

El control judicial de la discrecionalidad administrativa

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. COMPLEJIDAD DE LA PROBLEMÁTICA ABORDADA. 2. SUJECCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AL ORDEN JURÍDICO. 3. JURIDICIDAD DEL ACTO Y CONTROL DE JURIDICIDAD. 4. NOCIÓN CONCEPTUAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONTROL SÓLO DE SU «EJERCICIO». 5. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA IMPRECISIÓN CONCEPTUAL Y EL ORIGEN DE LA TEORÍA. 6. DIFERENCIA CUALITATIVA ENTRE CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y DISCRECIONALIDAD. 7. DIFERENCIA CUANTITATIVA ENTRE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y DETERMINADOS. 8. DEBILIDAD DE LA TEORÍA: EL MARGEN DE APRECIACIÓN. 9. ESTRATEGIA PRÁCTICA A SEGUIR FRENTE A LA COMPLEJIDAD DE LO DISCRECIONAL, TÉCNICO Y REGLADO. 10. EL SILOGISMO JUDICIAL QUE OBLIGA A UNA SOLUCIÓN JUSTA NO ES TRASLADABLE CON EL MISMO RIGOR A LA REALIDAD ADMINISTRATIVA.

1. INTRODUCCIÓN. COMPLEJIDAD DE LA PROBLEMÁTICA ABORDADA

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

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

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

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

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

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

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

2. SUJECCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AL ORDEN JURÍDICO

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

Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la

norma, por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido.

3. JURIDICIDAD DEL ACTO Y CONTROL DE JURIDICIDAD

En lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo, debemos hablar de requisitos de juridicidad y, consecuentemente, de control de juridicidad: su razón es que la terminología actualmente en uso, «legitimidad» o «legalidad», podría entenderse *prima facie* demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la Administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio (Julio Rodolfo COMADIRA, «La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial», en *El Derecho*, Buenos Aires, 29 de marzo de 2000; del mismo autor, ver su reciente libro *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*, 2.^a ed., Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, julio 2003, pp. 493 y ss.; Pedro COVIELLO, «La denominada zona de reserva de la Administración y el principio de la legalidad administrativa», *REDA*, n.º 23, Bs. As., 1996). De tal manera, también son elementos que hacen a la juridicidad del acto la buena fe, la confianza legítima, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, entre otros.

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

4. NOCIÓN CONCEPTUAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONTROL SÓLO DE SU «EJERCICIO»

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

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

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

COMADIRA entiende que se configura la discrecionalidad cuando una norma jurídica confiere a la Administración Pública, en tanto gestora directa e inmediata del Bien Común, potestad para determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo y/o para elegir, también libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no, como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente), todo dentro de los límites impuestos por los principios generales del Derecho (Julio Rodolfo COMADIRA, *op. cit.*, p. 507).

Si actualmente forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercida «dentro» de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas), sino sólo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello, en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su «ejercicio» (Domingo SESÍN, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Depalma, Bs. As., 1994, p. 287).

Como dice CASSAGNE, «... la discrecionalidad administrativa no configura un ámbito libre del control judicial ni tampoco puede desvincularse del ordenamiento como figura desprovista de juridicidad...» (Juan Carlos CASSAGNE, *Fragmentos de Derecho Administrativo, entre la justicia, la economía y la política*, 1.^a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pp. 107-108).

5. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA IMPRECIACIÓN CONCEPTUAL Y EL ORIGEN DE LA TEORÍA

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

MORENO, *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, pp. 68 y 70).

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

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

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

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

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

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

Este interrogante ha suscitado diferentes criterios doctrinarios y jurisprudenciales.

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

En este último ámbito la indeterminación también fue llamada «discrecionalidad técnica» en sus orígenes. Para BERNATZIK (*Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Viena, 1886, pp. 43 y ss.; J. SCHMIDT-SALZER, *Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbeoborden*, Berlín, 1968, pp. 65 y ss.), este fenómeno comprende las cuestiones administrativas complejas relacionadas con la técnica, cuya apreciación compete exclusivamente a la Administración y sobre la cual no corresponde el contralor judicial.

TEZNER (*Das Freie Ermessen Verwaltungsbehörden*, Ed. Leipzig, Viena 1924, pp. 69 y ss.), en cambio, fue quien incipientemente propició el control de los conceptos jurídicos indeterminados, planteando la necesidad de diferenciarlos con la discrecionalidad.

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

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

6. DIFERENCIA CUALITATIVA ENTRE CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y DISCRECIONALIDAD

Si esta teoría sustenta que el concepto jurídico indeterminado sólo presupone en su concreción una solución justa, es fácil inferir que se opone contundentemente a la discrecionalidad, cuya esencia es la libertad de elección entre varias alternativas igualmente válidas (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, p. 386; A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Ed. Montecorvo, Madrid, p. 250; Juan Carlos CASSAGNE, «La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial», *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 3, Ed. Depalma, 1990, pp. 98 y ss.; H. QUIROGA LAVIE, *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Ed. Depalma, Bs. As., 1985, p. 226; R. C. BARRA, *Contrato de obra pública*, Ed. Abaco, Bs. As., 1980, T. II, pp. 230 y ss.; L. M. GRECCO, «La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y su fiscalización judicial», *La Ley*, 1980-D, pp. 1306 y ss.).

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

7. DIFERENCIA CUANTITATIVA ENTRE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y DETERMINADOS

Para la teoría tradicional de los conceptos jurídicos indeterminados, la diferencia es sólo terminológica, porque sustantivamente concibe lo determinado e indeterminado en el marco de lo vinculado, por

oposición a lo discrecional, que queda relegado a la escasa apreciación volitiva del órgano competente. Entre un concepto determinado y uno indeterminado solamente hay diferencias de grado y representan dos técnicas distintas sólo en apariencia, porque íntimamente tienen por objetivo realizar lo preceptuado por el legislador.

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

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

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

8. DEBILIDAD DE LA TEORÍA: EL MARGEN DE APRECIACIÓN

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

Establecer en una calificación pedagógica el porqué de un 9 en lugar de un 10 es tan complicado como su revisión judicial ulterior.

Para la concepción tradicional de la teoría analizada, los casos difíciles se superan concediendo a la Administración un cierto «margen de apreciación», no susceptible de revisión judicial (JESCH, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad...*, pp. 212 y ss.).

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

Empero, la teoría no asemeja esta modalidad restrictiva a la facultad discrecional. Pretende sólo un reconocimiento explícito de la dificultad de su aplicación en determinados supuestos fácticos concretos, sin dejar de considerar –en teoría– que la integración se efectúa por in-

termedio de un juicio de naturaleza cognoscitiva (GARCÍA DE ENTE-RRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 380).

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

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

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

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

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

SAINZ MORENO (*op. cit.*, pp. 243 y ss.; OSSENBUHL, «Tendenzen un gefahren der neuen Ermessenlehre», D. off. Verw, 1968, pp. 618 y ss.), al comentar teorías alemanas avanzadas, explicita algunas preocupaciones sobre la complejidad de determinadas casuísticas, como la realización de pronósticos, la calificación de exámenes y, entre otros, la determinación de la capacidad e idoneidad de los funcionarios. Concluye admitiendo que de igual modo puede realizarse el control judicial, porque ése es un problema de Derecho procesal, y niega —en definitiva— el margen de apreciación en favor de la Administración, subrayando la preeminencia de la tutela jurisdiccional de los derechos conculcados.

Esta nueva concepción revaloriza la motivación y la razonabilidad de los actos, propugnándose otra visión de lo discrecional, sometiendo su ejercicio a un profundo control judicial, por lo que pierde interés la diferencia con los conceptos jurídicos indeterminados (en el mismo sentido: T. R. FERNÁNDEZ, «De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario» y «Debe la Administración actuar racional y razonablemente», *Separata Revista Española, Civitas*, octubre 1993 y julio-septiembre 1994; F. LEDDA, «Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica», *Rivista Diritto Processuale Amministrativo*, Ed. Giuffrè, Milán, diciembre 1993; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Ed. Giuffrè, Milán, 1985).

En definitiva, el intento de fulminar la arbitrariedad estatal y controlar la libertad de los funcionarios atraviesa las siguientes etapas: primero se procura reducir la discrecionalidad, cambiándole su rótulo externo con la configuración del «margen de apreciación». Más tarde, al advertirse que ese pequeño reducto podría implicar un abuso de libertad o una verdadera discrecionalidad, es eliminado, postulándose la revisión judicial integral de lo indeterminado. Desde mi punto de vista, para lograr ese objetivo se utilizan técnicas de reducción de la discrecionalidad, que en rigor se refieren más a elementos relativos a la juridicidad que al control intrínseco de la discrecionalidad. En efecto, la verificación de los hechos, la razonabilidad, la motivación, la finalidad y aun la comprobación de que la discrecionalidad forma parte del orden jurídico no dejan de pertenecer al ámbito de la juridicidad o legitimidad en sentido amplio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. ESTRATEGIA PRÁCTICA A SEGUIR FRENTE A LA COMPLEJIDAD DE LO DISCRECIONAL, TÉCNICO Y REGLADO

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

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

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

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

Como bien dice COMADIRA: «... Puede, entonces, existir actividad administrativa fundada en razones científicas o técnicas, que generarán, o no, discrecionalidad, según su grado de univocidad y/o de vinculación con un objeto reglado, o no. Desde esta perspectiva, entonces, la denominada discrecionalidad técnica será, en rigor, una especie de la discrecionalidad en general, cuando el accionar administrativo, cumplido con arreglo a parámetros científicos o técnicos, reconozca, en éstos, más de una posibilidad, o cuando, siendo la valoración técnica unívoca, esté ligada a una actuación elegeble...» (Julio Rodolfo COMADIRA, *op. cit.*, p. 516).

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

Como consecuencia de lo anterior, no sólo es antijurídico el acto administrativo que vulnera las reglas ciertas y universales, sino también cuando infrinja los criterios atendibles (falta de coherencia, disparidad

de tratamiento, informes técnicos contradictorios, arbitrariedad en la verificación probatoria, etc.).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El ordenamiento utiliza conceptos abiertos que han de ser rellenos por sus destinatarios. La clave reside en interpretar a «quién» se delega, y «cómo» se integra el contenido de lo delegado.

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

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

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

En definitiva, el silogismo judicial no es trasladable a la función administrativa porque la Administración no siempre está obligada a llegar

a una solución justa mediante la interpretación, porque si un hecho es opinable y admite varias opciones posibles igualmente válidas para el Derecho, puede dirimir la cuestión mediante la «discrecionalidad», ejercitando un verdadero poder creativo cuya autodeterminación exclusiva le pertenece.

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

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

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

En definitiva:

- a) existe primero quien ejerce la función administrativa, que debe hacer concreto el concepto indeterminado previsto por la norma;
- b) al juzgador entonces sólo le incumbe controlar si la aplicación del concepto encuadra en la juridicidad; cabe subrayar que la Administración ya realizó la subsunción, que en las otras esferas del Derecho le hubiera correspondido directamente al juez;
- c) el Derecho Administrativo quiere que sea la Administración quien haga operativo el concepto, por lo que los instrumentos reglados como discrecionales no deben ser desvirtuados.

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