

Notas sobre el ejercicio o limitaciones de la Plena Jurisdicción respecto a la Discrecionalidad Administrativa

Manuel Enrique Valverde González*

Desde la aurora
combaten dos reyes rojos,
con lanza de oro.

Los reyes rojos
José María Eguren

SUMILLA

A través del presente artículo se hace un análisis sobre el control de la discrecionalidad administrativa por parte de los órganos jurisdiccionales y hasta dónde es posible que ese control se pueda dar, considerando las facultades de la que gozan tanto la Administración como el Poder Judicial. En ese sentido, se pasa a estudiar, en primer lugar, lo que se entiende por Discrecionalidad frente a otras instituciones como los conceptos jurídicos indeterminados y la motivación de las decisiones administrativas que se realizan como ejercicio de esa discrecionalidad. Seguidamente, se pasa a analizar lo referente al control judicial de los actos administrativos y en especial a problematizar sobre los alcances de ese control dentro del marco de la denominada Plena Jurisdicción.

I. Excursus

De hace un tiempo a esta parte nos ha venido inquietando una idea vinculada a los alcances del control judicial de la actividad administrativa, y en especial de la denominada discrecionalidad administrativa.

Sin duda, es un tema muy controvertido, puesto que se ha visto por la doctrina como la pugna de dos poderes por controlar los actos de uno frente al otro, y donde la administración ha buscado sustraerse al control del Poder Judicial. Por eso el motivo de poner como epígrafe ese bellísimo poema de Eguren, que representa la pugna de dos personajes que son similares en todo, esto es, ambos están investidos de poderes y además pareciera que el único camino es la lucha para poderse librar de la presencia del otro, o por lo menos no ser controlado por su par.

Pese a lo anotado en términos simbólicos, creo que el camino del entendimiento entre la administración y la función jurisdiccional no debe representarse como una búsqueda continua de la sujeción de un poder frente al otro, sino de una adecuada concordancia en la actuación de la Administración y así evitar que sus decisiones se vean judicializadas.

Uno de los campos que más debates ha suscitado, y lo seguirá haciendo qué duda cabe, es el referido al control de la discrecionalidad administrativa. Ciertamente que en nuestro medio no se ha producido polémica alguna con la virulencia que se dio hace un tiempo en España entre los profesores Tomás-Ramón Fernández, por un lado, y Luciano Parejo Alfonso y Miguel Sánchez Morón, por el otro, donde terció de algún modo Manuel Atienza¹, quien al final apuesta por la postura de Fernández.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asesor de la Presidencia del Poder Judicial.

¹ Para todo efecto, pueden remitirse a las obras de los polemistas que a saberse son: Fernández, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad*,

No es nuestra pretensión plantear en este trabajo una opinión novedosa sobre el tema o abrir un nuevo flanco de debate, nada sería más pretencioso que ello, mas por el contrario, queremos esbozar algunos apuntes al respecto en lo que concierne a nuestro medio nacional, y analizar algunos casos de los que hemos podido tener conocimiento.

II. Discrecionalidad y arbitrariedad

Tradicionalmente se ha coincidido en afirmar que, siendo el Contencioso Administrativo un proceso de control de la legalidad de los actos de los órganos administrativos, no es acertado someter a este control las decisiones que tomen los funcionarios públicos, que enmarcadas en la Ley, tengan un margen de discrecionalidad que permita a la autoridad decidir entre dos o más alternativas igualmente justas, en miras al interés público, cuando la Ley les otorga esta libertad parcial².

Ahora bien, como anota Juan Palacios Ibarra, se ha venido sosteniendo que la Administración goza de facultades regladas y facultades discrecionales. Siendo que estas últimas se dan frente a casos en los que la Ley no señala todas las condiciones del ejercicio de la potestad administrativa, sino que deja en libertad al sujeto del orden jurídico u órgano investido de poder, para complementar la condición de su ejercicio. Esta libertad concedida por la norma al funcionario público puede versar sobre la forma de su actuación, sobre la circunstancia o supuestos fácticos ante

los cuales debe actuar o sobre el objeto mismo de su actuación. Empero, siempre el objetivo del ejercicio de la actividad estatal será el interés público o el bien común.

En lo que concierne al ejercicio mismo de la potestad pública, hay cuatro elementos que nunca pueden dejar de ser reglados: a) la existencia misma de la potestad; b) su extensión que nunca puede ser absoluta; c) la competencia del órgano administrativo; y d) el fin de la actuación del órgano de la Administración³.

Como se sostiene, la discrecionalidad es una de esas instituciones o supraconceptos jurídicos que, pese a su trascendencia y habitual operatividad, carece de un concepto pacífico en la doctrina; circunstancia especialmente señalada en el ámbito de la discrecionalidad administrativa o ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, uno de los especímenes más característicos⁴.

La profesora española Eva Desdentado Daroca, admitiendo la presencia de la discrecionalidad tanto en el ámbito legislativo como judicial, ha señalado que entre la discrecionalidad política del legislador y la discrecionalidad jurídica de los tribunales, la discrecionalidad característica de la Administración se sitúa en una posición intermedia, y por ello según la ocasión estará más cerca de la una o de la otra. No en vano, en la discrecionalidad administrativa existe una mezcla de juicio y voluntad, en una proporción

arbitrariedad y control judicial, Lima, Palestra editores, 2006 (que contiene el artículo que dio inicio a la controversia y los posteriores con que el autor rebate las objeciones de su oponente); Parejo Alfonso; Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, y Sánchez Morón, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1995. También: Atienza, Manuel, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 85, 1995.

Queremos dejar constancia de nuestro agradecimiento a nuestro amigo y futuro colega Jhonathan Ávila Romero, por su gentil apoyo en conseguirnos algunos datos bibliográficos que nos fueron esquivos en un primer momento.

² Cf. García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, TOMO I, versión latinoamericana en base a la Décimo Segunda ed., Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2006, p. 493. También Palacios Ibarra, Juan Francisco, "El control de la discrecionalidad administrativa", en: *Revista Jurídica. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, N° 15, 2002, p. 25 y ss.

³ Palacios, Ob. Cit., p. 28.

⁴ Esta postura de la discrecionalidad como supraconcepto no es compartida del todo por Cassagne, quien manifiesta que esta tesis: "(...precisa ser completada con otros elementos. En primer lugar, no puede olvidarse que en el fenómeno de la discrecionalidad lo que existe es una libertad que le permite a la Administración elegir 'entre actuar y no actuar', (discrecionalidad de actuación) mientras que, en otros supuestos, se configura una libertad de opción que le permite elegir la solución entre varias alternativas igualmente justas (discrecionalidad de elección). En este último sentido no puede suponerse que la facultad de elección se otorga siempre al órgano administrativo dentro de un margen de apreciación dejado por el ordenamiento a la elección (es decir a la discreción) del mismo, toda vez que hay numerosos ejemplos en los que la facultad de elegir se encuentra limitada a escoger una solución entre dos o más que se encuentran regladas. Es decir que puede haber libertad de elección (discrecionalidad) sin que haya margen de apreciación, porque el legislador ya lo acotó con una decisión predeterminada.

De otra parte, no estamos de acuerdo en que la elección (...) se haga sobre la base de criterios extrajurídicos. Precisamente, aunque se apoye en elementos técnicos o de valoración política, el núcleo de la discrecionalidad está en el modo o manera de elegir y siempre será jurídico, en el sentido de que no puede ser irrazonable o arbitrario. Lo contrario sería tanto como identificar lo jurídico con lo positivo lo que a esta altura de la evolución del derecho no parece sustentable."

Cf. Cassagne, Juan Carlos. *La discrecionalidad administrativa*. Consultado en: <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf> (10/02/2012) Ob. Cit., p. 19.

variable, dependiendo, en cada caso, del ámbito de actividad en que opere la Administración⁵.

Conforme reseña bien CASSAGNE⁶, en el Derecho Administrativo Clásico, la potestad discrecional se concebía como apuesta a la potestad reglada, como si se tratara de formas puras de la actividad de la Administración. Por un lado se sostenía que la potestad discrecional era aquel supuesto en el que una autoridad administrativa actúa libremente sin que la conducta que deba adoptar le venga predeterminada por la norma; mientras que por el contrario, cuando la actividad de la Administración se encontraba predeterminada por la norma, se consideraba que actuaba en ejercicio de una potestad reglada, caso en el cual se admitía su control por los órganos jurisdiccionales, en tanto que las potestades discrecionales se hallaban inmunes a dicha fiscalización.

Prontamente se advirtió que el fenómeno de lo discrecional no podía simplificarse tanto, dado que por un lado, los poderes o elementos discrecionales del acto administrativo no aparecían en forma totalmente reglada o discrecional, por el otro, la conducta de la Administración no resultaba siempre el producto de una predeterminación expresa de la Ley o del reglamento.

Ahora bien, la facultad de elección en que básicamente radica la discrecionalidad opera siempre dentro de la Constitución y de los principios que la nutren, cuya esencia radica en no transgredir la prohibición de la arbitrariedad o irrazonabilidad. Discrecionalidad y razonabilidad son como dos caras de una moneda que circula hasta tanto el juez compruebe que algunas de esas facetas no es válida o legítima⁷.

Dicho esto, surge la pregunta de qué es lo que debemos de entender por discrecionalidad, puesto que de otro modo no podremos establecer un punto de entendimiento y de allí determinar si es que la misma es controlable judicialmente o no.

a) Discrecionalidad en general

Desde la Teoría General del Derecho se han ensayado conceptualizaciones sobre lo que se puede entender como discrecionalidad⁸.

Hans Kelsen sostenía que la potestad discrecional es aquella que se ejerce por el sujeto competente para dictar una norma inferior o para resolver un caso concreto dentro del marco de indeterminación de la norma superior. Por consiguiente, la potestad ejercida por el aludido sujeto se califica de discrecional porque la resolución que ha de adoptar en ejercicio de la potestad no viene determinada por la norma, sino que es producto de una elección conforme a sus propios criterios morales y políticos.

Por su lado HART, señala que la potestad discrecional es aquella que ejercen los diferentes actores jurídicos dentro del margen de indeterminación jurídica que caracteriza la aplicación de expresiones generales a casos concretos que están dentro de la "zona de penumbra". Para este autor, al no estar determinada por la norma la cuestión de si el caso concreto debe o no incluirse dentro del concepto clasificatorio, la decisión de incluir o no en el mismo solo puede ser fruto de una elección, que no viene determinada por argumentos jurídicos. Esto es, respecto a los casos dudosos la solución no estaría predeterminada en las normas positivas, sino que dependerá de la interpretación que de las normas haga en cada caso el que resuelva, y tal opción entre interpretaciones posibles es esencialmente discrecional y no puede ser de otro modo.

Ha sido DWORKIN quien ha planteado un concepto de discrecionalidad que viene siendo utilizado corrientemente, y es que considera a esta como el agujero de una rosquilla, es decir que es un área de libertad dentro de un marco de constricciones, un espacio libre que las normas dejan al titular de la potestad para que decida sobre algún aspecto⁹.

Finalmente, y para no seguir abrumando en autores, LIFANTE considera que: "La discrecionalidad ha de ser vista, por el contrario, como un fenómeno central y necesario para llevar a cabo una de las funciones esenciales de los derechos contemporáneos: la de promover activamente ciertos fines o valores. La discrecionalidad así entendida ha de concebirse como un modo normal de conferir poderes allí donde se considera importante que los órganos jurídicos adopten

⁵ DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 33 y ss.

⁶ Cf. Cassagne, Ob. Cit., p. 17.

⁷ *Ibid.*, p. 19.

⁸ Para todo, en esta parte estamos siguiendo a: DESDENTADO DAROCA en su obra citada, p. 47 y ss., y a ZEGARRA VALDIVIA, Diego, "Control judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la Doctrina Española)", en: *Revista de Derecho Administrativo. Círculo de Derecho Administrativo*, Lima, N° 33, p. 35 y ss.

⁹ Es interesante remitirnos a las críticas que García Amado hace a la posición de Dworkin. Cf. García Amado, Juan Antonio, "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", en: *Isegoría*, N° 35, julio-diciembre, 2006, p. 163 y ss.

decisiones atendiendo a las evaluaciones que ellos mismos realicen a la luz de las circunstancias de los casos concretos; evaluaciones que pueden -y creo que deben- estar sometidas a control"¹⁰.

b) Discrecionalidad judicial

Como se puede advertir, en lo que atañe a la discrecionalidad, conceptos hay muchos y de los más variados. Pero antes de ingresar al tema de la discrecionalidad administrativa, nos ha parecido interesante hacer referencia a que si en el ámbito jurisdiccional existe o no discrecionalidad en las decisiones judiciales.

Resultará chocante para algunos el admitir a *prima facie* la presencia de discrecionalidad en las decisiones judiciales, porque siempre se ha dicho que existe el imperativo constitucional de que toda decisión judicial debe ser necesariamente motivada, con lo cual se excluye la presencia de la discrecionalidad.

Esta primera afirmación nos llevaría por contraposición a sostener que lo discrecional es lo no motivado y que, por ende, debe excluirse de la actividad judicial aquellas decisiones carentes de sustentación suficiente. Lo cual tampoco es tan cierto, pues las mismas normas permiten que haya cierto tipo de decisiones que no se motiven, como ocurre con los decretos de mero trámite en el ámbito del proceso civil.

Lo anotado obedece a que en la teoría general del Derecho se discute si es que éste es lo suficientemente completo y pleno como para regular todas las posibilidades que se presenten a ser solucionadas jurídicamente o si es que el Derecho presenta zonas lagunosas o indeterminadas que conllevan a que los jueces completen esos espacios vacíos con su criterio.

Como ya se precisó, para uno y otro parecer hay argumentos más o menos consistentes. Al final, bien sabemos que el Derecho es una disciplina de opciones, y lejos estamos de poder pontificar sobre verdades absolutas y excluyentes. Nada más alejado de nuestro pensamiento, conforme expresamos al inicio, el de plantear con este trabajo conclusiones finales, tan solo queremos manifestar nuestro punto de vista al respecto.

Para GARCÍA AMADO, discrecionalidad alude a la libertad de la que disfruta el juez a la hora de

dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho. Por tanto, cuando se afirma que tal discrecionalidad existe en algún grado, quiere decir que el propio Derecho le deja al juez márgenes para que éste elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso. Siendo así, el que haya discrecionalidad significa que al juez no le vienen dadas y predeterminadas enteramente por el sistema jurídico las soluciones de los asuntos que decide, sino que el sistema, en mayor o menor medida, le deja espacios para que escoja entre alternativas diversas, pero compatibles todas ellas con el sistema jurídico.

Tal cesión de espacios decisorios al juez, puede deberse a dos causas: o bien que las mismas normas hayan querido expresamente remitir al juez la fijación de la pauta decisoria, caso por caso, como cuando son esas mismas normas las que dicen que en un determinado asunto el juez fallará discrecionalmente, decidirá en equidad, etc.; o bien a que las normas jurídicas, prácticamente todas, están hechas de un material lingüístico que es por definición poroso, abierto, indeterminado en alguna medida, por lo que, siempre pueden aparecer casos cuya solución resulte dudosa o equívoca a la luz de dichas normas, debiendo el juez concretarlas y completarlas por vía de interpretación o integración.

Continúa diciéndonos García Amado que ha ido quedando claro que la libertad que los jueces pueden usar en su labor tiene dos manifestaciones, una positiva y admisible, la otra negativa y rechazable. La primera recibe el nombre de discrecionalidad y alude a aquella medida de libertad decisoria del juez que resulta inevitable e ineliminable de su cometido, por causa de los caracteres mismos que posee la materia prima de las normas, el lenguaje ordinario. La segunda, que se debe combatir, se denomina arbitrariedad. Una decisión judicial es arbitraria cuando el juez decide libremente, pero en tanto y en cuanto concurren las siguientes notas: a) vulnera las pautas decisorias que el sistema jurídico le fija para el caso, en lo que dichas pautas tengan de claras y terminantes; b) se demuestra que lo que guía la elección del juez son móviles incompatibles con el sistema jurídico que aplica y con su función dentro de él, como interés personal, afán de medro, propósito de notoriedad, precio, miedo, prejuicios sociales o ideológicos, etc.; y c) cuando el juez no da razón ninguna de su fallo o cuando su motivación del mismo contienen razones puramente inadmisibles,

¹⁰ Cf. LIFANTE VIDAL, Isabel, "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", en: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 25, 2002, p. 437.

ya sea por absurdas, antijurídicas o incompatibles con los requerimientos funcionales del sistema jurídico¹¹.

En suma, el ejercicio de la discrecionalidad por los jueces siempre deberá estar motivada y que esas motivaciones sean todas compatibles con el sistema jurídico.

c) Discrecionalidad administrativa

En cuanto a la discrecionalidad administrativa, no existe consenso en cuanto a su conceptualización, puesto que cada autor o grupo esboza su propio concepto, lo cual desde ya dificulta encontrar una solución unívoca al problema.

Como marco general no hay que dejar de lado que la Administración siempre debe actuar sometida al derecho, independientemente de que si ejerce su potestad reglada o discrecional.

Cuando se aborda sobre la actividad administrativa se llega a hablar de las denominadas potestades regladas y las potestades discrecionales¹².

Las potestades regladas serán aquellas que son efectivamente determinadas en el ámbito de la ley, lo que conllevará a la simple aplicación de estas. En tanto que la discrecionalidad ya no implica la mera aplicación de la ley, pues esta no ha determinado el modo en que ha de actuar la Administración, sino que además, ha remitido la integración de la norma a una estimación de la propia Administración de lo que deriva que una de las características de la discrecionalidad sea la presencia de alternativas o de varias soluciones a un caso en concreto.

Estando a ello, resulta interesante lo que BACIGALUPO nos dice sobre la discrecionalidad, que en su concepto consistirá en que la Administración puede -y debe- establecer, o al menos precisar, en sede aplicativa los presupuestos de su propia actuación, intencionadamente imperfectos -inacabados o indeterminados- en

su configuración normativa inicial. De ahí que se conciba a la discrecionalidad administrativa como habilitación a la Administración para completar (o incluso crear) en sede aplicativa el supuesto de hecho imperfecto (o inexistente) de una norma jurídico-administrativa¹³.

Por solo citar a los principales actores de la controversia y a algún otro aludido, traeremos a colación sus puntos de vista sobre qué es lo que entienden por discrecionalidad.

Para Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (en coautoría con Fernández) la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración.

En tanto que, por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas. Por ese motivo es un proceso reglado que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad de aplicador, como es lo propio de quien ejerce una potestad discrecional¹⁴.

Por su parte el mismo FERNÁNDEZ nos dice que: "Discrecionalidad es, pues, arbitrio, esto es, facultad de adoptar una resolución con preferencia a otra u otras posibles que la ley otorga a una autoridad dentro de unos márgenes que la propia ley fija. Resulta, pues, de una norma, que deliberadamente, bien porque no puede resolver por sí misma de una sola vez todos los conflictos a los que con carácter general se refiere o bien porque considera más conveniente no hacerlo,

¹¹ *Ibíd.*, pp. 151-153.

¹² Se dice que si la actuación administrativa ha sido regulada en su integridad, de tal modo que su aplicación se verifica en forma inmediata, sin requerir parámetros adicionales por parte de la Administración, se tratará de una potestad reglada. Mientras que, estaremos frente a una potestad discrecional, si el legislador ha regulado la actividad administrativa mediante normas en la que su supuesto de hecho se encuentra claramente indeterminado, indefinido o insuficiente. En general, cuando el Derecho no establece los parámetros suficientes de su actuación, sino que ella misma debe establecerlos. En ello consiste la discrecionalidad. Cf. Gamba Valega, César, "Breves apuntes sobre la discrecionalidad en el derecho tributario", en: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, Vol. 37, diciembre, 1999 (editado en marzo de 2001), p. 108.

¹³ BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 182.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Ob Cit*, p. 497

delega en las autoridades llamadas a aplicarla la búsqueda de la solución más adecuada a las circunstancias de cada caso”¹⁵.

Para SÁNCHEZ MORÓN “(...)es en principio el legislador quien posee el poder de decisión sobre los asuntos públicos y así viene a sancionarse en las constituciones democráticas, que además imponen límites a ese poder. Pero la Ley no puede regularlo todo ni con el detalle que exige la resolución de los problemas cotidianos (y, en cualquier caso, no lo regula así). De ahí que, en muchas ocasiones, las autoridades que han de enfrentarse a esos problemas hayan de actuar sin que su conducta esté predeterminada, al menos totalmente, por una norma jurídica, lo que no excluye que su decisión deba ser adoptada dentro de ciertos límites jurídicos generales. En esto consiste la discrecionalidad (...)”¹⁶.

Es el control judicial, de este último instituto jurídico, el que ha suscitado la controversia de si resulta controlable o no en la vía judicial. Controversia a la que aludimos al inicio de este trabajo y que se puede decir que, va entre aquellos que apuestan por una concepción limitativa del control judicial sobre la discrecionalidad (y que rechazan el denominado por ellos “activismo judicial”) por los otros que apuestan por la plenitud del control judicial de la discrecionalidad administrativa.

Sobre esta disputa de criterios terció Manuel Atienza quien procedió a sintetizar las posturas de acuerdo a las tendencias de los actores del debate, por un lado Tomás-Ramón FERNÁNDEZ y por el otro, a Luciano PAREJO y Miguel SÁNCHEZ MORÓN.

Siguiendo a ATIENZA, en lo que concierne a la posición de FERNÁNDEZ se puede decir lo siguiente:

- A) Todas las decisiones de la Administración son susceptibles de control judicial, incluidos los actos discrecionales.
- B) Los actos discrecionales de la Administración, puesto que no pueden ser arbitrarios:
 - 1) Deben estar motivados, es decir, deben estar basados en razones y no ser la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicta.
 - 2) Esas razones no deben ser contrarias a la realidad, es decir, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión (los “hechos determinantes”).

- 3) Entre esas razones y la decisión debe existir una relación de coherencia.
- C) El control judicial de los actos discrecionales (que no es un control de mera legalidad, sino de juridicidad, pues la última palabra la tiene el Derecho, no simplemente la ley) se ejerce precisamente en relación con los tres aspectos anteriores. Lo que el juez debe controlar es, por tanto, que existen esas razones, que las mismas no contradicen los “hechos determinantes” de la realidad, y que resultan congruentes con la decisión (con el acto discrecional).
 - D) El resultado de ese control (cuando el acto sometido a examen no supera el anterior test de racionalidad) puede ser:
 - 1) Normalmente, la anulación del acto.
 - 2) Excepcionalmente, la sustitución de la decisión administrativa discrecional por una decisión judicial, lo que solo podrá tener lugar si:

Al final del proceso (es decir, en el momento de la toma de decisión por parte del juez) solo es posible una única solución (el margen de discrecionalidad se habría reducido por tanto a cero), y De esta manera se restablece una situación jurídica individualizada o, dicho de otra manera, se garantiza la efectividad de la tutela judicial.”

ATIENZA, a partir de este punto, empieza tomar partido por la postura de FERNÁNDEZ al considerarla “sencillamente indiscutible” y, considera que también se lo ha parecido a sus contradictores, Luciano PAREJO y Miguel SÁNCHEZ MORÓN.

Al primero, en forma más bien implícita, dado que su discurso se sitúa preferentemente en el segundo de los niveles antes distinguidos, lo que le lleva a prescindir en cierto modo de esa tesis (seguramente por considerar que solo la dogmática alemana ha conseguido una “depuración de la categoría de la discrecionalidad”); pero, en realidad, no hay ninguna afirmación en su libro que contradiga claramente algún punto de la tesis antes señalada. Acota que SÁNCHEZ MORÓN es, sin embargo, más explícito y concreta así su postura con respecto al control judicial de la discrecionalidad administrativa, al señalar que el control judicial de la discrecionalidad

¹⁵ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob Cit. p. 383.

¹⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Ob. Cit., p. 13.

administrativa solo se puede extender, aparte los aspectos reglados específicos que resulten de las normas jurídicas aplicables en cada caso y con unas u otras peculiaridades según los supuestos de discrecionalidad, al control de la desviación de poder, al de la existencia de los hechos determinantes y al del error de derecho que derive de una apreciación manifiestamente incorrecta de los mismos, al control del respeto a los principios generales del derecho, incluido el de las decisiones arbitrarias por manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, así como al control del cumplimiento de las garantías organizativas, procedimentales y formales (motivación) que vinculan en todo caso el ejercicio de las potestades discrecionales. Añade que si se constata la infracción de alguno de los límites jurídicos del ejercicio de la discrecionalidad, el órgano judicial no puede determinar el contenido de la decisión a adoptar en sustitución de la anulada, salvo que en realidad se llegue a la conclusión, mediante el razonamiento jurídico, de que solo hay una solución posible en derecho.

ATIENZA dice que si se compara con la tesis sostenida por FERNÁNDEZ, se advierte en seguida que las diferencias son solo aparentes: el único elemento que SÁNCHEZ MORÓN no parece tener en cuenta, en relación con el anterior test de racionalidad, es el control de coherencia, pero simplemente porque lo denomina de otra forma (¿qué es -qué puede ser- una decisión manifiestamente irrazonable o desproporcionada sino una decisión incoherente?).

Concluye ATIENZA que si esto es así, entonces las discrepancias entre los contendientes habrá que buscarlas en otro lado, esto es, tendrían que hallarse en el segundo nivel al que antes se refería. Podría ser que uno y otros estén de acuerdo en cuanto a los resultados concretos antes señalados, pero sin embargo discrepen en cuanto a otros posibles resultados a los que podría llegarse, dado que existen importantes diferencias por lo que se refiere a los presupuestos teóricos utilizados para llegar ahí. Interpretada así la polémica, lo que PAREJO y SÁNCHEZ MORÓN estarían reprochando a Fernández sería básicamente que el planteamiento de este último lleva (al menos, potencialmente) al activismo judicial y a propugnar una ilegítima inmiscusión de los jueces en un terreno reservado a la Administración.

Respecto a lo concerniente a las críticas vertidas por PAREJO y SÁNCHEZ MORÓN, el autor citado las sintetiza en los cuatro argumentos siguientes:

1. El punto de partida para abordar el problema del control judicial de la Administración, que es un mero control jurídico de la misma, ha de hallarse en la Constitución y no en la discutible perspectiva histórica del proceso continuado de conquista del poder por el derecho, supuestamente derivado de la exención judicial proclamada por la Ley francesa de 16-24 de agosto de 1790.
2. El análisis constitucional no puede centrarse exclusivamente en el principio de interdicción de la arbitrariedad. El principio de interdicción de la arbitrariedad expresa primariamente el postulado de la democracia liberal de Derecho del Gobierno de y por las leyes y no de y por los hombres. Derivar de él, legítimamente, contenidos o significados más concretos solo es posible, dado el plano de generalidad y abstracción en que se mueve, en su relación y juego con otros principios y reglas más concretos.
3. Cuando el Juez no pueda abstenerse y deba siempre resolver sobre las pretensiones que se le plantean, el control que ejercita no le autoriza para la generación de reglas jurídicas (ni siquiera de caso concreto) y sí solo para hallarlas en sede interpretativa y aplicativa. Quiere decir, que dicho poder no desempeña función directa alguna en la creación de las normas jurídicas, correspondiéndole todo lo más, y como determina el artículo 1.6 del Código Civil, complementar con su doctrina el ordenamiento jurídico. Por el contrario, es preciso tener en cuenta cuál es la función del juez conforme a la Constitución, función de tutela (artículo 24.1) que, cuando se trata de la actuación administrativa, se presta bajo la forma de control de la legalidad en esta última (artículo 106.1). Eso significa que el juez solo puede ejercer un control en derecho y que no le corresponde crear la regla jurídica (ni siquiera del caso concreto) para la satisfacción de las necesidades sociales, pues eso es de la exclusiva competencia de la Administración, sino que su función -bien distinta- es la de verificar la regularidad de la decisión administrativa.
4. Este análisis se complementa, en el estudio de PAREJO, con el examen de la cuestión a la luz de las transformaciones del Estado. Entre ellas se destaca el cambio en la función de la ley, que ya no es solo *constitutio*, sino también *actio*; no solo el mecanismo por excelencia de garantía de la libertad y la propiedad, sino también instrumento de dirección o programación

de la acción administrativa. Por eso en muchos sectores la ley se limita a establecer criterios materiales, principios, estándares, objetivos; transfiriendo la decisión de fondo a otros poderes, que han de crear las reglas (generales o de caso concreto) aplicables. Se evoluciona así desde una vinculación positiva a una vinculación estratégica. La creación de esas reglas compete naturalmente a la Administración. Eso supone que la actividad administrativa no es ya explicable como mera ejecución jurídica y conduce a una revalorización de la discrecionalidad administrativa. Por lo que, se refiere al control judicial de ésta, el juez no puede extender su acción a la sustitución de la regla creada por la Administración, dado que no es competente ni tiene legitimidad para ello, al ser su legitimidad de tipo jurídico-objetivo. Debe limitarse a controlar los aspectos reglados de la decisión, aquellos en que se realice la interpretación y aplicación de reglas jurídicas preexistentes, aspectos en los que sí puede (y solo en ellos) sustituir la decisión administrativa por otra judicial¹⁷.

Finalmente, y como ya se adelantó, para ATIENZA ninguno de los cuatro argumentos anteriores resulta aceptable y se decanta por respaldar la postura de FERNÁNDEZ, a la que denomina "un postulado de la razón práctica", mientras que, la de los contrarios se configura como "una concepción escéptica de la razón".

d) Justificación de la discrecionalidad

Como tema adicional nos ha parecido consignar algunos puntos que justifican la existencia de la discrecionalidad.

En palabras de GAMBÁ¹⁸, existe la discrecionalidad básicamente por lo siguiente:

- a) Lo primero que debemos tener en cuenta es que una configuración discrecional del actuar administrativo no se encuentra proscrita por el texto constitucional, sino que, por el contrario, ésta puede encontrar una justificación razonable basada en el propio texto constitucional, pues el legislador -en uso de su libertad de configuración-, legítimamente puede optar por una regulación *blanda* de las decisiones administrativas a fin de dar preferencia a otros valores constitucionales, como el principio de eficiencia administrativa,

la división de funciones de los poderes públicos, la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, etc. Por ello, la discrecionalidad -en la medida que obedezca a razones fundadas y no a la simple comodidad administrativa- no es algo extraño en el Estado de Derecho, sino que, por el contrario, constituye una exigencia constitucional imposible de eliminar.

- b) El rol principal de la Administración no puede limitarse a ejecutar los mandatos de la ley sino que, por el contrario, su finalidad esencial es servir en forma eficiente al interés público. Pero para cumplir con dicha finalidad en forma adecuada, las Leyes no deben atarla rígidamente al ejercicio de potestades tasadas en todos los casos, sino que, en determinadas ocasiones es preciso que la Administración goce de un margen de libertad frente al Poder Legislativo, para efectuar las prestaciones de adaptación que requiere cada circunstancia concreta.

Efectivamente, la discrecionalidad implica un ámbito necesario de libertad de la Administración ante el Poder Legislativo, dado que, al omitir definir estrictamente el contenido de la decisión administrativa, el órgano legislativo rehúsa adoptar la decisión que le corresponde, confiando en que la Administración es la más adecuada para hacerlo.

- c) El nivel de complejidad y dinamicidad de los amplios sectores en los que interviene la Administración, determina que la ley -que, por lo demás es irrenunciablemente abstracta- no pueda programar en su totalidad las actuaciones administrativas, por lo que resulta imprescindible remitir la última decisión a la Administración, a fin de que sea ella la que elija la actuación que más convenga al interés público. En tal medida, el legislador, al regular la actuación administrativa en determinados ámbitos, debe renunciar a encontrar la solución al caso concreto y conformarse con fijar meras directrices, pautas, criterios, cánones, patrones, etc., que, a la vez que permitan un control de su adecuación a los mismos por la Administración, limiten la discrecionalidad, pero sin impedir una continua adaptación a los cambios permanentes.

En definitiva, no es posible exigir a la ley que regule en forma acabada la actuación

¹⁷ Por todo ver: ATIENZA, Ob. Cit., p. 5 y ss.

¹⁸ Cf. GAMBÁ, Ob. Cit., p. 110.

administrativa en todos los sectores del actuar administrativo, ni siquiera, se puede pretender hacerlo, pues en determinados ámbitos – sea por su complejidad, por los incesantes cambios, por la aparición de nuevos supuestos, etc. - lo aconsejable es dejar abiertos los parámetros normativos a fin de que puedan ser completados con apreciaciones subjetivas de la Administración.

- d) La propia protección de los derechos fundamentales puede exigir, en algunos casos, no ya que la Administración actúe sujeta a parámetros determinados, sino que, pueda hacerlo en forma flexible a fin de proveer una protección dinámica de los derechos.

III. Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados

Los conceptos o principios jurídicos indeterminados son a veces desarrollados como criterios de control y límite de la actividad administrativa, tales como el estándar, la razonabilidad, la buena fe, la desviación de poder.

En palabras de ATIENZA: “Si por conceptos jurídicos indeterminados se entiende (como parece que hay que hacer) conceptos que padecen de una vaguedad radical, entonces cabe decir que ellos son elementos característicos de los principios: vendrían a ser el rasgo –o uno de los rasgos- que, desde el punto de vista estructural, permite diferenciar a los principios de las reglas, y de ahí que la aplicación de los principios, de una u otra clase, exija siempre una operación de ponderación para determinar si en un caso determinado se aplica o no ese principio. Lo que se entiende por discrecionalidad administrativa es, como ya lo hemos visto una cosa bien distinta: el que una actividad –el ejercicio de un poder- esté regulado mediante directrices y reglas de fin implica la posibilidad de optar entre diversos medios para alcanzar ese fin y también, hasta cierto punto, la posibilidad de contribuir a concretar ese fin.

Los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa tiene un punto en común (como ya he señalado, en las directrices aparecen también conceptos jurídicos radicalmente vagos), pero la diferencia estriba en que la discrecionalidad es el resultado regular de una cierta forma la conducta (lo que se opone

a discrecionalidad es conducta reglada) y los conceptos jurídicos indeterminados un elemento –un rasgo- de un cierto tipo de normas (que, obviamente, se opone a los conceptos jurídicos determinados, esto es, carentes de vaguedad)”¹⁹.

Esta institución de raigambre germánico ha venido siendo adoptada por varios países, y sin lugar a dudas también por el nuestro, la cual no está exenta de críticas como anotaremos más adelante.

Como dicha institución ha tenido alguna cabida en nuestra jurisprudencia constitucional, y lo decimos de ese modo, porque el Tribunal Constitucional aún no ha logrado establecer claramente qué es lo que se entiende o debe entenderse por un concepto jurídicamente indeterminado, y su distinción o similitud con la Discrecionalidad. Citamos como ejemplo de ello la SENTENCIA N° 5033-2006-PA/TC, caso Víctor Roca Vargas, y SENTENCIA N° 90-2004-AA/TC, caso Callegari Herazo.

En otros ámbitos jurisprudenciales tenemos a la Sala Constitucional de San José de Costa Rica que se ocupa del tema en los siguientes términos²⁰:

“Los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los primeros delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca, como lo son la mayoría de edad, plazos para promover recursos y apelaciones, etc. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado, la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual, es claro que intenta delimitar un supuesto concreto, conceptos como lo son la buena fe, la falta de probidad, la moral, las buenas costumbres, etc. Así, aunque la ley no determine con claridad los límites de estos conceptos, porque se trata de conceptos que no admiten cuantificación o determinación rigurosa, pero que en todo caso, es manifiesto que con ellos se está refiriendo a un supuesto de realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de aplicación. La ley utiliza conceptos de valor -buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, orden público, justo precio, moral-, o de experiencia -incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible-, porque las realidades referidas no

¹⁹ ATIENZA, Ob. Cit., p. 15

²⁰ http://portal.ccss.sa.cr/portal/page/portal/Gerencia_Administrativa/CentroInstruccionDeProcedimientoAdministrativo.pdf (Consultado el 10/02/2012)

admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero resulta claro que al estarse refiriendo a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, como es el caso de la determinación de las infracciones o faltas disciplinarias, la aplicación de tales conceptos a la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay, o hay acciones contrarias al orden público o no las hay, o hay acciones contrarias a la moral o no las hay, etc. En esto radica lo esencial de este tipo de conceptos, de manera que la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten una "unidad de solución justa" en cada caso.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, que no obstante su denominación, son conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes, se da en todas las ramas del derecho, como por ejemplo en la civil -buena fe, diligencia del buen padre de familia, negligencia-, en la comercial -interés social-, en la procesal -pertinencia de los interrogatorios, medidas adecuadas para promover la ejecución, perjuicio irreparable-, o en la penal -alevosía, abusos deshonestos-, son solo algunos de los ejemplos que se pueden citar.

En el Derecho Administrativo, no existe diferenciación en cuanto a la utilización de conceptos tales como la urgencia, el orden público, el justo precio, la calamidad pública, las medidas adecuadas o proporcionadas, la necesidad pública o el interés público, etc., no permitiendo una pluralidad de soluciones justas, sino solo una solución a cada caso concreto".

Ahora bien, se alude al hecho de que si puede haber discrecionalidad en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, dado que en los mismos no hay una única solución. De admitirse la discrecionalidad, la misma debe ejercerse de tal modo que se encuentre debidamente justificada.

En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA "...con la técnica del concepto jurídico indeterminado la

ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado; no obstante intenta delimitar un supuesto concreto. Así, procederá también la jubilación cuando el funcionario padezca de incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones; buena fe; falta de probidad. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación. La ley utiliza conceptos de experiencia (incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible) o de valor (buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, justo precio), porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa.

Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. *Teritum non datur*. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: La indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten una 'unidad de solución justa' en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición."

Como dejamos indicado, existen voces discordantes en cuanto a la utilidad de los conceptos jurídicos indeterminados, inscribiéndose en esa línea, DOMINGO SESIN señala que los conceptos jurídicos indeterminados son, en su 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 libertad²¹. En tanto que REBOLLO PUIG afirma que la distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad no es tan nítida y absoluta en todos los casos²².

²¹ SESIN, Domingo Juan, "Los alcances del control judicial de la potestad disciplinaria y sus elementos discrecionales". Ponencia en el 2º Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, México, INNIP, 2011, p. 11.

²² REBOLLO PUIG, Manuel, "La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales", en: Revista de Administración Pública, N° 115, enero-abril, 1988, p. 104.

En este caso, se entiende que los denominados *conceptos jurídicos indeterminados* y la *discrecionalidad* son instituciones que en unos casos se entiende como diferentes y en otros como semejantes, pero en ninguno de los supuestos se discrepa que no está permitida la ausencia de motivación.

En suma, la duda queda si es que ante la presencia de los *conceptos jurídicos indeterminados* cabe aplicarse la discrecionalidad administrativa. La respuesta parece ser la afirmativa, pero anudada al hecho de que, en todo caso, la decisión debe ser motivada.

IV. Discrecionalidad y motivación

Justamente, estando a lo comentado precedentemente, casi toda la doctrina se decanta porque las decisiones administrativas, y en especial las discrecionales deben de estar debidamente motivadas.

Es así como nuestro ordenamiento administrativo ha consagrado que la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado (artículo 6º LPAG).

Como observamos, y al igual que la legislación española, nuestra normativa consagra el doble papel conceptual de la motivación. Esto es, como simple enunciación formal de los datos justificadores que obran en el expediente, y como discurso en sí mismo justificativo²³.

Siendo ello así, la motivación viene a ser un medio técnico de control de la causa del acto; por lo tanto, no es un requisito meramente formal, sino que es de fondo. Por ello, la motivación no se cumple de cualquier forma, por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, debe de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión²⁴.

FERNÁNDEZ, en un ánimo por distinguir entre lo que denomina “discrecionalidad legítima” de

la “arbitrariedad prohibida” – nos preguntamos ¿habrá alguna arbitrariedad permitida, cuando en sí misma arbitrariedad es sinónimo de acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las Leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho, conforme nos dice la Real Academia?-, señala que la clave de la misma está en la motivación, entendida no como puro requisito formal, sino como justificación, esto es, como razón o conjunto de razones susceptibles de dar soporte a la elección realizada en ausencia de las cuales dicha elección sería solo la expresión de puro capricho, de la voluntad desnuda del órgano o autoridad que la realiza²⁵.

Ahora bien, nos surge la duda de que si todo acto administrativo siempre debe ser motivado. En principio pareciera que sí, pero hay algunos casos en donde la motivación pareciera innecesaria por la razón de las circunstancias. Se nos viene a la mente, por ejemplo, cuando un funcionario de Estado designa a sus asesores de confianza de entre el personal estable que labora en la institución. Sin duda que es un típico acto administrativo: ¿Acaso la impugnación ante el órgano jurisdiccional de esa designación por un tercero, que se considera con mayores méritos para ocupar ese cargo, podría llevar a los tribunales de justicia a enmendarle la plana al funcionario? ¿Cómo así podría decir que esa designación no estuvo motivada o que no debió designar a esa persona sino al reclamante como asesor de confianza?

Para este caso, pensamos que el juzgador ya no podría analizar la presencia o ausencia de motivación sino que, ejerciendo su función contralora de la juridicidad del acto administrativo, verificar si el mismo resulta razonable. De no serlo, solo podría anularlo y ordenar que el funcionario de Estado dicte una nueva resolución de designación, pero de ningún modo podría subrogarse a este y designar como asesor al impugnante o un tercero.

Ese tipo de situaciones son las que nos llevan a no ser tajantes al momento de sostener que toda decisión discrecional, sin excepción, debe ser motivada, ni tampoco a sostener, por ese hecho, a que pueda estar exenta del control jurisdiccional.

²³ Con referencia a España ver a: Fernando Pablo, Marcos M., *La motivación del acto administrativo*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 233 y ss.

²⁴ Cf. García de Enterría et al, *Ob. Cit.*, p. 609.

El Tribunal Constitucional se ha ocupado también de la motivación en varias de sus sentencias. Para el caso nos remitimos al foja 4 de la STC N° 4200-2011-PA/TC, caso Alejandro Sota Medrano.

²⁵ Cf. Fernández, Tomás Ramón. *Op Cit.* p. 389.

V. Casuística vinculada al control judicial de la Discrecionalidad administrativa

Como cuestión preliminar consideramos que, en lo que concierne a la intensidad del control judicial sobre la discrecionalidad administrativa, el ejercicio de la sustitución judicial no debe ser el objetivo primordial de los tribunales de justicia sino la última *ratio*. Ello, siempre y cuando el sistema jurídico lo permita.

Seguimos creyendo que la discrecionalidad que la ley le ha otorgado a la Administración no puede ser apropiada por la justicia ordinaria, sino que el primer paso que debe dar esta es el de controlar si es que el ejercicio de la discrecionalidad se ha dado dentro de los cánones de legalidad—esto es, si es que no se ha violado el principio de igualdad; si no se ha vulnerado el debido procedimiento, etc.-, y solo podrá sustituir la decisión administrativa—discrecional— cuando en el proceso se ha evidenciado cuál es la solución al caso planteado, conforme a las pruebas aportadas y actuadas²⁶.

Sobre este punto, es bueno traer a colación lo dicho por Sánchez Morón, cuando sostiene que si se constata la infracción de alguno de los límites jurídicos del ejercicio de la discrecionalidad, el órgano judicial no puede determinar el contenido de la decisión a adoptar en sustitución de la anulada, salvo que en realidad se llegue a la conclusión, mediante el razonamiento jurídico, de que solo hay una solución posible en Derecho. Empero, indica que esto equivale a decir que la decisión a adoptar en el caso no era discrecional sino reglada, conforme se entiende en el derecho alemán, y que la sustitución de las decisiones administrativas discrecionales por otras decisiones (discrecionales) judiciales no es conforme a la naturaleza y a los límites con que configura la función judicial. Solo entonces será difícil explicar (en la mayoría de casos) cómo una potestad prevista por el legislador como discrecional se ha podido transformar en potestad reglada en su aplicación a un caso concreto. Por lo tanto, el riesgo de la que la unicidad de la solución aplicable en el Derecho dependa más del criterio subjetivo del juez que de los datos objetivos es grande, lo que impone un uso muy prudente de la potestad judicial de sustitución²⁷.

Retomando más a fondo el razonamiento expuesto en el capítulo anterior, pasamos a explicarnos mejor: creemos que los tribunales de justicia sí pueden

revisar la legalidad de los actos administrativos, e incluso ejercer Plena Jurisdicción cuando se está ante potestades regladas, de lo contrario no tendría sentido, no solo por lo insulsa sino también por lo dilatoria, que anule el acto administrativo impugnado y le ordene a la Administración que vuelva a expedir una nueva resolución.

Caso 1:

Como primer ejemplo tenemos el caso donde se cuestiona el cálculo del tiempo de servicios para el pago de pensiones a una persona que se ha jubilado por acumulación de años de servicios como trabajador minero, y la administración solo le reconoce 22 años de servicios y no los 35 que alega el reclamante.

Si el órgano jurisdiccional advierte que la administración ha realizado un mal cálculo del tiempo de servicios, no tiene por qué limitarse únicamente a anular la resolución de la administración y ordenarle que expida una nueva considerando los 35 años de labores, sino que, en ejercicio de su Plena Jurisdicción -tal como emerge de lo dispuesto por los artículos 1° y 5° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, regulado por el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS-, debe anular el acto impugnado y resolver otorgándole el derecho a percibir una pensión correspondiente a los 35 años que laboró el recurrente.

El extremo del cálculo de montos y liquidación de intereses sí pueden ser ordenados que se realicen por la Administración en la etapa de ejecución de la sentencia.

Actuar de modo contrario, no solo significa que el Juez se está sustrayendo gravemente a ejercer sus funciones jurisdiccionales, sino además se le estaría negando al accionante una real y efectiva tutela jurisdiccional, además de causarle un daño y la dilación indebida en la resolución del conflicto. En este supuesto, creemos firmemente que no estamos ante ninguna potestad discrecional de la Administración, sino más bien ante una clara potestad reglada, dado que es la misma Ley la que indica qué derechos pensionarios se adquieren al jubilarse a los 35 años de servicios.

Caso 2:

Cosa diferente será cuando una Municipalidad convoque a concurso para escoger la mejor

²⁶ No hablando de las regladas, donde sin hesitación alguna todos estamos de acuerdo que se aplica la plena jurisdicción.

²⁷ Cf. Sánchez Morón, Ob. Cit., pp. 159-160.

propuesta que se presente para la edificación del local municipal, y al final del proceso lleguen tres concursantes y el comité decide declarar como ganador a uno de ellos por parecerle que el diseño del edificio es más vistoso y funcional, conforme se había planteado en las bases del concurso, en cuanto a que se concedería la buena pro a quien presentara la propuesta más atractiva estéticamente y demás funcionalmente. Ante un hecho como este, y frente al reclamo de uno de los perdedores ¿de qué modo el órgano jurisdiccional podría ejercer su Plena Jurisdicción sustituyendo la decisión de la administración, aun cuando a criterio de los juzgadores el diseño presentado por el impugnante les resultaba más “bonito y funcional”?

Ante hechos como estos, consideramos que lo único que podría realizar el órgano jurisdiccional es un control de legalidad del procedimiento, mas no así un claro ejercicio de subrogación de la decisión discrecional de la administración, puesto que nos encontramos ante dos elementos que contienen una dosis de subjetividad, el primero que es la Vistosidad del diseño, y el segundo que es la Funcionalidad del edificio.

Lo mucho que podría hacer el Poder Judicial es verificar si es que los finalistas cumplieron con las bases publicadas, y si es que el ganador no cumpliría con los requisitos establecidos en las mismas. Entonces, y solo entonces, en ese supuesto, el órgano jurisdiccional podría anular el concurso y ordenar que nuevamente se convoque a un nuevo o en todo caso a que se vuelvan a calificar a los postores conforme a las reglas establecidas, pero de modo alguno podría dar por ganador al impugnante o un tercero. Reiterando, a los órganos jurisdiccionales les va a corresponder determinar si es que en el acto administrativo hubo desviación de poder; si se persiguió un fin distinto de la política pública; si se cumplió con el criterio de calidad de materiales y costo; si se obedeció a los principios de legalidad, igualdad; vigencia tecnológica; oportunidad, etc., que rigen la contratación pública (vid. Artículo 4° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017). En general, si se enmarca dentro del sistema jurídico vigente.

Caso 3:

Otro caso que consideramos como típicamente discrecional, y que no resultaría sustituible por la decisión jurisdiccional, es en lo concerniente a lo regulado por el artículo 223.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General,

Ley N° 27444, el cual dispone que en el caso que el reclamado no cumpla con presentar la contestación dentro del plazo establecido para el procedimiento trilateral, la Administración podrá permitir, si lo considera apropiado y razonable, la entrega de la contestación luego del vencimiento del plazo.

Si bien es cierto que la citada norma jurídica contiene una alta dosis de subjetividad, en este caso en concreto la Administración estará en la obligación de motivar las razones que la han llevado a admitir la contestación extemporánea. Bastará pues, entonces, que se sustenten los motivos de esa decisión para evitar cualquier posterior cuestionamiento de arbitrariedad. Pero de modo alguno se podrá decir que los tribunales estarán facultados a sustituir la decisión de la Administración porque tiene un criterio diferente al de esta última, y, en consecuencia, rechazar la contestación extemporánea. Una decisión de este tipo, consideramos, se constituiría en un exceso de poder del órgano jurisdiccional y una invasión a las competencias de la Administración.

Aquí no se está ante la presencia de un órgano revisor de la decisión del órgano judicial jerárquicamente subordinado, donde la diferencia de criterios conlleva a revocar la decisión del *A Quo*, sino que en este caso nos encontramos ante una situación especial, donde se estaría cuestionando una facultad discrecional de la que goza la Administración, y dónde solo se le puede exigir una motivación de dicha decisión, pero no a cuestionar dichas razones, salvo que ellas caigan en la arbitrariedad. Situación que tampoco conllevaría a que el órgano jurisdiccional sustituya la decisión, sino a anularla y ordenar a la Administración que expida una nueva resolución.

Podría decirse que en un caso como el que acabamos de plantear solo hay dos alternativas: o la Administración admite extraordinariamente la contestación, o la rechaza por extemporánea, y en consecuencia, si es que el órgano jurisdiccional encuentra que esa admisión extemporánea no ha sido debidamente motivada y por lo tanto ha sido arbitraria, puede, entonces, ejercer su plena jurisdicción y sustituyéndose a la Administración, resolver contestación por extemporánea.

Consideramos que ello no sería posible, pues dicha motivación insuficiente o ausente motivación, solo podría dar lugar a que el juzgado analice la juricidad del acto administrativo y, como consecuencia de ello, anularlo y disponer

que la Administración dicte uno nuevo, pues la pertinencia o impertinencia de la contestación – claro está, siempre respetando el ordenamiento jurídico– solo puede ser apreciada por la propia Administración.

Caso 4:

Siempre dejando en claro la situación problemática que se presenta con los conceptos jurídicos indeterminados, vamos a mencionar un hecho que se puede vincular con dicho tema.

Somos conscientes de que algunas personas pueden opinar que se trata más de un caso de subsunción de los hechos a la norma, lo cual nos conllevaría al plano de la discrecionalidad en la escogencia de la norma a aplicarse en el caso concreto.

El ejemplo planteado, como los anteriores, se basa en un hecho real, razón por la cual estamos suprimiendo aquellos datos que puedan llevar a identificar a las personas y el expediente administrativo en concreto. Los hechos son los siguientes:

En una Corte del país, un Juez encontró a su secretaria conversando con una persona ajena al juzgado, y luego de las averiguaciones del caso determinó que la servidora judicial le estaba dando información sobre el estado del expediente que seguía sobre alimentos esta tercera persona contra el padre de sus hijos. Pues bien, también se determinó que esa persona era empleada del hogar de la servidora judicial, quien manifestó que esa era la razón por la cual ésta le estaba indicando qué pasos dar para la ejecución de lo que estaba ordenando el juez en dicha causa de alimentos.

Luego de levantada el acta respectiva y puesto el hecho en conocimiento del órgano de control, éste abre el respectivo procedimiento disciplinario y le adjudica como cargo de imputación el haber ejercido la defensa o asesoría legal pública o privada, que en los términos del artículo 10°, inciso 2, del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Auxiliares Jurisdiccionales del Poder Judicial, se configura como una falta muy grave, y su correlato punitivo puede ser la suspensión o destitución en el cargo.

Hecho esto, la oficina de control descentralizada solicita al órgano competente que imponga medida cautelar de suspensión provisional a la servidora investigada. Apelada la decisión

cautelar, el órgano de gobierno del Poder Judicial, resolvió lo siguiente:

“VISTO: El recurso de apelación interpuesto por la servidora X contra la resolución número cuatro, expedida por la Jefatura Y del Poder Judicial, con fecha... de dos mil diez, de fojas cuarenta y uno a cincuenta y tres, por la cual se le impone medida cautelar de suspensión preventiva en su contra, por su actuación como Especialista Legal del Segundo Juzgado Penal del Módulo Básico de Justicia de... de la Corte Superior de Justicia de..., y en todo cargo en el Poder Judicial hasta que su situación disciplinaria se resuelva definitivamente; y

CONSIDERANDO:

Primero: Que, la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura de la Corte Superior de Justicia de... abrió procedimiento disciplinario contra la mencionada servidora, en mérito al acta de constatación de personal levantada el catorce de enero de dos mil diez por el Juez del Segundo Juzgado Especializado en lo Penal del Módulo Básico de Justicia de..., en la que se consignó haber constatado que la servidora jurisdiccional X fue encontrada en el despacho del Segundo Juzgado de Paz Letrado (...) conversando con la señora D (...), cuando el juez se acercó se habría percatado que la indicada señora guardaba en su cartera un papel, con un texto que decía: *“Expediente 2000-1111, secretario..., pedir nueva liquidación y notificarse en el Penal de esta ciudad al demandado interno”*, reconociendo la nombrada servidora que fue ella quien entregó dicha nota, correspondiéndole también dicha letra (...).

Segundo: Que, (...)el citado órgano desconcentrado propuso (...) se imponga a dicha servidora judicial medida cautelar de suspensión preventiva en el ejercicio de sus funciones, la misma que emitió la resolución (...) con la cual se dictó medida cautelar de suspensión preventiva en su contra, hasta que su situación disciplinaria se resuelva definitivamente. Resolución que es materia de grado.

Tercero: Que, en su escrito de apelación, la recurrente alega que es víctima de una represalia por parte del magistrado interviniente (...), que el acta que contiene dicha intervención es nula por haber sido (...) redacta por éste de forma arbitraria, conteniendo hechos que no se ajustan a la realidad.

Cuarto: Que, de conformidad a lo establecido en el artículo ciento catorce del Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, la medida cautelar se dicta siempre que el juez o auxiliar jurisdiccional se encuentren sometidos a procedimiento disciplinario, mediante resolución debidamente motivada, cuando concurren los siguientes requisitos: **1)** Existan fundados y graves elementos de convicción sobre la responsabilidad disciplinaria por la comisión de hecho grave que haga previsible la imposición de la medida de destitución (*fumus boni iuris*); y **2)** Resulte indispensable para garantizar el normal desarrollo de la causa o la eficacia de la resolución que pudiera recaer, o para impedir la obstaculización de la misma, o evitar la continuación o repetición de los hechos objeto de averiguación u otros de similar significación o el mantenimiento de los daños que aquellos hayan ocasionado a la Administración de Justicia, o para mitigarlos (*periculum in mora*).

Quinto: Que, siendo ello así, la imputación que se le hace a la servidora X consiste en que habría estado brindando asesoría legal a la litigante D en la tramitación del Expediente (...), en la que es demandante esta última, habiéndose dispuesto por ello la suspensión preventiva de sus labores. Corresponde entonces a esta instancia, vía recurso de apelación, verificar los requisitos que el A quo tuvo en cuenta para disponer la medida cautelar antes citada, a la luz de no solo de los presupuestos procesales para la concesión de una medida cautelar, sino también respecto a la adecuación o subsunción de los hechos investigados a la normativa legal existente.

Sexto: Que, si bien es cierto que, alguna vez, la administración goza de cierta discrecionalidad en el ejercicio de sus atribuciones, no es menos cierto que dicho ejercicio no debe confundirse con una situación de completo arbitrio de los funcionarios públicos, y por ende, esa actuación no pueda estar sujeta a un juicio de proporcionalidad. Siendo así, la motivación no se agota en la sola enunciación de hechos y normas jurídicas, sino que la misma está referida a que se deban subsumir los hechos en un tipo legal pertinente, conforme lo dispone el artículo 234°, inciso 3, de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Por lo tanto, la proporcionalidad actúa como un límite a la actividad administrativa de determinación de sanciones, sin que exista posibilidad alguna

de opción libre, sino una actividad vinculada a la correspondencia entre infracción y sanción. [Cf. Nieto, Alejandro, Derecho administrativo sancionador, 4ª ed., totalmente reformada, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 350-351].

Séptimo: Que, siendo ello así, cuando la administración ha llegado a constatar los hechos y sus circunstancias, debe proceder del modo siguiente: a) subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de sanción; c) determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; y d) atribución de una sanción concreta escogida entre las que se encuentra en la clase [Ibid., p. 347].

En consecuencia, ante la posibilidad de la aplicación de una u otra norma jurídica a un caso concreto se debe proceder a motivar las razones por las cuales un hecho determinado se encuadra en una norma determinada y no en otra que pueda contener un supuesto de hecho similar. Y esto tiene que ver con el deber de motivación que toda decisión administrativa debe tener, tanto más si es que nos encontramos en el ámbito administrativo disciplinario, donde tanto la protección como la afectación de bienes jurídicos resulta de suma relevancia, puesto que no se trata de proteger el interés público como bien jurídico en general sino también los derechos de los investigados, a efectos de no incurrirse en ningún exceso frente a ellos.

Octavo: Que, siendo así, se puede verificar de autos que de todo lo señalado (...), no se advierte en parte alguna que pase a definir (o por lo menos conceptualizar) qué es lo que se debe entender por ejercer la defensa o asesoría legal; y en ese contexto, se generan serios problemas sobre cómo se puede encuadrar el hecho, relacionado con que la investigada le entregó a su empleada una información sobre el estado de un expediente judicial donde esta última es parte, en el supuesto jurídico anotado. Ello conlleva a que el cargo imputado pierda sustento en cuanto a la claridad de la vinculación entre los hechos descritos con el contenido de la norma invocada como causal de infracción, pues no basta que se describa el hecho y se diga que se le aplica una norma legal, sino que se debe motivar cómo así ese supuesto previsto por la Ley comprende al hecho descrito.

Noveno: Que, el hecho que la OCMA no haya sido la que abrió investigación, sino

la ODECMA (...), no significa que, antes de emitirse la decisión cautelar, deba dejar de evaluarse el sustento fáctico y jurídico de la propuesta de medida cautelar, pues de otro modo, este tipo de medidas preventivas se estarían dictando de manera automática, con las graves repercusiones que ello tendría. Por tal motivo, se hace necesario que previamente la ODECMA (o en su caso la OCMA) proceda a diferenciar conceptualmente el contenido del inciso 3 del artículo 9º, frente al inciso 2 del artículo 10º de Reglamento de Régimen Disciplinario de los Auxiliares Jurisdiccionales del Poder Judicial, puesto que la primera norma califica como falta grave [que tiene como sanción máxima la suspensión] el admitir o formular recomendaciones en procesos judiciales; en tanto que la segunda norma cataloga como falta muy grave el ejercer la defensa o asesoría legal pública o privada [que contempla como máxima sanción la destitución del cargo].

Décimo: Que solo así se podrá saber cuándo un hecho como el investigado, da lugar a que se abra procedimiento disciplinario contra una persona por un supuesto jurídico determinado. De otro modo se estaría dando paso a la arbitrariedad cuando el ente contralor tipifica un hecho sin sustentar las razones por las cuales lo hace, y peor aún, si es que nos encontramos ante un hecho que puede encuadrarse en uno u otro supuesto legal, en tanto y en cuanto no se cumpla con llenar de contenido qué es lo que se entiende por una u otra infracción prevista por los artículos citados.

Undécimo: Que, en ese contexto, es menester saber por qué la conducta de la servidora investigada no se puede calificar como el haber formulado recomendaciones (ex artículo 9º.3) y sí se configura como un ejercicio de la defensa o asesoría legal pública o privada (ex artículo 10º. 2), puesto que ambas normas no precisan los alcances de los términos lingüísticos que contienen.

Duodécimo: Que, siendo así, este Colegiado considera que no se presenta el primer supuesto de toda medida cautelar, cual es el denominado *fumus boni iuris*, dado que al no haber certitud en la infracción atribuida a la servidora judicial, mal se puede prever que la sanción a imponérsele va a ser la destitución del cargo; en consecuencia, y ante la ausencia de dicho supuesto, resulta innecesario pasar a analizar si es que existe peligro en

la demora. Siendo así, se deberá revocar la cautelar impuesta, por lo menos mientras no se proceda a subsumir adecuadamente los hechos investigados con la norma jurídica de cobertura pertinente.

(...)

Por tales fundamentos (...); **RESUELVE:**
Primero: Revocar la resolución (...), por la cual se impuso medida cautelar de suspensión preventiva a la servidora X, por su actuación como (...); la que **Reformándola, dejaron sin efecto; Segundo:** Disponer que el órgano de control competente proceda a subsumir adecuadamente los hechos investigados dentro de la norma jurídica que corresponda, procediendo a definir o conceptualizar los supuestos jurídicos contenidos en los artículos 9º.3 y 10º.2 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Auxiliares Jurisdiccionales del Poder Judicial, de acuerdo a las consideraciones precedentes (...), y los devolvieron."

Del caso expuesto, y sin ingresar a analizar el tema vinculado si se cumplían o no los presupuestos para la imposición de la cautelar, nos interesa aquello que se refiere a la tipificación que se realizó sobre el hecho establecido como posible infracción.

En efecto, el Reglamento disciplinario en alusión trae un catálogo de infracciones y su respectiva graduación, tal cual lo hace también la Ley de la Carrera Judicial. Siendo que en su artículo 9º, inciso 3, señala como una falta grave el de admitir o formular recomendaciones en procesos judiciales.

Como se puede advertir ambas normas, a nuestro criterio, contienen conceptos jurídicos abiertos - o al menos imprecisos por usar otro término -, que pueden llevar a que un mismo hecho se pueda encuadrar en uno u otro precepto normativo.

Estando a lo dicho, surgen las siguientes interrogantes: ¿Nos encontramos ante la presencia de una discrecionalidad administrativa del órgano contralor para optar válidamente entre uno u otro supuesto normativo? ¿O es que estamos ante conceptos indeterminados cuya ausencia de complementariedad por el órgano control ha conllevado a que se incurra en ausencia de motivación, y por ende de inadecuada subsunción de los hechos?

Por nuestra parte, compartimos los argumentos del órgano revisor que revocó la medida cautelar

impuesta al considerar que no se había definido o por lo menos conceptualizado qué es lo que se debe entender por ejercer la defensa o asesoría legal; y en ese contexto, cómo se puede encuadrar el hecho de haberle dado la investigada una información sobre el estado de un expediente judicial a su empleada del hogar.

Pensamos que en este caso en concreto, el órgano de control que abrió investigación disciplinaria, estaba en la especial situación –nada fácil por cierto- de realizar un trabajo doble, por así decirlo. Esto es, por un lado tenía que proceder a diferenciar conceptualmente el contenido del inciso 3 del artículo 9º, frente al inciso 2 del artículo 10º del Reglamento citado, y por otro lado vincular el hecho investigado con la norma invocada como causal de infracción, la que previamente tuvo que llenar de contenido.

Sin duda que este trabajo de motivación implica un esfuerzo mayor cuando estamos ante procedimientos de naturaleza disciplinaria, pues no basta con describir el hecho infractor, sino esencialmente determinar qué supuesto normativo le resulta aplicable. Por lo tanto, pensamos que en el caso mencionado no estamos ante el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, puesto que no resulta válido el optar indistintamente por una u otra norma sancionadora, sino que es menester darle un previo contenido a las mismas y luego de ello, recién, proceder a enmarcar el hecho infractor en alguna de esas normas de cobertura.

De otro modo, el ejercicio de la actividad contralora denotaría una notable ausencia de motivación, toda vez que, por ejercer la defensa o asesoría legal se puede entender como el firmar un documento como abogado –lo cual requeriría que se cuente con el título de abogado y además la colegiatura correspondiente- o además llevar todo o parte de un proceso judicial. Y en cuanto a la asesoría legal, ya no implicará la defensa en juicio o ante órganos administrativos, sino simplemente la orientación que se puede hacer verbalmente por escrito. Mientras que por admitir o formular recomendaciones en procesos judiciales se puede entender desde aceptar opiniones o sugerencias de los abogados o de terceros en el trámite de un proceso que está a cargo del servidor judicial, hasta formular esas recomendaciones a un juez o servidor judicial que sea parte o no del juzgado donde labora el servidor encausado, o que laboren en otros juzgados, así como el de hacer recomendaciones a un litigante para que realice tal o cual actividad.

Como vemos, se pueden ir añadiendo supuestos a los ya mencionados, lo que conlleva a la exigencia de que la autoridad competente debe llenar de contenidos a dichos conceptos abiertos para así saber cuándo un hecho se enmarca dentro de una u otra norma.

Pues bien, digamos que un caso de este tipo se llega a judicializar, la cuestión que emerge es: ¿El juez además de anular la resolución cuestionada podrá, en el ejercicio de su plena jurisdicción, sustituirse a la Administración y calificar jurídicamente el hecho infractor?

Por nuestra parte consideramos que no lo podría hacer, a lo mucho puede anular todo lo actuado hasta la etapa de la calificación y ordenarle a la autoridad contralora que previamente llene de contenido los conceptos indeterminados y posteriormente realice su labor de subsunción del hecho infractor a la norma de cobertura.

VI. A modo de conclusión

Hecho este breve repaso, y solo a modo de reflexiones provisionales, podemos expresar lo siguiente:

1. Compartimos plenamente la opinión que no puede haber ningún ámbito de la actividad administrativa que no esté sujeta al control judicial.
2. Tampoco encontramos mayor discusión en cuanto al control judicial y la sustitución de las decisiones de la Administración cuando estamos ante potestades regladas. Esta sustitución se realiza en el ejercicio de la plena jurisdicción de la que gozan los jueces.
3. En lo que concierne al control de la discrecionalidad administrativa -y de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, con todo y lo controvertidos que resultan aún doctrinariamente- también puede controlar judicialmente, tanto en su legalidad como en su razonabilidad. Entendido este último punto como el apego al ordenamiento jurídico.
4. El límite del control judicial a la discrecionalidad administrativa se hallaría en el hecho de que solo puede anular el acto impugnado, mas no así sustituir a la Administración en la decisión de fondo.