRATIVA**

Considero una confusión histórica pretender trasladar el habitual silogismo judicial que obliga a llegar a una solución justa a la actividad administrativa.

En efecto, si analizamos detenidamente los principios del derecho procesal, los estándares jurídicos del derecho privado que en mi criterio influyeron en la creación de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, y los diversos criterios de la hermenéutica interpretativa, es dable advertir que constituyen valiosas herramientas metodológicas para colaborar con quien realiza la función jurisdiccional a fin de llegar a “una solución justa”, pues institucionalmente el juez está obligado a ello (todo tiende a facilitar esta tarea).

Esta orientación pretende aplicarse a la actividad administrativa mediante las teorías analizadas entre otras (discrecionalidad técnica y conceptos jurídicos indeterminados), dificultando los límites del juez revisor de la conducta administrativa y la determinación de la verdadera zona de reserva de la Administración al no distinguirse con nitidez lo reglado de lo discrecional. A la postre no tienen otro remedio que llegar al control total atento la naturaleza de la función jurisdiccional y el silogismo judicial aplicado.

Empero, la peculiaridad de la Administración y de su revisión ulterior no concilian con principios indiscutidos aceptados en las otras ramas del derecho. La salvaguarda del interés público, pero fundamentalmente la presencia de una de las partes investida de potestad pública, modifica la pureza de los métodos referidos por lo que es necesario la formulación de un trato diferente.

El ordenamiento utiliza conceptos abiertos que han de ser rellenados por sus destinatarios. La clave reside en interpretar a "quien" se delega, y "como" se integra el contenido de lo delegado.

El agregado que inserta cada poder no es siempre el mismo: el administrador incorpora calificaciones que explicitan:

- a) La juridicidad mediante un juicio objetivo utilizando la hermenéutica interpretativa, y;
- b) Valoraciones subjetivas originales de carácter discrecional relacionadas con la oportunidad y conveniencia.

El juez en cambio utiliza nada más que la interpretación porque solo puede desarrollar elementos que ya forman parte del derecho, buscando la concreción de lo justo en el caso particular. Por ello, lo que hace el juez es explicitar en el caso concreto el sistema ordinamental; por eso "dice" el derecho, utilizando para ello la mecánica interpretativa que será amplia o reducida según el caso. La Administración "actúa", pero para tal accionar usa tanto la técnica de la interpretación como la de la discrecionalidad creativa en función del interés público en juego. Esto no existe en otras esferas del derecho (penal, civil, etc.) y de allí deviene la confusión.

En definitiva, el silogismo judicial no es trasladable a la función administrativa porque la Administración no siempre está obligada a llegar a una solución justa mediante la interpretación, porque si un hecho es opinable y admite varias opciones posibles igualmente válidas para el derecho, puede dirimir la cuestión mediante la "discrecionalidad", ejercitando un verdadero poder creativo cuya autodeterminación exclusiva le pertenece.

De esta forma juega el armonioso mecanismo de la división de poderes. La opinabilidad en el ámbito de la Administración Pública da lugar a ponderaciones de los más diversos intereses públicos específicos. Quiénes mejor que los natos representantes del pueblo, entonces, para completar este marco de libertad con el ropaje ineludible de la juridicidad.

Admitir la unicidad de solución justa en la praxis administrativa forzando las reglas procesales e interpretativas para ello, o aceptando teorías que lo postulen procurando eliminar lo discrecional, es tan disparatado como aceptar el control total.

Si esto ocurriera, implicaría sustituir el criterio opinable del administrador por el no menos opinable del juez con el agravante que tal soberbia judicial infringiría el precepto ordinamental que dispuso que tal margen de libertad lo completara el poder administrador. En definitiva:

a) Existe primero quien ejerce la función administrativa que debe hacer concreto el concepto indeterminado previsto por la norma;

b) Al juzgador entonces solo le incumbe controlar si la aplicación del concepto encuadra en la juridicidad. Cabe subrayar que la administración ya realizó la subsunción, que en las otras esferas del derecho le hubiera correspondido directamente al juez;

c) El Derecho Administrativo quiere que sea la Administración quien haga operativo el concepto por lo que los instrumentos reglados como discrecionales no deben ser desvirtuados.

La Administración tiene la forma de dirimir la opinabilidad de supuestos alternativos aplicando un juicio subjetivo en pro de un ideal de oportunidad y conveniencia. ¿Por qué quitarle este cometido que en exclusividad le pertenece, acudiendo a estrategias implementadas para otros ámbitos funcionales? ¿Por qué querer cambiar solapadamente una valoración subjetiva por otras de igual naturaleza, cuando el propio ordenamiento pretende que sea más de mérito que de justicia? (el propio ordenamiento constitucional le da otra herramienta que el resto no tiene).

## **XIX. PALABRAS FINALES**

Apreciados colegas, como dice Beltrán Russell, conservar es más fácil que cambiar. Porque cuando postulamos el cambio tenemos que justificar algo nuevo, algo que no existe. Pero, cuando conservar o dejar todo como está ya no satisface las necesidades actuales. Cuando conservar ya no es garantía de orden sino de desorden. Cuando conservar ya no es garantía de orden sino de reacción. Es deber moral de todos los que formamos parte del mundo jurídico de ir bosquejando soluciones nuevas, que por modestas que fueren tiendan a la consecución de un orden nuevo que de pronta y adecuada satisfacción a las necesidades actuales. Yo les agradezco muchísimo vuestra calificada presencia y paciencia.

## XX. FUENTES DE INFORMACIÓN

- ATIENZA, M., "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica"; *RDA*, Madrid, núm. 85, 1995.
- BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- BARRA, R.C., *Contrato de obra pública*, Buenos Aires, Abaco, 1980, t. II.
- BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.
- BERNATZIK, Edmund, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Viena, 1886.
- CASSAGNE, Juan Carlos, "La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial"; *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, núm. 3, 1990.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Fragmentos de Derecho Administrativo, entre la justicia, la economía y la política*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.
- COMADIRA, Julio Rodolfo, "La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial"; *El Derecho*, Buenos Aires, 29 de marzo de 2000.
- COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*, 2ª. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis- Abeledo Perrot, 2003.
- COVIELLO, Pedro, "La denominada zona de reserva de la Administración y el principio de la legalidad administrativa"; *REDA*, Buenos Aires, núm. 23, 1996.
- DESDENTADO DAROCA, Eva, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997.
- DI CHIERCHIA MEROLA, Pietro, *L'interpretazione sistematica della costituzione*, Padova, CEDAM, 1978.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario" y "Debe la Administración actuar racional y razonablemente"; *Separata Revista Española*, Madrid, octubre de 1993 y julio-septiembre de 1994.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, 2ª. ed., Madrid, Civitas, 1994, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Navarra, Civitas, 2017.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 1998.
- 
- \_\_\_\_\_, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5ª. ed., Madrid, Civitas, 2000.
- 
- \_\_\_\_\_, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.

- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª. ed., Buenos Aires, Fundación de Der. Adm., 1998, t. 1.
- GRECCO, L. M., "La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y su fiscalización judicial", *La Ley*, 1980-D.
- GUZMÁN, Alfredo, "Fronteras del poder discrecional", *Rev. La Ley*, Cuba, 2002.
- IGARTÚA SALAVERRÍA, J., *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998.
- JESCH, Dietrich, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978.
- LEDDA, F., "Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica", *Rivista Diritto Processuale Amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1993.
- MARTINI, Serenella, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica*, Tedesca, LUISS, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali; *La discrezionalità amministrativa: profili comparati*, Milán, Giuffrè, 1997.
- MARZUOLI, C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milán, Giuffrè, 1985.
- MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Madrid, Montecorvo, 2002.
- OSSENBUHL, Fritz, *Tendenzen und Gefahren der neuen Ermessenlehre*, "D. off. Verw.", 1968.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993.
- POUND, Roscoe, *An introduction to the philosophy of law*, New Haven, Yale University Press, cap. III.
- QUIROGA LAVIE, H., *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Buenos Aires, Depalma, 1985.
- SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1995.
- SÁNCHEZ MORÓN, Santiago, *Cuadernos de Derecho Judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial de España, 1994.
- SCHWARTZ, Bernard, *Le droit aux Etats Unis, une création permanente*, París, Économica, 1979.
- SCHMIDT-SALZER, J., *Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, Berlín, 1968.

SESIN, Domingo, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

TAWIL, Guido S., *Administración y justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. II.

TETZNER, Friederich, *Das Freie Ermessen Verwaltungsbehorden*, Viena, Ed. Leipzig, 1924.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, París, Gallimard, 1951, t. II.