

DOCTRINA

Algunas reflexiones en torno del bien común y la discrecionalidad administrativa

I. El Derecho y el bien común

Las reflexiones que se vuelcan a continuación pretenden establecer la existencia de un cierto paralelo entre el papel limitado que se asigna al Derecho en la consecución del bien común, por un lado, y la identificación de un ámbito del accionar público –y, más precisamente, del administrativo– que ha de gozar de algún grado de autonomía respecto del ordenamiento jurídico para poder satisfacer adecuadamente el interés general, por otro. Ese ámbito de relativa “libertad” de la Administración configura lo que se ha dado en llamar la “discrecionalidad administrativa”, concepto que, en buena medida en razón de la centralidad que ocupa en la ciencia administrativista, ha concitado con frecuencia la atención de la doctrina en las últimas décadas.

Conviene comenzar por explicitar qué quiere decirse cuando se afirma aquello del *papel limitado que se asigna al Derecho en la consecución del bien común*, primer extremo de la comparación propuesta. Al respecto, señala Martínez López Muñiz que el hecho de que el Derecho propenda al bien común (o, como dice el autor, que el Derecho esté “finalizado al bien común”) no significa que mediante él pueda alcanzarse dicho bien en forma plena.¹

¹ El referido autor lo explica en los siguientes términos: “El Derecho es imprescindible para el bien común y es parte importante, incluso, de ese bien común, pero la plenitud del bien común requiere aportaciones individuales a la sociedad, conductas y comportamientos que van más allá de lo exigido por el Derecho, que en tal sentido no es sino instrumento básico pero limitado del perfeccionamiento social. El Derecho no puede garantizar plenamente la buena conducta ética de los ciudadanos en sus distintas esferas personales, familiares, profesionales, etc., cuya relevancia para el bien común no es en modo alguno desdeniable. El Derecho no puede garantizar plenamente el progreso técnico y científico o artístico, que, sin embargo, tanta importancia tiene para el bien común”. Y concluye diciendo: “[...] nunca puede pretenderse lograr mediante el Derecho la plenitud del bien común: la experiencia muestra incluso que una excesiva ampliación de lo jurídico dificulta el logro de dicha plenitud, pues comprime e inhibe las virtualidades de la libre responsabilidad personal.” (cfr. su trabajo “Sobre la esencia del Derecho”, en AA.VV., *Estudios in Memoriam del Profesor Manuel Iglesias Cubría*, II, Universidad de Oviedo, 1994, pp. 553 y sigs. –el subrayado me pertenece–).

Semejante conclusión emana, en primer lugar, de la circunstancia evidente de que el bien común no es únicamente fruto de la labor del Estado, el cual ciertamente desempeña un rol protagónico (aunque no excluyente) en la creación del Derecho. También los ciudadanos, así como las sociedades intermedias, han de contribuir a alcanzar esa meta común, consistente en establecer “*un conjunto de condiciones sociales que permitan a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección*”². Esa doble vertiente (pública y privada) de esfuerzos hacia un mismo objetivo viene gobernada por el principio de subsidiariedad, que limita y localiza convenientemente la intervención que corresponde al poder público en el quehacer económico y social.

Pero además, circunscripto el análisis a la tarea que toca exclusivamente al Estado, puede afirmarse que la autoridad pública equivocaría el camino si pretendiera reducir su labor a la estricta generación y aplicación de un sistema jurídico exhaustivo como único medio para procurar, en cuanto a la esfera pública compete, el bien común.³ Es preciso insistir en que el Derecho es una herramienta insuficiente para lograr, por sí solo, tal objetivo. La actividad administrativa es, a no dudarlo, mucho más compleja en su despliegue y contenido, cualquiera sea la época histórica o latitud geográfica que se examine.

Sentada la premisa precedente, se genera una tensión en el ánimo del jurista publicista, preocupado por lograr que toda la actividad llevada a cabo por el poder público quede sometida al ordenamiento jurídico, máxime a partir de la concepción del Estado como un “*Estado de Derecho*”. Tal objetivo, loable en sí mismo, puede conducir, si no se presta suficiente atención, al exceso de considerar que no sólo la actividad pública en toda su extensión, sino también en toda su profundidad (esto es, en todos y cada uno de los elementos que la integran), debe quedar configurada por parámetros jurídicos, o, lo que es lo mismo, absolutamente predeterminada por directrices emanadas del Derecho. Semejante extremo es claramente inasequible, y la pretensión de conseguirlo deriva en un evidente empobrecimiento de la realidad social que, ciertamente, no se circunscribe a su faz jurídica.

Afortunadamente, nadie sostiene hoy en día que el Derecho sea la única variable en función de la cual deban adoptarse las decisiones públicas. Con todo, el dilema

² Se trata de la definición, ya clásica, de bien común brindada por el papa Juan XXIII en su encíclica *Mater et Magistra*, núm. 65, que luego fuera ampliamente acogida por la ciencia política.

³ No en vano se ha dicho que “*la existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano: éste no puede ser reducido a una pura ‘nomocracia’ objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas*” (cfr. García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, novena edición, Madrid, Civitas, 1999, p. 449).

persiste en cuanto a establecer qué rol deba desempeñar aquél en el curso de ese quehacer público *finalizado al bien común*. La cuestión está, entonces, en discernir dónde se fijan los límites de la injerencia del Derecho en la toma de tales decisiones.

En el campo del Derecho Administrativo, el reconocimiento de los límites del Derecho en relación con el ejercicio del poder público da origen, precisamente, a la noción de *discrecionalidad*. De allí que un intento por establecer qué ha de entenderse por dicho término irá en beneficio de una mejor comprensión de la negativa a visualizar la labor de gobierno como limitada a su mera configuración jurídica.

2. La discrecionalidad administrativa: un concepto jurídico discutido

Basta asomarse a la cuantiosa literatura producida sobre la discrecionalidad administrativa para convencerse de que no se trata de una noción pacíficamente aceptada, y, mucho menos, unívocamente entendida.

Como primera aproximación a su significado, podemos decir con Bullinger⁴ que la discrecionalidad administrativa comporta una independencia doble: por un lado del Poder Legislativo y por otro del control judicial. No obstante, como se deduce de la reseña histórica contenida en el trabajo de dicho autor alemán que aparece citado al pie, al primigenio reconocimiento amplio de ese “*espacio libre de vinculación a la legalidad y de control judicial*” que era *legítimo* concederle a la Administración Pública (idea imperante hacia la segunda mitad del siglo XIX)⁵ sobrevinieron otras posturas, no menos enfáticas, renuentes a otorgar a aquélla semejante exención jurídica, que llegaron incluso a tildar a la discrecionalidad administrativa de “*caballo de Troya del derecho administrativo del Estado de Derecho*”⁶. Así, de la mano de la doctrina – también de origen germano – de los *conceptos jurídicos indeterminados*, se propugnó la práctica desaparición de la idea tradicional de discrecionalidad y, en cualquier caso, su sometimiento a un control casi absoluto por parte de los tribunales.⁷

⁴ Bullinger, Martín, “La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial”, revista *La Ley* (española), IV, 1987, pp. 896 y sigs.

⁵ *Ibidem* p. 897.

⁶ La frase, ya célebre para quienes se dedican al estudio del tema, corresponde a H. Huber, citado por Bullinger en el artículo al que venimos haciendo referencia.

⁷ Beltrán de Felipe, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 60. Este autor hace referencia a la similitud que se observa en la evolución sufrida sobre el particular por el Derecho Administrativo de distintos países, como es el caso de Alemania, Estados Unidos de Norteamérica y España, aun cuando el proceso no se haya producido simultáneamente en todas esas naciones. Debe dejarse a salvo que la referida en el texto configura una postura

Ciertamente, no es esa la postura imperante en nuestros días, en los que más bien se ha extendido ampliamente la idea de que resulta saludable y hasta necesario dar a la Administración un espacio de actuación propio que guarde cierta *distancia* de los condicionamientos legales, y que deba al mismo tiempo ser respetado —en alguna medida— por los tribunales.⁸ Esta perspectiva no sólo responde a criterios principalistas enunciados en resguardo de un armonioso equilibrio entre los distintos poderes públicos,⁹ sino también a razones prácticas, que se dirigen a dotar a los funcionarios administrativos de herramientas idóneas para que puedan cumplir con eficacia las graves tareas que les han sido encomendadas.

No obstante, a la hora de profundizar y precisar el alcance de esta tendencia, no se acierta a proponer fórmulas que conciten la adhesión unánime o, al menos, generalizada de autores y jueces, con lo que —si bien acotado en los términos antedichos— se prolonga indefinidamente el debate de una cuestión tan medular a la ciencia jurídica pública. En suma, la discusión que persiste pasa por precisar dónde ha de establecerse el límite a partir del cual el accionar administrativo queda libre de toda predeterminación jurídica (fundamentalmente legislativa) y, en consonancia con ello, del control de juridicidad que ejercen los tribunales. Dicho en otros términos, el problema de fondo consiste en cómo se llega a *aislar* del cúmulo de la actividad desempeñada por la Administración, y, más aún, de lo que conforma genéricamente el ejercicio de su actividad discrecional, el núcleo

extrema respecto de los *conceptos jurídicos indeterminados*, inadmisibles a mi juicio y que no invalida el reconocimiento del avance que supuso la formulación de esa figura jurídica en la lucha por la necesaria demarcación de los límites en los que ha de desenvolverse el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

⁸ Señala, al respecto, Miguel Sánchez Morón que “desde los albores de este siglo que termina (o con mayor retraso en ciertos países), la discrecionalidad administrativa ha dejado de considerarse como un ámbito material confiado a la libre disposición de la Administración, injusticiable por esencia. Este es el elemento de ruptura decisivo con la teoría del derecho público del pasado siglo. Pero queda igualmente claro que la discrecionalidad administrativa tiene su función y su justificación propia en el Estado de derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad y a las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la Administración y que no son reductibles a un proceso lógico de interpretación y aplicación de las normas jurídicas” (cfr. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 91-92).

⁹ El origen de esa línea de fundamentación de la discrecionalidad administrativa es atribuido por Tomás-Ramón Fernández a la doctrina revolucionaria francesa, preocupada, como se sabe, por establecer una clara separación entre los poderes administrativo y judicial hasta el punto de crear una Administración contenciosa para juzgar, en exclusiva, los actos emanados de la Administración Pública (ver su libro *De la arbitrariedad de la Administración*, segunda edición ampliada, Madrid, Civitas, 1997, pp. 25 y sigs.). Tal concepción aparece gráficamente condensada en el lema revolucionario “*Juger l'Administration c'est aussi administrer*”, citado por el mismo autor.

irreductible al que debe garantizarse esa doble independencia (del legislador y de los jueces) a la que se refirió Bullinger. Lograrlo supone, ni más ni menos, ponerse de acuerdo sobre la naturaleza y contenido de la discrecionalidad administrativa, tarea ésta que ha resultado, hasta el presente, ímproba.

Sí parece, sin embargo, haber suficiente consenso acerca de que existen ciertas “*actuaciones de la Administración que no son jurídicas o que no se mueven por los parámetros del derecho*”¹⁰. En ese ámbito se coloca a la discrecionalidad.¹¹ En efecto, cuando se dice que la discrecionalidad es “*una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos*”,¹² en definitiva, lo que se está es admitiendo que los parámetros de decisión que empleará la autoridad administrativa serán ajenos al mundo jurídico.¹³ En esos casos, aquélla

¹⁰ Sánchez Morón, Miguel, op. cit., p. 31.

¹¹ Así lo entiende, entre otros, Beltrán de Felipe, para quien la discrecionalidad “*consiste en un ámbito en el que la Administración se mueve, como ya sabemos, según criterios no sólo no regulados por el Derecho sino a veces incluso extrajurídicos*” (ver op. cit., p. 174). Añade más adelante dicho autor que “*la discrecionalidad es una no regulación detallada, a veces incluso una no regulación, una regulación principal o mediante estándares, de determinadas decisiones. Consiste, pues, en un vacío cuya concreción está constitucionalmente atribuida a la Administración bajo el control de los Tribunales, control que sólo podrán ejercer cuando el Derecho les ofrezca criterios para ello. Y aunque se diga, y con todo acierto, que la esencia de la discrecionalidad es ajurídica, el traspasar los límites básicos de la habilitación legal (razonabilidad, proporcionalidad, etc.) la convierte en jurídica: lo en principio ajurídico deviene jurídico cuando se traspasan o quebrantan los límites impuestos por el Derecho*” (op. cit., pp. 174-175). En el mismo sentido, Eva Desdentado Daroca afirma enfáticamente que “*no hay lugar para la discrecionalidad dentro del Derecho, sino sólo fuera de él*” (cfr. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 43).

¹² García de Enterría, E. y Tomás-Ramón Fernández, op. cit., Tomo I, p. 452.

Tal *libertad de acción* puede llegar, incluso, a habilitar a la Administración a optar por no actuar, por juzgarlo la alternativa que mejor se ajusta a las necesidades del interés general (cfr. Gambier, Beltrán, “La potestad sancionatoria de la Administración en materia disciplinaria: ¿actividad reglada o discrecional?; lo atinente a la oportunidad, mérito o conveniencia del dictado del acto (A propósito de una doctrina de la Procuración del Tesoro)”, en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 15-16, año 1994, p. 224. En el mismo sentido, Tawil, Guido Santiago, *Administración y Justicia (Alcance del control judicial de la actividad administrativa)*, Tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1993, pp. 372-373).

¹³ Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, cuarta edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 417-418.

En este sentido, encuentro criticable la definición adoptada por Luciano Parejo Alfonso cuando identifica la discrecionalidad administrativa con un “*espacio entregado a la decisión administrativa para [...] la creación de la regla jurídica aplicable al caso, en virtud de una reducción de la densidad de la regulación previa de programación o vinculación de la actividad administrativa, determinante de la atribución de la correspondiente competencia a la Administración*” (cfr. su obra *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 117 —el subrayado me pertenece—). Personalmente, considero

optará por una u otra solución por motivos económicos, de índole técnica,¹⁴ por razones estrictamente políticas, sobre la base de argumentos medioambientales, o en función de varios o todos ellos simultáneamente, según las circunstancias.¹⁵ En síntesis, podríamos decir que lo discrecional estaría en *lo no jurídico* de la decisión administrativa.

He aquí lo verdaderamente determinante, lo que justifica que ese espacio del accionar público deba mantenerse al margen del gobierno de las leyes (ya que no resulta posible prever de antemano la decisión que resulta conveniente para cada uno de tales supuestos)¹⁶ y del control de los jueces (por cuanto, a falta de elementos de ponderación provistos por el orden jurídico, mal podrán éstos apreciar si la decisión adoptada resulta o no conforme a Derecho).

Nos reencontramos, así, con el punto de partida propuesto, cual era el de intentar establecer alguna identificación entre la premisa, abstracta, de que el Derecho no es suficiente para la obtención del bien común y la técnica jurídica, concreta y específica del campo iusadmini-

que, en el ejercicio de su discrecionalidad, la autoridad administrativa no estará propiamente *creando una regla jurídica para el caso*, sino simplemente actuando sobre la base de valoraciones que provienen de otros campos (económico, técnico, político, ecológico, etc.) distintos del jurídico. Y aun en aquellos casos en que la actividad discrecional se concrete en la creación de normas jurídicas (como sucede, por ejemplo, con el dictado de reglamentos cuyo contenido no viene predeterminado por la ley), dicho resultado no hace, en mi opinión, a la esencia de la discrecionalidad, sino que es indiferente para el encuadramiento de la actividad como discrecional. Lo que permite que dicha labor sea calificable como discrecional es, precisamente, el hecho de que sea desenvuelta sin ajuste a directivas emanadas del ordenamiento jurídico, bajo la libre elección de la Administración que resuelve en el caso sobre la base de factores de oportunidad.

¹⁴ Sin pretender incursionar en el debate relativo a la mal llamada *discrecionalidad técnica*, baste señalar aquí que sólo cuando existe disenso entre los especialistas acerca de la solución técnica para un determinado problema la autoridad administrativa conserva un margen de libertad (discrecional) para escoger entre las distintas alternativas debatidas (cfr. Mairal, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Volumen II, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 648-650).

¹⁵ Según Sánchez Morón, “la discrecionalidad comporta, como se reconoce por doquier, la necesidad de tomar en cuenta criterios no estrictamente jurídicos para adoptar la decisión, es decir, criterios políticos, técnicos o de mera oportunidad o conveniencia (económica, social, organizativa), según los casos” (op. cit., p. 114).

¹⁶ Es interesante, a este respecto, la reflexión que realiza Beltrán de Felipe al calificar de “*ingenuo*” el clásico lema de “*government by law, not by men*”, precisamente en razón de que las normas por sí mismas no pueden resolver todas y cada una de las situaciones que caigan bajo su ámbito de aplicación (op. cit., p. 25). Con todo, situada en su contexto, la frase ciertamente cobra el sentido de tender a la implantación de un régimen político que no dependa exclusivamente de la voluntad libérrima del gobernante de turno, sino que responda, en lo fundamental, a las pautas básicas que emanen del órgano de mayor representación popular, cual es la Asamblea Legislativa, cualquiera sea su conformación institucional.

nistrativo, de la discrecionalidad administrativa, entendida como ámbito de decisión de la Administración no predeterminado por el Derecho ni sometido a control jurídico, sino sujeto a variables de ponderación extra o metajurídicas. El primer enlace entre los dos términos de la comparación estaría dado por la presencia de cierta *porción* de las decisiones administrativas (las *discrecionales*) que, en razón de su contenido extrajurídico, debe quedar exenta de predeterminación por las leyes y de revisión judicial.

3. La necesaria limitación del control judicial de la discrecionalidad administrativa

Es interesante ver cómo podemos arribar a conclusiones similares a las expuestas desde la perspectiva de los límites del control que corresponde ejercer a los tribunales sobre este ámbito de la actividad administrativa definido como discrecional. Ello nos permitirá, al mismo tiempo, explicitar el correcto sentido con que se ha de interpretar la exención de revisión judicial de dicha actividad que se postulara al final del capítulo anterior, de modo que no haya lugar a malos entendidos.

En el reparto de funciones públicas diseñado a partir del sistema tripartito de gobierno, es innegable que a la Administración se le adjudicó una misión más fácilmente identificable con el orden político, mientras que a los jueces se les encomendó un cometido estrictamente jurídico.¹⁷

Con tal afirmación se quiere poner de relieve que la ubicación institucional —en cierto sentido— central, desde el punto de vista político, dada a la Administración Pública, responde al hecho de que su función específica, la de *administrar la cosa pública*, se emparenta más íntimamente con lo que es propio de la función de gobierno.¹⁸ Esto

¹⁷ Quienes más se han esforzado en el último tiempo por destacar la diferencia esencial que existe entre ambas funciones, la de administrar y la de juzgar, han sido, sin duda, Parejo Alfonso (el título de su libro más arriba citado es de por sí demostrativo de tal preocupación) y Sánchez Morón. Este último, en uno de los párrafos de su trabajo, declara que “una cosa es administrar (y gobernar), función constitucionalmente atribuida a los órganos del tradicionalmente llamado Poder Ejecutivo, para lo que se requiere en muchas ocasiones una buena dosis de discrecionalidad, y otra cosa es la función de juzgar, que comporta el control de los aspectos estrictamente jurídicos del ejercicio de los poderes discrecionales [...]” (op. cit., pp. 92-93).

¹⁸ Dejemos por el momento de lado, puesto que nos distraería del objetivo perseguido en nuestro análisis, el debate relativo a la ubicación relativa del Poder Ejecutivo respecto del Poder Legislativo. Como es sabido, tradicionalmente se ha sostenido que la relación entre ambos está gobernada fundamentalmente por el principio de legalidad. Según dicho postulado, toda acción singular del poder debe estar justificada en una ley previa, lo cual se funda en la idea de que las asambleas legislativas ejercen el máximo grado de representación popular y, por tanto, resultan el órgano en condiciones de expresar más fielmente la voluntad general. En los últimos años, algunas voces autorizadas del Derecho Administrativo español, siguiendo la corriente iniciada en

redunda en la postura eminentemente positiva y activa de la Administración frente a los problemas sociales, reflejada en la iniciativa en la conducción de los asuntos públicos que le corresponde asumir para dar satisfacción a las necesidades de carácter general.

Al Poder Judicial, en cambio, le cabe un rol de inferior protagonismo, lo cual, en modo alguno, desmerece o disminuye la trascendencia de su tarea e, incluso, la relevancia política (en el sentido amplio del término) que puede en muchos casos alcanzar. Su cometido propio es, como anticipáramos, el de erigirse en guardián del pleno respeto del ordenamiento jurídico,¹⁹ tanto en el ámbito público como entre los ciudadanos. Su *modus operandi* es, también, fiel reflejo de esa localización que podríamos calificar de periférica, lo que le confiere una postura pasiva y expectante frente a los conflictos (siempre de orden jurídico) en que le toca intervenir. Este *temperamento* de que ha sido dotado el órgano judicial forma, sin duda, parte de la preocupación por equilibrar el juego de poderes que preside la concepción tripartita. En dicho esquema, es razonable que, existiendo un ejecutor de las decisiones políticas, quien actúa como guardián del orden jurídico no pueda, por su parte, obrar por pro-

pia iniciativa entorpeciendo (aunque más no fuera desde su perspectiva jurídica) la labor de aquél, lo que llevaría en corto tiempo a la parálisis del sistema.

Planteadas así la distribución de funciones, no supone mayor esfuerzo admitir que, cuando de controlar la actividad —discrecional o no— de la Administración se trata, los tribunales deben hacerlo desde la única herramienta que —en virtud de la competencia que les ha sido constitucionalmente asignada— poseen, es decir, bajo el prisma de la juridicidad de aquella actividad.²⁰ Esa misma parcialidad o especificidad de la óptica judicial es lo que impone los límites al alcance del control ejercido por los tribunales. Esta restricción (no en extensión, como se dijo ya, pues toda la actividad administrativa puede ser examinada en su legitimidad, sino en la densidad o profundidad del control) proviene, entonces, en último análisis, de los límites inherentes a la competencia —exclusivamente jurisdiccional— del órgano judicial.

Esto, que parece bastante obvio, tiene enormes consecuencias prácticas cuando se trata de precisar, en concreto, los límites del control judicial sobre la actividad discrecional de la Administración. Si, como dijera, por discrecionalidad administrativa debe entenderse un ámbito de la actividad que escapa a la predeterminación jurídica y que se integra por decisiones que son fruto de valoraciones extrajurídicas, forzoso es concluir que los jueces nada tendrán que decir en ese campo, al menos en aquello que hace exclusivamente a los factores metajurídicos involucrados. Idear un control exhaustivo por parte de los tribunales sobre la actividad discrecional de la Administración que abarcara la evaluación de las facetas económicas, sociales, políticas o ambientales de la decisión administrativa adoptada, impondría a los jueces una labor que, por la índole de la función a ellos encomendada, claramente los excede.²¹ Y ello con mayor razón cuando las resoluciones judiciales deben, para su validez, estar fundadas en un silogismo jurídico que justifique lo decidido, fundamentación ésta que sería materialmente imposible cuando decidir en uno u otro senti-

Alemania a partir de la denominada *doctrina de la esencialidad*, han sugerido la necesidad de flexibilizar el principio de reserva de ley y, por consiguiente, la modalidad de la sujeción de la Administración a la ley formal, atendiendo fundamentalmente a un mayor grado de realismo frente a la cada vez más compleja configuración de los problemas públicos y a la aceleración de los cambios sociales que se advierte con el curso de los años. En ese nuevo marco, afirman, se torna todavía más impracticable intentar contar con una programación exhaustiva por parte del legislador, que traería consigo el peligro de asfixiar o volver inoperante a la Administración. Se habla, así, del paso de una *vinculación positiva* entre la Administración y la ley, en la que ésta establece con toda precisión qué es lo que aquélla debe limitarse a ejecutar, a una *vinculación negativa* entre ambas, en la que básicamente el legislador fija los límites que la autoridad administrativa no puede traspasar, dejando luego a ésta libertad para atender de la forma que estime más adecuada las necesidades del interés público (cfr. Parejo Alfonso, L., op. cit., p. 76, y pp. 96 y sigs.; también Sánchez Morón, M., op. cit., pp. 104-105). El planteo me parece inobjetable siempre que se deje a salvo que, en última instancia, siempre deberá existir una norma legal o constitucional que atribuya *claramente* (lo que no es sinónimo de *expresamente*) competencia a la Administración actuante, aspecto éste en el que siempre se requerirá una vinculación de tipo positivo entre el órgano administrativo y la norma habilitante de superior jerarquía. Por el contrario, llevar al extremo el argumento de justificar la legalidad del accionar administrativo exclusivamente desde la óptica de la vinculación negativa equivaldría a equiparar el ámbito de actuación legítima de la Administración con el de cualquier sujeto privado, que goza de libertad para hacer todo lo que la ley no prohíbe, lo que ciertamente no puede compartirse.

¹⁹ La naturaleza eminentemente jurídica (o jurisdiccional, si se prefiere) de la función atribuida a los jueces surge de los mismos textos constitucionales. En el caso de la Constitución Nacional, resulta claramente del texto del artículo 116. En cuanto a la Constitución Española, los artículos 106.1 y 117 son suficientemente elocuentes.

²⁰ El artículo 106.1, CE, establece textualmente que “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. Tomás-Ramón Fernández aclara, precisamente, que dicho control ejercido por los jueces es llevado a cabo “por los medios del Derecho, que es la única herramienta a disposición de los Tribunales” (op. cit., p. 196).

²¹ En el mismo sentido, cfr. Sánchez Morón, quien expresamente afirma que dado que la discrecionalidad “atañe a los elementos de oportunidad y a las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la Administración y que no son reductibles a un proceso lógico de interpretación y aplicación de las normas jurídicas”, es lógico que “el control judicial (es decir, jurídico) de la discrecionalidad administrativa tenga también sus límites, pues los jueces no pueden interferir en los aspectos políticos, técnicos o, en cualquier forma, no jurídicos de la decisión sin exceder la esfera de las funciones que tienen atribuidas” (op. cit., pp. 91-92).

do dependiera, por definición, de argumentos ajenos al mundo del Derecho.

En definitiva, los jueces son sólo guardianes del *compone* *jurídico* de la actividad desarrollada por el poder público. Ello no nos debe preocupar, como si entonces los otros aspectos de las decisiones públicas estuvieran exentos de todo control. Pensar así significaría, una vez más, erigir al Derecho en el único vehículo disponible para alcanzar el bien común. En rigor de la verdad, todo error que pudiera verificarse en las valoraciones relativas a factores políticos, sociales, económicos, técnicos o ambientales inherentes a las decisiones discrecionales de la Administración recibirá su correspondiente sanción, ya no de manos de los jueces, sino por parte de la opinión pública o a través de los mecanismos de censura o destitución política (para los supuestos más graves) a cargo del órgano legislativo, o bajo la forma de un desajuste o crisis económicos, o de desperfectos técnicos, o de desequilibrios o catástrofes ecológicos, según los casos. Es evidente, así, que no pesa sobre el Derecho, ni, por ende, sobre los jueces que tienen a su cargo velar por su respeto, toda la responsabilidad por enmendar las equivocaciones de la Administración.

Vale la pena destacar, por lo demás, que en tanto la discrecionalidad importa la ausencia de ingredientes jurídicos, no puede —al menos con propiedad— predicarse de la labor que desempeña el Poder Judicial.²² Este, en

²² Con algunos matices, participan de esta idea autores como Manuel Atienza y Eva Desdentado Daroca. El primero de ellos sostiene que “el juez (en los casos difíciles) ejercita una discrecionalidad ‘débil’, en cuanto que su decisión no está completamente predeterminada por las reglas”, mientras que, por el contrario, “frente a este tipo de discrecionalidad, la administrativa sería una discrecionalidad ‘fuerte’”, y la legislativa, a su vez, configuraría una discrecionalidad ‘fortísima’ (cfr. su trabajo “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, *Reda*, núm. 85, 1995, pp. 5-26). Desdentado Daroca, por su parte, comentando el pensamiento de Dworkin, señala que “puesto que la discrecionalidad no surge en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, sólo puede ser fruto de una atribución de potestad por la que se otorga al sujeto operante el establecimiento de sus propios principios de actuación. Desde el momento en que la conducta viene regida por un criterio que forma parte del ordenamiento jurídico desaparece la discrecionalidad, y se abre paso la interpretación. En la interpretación no cabe la discrecionalidad, porque en el ordenamiento jurídico siempre hay una única solución, incluso en los casos difíciles, y esa solución es la que debe esforzarse por encontrar el aplicador del Derecho” (op. cit., p. 42). En otra parte de su libro, la misma autora dice que “puede afirmarse que también los tribunales operan discrecionalmente aunque su discrecionalidad sea normalmente de escasas dimensiones en la medida en que exige más juicio que voluntad, se encuentra guiada por los materiales jurídicos existentes y cualquier decisión que se adopte ha de estar justificada mediante un argumento jurídico, aunque para ello sea preciso una integración valorativa del ordenamiento jurídico. La discrecionalidad propia de los tribunales sería, así, una ‘discrecionalidad jurídica’ o ‘débil’, que aparece en la concreción y aplicación del ordenamiento” (op. cit., pp. 74-75). En contra, ya en nuestro medio, Linares, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 181.

efecto, sólo dicta sus resoluciones por vía de una aplicación razonada del Derecho (no exclusivamente de las leyes), lo que no le confiere espacio ni medios para valoraciones que no emanen del mundo jurídico.²³ Goza, si se quiere, de algún grado de *libertad* para interpretar las normas en un sentido u otro, o para integrar el sistema jurídico en orden a su aplicación al caso concreto, pero ello no se ajusta a la noción de discrecionalidad.²⁴ La observación precedente constituye un argumento más para colocar fuera de las posibilidades reales del juez la ponderación de las decisiones discrecionales adoptadas por la Administración, toda vez que aquél, puesto a la tarea de controlar este tipo de decisiones, será incapaz de recrear en su propio ámbito el juicio valorativo (de oportunidad, no de juridicidad) que llevó al funcionario público a tomar su decisión. Ello no sucede, en cambio, frente a los *actos reglados* emanados de la Administración. Dado que ellos suponen de parte del órgano administrativo una mera interpretación y aplicación de lo que ya se encuentra previsto en las normas, no hay obstáculo para que el tribunal transite el mismo proceso discursivo seguido por aquel órgano y verifique, así, el acierto o no de la solución escogida.²⁵ El juicio valorativo que prece-

²³ Como bien lo apunta Rodolfo Barra, la facultad acordada por el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación a la Corte Suprema de Justicia para rechazar *in limine* el recurso planteado ante sus estrados sin dar razones y con la sola invocación de dicha norma importa una excepción a lo dicho, puesto que en tales circunstancias el máximo tribunal actúa innegablemente dentro de un ámbito de absoluta discrecionalidad, evidenciada, justamente, por la innecesariedad de exponer las razones de su decisión (cfr. su trabajo “Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial”, en la obra colectiva *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudio en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, Tomo III, Madrid, Civitas, 1993, p. 2236). Vale la pena destacar, sin embargo, que en el ejercicio de dicha facultad la Corte no está, estrictamente, desarrollando la función judicial que primordialmente le compete (la cual consiste en resolver conflictos con fuerza de verdad legal), sino que está, por así decirlo, en la antesala de dicha tarea, esto es, decidiendo si en tal asunto habrá o no de intervenir para revisar lo ya resuelto por una instancia judicial inferior.

²⁴ La doctrina ha calificado a esta tarea de interpretar y aplicar o subsumir el Derecho a los hechos, propia de los tribunales, como *discrecionalidad de juicio*, opuesta así a la denominada *discrecionalidad de actuación* inherente a la capacidad de elegir si se obra en uno u otro sentido, o si simplemente se omite hacerlo (cfr. Tawil, G. S., op. cit., Tomo I, p. 422).

²⁵ Es Parejo Alfonso quien describe con mayor lucidez la diferencia existente entre el control judicial de los actos reglados y de los actos discrecionales de la Administración, si bien siempre partiendo de la idea de discrecionalidad administrativa entendida como la capacidad de crear la norma en el caso concreto, postura esta última que fuera criticada más arriba. Es interesante, no obstante, transcribir los párrafos en que lo hace. Señala el autor mencionado que “cuando dicho proceso (de creación-integración del Derecho, y por tanto de interpretación-aplicación del mismo) se produzca en términos de programación o vinculación positivas suficientemente determinantes, en el plano jurídico, de la acción

de al acto es, en este caso, puramente jurídico y por tanto plenamente revisable por los jueces.

4. Técnicas delimitadoras del control judicial de la discrecionalidad administrativa

Hasta aquí se han expuesto las razones de fondo que exigen limitar la injerencia de los jueces en el ámbito de la discrecionalidad administrativa. Sin embargo, es doctrina unánimemente compartida que el control judicial sobre la actividad administrativa debe ser *pleno*, es decir, debe abarcar la totalidad de los actos emanados de la Administración,²⁶ de modo que cualquiera de ellos pueda ser llevado a los estrados para su sometimiento a la prueba de su validez jurídica.²⁷ La restricción a su control judicial, entonces, ha de ser cualitativa y no cuantitativa, pues no debe excluir ningún acto de la órbita de actuación de los jueces sino sólo permitir identificar cierta porción o aspecto de algunos de esos actos en la que aquéllos no pueden ingresar. Es que, tal como lo señala Marienhoff, en el Estado de derecho, la actividad de la Administración Pública debe siempre desarrollarse dentro del orden jurídico, aun cuando tal vinculación pueda observarse según diferentes grados (actividad reglada o discrecional).²⁸

Ahora bien, el problema más delicado estriba en cómo lograr reconocer con cierta técnica o rigor cuáles son los ámbitos del acto administrativo discrecional que los

tribunales deben celosamente respetar, y cuáles los que tienen ineludiblemente a su cargo revisar. Lo dicho hasta este punto no pasaría de constituir una serie de disquisiciones teóricas y un tanto abstractas, que por sí solas, en modo alguno, garantizarían que los jueces no fueran a traspasar los límites del terreno que les resulta propio.²⁹ Tales reflexiones requieren, por tanto, ser complementadas con ciertas técnicas, más o menos precisas, de delimitación del ámbito del control judicial, técnicas que son el fruto de la contribución realizada desde distintos sectores del Derecho comparado en el afán por llevar a cabo un más adecuado control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa. Veamos, sucintamente, en qué consisten.

a) El control de los elementos reglados del acto

Una primera aproximación al control jurisdiccional de la actividad discrecional de la Administración consiste en advertir que no existen actos administrativos discrecionales en estado puro, sino más bien potestades administrativas de esa naturaleza que se contraponen a las potestades regladas.³⁰ Ello conduce inmediatamente a colegir que en todo ejercicio de potestades discrecionales pueden distinguirse elementos reglados (es decir, predefinidos por las normas) y elementos discrecionales (libres de previa configuración jurídica) sin que existan

administrativa, de suerte que ésta sea meramente interpretativo-aplicativa, es decir 'reglada', el control judicial puede y debe ser capaz de reproducir íntegramente, en el contexto de su función propia, la fase de interpretación y aplicación y, por tanto, no sólo anular la decisión administrativa, sino también sustituir ésta por otra judicial. Cuando, por el contrario, el referido proceso implique la traslación a la Administración de la competencia misma para la creación, dentro de ciertos márgenes, de la regla jurídica, de modo que la acción administrativa no se limita a una mera interpretación-aplicación de reglas preexistentes, sino que su propia voluntad (y no la de la Ley superior o de la norma general previa) es la que genera, legítimamente, una regla nueva, el control judicial subsecuente no puede reproducir exactamente la actuación administrativa, por desbordar tal reproducción el ámbito de su propia función; debe limitarse a reproducir los extremos o aspectos formalizados o reglados (en el sentido de regulados), es decir, estrictamente jurídicos de dicha actuación: el marco normativo del espacio de libre decisión otorgado a la Administración, con la consecuencia inexorable de la imposibilidad de la sustitución de la decisión administrativa misma por otra judicial" (op. cit., pp. 102-103).

²⁶ Así surge explícitamente del artículo 116 de la Constitución Nacional que atribuye al Poder Judicial el conocimiento y decisión de *todas* las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y demás normas jurídicas.

²⁷ Cfr., Parejo Alfonso, L., op. cit., p. 22; Fernández, T. R., op. cit., p. 196; Beltrán de Felipe, M., op. cit., p. 76; entre otros.

²⁸ Cfr. Marienhoff, M.; op. cit., Tomo II, p. 415.

Son elocuentes, en tal sentido, los términos empleados por la Corte Suprema cuando señalara que *"la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el conferirles el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba"* ("Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos", 23 de junio de 1992, LL 1992-E, p. 101).

²⁹ Parece oportuno destacar que es ese un riesgo que, de todas maneras, siempre estará presente en alguna medida. Sin embargo, algo semejante ocurre en el ámbito del actuar administrativo, en el que la sola construcción de la *teoría del acto administrativo* no previene contra la existencia de innumerables actos irregulares emanados de la Administración. Podrá decirse, es cierto, que al menos las anomalías jurídicas cometidas por la autoridad administrativa siempre pueden ser enmendadas por el Poder Judicial, mientras que, frente a las violaciones del ordenamiento en que incurre éste, no existe un tercer órgano revisor en condiciones de subsanarlas. Con todo, si bien el control sobre la actuación de los tribunales por parte de los otros dos Poderes no es inmediato, en el sistema tripartito hay distintos mecanismos que permiten prevenirse contra las posibles arbitrariedades de la judicatura. Así, para casos extremos, queda siempre el recurso de la destitución de sus miembros por mal desempeño de sus funciones. Además, no debe olvidarse que en el sistema argentino la designación de los jueces está fundamentalmente en manos de los otros dos Poderes, que mediante un ejercicio responsable de esa facultad pueden practicar, hasta cierto punto al menos, un control anticipado de la regularidad de su funcionamiento.

³⁰ Cfr. García de Enterría, E. y T. R. Fernández., quienes literalmente afirman que *"la discrecionalidad, entendida como libertad de apreciación por la Administración, sólo puede referirse a algunos elementos, nunca a todos, de tal potestad"* (op. cit., I, p. 448). En el mismo sentido, entre nosotros, Marienhoff, M., op. cit., Tomo II, pp. 425-426; Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5.ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, pp. 26-28; Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Parte General, capítulo X, 4.ª edición actualizada, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, pp. 452-453; Fiorini, Bartolomé A., *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 33; y Tawil, G.S., op. cit., pp. 385-386; entre otros.

obstáculos para que los jueces lleven a cabo un control pleno sobre los primeros.³¹

Con todo, la aceptación de la facultad de los tribunales para revisar la legalidad de los elementos reglados fue abriéndose paso en forma gradual. En un primer momento, el Consejo de Estado francés, a quien debe atribuirse el mérito de los avances alcanzados por esta senda, se avino únicamente a examinar la competencia del órgano emisor del acto, para sólo luego proyectar su análisis hacia los aspectos formales o procedimentales y, por último, extenderlo sobre la ponderación del respeto al fin fijado por la norma a través de la técnica de la desviación de poder.³²

Si bien el control de los elementos reglados del acto ha sido la técnica primeramente propuesta en el Derecho comparado para reducir el ámbito de la actividad discrecional administrativa exenta de control por los tribunales, se ha señalado con acierto que, en rigor, ella no constituye —propriadamente— control de la discrecionalidad,³³ sino únicamente deslinde de lo que no pertenece a aquélla. Con todo, puede decirse que es un primer paso de suma trascendencia en orden al progreso del sometimiento al Derecho de la actividad administrativa en general, en aquello en que dicha sujeción debe existir. Ello, con mayor razón, por cuanto no persigue ni tiene por efecto un afán por *reducir* la discrecionalidad administrativa (objetivo éste al que algunas veces, equivocadamente, se aspira), sino simplemente *circunscribir* adecuadamente su ámbito.

b) La comprobación y valoración de los hechos determinantes del acto

Como es sabido, todo acto administrativo (sea producto del ejercicio de potestades regladas o discrecionales) debe dictarse sobre la base de la existencia de una serie de presupuestos fácticos que lo justifican o le sirven de causa,³⁴ al punto de que la ausencia de dichos antecedentes acarrea la invalidez del acto. Pues bien, precisamente a la verificación de la existencia y exactitud de

tales hechos apunta esta segunda técnica de control de la discrecionalidad administrativa.

La doctrina distingue, a este respecto, tres instancias consecutivas, cada una de las cuales comporta un grado más intenso en el control. La primera se detiene en la mera constatación de la veracidad de los hechos justificativos de la decisión (lo que los autores italianos han denominado *accertamento*). El segundo paso estaría dado por la evaluación de la calificación que de tales hechos ha realizado el órgano administrativo (entre los italianos, el *apprezzamento*), para comprobar si ha sido o no acertada. Y el último mecanismo propuesto alude a un control de congruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a la que se aplica, debiendo destacarse que aquí ya se estaría ante un control de la racionalidad intrínseca de la decisión (en el que luego me detendré) y no estrictamente ante un control de los hechos.³⁵

Queda claro que mientras el primero de los estadios referidos no ofrece dudas respecto de su procedencia,³⁶ el segundo y, con mayor razón, el tercero plantean ciertos resquemores en cuanto a si no configuran una intromisión excesiva por parte de los jueces en el examen de la valoración llevada a cabo por la Administración dentro de lo que pertenece a su ámbito competencial exclusivo. Al igual que ocurre con el control de los elementos intrínsecos de la estructura del acto que habremos de analizar luego, tal vez las dudas que pudieren suscitarse en tal sentido se lleguen a despejar por vía de la aceptación de un control jurisdiccional de signo negativo, que se limite únicamente a excluir del mundo jurídico aquellos actos administrativos que contengan anomalías en la calificación de los hechos o en cuanto a la congruencia entre los hechos y la decisión de una gravedad tal que los torne arbitrarios.

c) El control de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados

La figura de los *conceptos jurídicos indeterminados* surge de un nuevo esfuerzo por delimitar el campo de la actuación discrecional de la Administración, en cuanto tal exenta del alcance revisor de los jueces.³⁷

Mediante dicha noción se alude a “una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado

³¹ Este punto de vista es sabiamente receptado en la Exposición de Motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, del 27 de diciembre de 1956, de España, en la que textualmente se señala que la discrecionalidad “*ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos*”.

³² Cfr. García de Enterría, E. y T. R. Fernández, op. cit., I, pp. 457 y sigs.

³³ Tomás-Ramón Fernández, en su libro más arriba citado, destaca que cuando se controlan los elementos reglados del acto “*no hay, en sentido estricto, control alguno sobre el núcleo del poder discrecional*”. Otro tanto afirmará respecto del control judicial de los hechos determinantes de la decisión y del empleo de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados (cfr. op. cit., p. 130).

³⁴ Cfr. artículo 7º, inciso b), de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

³⁵ Cfr. Sánchez Morón, M., op. cit., pp. 20-21.

³⁶ Es más, como con toda razón afirman García de Enterría y Fernández, no estaríamos, aquí tampoco, ante un supuesto de discrecionalidad, ya que “*la realidad es siempre una y sólo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra*” (op. cit., I, p. 464).

³⁷ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, “La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”, en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 3, 1990, pp. 99-101 y 104.

(legal), no obstante lo cual es claro que (la norma) intenta delimitar un supuesto concreto".³⁸ Los autores mencionados en la cita explican que "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".³⁹ Se afirma, en consecuencia, que la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados admite una sola solución justa en cada caso (sólo una sería, por ejemplo, la oferta más conveniente⁴⁰), por lo que no se da esa "indiferencia" de las distintas alternativas disponibles frente al Derecho que se suele atribuir a la discrecionalidad.⁴¹

Con ajuste a la definición expuesta, la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados parece manifiesta. La norma que hace uso en su formulación de estos últimos procura establecer la solución concreta que espera del órgano que tendrá a cargo su ejecución, con lo que no habría espacio para la libre elección. Sólo hará falta aplicar lo prescrito por el legislador, aunque para ello, por cierto, será menester identificar y especificar dentro de la realidad fáctica con que se opera el hecho configurador del concepto jurídico indeterminado contenido en la disposición legal. Se estaría, entonces, ante un tipo particular de actividad reglada, cuya única particularidad estaría dada por la innegable vaguedad de la regulación en lo que a la presencia del concepto jurídico indeterminado respecta, justificada, como se dijo, por la imposibilidad de legislar la materia de forma más acabada o precisa.

No obstante, pese a que dicha teoría, en su formulación abstracta, nos propone una distinción tajante entre ambas situaciones del mundo jurídico (discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados),⁴² es forzoso admi-

tir que, al menos en ciertas ocasiones, la diferencia entre ellas no es tan perceptible. Esto ha sido advertido suficientemente por la doctrina, que ha hecho alusión a la existencia de una "zona de penumbra" en la que permanecería un margen de apreciación en manos de la Administración que, en ciertos casos, puede resultar muy difícil de controlar por los tribunales.⁴³

En consecuencia, siendo la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados una técnica de indudable utilidad para excluir a ciertos casos del ámbito de exención de control judicial impuesto por la noción de discrecionalidad, es necesario ser muy cuidadosos en no abusar de ella forzando su aplicación a situaciones que escapan a su órbita natural de actuación.⁴⁴ Ello con más razón si se tiene en cuenta que no es ese el único camino que permite controlar la actividad discrecional de la Administración. En otras palabras, el hecho de que la situación juzgada no sea encuadrable como un supuesto de aplicación de un concepto jurídico indeterminado no impide que pueda ser sometida igualmente al control revisor de los tribunales porque, por ejemplo, se haya realizado una aplicación de la norma de manera carente de toda racionalidad.

d) La exigencia de la motivación del acto

La centralidad que atribuye Tomás-Ramón Fernández a este requisito de validez de los actos públicos en cuanto a su papel de cara al control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa lo ha llevado a afirmar sin dubitaciones que tal exigencia "es suficiente para asegurar un grado de control satisfactorio del ejercicio del poder dis-

³⁸ Cfr. García de Enterría, E. y T. R. Fernández, op. cit., I, pp. 451.
³⁹ Ídem.
⁴⁰ Cfr. Gambier, Beltrán, "El concepto 'oferta más conveniente' en el procedimiento licitatorio público (La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial)", en LL 1988-D, pp. 744-755, in totum.

⁴¹ Esa indiferencia de las soluciones alternativas frente al ordenamiento jurídico que se presenta en la discrecionalidad se justifica frente al hecho, destacado por Sánchez Morón, de que "la utilización de criterios no jurídicos de decisión no tiene por qué ser antijurídica" (cfr. op. cit., p. 114).

⁴² Distinción que ha llevado a Grecco a sostener, con todo acierto, que "no corresponde proyectar las consecuencias inmediatas del ejercicio auténticamente discrecional de la potestad administrativa —entre las cuales luce la inmunidad jurisdiccional— a aquellas hipótesis en las cuales no obstante mediar indeterminación del concepto jurídico mentado por la norma, no es autorizada la libre elección de comportamiento en los órganos administrativos" (cfr. su trabajo "La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa", en LL 1980-D, p. 1311).

⁴³ Cfr. Beltrán de Felipe, M., op. cit., pp. 39-40. Otro tanto opina Sánchez Morón, para quien "lo que no es tan claro es que exista siempre una diferencia a radice entre conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa, como presupone una parte de nuestra doctrina y se lee en algunos pronunciamientos jurisprudenciales" (op. cit., p. 116).

⁴⁴ Es muy interesante, en este sentido, la profunda crítica que dirige Beltrán de Felipe en el último capítulo de su libro al intento por calificar al interés general como concepto jurídico indeterminado (cfr. pp. 237 y sigs. de la op. cit.). Quien en forma más destacada había sostenido tal postura en la doctrina española es Sainz Moreno (citado y ampliamente comentado por Antonio Mozo Soane en su libro *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Madrid, Montecorvo, 1985, p. 274 y sigs.). Tal vez la respuesta a los cuestionamientos de Beltrán de Felipe venga, como agudamente lo puntualizara García de Enterría en la réplica que dirigió a la crítica de aquél, a través de la observación de que "la unidad de solución justa (inherente a los conceptos jurídicos indeterminados) no quiere decir que haya una sola conducta específica y singular que pueda merecer, entre las infinitas posibles, la calificación de actuación de buena fe, por ejemplo; quiere decir que una conducta o es de buena fe o no es de buena fe, y que por ello ha de utilizarse necesariamente, en la expresiva fórmula alemana, una 'apreciación por juicios disyuntivos'" (cfr. su trabajo "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", publicado en *Reda*, núm. 89, pp. 69 y sigs.).

crecional, al cual poco más son capaces de añadir las restantes técnicas de las que dan cuenta los Manuales”⁴⁵.

Desde una perspectiva distinta, que deja pese a todo a salvo su convencimiento de que “el criterio de la motivación” es útil para estos propósitos, Luciano Parejo hace oír su protesta contra una postura tan radical al señalar que dicho criterio (el de la motivación) “por sí solo nada aporta a la solución de la cuestión que nos ocupa, a saber, la de los límites del control judicial en tanto que control jurídico y, en particular, la comprensión o no en éste del poder general y capaz de actuar incluso en el campo estricto de la discrecionalidad”⁴⁶.

Sin pretender restar trascendencia a este elemento tan crucial para garantizar la sujeción del acto administrativo al ordenamiento jurídico,⁴⁷ en rigor de la verdad, la exigencia de que todos los actos administrativos (y con mayor razón los discrecionales) deban estar suficientemente motivados no resulta, a mi juicio, en sí misma y en sentido estricto, una técnica de control de la discrecionalidad, sino más bien una plataforma que facilita considerablemente el empleo de algunas de las diversas técnicas creadas al efecto. Así, por ejemplo, es fácil advertir cómo la explicitación de los motivos que llevaron al funcionario a adoptar la solución escogida permitirá, sin mayor esfuerzo, realizar el test de racionalidad o de proporcionalidad a que aludiremos más abajo; asimismo, resulta también innegable que la mención de los presupuestos fácticos contenida en la motivación hará posible la comprobación por parte del juez de la exactitud o no de los hechos determinantes que hayan sido invocados.

e) Control de los elementos intrínsecos del acto: justificación, racionalidad y proporcionalidad

Tal vez sea ésta la vía de control de la discrecionalidad administrativa más controvertida, por cuanto a través de ella se habilita a los jueces a inmiscuirse, en alguna medida, en el núcleo mismo configurativo de ese ámbito de libre decisión que se le ha reconocido a la Administración. Con todo, como veremos, la injerencia que se les

permite es sumamente limitada, de modo de preservar el principio de la independencia del órgano administrativo en esa esfera que es, por las razones ya expuestas, de su exclusiva competencia.

Los conceptos de *justificación*, *racionalidad* y *proporcionalidad* hacen, todos ellos, referencia a la consistencia o coherencia intrínseca que debe tener la decisión del órgano administrativo, circunstancia que me ha movido a reunirlos bajo un mismo acápite, como expresión de esa identidad de enfoque que guardan entre sí. Sin embargo, cada uno de ellos alude, ciertamente, a un aspecto distinto de esa adecuada conformación interna que se espera del acto.

La *justificación* nos habla de la conformidad que debe existir entre las razones (objetivas) que obran como presupuestos de la decisión y la solución adoptada. Esto puede llevar a confundir justificación con motivación, lo que sería un error. Mientras que ésta es la expresión de las razones que llevaron al órgano a decidir en un sentido (en otras palabras, lo exteriormente declamado por aquél), la justificación se remonta a la constatación real de la adecuación entre los motivos invocados por la Administración y lo resuelto por ella. Como puede apreciarse, a través del análisis de la justificación, se supera la órbita de lo externo para ingresar en la estructura interna del acto.⁴⁸

En segundo lugar, aun cuando la discrecionalidad de la Administración está, por definición, exenta de condicionamientos jurídicos, es explicable que, en cuanto poder público que es (y, como tal, fiduciario, es decir, conferido con vistas a una finalidad ajena a la órbita de quien lo detenta), se pretenda que sea ejercida *racionalmente*,⁴⁹ lo que en términos jurídicos equivale a decir *no arbitrariamente*.⁵⁰ Esta afirmación conlleva la admisión de un test

⁴⁸ Fernández explica la dicotomía apuntada destacando que “una cosa es la expresión externa de las razones que sirven de fundamento a la decisión y otra muy distinta las razones mismas” (cfr. op. cit., p. 85).

⁴⁹ Fernández desdobra la racionalidad de los actos administrativos en *racionalidad* y *razonabilidad*. Según advierte, “podríamos decir que la primera concierne a la construcción misma de la decisión, a su lógica interna, esto es a la irracionalidad en sentido estricto, mientras que la segunda implica una comparación de la decisión con algo que está fuera de ella, lo que remite a la idea de la *razonabilidad*” (op. cit., p. 204). Por mi parte, entiendo que lo que dicho prestigioso autor denomina *razonabilidad* coincide con la *justificación* del acto, con el alcance con que más arriba, siguiendo sus mismas enseñanzas, la definimos.

⁵⁰ Tal afirmación se compeadece, por otra parte, con lo que ocurre en todos los órdenes del obrar humano, en el que el ejercicio de la libertad, que consiste en la posibilidad de escoger entre distintas alternativas disponibles a través de un acto de voluntad, debe estar presidido por un previo conocimiento y valoración a cargo de la inteligencia del sujeto. En el caso particular de las decisiones del poder público se suma, además, la presencia de la finalidad específica con que tal poder se otorga, lo que indudablemente constituye un motivo más para el uso racional de dicha libertad de elección.

⁴⁵ Cfr. su libro, varias veces citado, en el que recopila diversos trabajos de su autoría sobre el tema, p. 165.

⁴⁶ Cfr. Parejo Alfonso, L., op. cit., p. 46.

⁴⁷ En virtud de esa misma trascendencia, resulta gravemente equivocada la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma que “requerir de la autoridad administrativa la expresa motivación del acto como requisito de validez, en función de lo dispuesto en el art. 7º, inc. e) de la Ley 19.549, constituye un ritualismo descalificante de lo resuelto, pues importa desconocer que la invocación de la norma reglamentaria [...] revela el ejercicio de la facultad discrecional conferida por razones de oportunidad, mérito y conveniencia que, como regla, no son revisables en sede judicial” (Cassinelli, Isabel C., Municipalidad de Buenos Aires, 15 de julio de 1997, LL 1998-D, p. 602). La motivación, en tales casos, lejos de resultar innecesaria, es cuando adquiere su máxima relevancia como vehículo de control de la legalidad del acto.

de racionalidad mínima al que cabe someter cualquier decisión discrecional.

La valoración de la racionalidad de los actos de la Administración que los jueces están habilitados a realizar redundante, en definitiva, en un reconocimiento de sus atribuciones para ejercer un control de tipo negativo⁵¹ en ese campo. En otras palabras, si bien los tribunales pueden dejar sin efecto la solución manifiestamente irracional o arbitraria escogida por el órgano administrativo, ellos carecen de competencia para sustituir la voluntad de dicho órgano en el dictado de la decisión a su juicio correcta.

La justificación de este criterio restrictivo está en el hecho de que, según ya se ha explicado, el acto discrecionalmente adoptado es el resultado de valoraciones realizadas en función de parámetros extraños al mundo jurídico. Es lógico, pues, que si los jueces circunscriben su actuar al Derecho, y, por tanto, carecen ellos mismos de discrecionalidad, se les niegue la facultad de imponer su parecer en cuestiones para las cuales no están dotados de los elementos necesarios. Y esto, que es perfectamente comprensible a partir de la argumentación teórica desarrollada, es generalmente ratificado desde el terreno práctico en razón de la carencia de medios técnicos de que adolecen los tribunales para abordar satisfactoriamente los cada vez más complejos problemas que pasan por las manos de la Administración. Podría añadirse, asimismo, un argumento de orden competencial brindado por el hecho de que las decisiones discrecionalmente adoptadas pertenecen al ámbito de la oportunidad y no al de la legalidad, para concluir que ellas se encuentran reserva-

das a la órbita de la Administración Pública y fuera del alcance del control de los jueces.⁵²

Por último, la *proporcionalidad* constituye un tercer elemento que, desde la esfera interna del acto administrativo, obra como cauce del ejercicio de la discrecionalidad de la Administración. En razón de la aplicación del principio de proporcionalidad, el ámbito de libre elección que se reconoce a aquélla cuando actúa discrecionalmente se verá acotado a la hora de seleccionar los medios por utilizar para atender una finalidad pública determinada. En tal sentido, se afirma que *“la atribución de discrecionalidad en la Administración no habilita a ésta para que elija cualquier medida que le parezca pertinente para la consecución del fin, sino únicamente para que elija entre aquellas alternativas que permitan lograr el fin y que, además, sean proporcionadas”*⁵³.

La noción de proporcionalidad apunta, como es sabido, a destacar la adecuación que debe existir entre los medios empleados y los fines perseguidos. El Tribunal Constitucional español se ha esforzado por profundizar el contenido de este principio jurídico, distinguiendo así tres aspectos que deben tomarse en cuenta para verificar si dicho requisito ha sido observado,⁵⁴ a saber: (i) la idoneidad de los medios para conseguir el objetivo propuesto; (ii) la inexistencia de otra alternativa, igualmente eficaz, menos gravosa para los particulares afectados; y (iii) el equilibrio entre las ventajas procuradas para el interés general y los sacrificios de otros bienes o valores en conflicto (proporcionalidad propiamente dicha). El juicio debe resultar satisfactorio en los tres casos para que la medida pueda ser considerada conforme al principio de proporcionalidad. Lamentablemente, los tribunales de nuestro país, y en particular la Corte Suprema de la Na-

⁵¹ La idea de que los jueces sólo ejercen un control de racionalidad negativo, es decir, no sustitutivo y de ordinario limitado a la sola anulación del acto administrativo que no responde a un mínimo de racionalidad, está hoy en día bastante extendida. Así, por ejemplo, Parejo Alfonso afirma que *“en el marco (reproducibile y verificable judicialmente) del eventual y efectivo espacio de libre decisión de la Administración, se entiende comprendida la regla de la ‘razonabilidad’ o ‘racionalidad’, pero entendida ésta no en el sentido de norma positiva capaz de indicar la única solución justa y, por tanto, de autorizar la sustitución judicial [...], sino en el negativo de precisión de los límites externos (el ‘marco’) del referido espacio de libre decisión administrativa, capaz desde luego para justificar la anulación de la decisión administrativa, pero en modo alguno la reproducción del proceso de formación de la voluntad administrativa y, por tanto, de sustitución de ésta por otra judicial”* (op. cit., p. 104). En el mismo sentido, Beltrán de Felipe afirma que *“el tribunal no se sitúa en lugar de la Administración y decide lo que es razonable sino que comprueba si la decisión es o no la que razonablemente cabe exigir de un buen y coherente administrador. Lo que se examina son los límites negativos de la decisión discrecional (el no haber actuado irrazonablemente) y no sus elementos internos: el tribunal se mantiene al margen del núcleo de la discrecionalidad (de la elección entre las diferentes posibilidades de actuación permitidas y queridas por el Derecho)[...]”* (op. cit., p. 99-100).

⁵² Cfr. Parejo Alfonso, op. cit., p. 47 y sigs. Dicho autor adiciona un motivo más para retacear a los tribunales la posibilidad de sustituir a la Administración, cual es el de que los jueces no son *políticamente responsables*. Este argumento no me llega a convencer, ya que, aun cuando los jueces no deban validar el acierto de su trayectoria con el voto de los ciudadanos, el ejercicio deficiente de sus funciones específicas podría igualmente hacerles perder el cargo por vía de los mecanismos de destitución por mal desempeño previstos normalmente en los textos constitucionales.

Menos todavía me satisface la invocación a la falta de *“legitimación política”* que se atribuye a los jueces como razón para limitar su ámbito de actuación (cfr. Fernández, T.R., op. cit., p. 75). El mecanismo de designación indirecta constitucionalmente diseñado para la selección de los jueces no puede constituir un estigma que lleve a tratarlos bajo una suerte de situación de inferioridad respecto de los otros dos Poderes. En la medida en que para su nombramiento se sigan los conductos establecidos por el constituyente, ellos gozarán de plena *“legitimación”*, equiparable en rango a la que brinda la elección popular. La diferente forma de designación se explica por la naturaleza de la función (no política) que desempeñan.

⁵³ Cfr. Desdentado Daroca, Eva, op. cit., p. 160.

⁵⁴ Cfr., entre muchas otras, SSTC 66/1995, 55/1996, 207/1996 y, más recientemente, SSTC 37/1998.

ción, no han sabido avanzar con la misma decisión en este terreno.⁵⁵

Ahora bien, respecto de la intensidad del test de proporcionalidad que pueden practicar los jueces en el control de los actos discrecionales de la Administración, resultan plenamente aplicables las pautas establecidas para el control de racionalidad del acto según las cuales sólo cabe un control *negativo*, ejercitable únicamente frente a decisiones manifiestamente desproporcionadas.

f) Control de la discrecionalidad administrativa a partir de los principios generales del derecho

Por último, la más autorizada doctrina ha destacado la utilidad que ofrecen los principios generales del Derecho para un más efectivo y profundo control de la discrecionalidad.⁵⁶

Ocurre, en efecto, que no obstante el reconocimiento de la existencia de un ámbito de la actuación administrativa que no está predeterminada por el ordenamiento jurídico, el desenvolvimiento de esa actividad tiene lugar y produce sus efectos en el medio social, generando, alterando o extinguiendo situaciones o relaciones gobernadas, éstas sí, por el Derecho. En suma, ese núcleo de libertad de decisión de la Administración está, de todas formas, inmerso en un contexto social más amplio. Cuando como resultado del ejercicio de tales potestades discrecionales se produce una agresión a los valores jurídicos más elementales, el Derecho, obviamente, no puede permanecer indiferente.

Es entonces cuando la invocación de los principios generales del Derecho, en cuanto informadores de esa atmósfera jurídica en cierto sentido abarcadora de la vida comunitaria en su conjunto, se erige en punto de referencia para contrarrestar el ejercicio abusivo de los poderes discrecionales. De allí que su utilización pueda catalogarse como una técnica de control de la discrecionalidad de la actividad administrativa que opera *por los resultados* de esta última, confluyendo a extirparlos cuando éstos son manifiestamente inicuos o arbitrarios.

5. Reflexión final

La revitalización que venimos presenciando en la última década en la literatura jurídica de habla hispana en general, y española en particular, con relación a un tema que, casi desde los albores de la ciencia del Derecho Administrativo, ha concitado permanentemente una especial atención es indiscutible. Tal efervescencia adquiere un valor insospechado ante el fenómeno, agudamente apuntado por la doctrina alemana y descrito con no menor profundidad por Parejo Alfonso,⁵⁷ de la progresiva pérdida de injerencia del Poder Legislativo en la programación de la acción administrativa (fenómeno explicable, fundamentalmente, por la mayor complejidad de la realidad social y política, y por el incremento de la velocidad de los cambios en ese terreno), con la consiguiente dilatación del círculo de la libertad de elección o discrecionalidad del Poder Ejecutivo.

En el momento actual de la permanente evolución del esquema tripartito que cobrara vigencia en la mayor parte del mundo occidental a partir de Locke y Montesquieu, resulta imperioso realizar un esfuerzo sostenido por precisar, con el mayor rigor jurídico posible, los límites y técnicas de control de la discrecionalidad de una Administración cada día más *poderosa*. Ello con vistas a evitar que se incurra en alguno de los dos extremos, igualmente perniciosos, en que se puede caer: el de la ausencia de toda supervisión jurídica de tal actividad o su insuficiencia, actitud ésta que constituye la antesala de la arbitrariedad; o el de la inmovilización de la autoridad ejecutora merced a un control que se torne asfixiante y excesivo. Ambos errores conspiran, cada uno a su modo, contra el logro del bien común.

Una más clara conciencia del rol, trascendente y acotado al mismo tiempo, que ha de desempeñar el Derecho (y por lo tanto los jueces, encargados de garantizar su respeto) en la tarea por la obtención del bien supremo de la sociedad, habrá de contribuir a guardar el punto de equilibrio aludido.

⁵⁵ Es sumamente ilustrativo, a este respecto, el trabajo de Iván Fernando Budassi titulado "El control de razonabilidad en la doctrina de la C.S.J.N. (Algunas reflexiones sobre su eficacia)", publicado en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 21/23, 1996, pp. 211-252. Allí destaca el autor cómo el más Alto Tribunal ha autorrestringido sus potestades de control de la actividad estatal en este campo a través de la formulación de una serie de reglas jurisprudenciales, reglas de las que luego, sin embargo, la propia Corte se ha apartado siempre que lo ha estimado conveniente.

⁵⁶ Cfr. García de Enterría, E. y T. R. Fernández, op. cit., I, pp. 467 y sigs.; asimismo, entre otros, Cassagne, J.C., op. cit., p. 106.

⁵⁷ Cfr. su libro *Crisis y renovación en el Derecho público*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 44 y sigs.