

La discrecionalidad administrativa

Juan Carlos Cassagne*

El tema de la discrecionalidad administrativa y su control por el poder judicial continúa siendo una de las cuestiones del derecho público que reviste mayor trascendencia y significación para la protección de los derechos e intereses individuales y colectivos.

Quizás pueda parecer exagerado suponer que alrededor de la discrecionalidad gira el eje de toda la problemática del derecho administrativo¹ y que el control por los jueces de la potestad discrecional constituya el núcleo central de dicha problemática². Sin embargo, esa idea encuentra sustento en la circunstancia de no haberse canalizado aún las distintas corrientes del pensamiento jurídico en un cauce que, con una mínima unidad de criterio, permita interpretar el fenómeno de lo discrecional dentro de la ley y del derecho como una actividad jurídica de la Administración controlable por los jueces.

Si la pura discrecionalidad o la mal llamada discrecionalidad técnica no fuera una actividad jurídica, como algunos han postulado³, una consecuencia que se desprendería de esa premisa implicaría sustraer tal actividad del control judicial o, al menos, reducirlo a su mínima expresión, lo cual, en su interpretación extrema, constituye una tesis incompatible con el Estado de Derecho, en cualquiera de sus versiones (v.g. el Estado Social y Democrático de Derecho). En tal sentido, para que exista un Estado de Derecho no basta con admitir la revisión por el juez de los aspectos reglados del acto administrativo o reglamento, cuestión que nadie discute, ni tampoco con excluir del control sobre la discrecionalidad los juicios de oportunidad conforme a los cánones establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

Las posturas contrapuestas que subsisten en algunos países como Alemania, y los interesantes debates en los que han tomado parte en los últimos años distinguidos juristas españoles, se han concentrado, salvadas las diferencias conceptuales e ideológicas, en torno al alcance de la revisión judicial de la discrecionalidad, particularmente, sobre los poderes del juez para sustituir la actividad

administrativa en caso de considerarla ilegítima o antijurídica.

En Argentina, desde los trabajos pioneros de Linares⁴ y de Fiorini⁵ hasta los más recientes, la tendencia general se orienta hacia la admisión, en principio, del control judicial de la actividad discrecional, aun cuando difiere en sus alcances⁶. Como se verá más adelante, si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, en algunos casos, ha limitado el control de la discrecionalidad con el argumento de que constituyen juicios de oportunidad reservados a la Administración, en otros, ha admitido la fiscalización judicial en supuestos de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas.

Aunque nadie sustente hoy –como antiguamente– la irrevisibilidad *in totum* de la discrecionalidad administrativa, pareciera que cuando se achica el campo de lo que antes se concebía como discrecional, aumenta el margen de control judicial y viceversa. Este fenómeno puede describirse como la paradoja de las reducciones, dado que, en algunas teorías o posiciones doctrinarias, la reducción del concepto responde a la idea de mantener inmunes al control jurisdiccional determinadas zonas de la actividad del Ejecutivo calificadas como actividad discrecional o privativa.

Se puede advertir, entonces, que el proceso reduccionista no siempre persigue el mismo objetivo ya que, al poner el acento en dos órganos distintos del Estado (Ejecutivo y Judicial), genera consecuencias radicalmente diversas. Así, mientras para algunos el control es parte de la tutela efectiva de los derechos e intereses individuales y colectivos, para otros, el control de la discrecionalidad es susceptible de impedir o dificultar la realización de los fines económicos y sociales que persigue la Administración, en beneficio de los ciudadanos.

El derecho siempre fluye y es, desde luego, mucho lo que se ha avanzado en el campo del control judicial de la discrecionalidad administrativa, sin desconocer los peligros que genera, en algunos países, la judicialización ilimitada de la actividad administrativa⁷ o el exceso de jurisdicción. Pero

* Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires.

1 En sentido similar: Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, 3º ed., Little Brown and Company, Boston, Toronto, Londres, 1991, p. 652, dice que el control de la discrecionalidad (“discretion”) es crucial para la revisión judicial efectiva.

2 Coviello, Pedro J. J., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa” en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Cuestiones del contencioso administrativo*, publicación de las VII Jornadas Hispano-Argentinas de Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, ps. 271-272.

3 Nieto, Alejandro, *Estudios históricos sobre la Administración y Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1986, p. 263 y ss.

4 Linares, Juan Francisco, *Poder discrecional administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.

5 Fiorini, Bartolomé, *La discrecionalidad de la Administración pública*, Alfa, Buenos Aires, 1948.

6 Véase: Sesin, Domingo J., *Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica*, 2º ed., Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004 y Corvalán, Juan Gustavo, *Un nuevo enfoque sobre la discrecionalidad administrativa*, RAP, nro. 351, Buenos Aires, 2007, p. 57 y ss.

7 Vid nuestro trabajo *El sistema judicialista y la llamada judicialización de la actividad de la Administración*, Revista Española de Derecho Administrativo, nro. 133, Madrid, 2007, p. 5 y ss.

esos peligros no derivan de la plenitud del control que la Constitución atribuye a los jueces sobre los aspectos discrecionales de los actos administrativos o reglamentos, sino que obedecen a múltiples causas que se vinculan al funcionamiento del sistema administrativo, sin relación directa con la cuestión que atañe al alcance del control judicial (v.g. el silencio administrativo, ausencia de regulaciones, decisiones arbitrarias en los procesos de selección, etc.).

De otra parte, hay que advertir que los jueces también ejercen, en buena medida, poderes discrecionales (v.g. en nuestro país: art. 280 CPCCN), cualquiera fuera la versión (rígida o flexible) de la división de poderes que, en cada país, haya adoptado el respectivo sistema constitucional. Y aunque no ejercen las funciones que competen a la Administración pueden, excepcionalmente, sustituir sus decisiones cuando sea imprescindible para la realización de la justicia, en supuestos en los que no exista otra posibilidad de realizarla o sea la única solución válida, sin perjuicio de las medidas cautelares que tiendan a proteger los derechos de los particulares durante el pleito o con independencia del proceso principal, para realizar la tutela urgente y de manera efectiva de los derechos individuales o colectivos (v.g. medidas autosatisfactivas).

En ese contexto, la doctrina ha tropezado con grandes dificultades. En primer lugar, las diversas concepciones que han procurado explicar lo que constituye la actividad discrecional suelen diferir en los conceptos analíticos que *a priori* fijan su punto de partida y el camino a seguir.

En segundo término, fuera del campo lógico o del método jurídico de interpretación que proporciona la teoría general del Derecho para desentrañar la problemática que plantea el fenómeno de lo discrecional, cabe advertir la influencia que ejercen sobre los juristas las diferentes teorías que nutren la ciencia política y disciplinas afines, las cuales se proyectan en las tesis y posturas que adoptan, tanto de modo consciente como fruto del llamado inconsciente colectivo.

Una dificultad adicional, no menos importante, deriva de la realidad que presenta la propia actividad de la Administración, cuyos actos reflejan siempre una combinación de poderes reglados con poderes discrecionales, como lo ha puesto de relieve la doctrina argentina a partir de la década del sesenta⁸.

A su vez, cuando se llevan a cabo comparaciones con otros sistemas, como el vigente

en los Estados Unidos, existe un aspecto al que cabe prestar atención. Porque en los países que han seguido, aun cuando parcialmente, ese modelo (v.g. Argentina), no se configuró la supremacía de la ley en el sentido que le atribuyó el derecho público europeo a partir de la Revolución francesa. Por el contrario, en la mayor parte de los sistemas americanos se prescribe la supremacía de la Constitución en un marco de equilibrio de poderes sin prevalencia de unos sobre otros, lo cual ha hecho posible el desarrollo tanto de las potestades discrecionales de la Administración como del control judicial sobre la razonabilidad de su ejercicio.

Nos referiremos en este punto al papel que cumple el lenguaje del derecho (y en adelante, al proceso de su creación y aplicación) en un sentido que comprende las normas y los principios generales (aún cuando estos últimos no tuvieran recepción expresa en el derecho positivo).

Ante todo, hay que reconocer la importancia de los estudios que han procurado explicar los aspectos lingüísticos del derecho continuando el normativismo de Kelsen y, más tarde, de Hart⁹, entre los que cuentan también trabajos llevados a cabo, en Argentina, por CARRIÓ, los cuales han tratado de desentrañar el complejo fenómeno de la interpretación del derecho.

Si el derecho, a diferencia de otras disciplinas científicas que pueden construirse sobre la base de la utilización de lenguajes simbólicos o matemáticos, acude al lenguaje natural (formado por el uso del pueblo), es porque necesita, en principio, ser conocido por todos. Ello no desplaza el uso de ciertas convenciones técnicas o doctrinarias que, aparte de no ser siempre gregarias o uniformes, utilizan también el lenguaje natural en los conceptos que definen o desarrollan.

El lenguaje del derecho se caracteriza, en ese análisis, por su vaguedad, ambigüedad y textura abierta (que admite una interpretación tanto restrictiva como extensiva)¹⁰. Se perfilan en esa postura, zonas de certeza y zonas de incertidumbre y ello influye en la complejidad del proceso de interpretación que conduce a que los administradores y jueces tengan que crear la norma concreta aplicable al caso. Desde luego que el fenómeno se produce igualmente en la cúspide del ordenamiento, es decir, en la Constitución misma, reconociéndose la configuración de indeterminaciones constitucionales¹¹.

8 Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T° II, 4° ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 425, Sesín, Domingo, *Administración pública, actividad reglada,...*, cit., p. 441. En España: Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, T° I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, p. 386.

9 Véase: Hart, H. L. A., *El concepto del Derecho*, traducción de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 155 y ss.; y las referencias a la tesis kelseniana que formula Goldschmidt, Werner en *Introducción filosófica al derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 271; ver también: Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, 2° ed., traducción de Eduardo García Maynes, Universidad Autónoma de México, Imprenta Universitaria, México, 1958, p. 173 y ss.

10 Carrió, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 2° ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 27 y ss.

11 Dalla Via, Alberto R., *Derecho Constitucional Económico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1949, p. 151 y ss. realiza un ponderado análisis del tema recogiendo la clasificación de las indeterminaciones constitucionales hecha por Nino, quien las distingue en: a) semánticas; b) sintácticas; c) pragmáticas y d) lógicas. Entre las indeterminaciones lógicas incluye a las lagunas, contradicciones y redundancias (p. 153).

A ello se suma la imposibilidad que tiene el legislador para predeterminar todas las conductas posibles de la Administración (y por cierto también de los jueces), dejando un ancho cauce para que la discrecionalidad se manifieste tanto frente a la presencia de normas incompletas o vacíos normativos, como de las denominadas delegaciones (que prevé la Constitución en el art. 76).

En forma liminar al análisis del meollo de lo discrecional, haremos algunas consideraciones acerca del proceso de creación, aplicación e integración del derecho, la división de poderes y la función esencial que debe cumplir la Administración Pública.

Como vamos a ver, la evolución operada en el campo del derecho comparado permite extraer conclusiones que, en líneas generales, muestran ciertas similitudes, aunque sin desconocer las particularidades existentes.

Por lo pronto, ya no se sostiene la tesis según la cual la función de administrar consiste en la aplicación automática de la ley, ni que el juez sea un órgano cuya actividad se reduce a ser algo así como la boca que pronuncia las palabras de la ley que aplica.

De otra parte, la fragmentación del principio de legalidad, que ahora comienza a reconocerse en el derecho europeo¹², presente en la estructura del derecho comunitario¹³, ha provocado la ruptura del monopolio de la ley por el legislativo, y aun cuando la ley sigue conservando una jerarquía superior a los reglamentos y otras fuentes, debe convivir en el plano interno con los principios generales del derecho que vienen a limitar los poderes del legislador (cualquiera fuera el órgano que emite la norma) y, además, con las fuentes del derecho comunitario o de la integración en América del Sur, que tipifican un derecho supranacional.

Otra característica que exhibe el actual derecho público de algunos países europeos, radica en la evolución que ha tenido el concepto de Constitución, el cual ha pasado a configurarse como una norma básica, cuya supremacía y operatividad se impone sobre la totalidad del ordenamiento de inferior jerarquía, aplicándose directamente a todos los órganos estatales.

La idea de la legitimidad democrática cambiante y sucesiva, así como los fenómenos participativos que se aproximan a formas de democracia directa, deben necesariamente

adaptarse a un marco de normas y principios de mayor perdurabilidad, dictados por los poderes constituyentes de turno, con vocación de futuro.

De ese modo, el sistema jurídico, apoyado en un basamento constitucional superior, adquiere una mayor estabilidad, la cual, como es sabido, no solo protege los derechos e intereses individuales o colectivos de las personas, sino que es el motor de las inversiones que precisa todo Estado para su desarrollo económico.

Ahora bien, en cuanto al proceso de creación y aplicación del derecho, la experiencia demuestra que, en mayor o menor medida, los tres órganos del Estado crean y aplican derecho dentro de las competencias que le fijan la Constitución, las leyes o los reglamentos. Como ha expresado LINARES, en una de sus obras clásicas sobre la materia, el constituyente, el legislador, el juez y el funcionario administrativo son creadores de derecho, aunque en distinta medida¹⁴.

Ello ocurre porque resulta imposible que las normas puedan predeterminar totalmente la conducta a seguir por los órganos del Estado, ni establecer los supuestos de hecho normativos que conduzcan a su aplicación automática, habida cuenta también los escollos derivados de la estructura del lenguaje que se han señalado.

De ese modo, en el cumplimiento de sus funciones, la tríada de órganos que componen el poder estatal crean y aplican parcialmente el derecho. Incluso, si se acepta que el derecho se integra también por los principios generales el constituyente realiza también un acto de aplicación del derecho cuando incorpora dichos principios al ordenamiento constitucional positivo. En definitiva, un acto de creación del derecho puede implicar un acto de aplicación y viceversa¹⁵. Sin embargo, en la actualidad la doctrina ha tratado de superar el tradicional esquema dualista, circunscripto a la interpretación y creación del derecho, poniendo el acento en la función de integración¹⁶ que lleva a cabo el juez al cubrir los vacíos legislativos o lagunas¹⁷. Esto tiene trascendencia en materia de discrecionalidad administrativa, habida cuenta que las dificultades que provocaron la abstención de los jueces para entender en su juzgamiento obedecieron, en gran medida, a los dogmas del positivismo legalista de Kelsen¹⁸, particularmente al de la plenitud o hermeticidad del ordenamiento normativo que es algo muy diferente al orden jurídico compuesto sólo

12 Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, T° I, 2° ed., Iustel, Madrid, 2006, p. 441 y ss.

13 Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, T° I, cit., p. 459 y ss.

14 Cfr. Linares, Juan Francisco, *Poder discrecional...*, cit., ps. 15-16.

15 Cf. Linares, Juan Francisco, *Poder discrecional...*, cit., ps. 15-17; Kelsen apunta a una idea parecida pero desde un punto de vista normológico, formal y hermético al sostener que todo acto de creación es aplicación de una norma superior, hasta llegar a la norma básica (la que crea la Constitución) que, naturalmente, fuera de su concepción positiva, posee naturaleza sociológica y no normativa.

16 Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino*, T° I, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 69 y ss.

17 Vigo, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2005, ps. 102-103.

18 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. del inglés, Ariel, Barcelona, 1984, p. 83 y ss.

por normas, sino autointegrado con los principios generales del derecho¹⁹ emanados del ordenamiento o de la justicia material (heterointegración)²⁰.

El argumento positivista que considera que la discrecionalidad sólo surge de la incertidumbre del lenguaje y, por ende, del proceso de interpretación y aplicación del derecho, no ha podido sostenerse frente a los supuestos de absoluta indeterminación de los hechos o del derecho que fundan la conducta a seguir por el funcionario, y que excluyen el deber de observar una regla, concepto o conducta predeterminada. En definitiva, implica un error lógico sostener que no existen vacíos o lagunas, como pensaba KELSEN, para demostrar la plenitud del ordenamiento sobre la base del proceso de interpretación y aplicación. El problema está en otro lado, y se encuentra en la labor de integración con los principios generales que lleva a cabo el juez en los casos de discrecionalidad típica o fuerte (como la califica Dworkin).

Lo expuesto no desmerece el importante papel que ha cumplido el positivismo en lo que concierne al estudio de las relaciones entre el lenguaje y las técnicas interpretativas, pero se trata de un análisis que excede el objeto central del que efectuamos sobre la discrecionalidad.

En el contexto jurídico-cultural e histórico en que se perfila el panorama de la discrecionalidad, cabe precisar que la función de la Administración no se limita a la aplicación automática de las leyes que dicta el Legislativo. La finalidad esencial de la Administración es la de satisfacer las necesidades públicas²¹ de las personas que habitan en el territorio del Estado, y aún de sus nacionales fuera de él.

En suma, la médula de la Administración es la de constituir una actividad servicial o vicarial²² para la realización del interés público o bien común.

Pero, para evitar abusos y mantener el equilibrio de frenos y contrapesos que entraña la división de poderes, ha de haber un poder (en sentido orgánico) que controle el ejercicio de la actividad administrativa, ya sea que se exprese a través de una declaración de cognición o volitiva, de opinión o juicio.

En nuestro sistema constitucional, esa función no la puede cumplir, en el orden federal, otro poder que no sea un poder judicial independiente cuya cabeza es la Corte Suprema de Justicia, verdadero poder de naturaleza política²³. A su vez, la función de juzgar a la Administración, que compete a los jueces, es plena en el sentido de que no puede haber actos de la Administración que escapen a su control, aún los de naturaleza política. De lo contrario, la balanza de poderes se inclinaría a favor del Ejecutivo, al ejercer una porción del poder con franquía absoluta, exenta de control judicial. Resulta evidente, por cierto, que una posición institucional de tal naturaleza no enfrentaría obstáculo alguno para dictar actos arbitrarios en detrimento de la libertad y demás derechos de los ciudadanos.

Una aproximación histórica al fenómeno de lo discrecional, en el campo del derecho público, demuestra que el concepto ha ido variando a través del tiempo. Desde su sentido originario, concebido como actividad libre e inmune al control de los jueces, hasta los intentos posteriores por reducir la discrecionalidad (particularmente a través de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados) y

19 Cassese, Sabino, *La construcción du droit administratif, France et Rpyaume-Uni*, Montchrestien, Paris, 2000, p. 77 y ss. destaca que la Administración se halla sometida a los principios generales del derecho (p. 84). Sobre el proceso de elaboración de los principios generales en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés véase: Jeanneau, Benoit, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, con prefacio de Jean Rivero, ed. Sirey, p. 120 y ss.

20 Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental...*, cit., T° I, ps. 69-70. La concepción dogmática y absoluta de la plenitud del ordenamiento positivo resulta imposible de sostener frente a la realidad que exhibe el mundo normativo frecuentemente indeterminado o incompleto, con innumerables vacíos o lagunas. Si en tales casos hay que acudir a los principios generales del derecho ello demuestra que el ordenamiento positivo no es hermético. Con todo, la idea de plenitud del ordenamiento puede aceptarse a condición de que no se la asocie al positivismo legalista ya que las lagunas jurídicas resultan cubiertas con la integración de principios de justicia que están fuera del ordenamiento positivo (heterointegración) o principios generales del derecho que están dentro de dicho ordenamiento y que se aplican por analogía (autointegración). El salto a la justicia material sólo es posible cuando no se puede llevar a cabo este último proceso de integración dentro del ordenamiento positivo.

21 La mayor parte de las definiciones, aunque con diferentes terminologías, aluden a la finalidad que persigue la Administración; véase: Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T° I, 4° ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 58.

22 Delpiazzo, Carlos E., *Dignidad humana y Derecho*, U.M., Montevideo, 2001, p. 42, 75 y ss. y 88 y ss.

23 Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, T° II, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 75 y ss., especialmente ps. 84-86. En este sentido, la Corte Suprema –como apunta Vanossi– “no tuvo necesidad de fundar y de argumentar como lo hizo Marshall en Estados Unidos la teoría del control jurisdiccional y de la naturaleza institucional del poder judicial... Se lo daba como un hecho conocido, aceptado y consumado que estaba presente en el momento en el cual se crea el poder judicial” (op. cit. p. 86). Al respecto, nunca hemos negado la influencia que tuvo la Constitución de Filadelfia en la Constitución Argentina, por demás obvia. Pensamos, eso sí, que ello no implica desconocer el distinto origen que tuvieron muchos de nuestros textos constitucionales (v.g. arts. 19, 28 y 109, entre otros) como lo ha anotado Vanossi en una obra dedicada a esclarecer la cuestión de las fuentes constitucionales. En este sentido, el art. 109 (ex art. 95) de la Constitución Nacional constituye el eje del sistema judicialista argentino y que, en nuestro país, sería inconstitucional (además de peligroso) aplicar el sistema de jurisdicción administrativa primaria que existe en los EE.UU. y obviar el control judicial pleno y suficiente conforme a las pautas que ha desarrollado nuestra Corte Suprema. Por lo demás, las características de nuestro judicialismo puro establecidas en el art. 109 no contradicen la influencia que ha recibido nuestra Constitución de la norteamericana en punto al principio de la supremacía consagrado en el art. 31 de la CN y respecto de la organización del Poder Judicial (v.g. arts. 116 y 117 de la CN) entre otras fuentes de trascendencia.

las distintas tendencias que tienden a la plenitud o bien, a la reducción de su fiscalización jurisdiccional, el fenómeno es algo así como un personaje que adapta su dimensión y vestidura a los cambios que imponen las tendencias jurídicas dominantes en la sociedad y en el funcionamiento del Estado.

En líneas generales, el proceso de formación de esta categoría histórica (como predicaba ASCARELLI del derecho mercantil) ha tenido que adecuarse, primero, a los postulados del Estado de Derecho y, más tarde, a los nuevos marcos constitucionales que surgieron en Europa al concluir la Segunda Guerra Mundial, en un proceso caracterizado por el auge de los principios generales del derecho. En Argentina, por más que algunos no lo adviertan o no quieran reconocerlo, también se ha producido una evolución significativa en cuanto a los criterios que rigen la discrecionalidad y el control judicial.

Ante todo, no se puede desconocer que la idea de lo discrecional fue originariamente desarrollada en el contencioso-administrativo francés, y tampoco que su nacimiento se produjo en el ámbito de la concepción francesa de la separación de poderes, que interpretó rígidamente el esquema divisorio en un doble sentido. Mientras, por una parte, se prohibía a los tribunales judiciales juzgar a la Administración²⁴, por otra, se consideraba que esta función era de naturaleza administrativa (*juger l'Administration, c'est aussi administrer*). Así se gestó, en el derecho público, la llamada jurisdicción contencioso-administrativa, al menos, en su configuración moderna.

En ese marco, se consideraba que la jurisdicción administrativa debía limitarse al control de legalidad sobre la forma y competencia y, más tarde, sobre el fin del acto administrativo (a través del recurso de desviación de poder) dado que con ello se protegían los derechos subjetivos de los particulares. Tales derechos no se consideraban configurados cuando la Administración emitía actos de pura facultad

o imperio, dictados para asegurar los intereses colectivos de la agricultura, comercio, industria (v.g. la policía administrativa) o el funcionamiento de la organización administrativa. Estos actos se consideraban discrecionales y no estaban sujetos a revisión por la jurisdicción administrativa²⁵.

En Alemania, con diferentes matices y criterios ideológicos, se sostuvieron tesis opuestas acerca de la discrecionalidad, en la inteligencia de que era una zona de la actividad administrativa que, en principio, se encontraba exenta del control judicial o, al menos, en la que la densidad de ese control era menor²⁶.

Por un lado, se postuló una concepción amplia, denominada unitaria, que partía de dividir la estructura de la norma en supuestos de hecho normativos y consecuencias jurídicas²⁷, mientras que por otro lado, se sostuvieron tesis más restringidas que circunscribieron ambos aspectos. Pero tampoco faltaron teorías que limitaron la discrecionalidad al ámbito de las consecuencias jurídicas²⁸, ni otras que la acotaron a la indeterminación de los supuestos de hecho normativos en los que se reconocía un margen de decisión administrativa equiparable a la discrecionalidad²⁹, en el que los jueces no podían penetrar.

En medio de esas corrientes, desarrolladas en Alemania, el principal intento teórico por reducir la discrecionalidad se centró en la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, con fundamento en que, al admitir una única solución justa, dichos conceptos constituyen un supuesto de remisión legal, cuyo control en nada difiere del que se efectúa sobre una actividad reglada. Esta tesis, que implicó un fortalecimiento de la tutela judicial efectiva, acogida tempranamente por el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA³⁰, tuvo una extraordinaria recepción tanto en España³¹, como en Latinoamérica, especialmente en Argentina³². Como el propio difusor lo reconoce

24 Ley de 16-24 de agosto de 1790; en esta exención judicial se ha visto el origen histórico de la inmunidad de juzgamiento de la discrecionalidad, véase: Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994, p. 25 y ss.

25 Laferrière, M. F., *Cours théorique et pratique de Droit Public et Administratif*, Tº II, París, 1854, p. 733 y ss., citado por Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 26, nota 10.

26 Ampliar en Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 114 y ss.

27 Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 161 y ss.

28 Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 114 y ss.

29 Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 161 y ss.

30 Véase: García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, 3º ed., Civitas, Madrid, 1983; Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos. Interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1º ed., Civitas, Madrid, 1976, p. 234 y ss.

31 Cfr. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Tº I, cit., p. 543.

32 Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, 12º ed. act. y ampl., Malheiros Editores, San Pablo, 2000, p. 755 y ss. y su traducción al español, *Curso de Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 2006, p. 818 y ss.; también en Brasil: Figueiredo Moreira Neto, Diogo de, *Curso de Direito Administrativo*, 14º ed., Forense Editora, Río de Janeiro, 2006, ps. 235-236; y en Argentina, Grecco, Carlos M., *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y su fiscalización judicial*, LL 1980-D, 1306 y ss.; Tawil, Guido S., *Administración y Justicia*, Tº I, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 410 y ss. (tesis recomendada al "Premio Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires" que tuvimos el honor de dirigir y "El proceso de capitalización de la deuda. Cuestiones y perspectivas", ED 129-915 y ss., esp. p. 921; Barra, Rodolfo C., "Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial", ED 146-829; Bianchi, Alberto B., "El writ of certiorari en nuestra Corte Suprema (La "cuestión federal suficiente" como concepto jurídico indeterminado)", ED 125-857; García Pullés, Fernando R., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Tº 2, Hammurabi, Buenos Aires 2004, p. 685 y ss.; Coviello, Pedro J. J., *El control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., ps. 288-294 y Gambier, Beltrán, *El concepto de oferta más conveniente en el proceso licitatorio (La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y su control judicial)*, LL 1988-D, 744.

-cuando por ejemplo se refiere al "justiprecio" como concepto jurídico indeterminado-, la tesis no rechaza la existencia de la potestad discrecional, aunque la reduzca significativamente.

En ese largo camino que muestra (sólo en sus líneas básicas y elementales) la evolución de la potestad discrecional encontramos otra tesis germánica. Es la del "margen de apreciación", que se diseña para permitir que la Administración pueda arribar a una solución justa dentro del "halo conceptual" del concepto jurídico indeterminado, mediante un proceso de cognición o interpretación.

Pero lo cierto es que -como lo han puntualizado García de Enterría y Fernández al comentar una sentencia del Tribunal Supremo español, que sostiene que el margen de apreciación entraña "una cierta amplitud de criterio en la decisión"- ello está lejos de configurar un espacio que la Administración pueda cubrir con su libre voluntad y, en definitiva, "expresa sólo un ámbito cognoscitivo e interpretativo"³³.

Por otra parte, y sin dejar de reconocer la trascendencia de la doctrina y jurisprudencia italianas que, como decía Gianni, demuestran que la discrecionalidad es un proceso creativo (o categoría histórica), menos aún se justifica prescindir en esta materia del análisis de la evolución acontecida en el derecho francés sobre el poder discrecional y su control por los jueces administrativos.

Aunque la doctrina y jurisprudencia francesas han ido ampliando el control sobre los elementos discrecionales de las decisiones ejecutorias y de los reglamentos, manejándose con un criterio coincidente, en el sentido de limitar la revisión jurisdiccional a un "control mínimo", cuando se está en presencia de una competencia discrecional en la que se analizan razones de oportunidad, lo cierto es que las fronteras no son tan nítidas como podría parecer a primera vista.

En efecto, si bien las categorías clásicas de legalidad y oportunidad se ajustan, en teoría, a la competencia reglada y discrecional, no siempre guardan simetría. Ello acontece, en primer lugar, por la sencilla razón de que no hay poderes reglados ni discrecionales puros. A lo sumo existe, como puntualizó Hauriou, un cierto poder discrecional de la Administración que, en mayor o menor medida, se encuentra en todos los actos para apreciar la oportunidad de las medidas administrativas³⁴, o mejor dicho, aspectos de los elementos del acto que son parcialmente reglados

y parcialmente discrecionales. En segundo lugar, el juez administrativo francés, al crear derecho, amplía la competencia reglada, y hasta se ha sostenido que la oportunidad puede constituir un elemento de la legalidad³⁵. Por lo demás, las técnicas desarrolladas en el curso de la evolución que ha tenido el *excès de pouvoir*, a través del reconocimiento del error manifiesto de apreciación y de la teoría del balance³⁶, terminaron penetrando en el campo de lo discrecional. El artilugio al que se acude consiste en sostener que, en tales casos, se ejerce un control de legalidad y no de oportunidad, reduciéndose de ese modo el ámbito de lo discrecional³⁷.

Como han señalado Vedel y Delvolvé, "los amplios poderes de creación del Derecho que posee el juez administrativo le permiten integrar en la legalidad, al formular una regla de derecho nueva, numerosos elementos que se refieren a la oportunidad del acto. Dicho de otra forma, desde el punto de vista del Derecho hecho, no hay nunca control de la oportunidad y del poder discrecional; desde el punto de vista del derecho que se hace, el juez se asegura el control de ciertos elementos de oportunidad y de poder discrecional formulando reglas de Derecho que extienden la esfera de la competencia reglada y de la legalidad"³⁸.

En definitiva, en el sistema francés, no obstante haberse efectuado una cierta sistematización sobre los criterios para fijar los límites del control jurisdiccional de la actividad discrecional, el juez "ejerce el control que quiere haciendo de las normas lo que quiere"³⁹, y aunque la doctrina es conciente del peligro de que la Administración incurra en arbitrariedad en la utilización de la potestad discrecional⁴⁰, los jueces suelen autolimitarse y practican un control mínimo sin sustituir, en principio y como regla general, los aspectos que consideran puros juicios de oportunidad que lleva a cabo la Administración. Aquí radica, como se verá más adelante, uno de los puntos de mayor fricción doctrinaria que exhibe la teoría de la discrecionalidad.

Para un importante sector de la doctrina española, encabezado por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, a partir de la Constitución de 1978, que introdujo los principios de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3) y de la tutela judicial efectiva (art. 24.1), no cabe la posibilidad de que exista actividad administrativa que sea inmune al control judicial⁴¹.

33 García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tº I, 13º ed., Thomsom-Civitas, Madrid, 2006, p. 467.

34 Hauriou, Maurice, en el comentario al arrêt « Grazzietti », en 1902, citado por Auby, Jean-Marie - Drago, Rolland, *Traité du contentieux administratif*, Tº II, 3º ed., LGDJ, París, 1974, p. 372.

35 Cfr. Vedel, Georges - Delvolvé, Pierre, *Droit Administratif*, Tº I, 12º ed., Presses Universitaires de France, París, 1992, p. 533.

36 Subra de Bieusses, Pierre, *La potestad discrecional*, en Documentación Administrativa, nro. 239, INAP, Madrid, 1994, ps. 61-64.

37 Subra de Bieusses, Pierre, *La potestad discrecional*, cit., p. 56.

38 Vedel, Georges - Delvolvé, Pierre, *Droit Administratif*, Tº I, cit., ps. 535-536.

39 Vedel, Georges - Delvolvé, Pierre, *Droit Administratif*, Tº I, cit., p. 303.

40 Lochak, Danielle, citada por Subra de Bieusses, Pierre, *La potestad discrecional*, cit., p. 56.

41 Ampliar en: García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tº I, cit., p. 483 y ss.

En ese marco constitucional, con la idea de reducir el ámbito de la discrecionalidad, dicha doctrina acudió a la teoría alemana de los conceptos jurídicos indeterminados. Se trata de una categoría similar a la concebida por Linares en 1958, calificada como arbitrio extraordinario, que se configura cuando la norma adopta fórmulas elásticas (v.g. utilidad pública, salud pública, etc.) las cuales derivan de atribuciones conferidas por la ley que integran estándares jurídicos de gran latitud⁴² (considerándose susceptible de control judicial, particularmente del control de razonabilidad).

Si la discrecionalidad supone un ámbito de libertad o franquía para que la Administración proceda a elegir la solución aplicable al caso –tanto al dictar un acto administrativo como un reglamento– y si ello resulta consustancial al proceso de aplicación de la ley y del derecho, lo cual implica casi siempre una dosis de creación e integración –cualquiera fuere el órgano estatal que actúe– resulta imprescindible distinguir entre conceptos determinados e indeterminados para saber si estamos frente a una actividad reglada o discrecional.

En los primeros (v.g. mayoría de edad, los plazos de caducidad, etc.) la determinación normativa es precisa y no admite, en principio, duda alguna en cuanto a su aplicación al caso⁴³. En cambio, los conceptos jurídicos indeterminados (v.g. interés público, utilidad pública, justo precio, oferta más conveniente, etc.) presentan una estructura compleja que, sin embargo y como regla general, no admiten más que una solución justa (aunque en su “halo conceptual” pueda darse la posibilidad de elegir entre varias soluciones justas).

Esa estructura compleja del concepto jurídico indeterminado que debe tener en cuenta el órgano que ejercita la potestad discrecional es básicamente

tripartita y se compone de: a) un núcleo fijo o zona de certeza positiva, integrado por elementos precisos; b) un “halo conceptual” o zona de incertidumbre, de menor precisión, es decir, donde reina cierta ambigüedad⁴⁴; y, por último, c) una zona de certeza negativa, que excluye totalmente la posibilidad de una solución justa. El ejemplo del justiprecio que se ha utilizado para aplicar a la realidad la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es bien elocuente⁴⁵. Supongamos que se expropia un terreno para hacer una obra pública cuya valuación mínima se calcula en un millón de dólares (el núcleo fijo), pero cuya valuación máxima está en una cifra que supera dicha estimación en un treinta por ciento (aquí aparece la zona de incertidumbre o halo conceptual), aunque nunca podría superar el máximo valor establecido (es la denominada zona de certeza negativa).

Por tales motivos, aun cuando los respectivos conceptos son de valor (técnicos o políticos) y confieren a la decisión de la Administración “una cierta presunción en favor de su juicio dentro del ‘halo’ del concepto, presunción que, desde luego no llega hasta excluir el control judicial, aunque si limita sus posibilidades”⁴⁶, puede concluirse que esta teoría reduce significativamente la discrecionalidad⁴⁷.

El debate planteado en la doctrina española en torno a la discrecionalidad administrativa y su control por el poder judicial, aparte de la áspera utilización del lenguaje que suele caracterizar a las polémicas de esta índole cuando se enfrentan ideas tan radicalmente opuestas, exhibe un interés científico notable y una calidad jurídica de primer orden.

No obstante haberse sostenido que dichas diferencias no sean tan radicales como parecieran ser⁴⁸, y si bien no pretendemos revivir ni reproducir el conocido debate, pensamos que ellas reflejan

42 Linares, Juan Francisco, *Poder discrecional...*, cit., p. 18.

43 Como ha dicho Grecco, “Sólo un pequeño número de conceptos resultan, en verdad, determinados con relativa precisión. Ello acontece, por ejemplo, con los conceptos numéricos o con los definidos explícitamente o por remisión a otros anteriormente definidos (Cfr. Grecco, Carlos M., *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados...*, cit., p. 1306 y ss.).

44 Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, T° I, cit., ps. 531-532, apunta que los linderos entre lo reglado y lo discrecional son frecuentemente difusos y que la libertad de opción (discrecionalidad) se concentra “en un pequeño espacio que, como si fuera un agujero de una roquilla (R. Dworkin) está rodeado de normas y principios que determinan sus límites”.

45 García de Enterría, Eduardo – Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T° I, cit., p. 466.

46 García de Enterría, Eduardo – Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T° I, cit., p. 467.

47 Mata, Ismael, “Adjudicación y discrecionalidad”, en *Cuestiones de Contratos Administrativos (Homenaje a Julio Rodolfo Comadira)*, Rap, Buenos Aires, 2007, p. 607, critica la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados sosteniendo que, en definitiva, ella traslada la discrecionalidad al juez (op. cit., p. 613). Sostiene también que dicha concepción se opone a normas expresas del derecho argentino, en materia de adjudicación. En cuanto a la primera objeción pensamos que lo que se traslada al juez es el control de la razonabilidad o justicia de la opción elegida por la Administración y no la discrecionalidad. Respecto de las normas expresas, cuando ellas sean precisas y no establezcan conceptos indeterminados o aun incompletos, la adjudicación resultará, en esos casos, el producto de una actividad reglada. Sin embargo, por ejemplo, el criterio para calificar algunos parámetros de evaluación (experiencia en obras similares, cuando se trata de construir un puente sobre un río) es ciertamente, por lo común, discrecional, lo cual no quita que la calificación debe ser racional, es decir, basarse en circunstancias objetivas.

48 Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, T° I, cit., p. 555 con nota de Atienza, M., se refiere al trabajo de este autor “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 85, Madrid, 1995, p. 5 y ss.). También: Beltrán de Felipe, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 61; Desdentado Daroca, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 208, opina que la discrepancia que exhibe la polémica no es tan fuerte. No obstante, si nos remitimos al ponderado análisis que lleva a cabo acerca de los puntos de desacuerdo creemos imposible reducir las posiciones a un sincretismo más formal que real (op. cit., ps. 202-205).

concepciones incompatibles con cualquier sincretismo doctrinario.

Basta advertir que, mientras García de Enterría y Fernández sostienen que no hay aspectos de las decisiones administrativas exentos del control judicial, con la posibilidad, inclusive, de su sustitución por los jueces, otros juristas afirman que existen determinadas zonas inmunes a dicho control y rechazan la posibilidad de que el juez pueda sustituir la actividad de la Administración.

Según Parejo, la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3, CE) y el principio de la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE) sólo habilitan a un control de legalidad⁴⁹ sosteniendo que se trata de un control jurídico que, cuando es ejercido, no autoriza al juez a generar reglas jurídicas (ni siquiera en el caso concreto) pues el juez “no desempeña función alguna en la creación de normas jurídicas”⁵⁰. En resumidas cuentas, PAREJO rechaza el control de razonabilidad por considerar que carece de entidad objetiva, particularmente cuando se postula su conversión en fuente positiva, concluyendo que no puede aceptarse que la distinción entre legitimidad y oportunidad plantee un falso dilema que conduzca a la necesidad de que el juez sustituya la decisión administrativa⁵¹.

Por su parte, Sánchez Morón también participa de la idea de que los jueces deben limitarse a ejercer un control jurídico no debiendo interferir en los aspectos técnicos o políticos de la decisión administrativa, y que las técnicas de control (v.g. razonabilidad y conceptos jurídicos indeterminados) no pueden disfrazar la apropiación del ámbito de lo discrecional por los jueces, atribuido a la Administración por la ley⁵². En punto al alcance del control judicial, Sánchez Morón pone el acento en los límites sustantivos y en los de carácter competencial, organizativo y procedimental⁵³, admitiendo que el juez pueda controlar la valoración de los hechos que efectúe la Administración cuando compruebe un error manifiesto⁵⁴ cometido por esta última, así como que los principios generales del derecho puedan acotar la discrecionalidad administrativa “en la determinación de la medida aplicable (o consecuencia jurídica) si la Administración puede optar entre varias”⁵⁵.

La tesis opuesta ha sido sostenida por Tomás R. Fernández, particularmente en el libro titulado *De la arbitrariedad de la Administración*⁵⁶, que con aportes ciertamente originales, continúa la línea que trazara su maestro García de Enterría, en un trabajo pionero que tuvo gran repercusión en el derecho español e iberoamericano⁵⁷ y en otros posteriores⁵⁸.

La referida tesis afirma la plenitud del control judicial sobre los aspectos discrecionales de la actividad administrativa, reconociendo la posibilidad, incluso, de que el juez la sustituya en caso de ser necesario para la protección de los derechos e intereses de las personas lesionadas. Encuentra fundamento dogmático constitucional en tres principios básicos de la Constitución Española: a) el sometimiento de la Administración a la ley y al derecho (art. 103.1); b) la interdicción de la arbitrariedad para todos los poderes públicos (art. 9.3); y c) el principio de la tutela judicial efectiva (art. 24.1).

Se trata, evidentemente, como bien se ha apuntado, de una necesaria inversión del planteamiento tradicional que se impone por los textos constitucionales, vigentes en España, que resultan aplicables al juzgamiento de la discrecionalidad que “si, en principio, fue la exención, el principio ahora es el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y al Derecho”⁵⁹, sobre todo, habida cuenta que los textos citados no acuden al principio de separación de poderes para fundar ámbito alguno de lo discrecional que sea inmune al control de los jueces⁶⁰.

Porque el principio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos “está derechamente dirigido al centro de los poderes discrecionales”, principio que lejos de ser abierto y meramente estimativo, se reconduce –por la doctrina y la jurisprudencia–, como ocurre con todo concepto jurídico, a técnicas precisas que se concretan en una serie de principios generales del Derecho perfectamente caracterizados y delineados: aparte de la desviación de poder formal, falta de motivo o de razón suficiente, proporcionalidad, apreciación inexacta de los datos de hecho de que se parte, buena fe, ... etcétera”⁶¹.

49 Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 48.

50 Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar...*, cit., ps. 50-51.

51 Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar...*, cit., p. 47, aceptando, sin embargo, la posibilidad de sustitución cuando existe una regla de derecho objetivo que determine la solución del caso, lo que no contradice su tesis central pues, en tal caso, habría aplicación directa de un precepto legal.

52 Sánchez Morón, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 92.

53 Sánchez Morón, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, cit., p. 131.

54 Sánchez Morón, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, cit., p. 135.

55 Sánchez Morón, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, cit., p. 138.

56 Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994, obra que reúne cuatro estudios anteriores suyos.

57 García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades...*, cit.

58 García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1997, especialmente, p. 134 y ss.

59 Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 79.

60 Como lo demuestra el proceso histórico del contencioso-administrativo francés en el que se encuentra el origen de aquella inmunidad (Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 23 y ss.).

61 García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, cit., ps. 140-141.

Y, precisamente, -como se ha observado- en el fondo de ese principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos se encuentra la exigencia de la razonabilidad de la actuación administrativa, ya que “desde el momento en que se renunció a un *primum verum* del que extraer por vía deductiva todas las respuestas -y de esto hace ya casi medio siglo- es sencillamente imposible dar un solo paso en el debate jurídico sin acudir a la idea de lo razonable, sin manejar la lógica de lo razonable”⁶².

Esa renuncia al método deductivo, que sostuvimos en un primer trabajo que publicamos sobre los principios generales del Derecho y su inserción en el derecho administrativo⁶³, -como conocimientos que se tienen *a priori*- permite acudir directamente a la tópica, es decir a aquella técnica de la argumentación que enlaza las circunstancias del caso con los principios generales del derecho o, en otros términos, que armoniza dialécticamente los supuestos de hecho con los principios de la justicia material, como método de hermenéutica y, en definitiva, de creación, aplicación e integración del derecho.

El criterio central del razonamiento jurídico no se concibe, entonces, como una operación deductiva apreciada únicamente conforme el principio de legalidad “sin ocuparse de su carácter justo, razonable o aceptable”, es decir, sin atender a los juicios de valor que el juez efectúa siguiendo, por lo común, un razonamiento dialéctico o retórico, también llamado tópico⁶⁴.

Si para Fernández cualquier poder legítimo o un derecho puede ser censurado por el juez cuando se ejerce en forma irrazonable⁶⁵, para García de Enterría “lo que importa notar es que la sentencia que trate de indagar una arbitrariedad deberá utilizar principios auxiliares para llegar a un “topos” jurídico identificable, como es común, con cualquier principio general del Derecho, que en modo alguno son la excepción o el instrumento del *iudex rex*, sino más bien lo contrario, una vía estrecha para articular cada caso en el complejo del sistema jurídico (por eso son “generales” y no la supuesta justicia del caso concreto, por eso son “del Derecho”, esto es, principios técnicos y no morales)”⁶⁶.

Lo que cabe subrayar, por último, en esta corriente doctrinaria, es el papel del juez en el proceso de elaboración del derecho⁶⁷ y la plenitud del control

judicial que comprende, incluso excepcionalmente, la sustitución de la decisión administrativa⁶⁸, sin incurrir en exceso de jurisdicción.

En el derecho administrativo clásico, la potestad discrecional se concebía como opuesta a la potestad reglada como si se tratara de formas puras de la actividad de la Administración. En tal sentido, basta recordar la forma que utilizó MICHOUX para concebir la potestad discrecional, al definirla como aquel supuesto en el que una autoridad administrativa actúa libremente sin que la conducta que deba adoptar le venga predeterminada por la norma⁶⁹. 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, pero mientras se admitía su control jurisdiccional las potestades discrecionales se hallaban inmunes a dicha fiscalización por el Consejo de Estado.

Pronto se advirtió que el fenómeno de lo discrecional no podía simplificarse tanto pues si, 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.

En efecto, aparte de las fórmulas elásticas que entrañan conceptos jurídicos indeterminados (aunque legalmente hayan sido objeto de una predeterminación legal) que, en principio, admiten sólo una decisión justa o un conjunto limitado de decisiones razonablemente posibles, lo cierto es que ya sea por la existencia de lagunas normativas o la presencia de normas oscuras, imperfectas o incompletas, el órgano administrativo no actúa siempre en función a conductas predeterminadas en forma expresa o implícita por la norma. Incluso, en ciertas ocasiones y a condición de no vulnerar garantías fundamentales de la Constitución (v.g. en materia de actos de gravamen), el órgano administrativo debe determinar el sentido de la finalidad del acto conforme al principio de la especialidad⁷⁰. De un modo u otro, la Administración participa activamente en el proceso de creación del derecho.

Para un sector de la doctrina española la clave que explica el fenómeno discrecional se encuentra en la apreciación del interés público y no en la libertad

62 Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., ps. 216-218.

63 Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 35.

64 Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979, ps. 135-137.

65 Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 219.

66 García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, cit., p. 142 y *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, 1º ed., reimpr., Civitas, Madrid, 1986; véase, además: Leguina, Jesús, *Principios generales del Derecho y Constitución*, Revista de Administración Pública, nro. 114, Madrid, 1987, p. 7 y ss.; y Beladiez Rojo, Margarita, *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994.

67 García de Enterría, Eduardo, “Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, en su *Reflexiones sobre la ley...*, cit., p. 102.

68 Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 167 y ss.

69 Hace alusión a ese concepto: Subra de Bieusses, Pierre, *La potestad discrecional*, cit., p. 31.

70 Véase lo que decimos en nuestro *Derecho Administrativo*, Tº I, 8º ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, ps. 253-254.

de elección del órgano administrativo, que sólo puede emitir la solución justa⁷¹. Es fácil ver que esta teoría desemboca en la eliminación de lo que constituye el núcleo de lo discrecional y nos parece insostenible en el plano de la realidad porque lo ambiguo e impreciso del concepto de interés público y la reducción a éste único criterio conduce a reconocer, muchas veces, la existencia de varias soluciones a que sólo tienen una apariencia de justicia.

Otros autores han puesto también el acento en el interés público que anida en el fenómeno de lo discrecional que implica el reconocimiento de una potestad para apreciar subjetivamente el interés público o bien común a fin de seleccionar, entre varias soluciones, una que sea igualmente válida para el derecho "en su concreción práctica"⁷². Pero aún cuando, en líneas generales, pueda coincidirse con tal concepto de la discrecionalidad siempre será necesario determinar si el ejercicio de esa potestad es enteramente libre o privativo de la Administración o si se encuentra limitado por principios jurídicos fundamentales del ordenamiento, en particular, por la prohibición de arbitrariedad (que, como veremos, comprende la irrazonabilidad en sentido estricto) y por los demás principios generales del derecho.

De acuerdo con la formulación principista del derecho constitucional español, a la que antes se aludió (art. 103.1 CE), los poderes discrecionales de la Administración no se hallan fuera de la ley ni del derecho ni tampoco están exentos del control judicial.

En este punto se encuentra, nos parece, uno de los aspectos centrales de las discrepancias existentes al desconocer que la prohibición o interdicción de la arbitrariedad actúa como límite negativo, racional y objetivo que acota el ejercicio de los poderes discrecionales. Y aunque la cuestión del control jurisdiccional constituye un tema complementario al que plantea la discrecionalidad, los principios que derivan de la división de poderes y de la tutela judicial efectiva reclaman que cuando se transgreda la prohibición de arbitrariedad, los jueces poseen competencia para enjuiciar el respectivo acto, contrato o reglamento administrativo.

De ese modo, la facultad de elección en que básicamente radica la discrecionalidad opera siempre dentro de la Constitución y de los principios que la nutren que se han señalado, cuya esencia radica en no transgredir la prohibición de arbitrariedad o irrazonabilidad. Discrecionalidad y razonabilidad son así como dos caras de una moneda que circula

hasta tanto el juez compruebe que algunas de esas facetas no son válidas o legítimas (v.g. si la decisión fuere arbitraria).

¿Qué es en definitiva la discrecionalidad? ¿Es un concepto unívoco? En las páginas anteriores se han descrito, someramente, algunas de las principales concepciones que muestran la gran disparidad de criterios existentes en la doctrina española (que en la alemana e italiana no es menor).

Con todo, nos parece que apunta bien -en líneas generales- Desdentado⁷³ cuando lleva a cabo la tarea científica de reducir las concepciones a una suerte de "denominador común" que configura un "supraconcepto" que, como tal, pertenece a la Teoría General del Derecho. Ese denominador común que se encuentra presente en todas las formas y especies de discrecionalidad "hace referencia a un determinado modo de operar, de actuar, de realizar algo, consistente en la adopción de decisiones... mediante una elección entre diferentes alternativas...". Sin embargo, sin desconocer el valor teórico de la tesis de desdentado, creemos que 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)⁷⁴. 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 -como afirma Desdentado⁷⁵- 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 arbitrario⁷⁶. Lo contrario sería tanto como identificar lo jurídico con lo positivo, lo que

71 Fernández Farreres, Germán, *La subvención, concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 642. La doctrina de Fernández Farreres es cronológicamente posterior a la tesis de Sainz Moreno que se indica a continuación.

72 Véase: Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, p. 348; Sesín, Domingo, J., *Administración pública, actividad reglada...*, cit., p. 443; ver también: Comadira, Julio R., *Derecho administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*, 2º ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 507 y Corvalán, Juan G., *Un nuevo enfoque sobre la discrecionalidad administrativa*, RAP nro. 351, Buenos Aires, 2007, ps. 67-68.

73 Desdentado Daroca, Eva, *Discrecionalidad administrativa...*, cit., ps. 70-71.

74 Véase: Hutchinson, Tomás, *Principio de legalidad, discrecionalidad y arbitrariedad*, en "Derecho Administrativo. Aportes para el Rediseño Institucional de la República", Reiriz, María Graciela (Coord.), LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 300.

75 Desdentado Daroca, Eva, *Discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 71.

76 Hutchinson, Tomás, cit., ps. 310-314.