

Las potestades discrecionales de la Administración y su control judicial. Panorama actual en la doctrina Hispanoamericana

Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ*

SUMARIO: Introducción 1. Breve aproximación conceptual a la discrecionalidad administrativa 2. La diferenciación entre potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados 3. El control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales

Introducción

En un homenaje a José PEÑA SOLÍS, luce pertinente regresar a un tema de siempre en el Derecho Administrativo y en el Derecho Procesal Administrativo, máxime si se considera que a éste el homenajeado le ha dedicado varios estudios, siendo el conclusivo –si se quiere– el que se hará referencia en la bibliografía de este trabajo. No obstante, parece conveniente también aclarar que no se pretende estudiar a fondo –ni mucho menos replantear– el tema de los alcances y límites del control judicial de la discrecionalidad administrativa¹, asunto

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado *Magna Cum Laude*, Profesor ordinario (Agregado) de Derecho Administrativo y Profesor de la Especialización en Derecho Procesal. **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo. **Universidad Monteávila**, Director Adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO). **Universidad Carlos III de Madrid**, Máster en Política Territorial y Urbanística.

¹ Prescindiendo de que la propia doctrina expone que, en puridad de términos, es discutible incluso hablar de control de la discrecionalidad propiamente dicha, como sostiene por ejemplo, en Argentina: HUTCHINSON, Tomás: *Derecho Procesal Administrativo*.

respecto del cual se produjo una ardua polémica en la doctrina española a fines del pasado siglo², a la cual se aludirá aquí brevemente mediante la referencia a las posiciones de algunos de sus exponentes. Se trata, sin duda, de uno de los aspectos de mayor complejidad y dificultad tanto en lo dogmático como en plano de las regulaciones concretas, en el ya de por sí arduo tema de las relaciones entre el juez contencioso-administrativo y la Administración³.

No obstante, en un estudio de la ejecución de la sentencia en el proceso administrativo⁴, no puede faltar una referencia al estado actual del control judicial de la discrecionalidad administrativa⁵. Y ello es especialmente importante,

Tomo I. Rubinzol-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2009, p. 299, y en España ha destacado, entre otros: REQUENA LÓPEZ, Tomás: «Ideas en torno a una expresión falaz: El control de la discrecionalidad administrativa». En: *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996, pp. 89-95.

² La cual tuvo resonancia en Iberoamérica. Para el caso colombiano así lo señala: MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto: «El debate sobre el alcance y los límites del control judicial de la discrecionalidad administrativa en la doctrina española». En: *Revista Derecho del Estado*. N° 13. Universidad Externado de Colombia. 2002, p. 133 [<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/834/790>].

³ De allí que se señala que no carece de sustento sostener que alrededor de la discrecionalidad gira el problema fundamental del Derecho Administrativo y que el control judicial de esta constituye el núcleo central de tal problema, al punto de entender que se trata de uno de los asuntos de mayor trascendencia para la protección de los derechos e intereses individuales y colectivos (Cfr., CASSAGNE, Juan Carlos: *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Marcial Pons. Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2009, p. 173). También ha destacado la trascendencia y polémica de tal tema en la misma doctrina argentina: HUTCHINSON: ob. cit., p. 297. De igual forma, se ha señalado que la discrecionalidad y su control es uno de los temas clásicos del Derecho Administrativo (CORDÓN MORENO, Faustino: «El control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales». En: *Revista Jurídica de Castilla y León*. N° 1. 2003, p. 143 [<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=758675>]).

⁴ Estas páginas forman parte de un trabajo de mayor amplitud, actualmente en elaboración, que se centra en el estudio de ciertos aspectos de algunas legislaciones procesales administrativas iberoamericanas.

⁵ Y es que el control judicial de la discrecionalidad administrativa se vincula directamente con el tema de la justiciabilidad de los actos en general (Cfr., LÓPEZ MENUDO,

por cuanto la identificación y definición de lo que es una potestad discrecional, así como la determinación del contenido y alcance de las potestades de control y de sustitución del juez en la Administración, vienen en muchos casos siendo condicionados por el enfoque que se dé al tema de la discrecionalidad administrativa⁶.

En ese orden de razonamiento, es necesario, pues, enmarcar conceptualmente el tema, siquiera sucintamente, siguiendo los esfuerzos doctrinarios ya asentados. Así las cosas, a continuación, se expone brevemente una serie de consideraciones generales sobre este asunto, con apoyo en la doctrina Iberoamericana –sin pretensiones de exhaustividad y con alguna referencia a la de otros países cuando se ha creído oportuno–, reiterando que ello no tienen otro fin que facilitar luego el análisis normativo correspondiente.

1. Breve aproximación conceptual a la discrecionalidad administrativa

Como es sabido, para un amplio sector de la doctrina iberoamericana, la discrecionalidad administrativa es expresión –y no excepción– del principio de legalidad⁷.

Francisco: «El control judicial de la Administración en la Constitución española». En: *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996, p. 23), para agregar luego que el asunto también se relaciona con el poder de sustitución del juez respecto a la solución administrativa, sobre todo en el ámbito de la actividad reglada (ibíd., p. 39).

⁶ Cfr., MARÍN HERNÁNDEZ: ob. cit. («El debate sobre el alcance...»), pp. 133 y 134.

⁷ En la doctrina española, recalcando la relación entre la atribución de la potestad y la discrecionalidad, partiendo de la concepción del principio de legalidad en su vinculación positiva, entre otros: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 12ª, Thomson Civitas. Madrid, 2004, pp. 442-452. En la doctrina argentina, entre otros: CASSAGNE: ob. cit., p. 174. Y es que, como se ha señalado, «La discrecionalidad (y el margen de apreciación de ciertos conceptos) no trae su causa del proceso electoral, sino del legislador (...) Con carácter general, es la Ley la que concede, reduce o suprime las potestades discrecionales o el margen de apreciación de determinados conceptos jurídicos indeterminados...» (BARNÉS VÁSQUEZ, Javier: «Una nota sobre el análisis comparado. A propósito del control

Y es que –justamente– ella se presenta ante una expresa remisión normativa, y no ante la inexistencia de la norma⁸. No hay discrecionalidad administrativa, pues, al margen de la Ley, sino más bien en virtud de ella y en la medida en que esta lo disponga⁹, ya que la potestad discrecional debe emanar del propio ordenamiento jurídico, no de la ausencia de norma aplicable¹⁰.

judicial de la discrecionalidad administrativa». En: *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996, pp. 228 y 229). Más adelante agrega el mismo autor que: «... las concretas potestades discrecionales y el margen de apreciación para la interpretación de ciertos conceptos jurídicos indeterminados y su control judicial constituye, ante todo, una creación del ordenamiento jurídico...» (ibíd., p. 230). En análoga orientación, sostiene recientemente la doctrina venezolana que: «Legalidad y discrecionalidad, lejos de ser nociones opuestas, son complementarias, en la medida en que la segunda requiere de la consagración legal de un margen de libertad de apreciación» (CORREA, María Alejandra: «El principio de la legalidad administrativa». En: *Libro homenaje a las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014*. José Ignacio HERNÁNDEZ G., coord. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, p. 105).

- ⁸ Siguiendo a la doctrina española, en el caso venezolano, entre otros: PEÑA SOLÍS, José: *Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999*. Vol. I. TSJ. Caracas, 2000, pp. 726 y 727; MOLES CAUBET, Antonio: «El principio de legalidad y sus implicaciones». En: *Estudios de Derecho Público (compilación)*. UCV. Caracas, 1997, p. 343, ARAUJO JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo. Parte general*. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, pp. 115, 116 y 121.
- ⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 460-462. En similar sentido, entre otros: RIVERO YSERN, José Luis: «Reflexiones sobre la discrecionalidad administrativa en el urbanismo. Breve reseña jurisprudencial». En: *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996, p. 561. Al respecto, se ha señalado en gráfica expresión: «Recordando la famosa metáfora de DWORKIN sobre la discrecionalidad judicial, podemos decir que la discrecionalidad es el vacío de la rosquilla, pero que ese agujero no puede existir sino dentro de un borde, rodeado por la normatividad que la hace aparecer. Por amplia que sea la discrecionalidad se encuentra siempre rodeada de un borde de elementos reglados que sirven de base para el control judicial» (CASTILLO VEGAS, Jesús Luis: «Debate de la doctrina española sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa». En: *Revista Tachirense de Derecho*. N° 23. San Cristóbal, 2012, p. 59).
- ¹⁰ De allí que se expresa que, ante la inexistencia de norma que otorgue la potestad, no puede hablarse de discrecionalidad sino de laguna legal (PÉREZ ANDRÉS, Antonio: «La limitación constitucional de la remisión legislativa al planeamiento (Hacia la reducción

En cuanto a su justificación, la discrecionalidad administrativa ha sido, es y seguirá siendo, uno de los grandes problemas del Derecho Público¹¹. Y es que la potestad discrecional de la Administración es indispensable para esta

de la discrecionalidad)». En: *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996, p. 663). En la doctrina venezolana, véanse entre otros: LARES MARTÍNEZ, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*. 12ª, reimp. UCV. Caracas, 2002; BREWER-CARIAS, Allan: «Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas». *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 2. UCAB. Caracas, 1966, p. 12; BREWER-CARIAS, Allan R.: «Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad en Venezuela». Ponencia para el Congreso de Derecho Administrativo, paralelo al VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Panamá septiembre 2009 [<http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/II,%204,%20606,%20Control%20judicial%20de%20la%20discrecionalidad%20en%20Venezuela.%20Foro%20IDA,%20Panam%C3%A1.%20Sept.%202009.doc>].pdf], pp. 3-5; BREWER-CARIAS, Allan R.: «Notas sobre la discrecionalidad administrativa, y sobre su delimitación y límites», pp. 1 y 2. [<http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%20953.%20Sobre%20la%20discrecionalidad%20administrativa.%20M%C3%A9xico.pdf>], pp. 3 y 4; BREWER-CARIAS, Allan R.: «Los actos de gobierno y los actos preeminentemente discrecionales». En: *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana. Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE, director. Caracas, 2012, p. 175; RUAN SANTOS, Gabriel: *El principio de la legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas*. FUNEDA. Caracas, 1998, p. 42. Se agrega que la potestad discrecional no puede concebirse separada del principio de legalidad (CSJ/SPA, sent., del 30-07-84, citada por BALZÁN, Juan Carlos: «Los límites a la discrecionalidad, la arbitrariedad y razonabilidad de la Administración». *V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías». Los requisitos y vicios de los actos administrativos*. FUNEDA. Caracas, 2000, p. 64). Para el caso argentino, véase entre otros: DIEZ, Manuel María: *El acto administrativo*. 2ª, Tipográfica Editora Argentina, S.A. Buenos Aires, 1961, pp. 59-62. En la doctrina peruana: VIGNOLO CUEVA, Orlando: *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*. Palestra Editores. Lima, 2012, pp. 223 y 224. Parcialmente en contra, entre otros: GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general*. Vol. I. 12ª, Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1994, pp. 182-184, quien señala que la potestad discrecional es una delimitación del principio de legalidad desde el punto de vista negativo. Este autor agrega que también hay potestad discrecional en ausencia de reglamentación en una materia y que sobre tal ámbito de actuación administrativa no exista un principio prohibitivo, aunque admite que su posición no encuadra con la tesis de la vinculación positiva imperante en España. Véase también en la doctrina

última realizar sus funciones, toda vez que la Ley no puede regular las múltiples, cambiantes y complejas relaciones sociales¹². De allí que el legislador no está en capacidad de prever la gama de circunstancias que pueden presentarse y conciliarla adecuadamente con las exigencias del interés público¹³.

peruana, entre otros: BACA ONETO, Víctor Sebastián: «La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 11. Círculo de Derecho Administrativo. Lima, 2012, pp. 184 y 185. También se ha señalado que en el ejercicio de las potestades discrecionales, la Administración se encuentra en una situación semejante al caso de las potestades domésticas o internas, en el sentido de que podrá hacer todo aquello que no esté prohibido (VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis: *Principios de Derecho Administrativo*. Tomo II. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1999, p. 11), aunque haciendo la matización de las distintas posiciones jurídicas en que se encuentra la Administración y los particulares (ibíd., p. 31). En similar sentido, se acota que la discrecionalidad se da precisamente, en ausencia de vinculación positiva, entendida esta como aquella que se da cuando el ordenamiento establece exactamente cuál es el sentido que ha de tener la actuación administrativa en un supuesto de hecho determinado (BACIGALUPO, Mariano: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Marcial Pons. Madrid, 1997, pp. 207-209). Tal concepción es invocada incluso en Venezuela por BALZÁN: ob. cit., p. 64, y planteada por RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: *Teoría general de la actividad administrativa. Organización. Actos internos*. UCV-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981, p. 54; al señalar esta última que la discrecionalidad se produce en una esfera de libertad dentro del círculo de la legalidad, lo que permite a la Administración actuar en ciertos campos más allá de la simple ejecución. En análoga orientación en la doctrina argentina, por ejemplo: HUTCHINSON: ob. cit., p. 319. También en la doctrina argentina se ha señalado que «... 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...» (SESÍN, Domingo: «El control judicial de la discrecionalidad administrativa». En: *Documentación Administrativa*. N°s 269-270. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2004, p. 89). Para el caso de la doctrina costarricense, puede verse entre otros: GONZÁLEZ CAMACHO, Óscar Eduardo: «Sentencia». En: JIMÉNEZ MEZA, Manrique *et alter*: *El nuevo proceso contencioso-administrativo*. Poder Judicial. San José, Costa Rica, 2006, p. 476.

¹¹ Cfr., BACIGALUPO: ob. cit., p. 21.

¹² Cfr., BREWER-CARÍAS: ob. cit. («Los límites del poder discrecional...»), p. 11; BREWER-CARÍAS: ob. cit. («Los actos de gobierno...»), p. 175; ARAUJO JUÁREZ: ob. cit., p. 117. En la doctrina argentina: CASSAGNE: ob. cit., pp. 177-179.

¹³ En la doctrina italiana, así lo ha señalado, entre otros: ALESSI, Renato: *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I. Trad. de la 3ª edición italiana. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1970, p. 189.

Por consiguiente, la potestad discrecional es indispensable para el funcionamiento de la actividad administrativa¹⁴, como lo es la necesidad de apreciar las circunstancias singulares, de estimar la oportunidad concreta en el ejercicio del poder público¹⁵. El Legislador no puede conocer de antemano todos los motivos de oportunidad y conveniencia que pueden influir en una decisión administrativa, y el juez nunca podrá sustituir tales motivos por los suyos sin excederse de su papel de contralor de la legalidad¹⁶, o mejor aún, de la juridicidad.

De allí que se postule que la Administración está en mejor posición por su capacidad técnica y operativa así como por su mayor relación con el medio económico y social, para resolver con prontitud y eficacia las cambiantes necesidades sociales¹⁷, mientras que la ley no puede regular con todo el detalle requerido los preceptos idóneos para la resolución de los problemas cotidianos¹⁸.

¹⁴ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 461.

¹⁵ Cfr., ibíd., p. 463; BREWER-CARIAS: ob. cit. («Notas sobre la discrecionalidad administrativa...»), pp. 2 y 3. La doctrina colombiana señala al respecto que el otorgamiento de libertad relativa a la Administración por parte del legislador no es una opción en el Estado Social, es una necesidad, pues no puede este establecer de forma detallada y exhaustiva el quehacer administrativo, sino más bien establecer enunciados normativos de contenido programático finalístico, indicando nada o casi nada en relación con los medios a emplear para conseguir los resultados, concluyendo que: «... la discrecionalidad, por tanto, no es una opción sino una necesaria característica, no constituye una alternativa de técnica legislativa sino un dato, la más importante técnica regulatoria a la cual acuden los estados constitucionales y sociales contemporáneos...» (MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto: «Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el Derecho Urbanístico colombiano». *Revista Digital de Derecho Administrativo*. N° 2. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009, pp. 164 y 165 [http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Edici%C3%83%C2%B3n%202/Art%C3%83%C2%ADculos/5_hugoMarin.pdf]).

¹⁶ Véase: GARRIDO FALLA: ob. cit., pp. 182 y 183. En la doctrina peruana puede verse: BACA ONETO: ob. cit., pp. 189 y 190.

¹⁷ Cfr., PAREJO ALFONSO, Luciano (coord.): *Manual de Derecho Administrativo*. Vol. I. 4ª, Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1996, p. 376.

¹⁸ Véase, entre otros: BACIGALUPO: ob. cit., p. 27; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho Administrativo. Parte general*. 4ª, Editorial Tecnos. Madrid, 2008, p. 89; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: «Función, límites y control de la discrecionalidad administrativa». *Revista Ius et Veritas*. Vol. XXI, N° 43. Universidad Católica del Perú. Lima, 2011, pp. 262 y 263, [<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12064/12631>].

En ese mismo orden de ideas, se señalan también como elementos de justificación de la existencia de la discrecionalidad administrativa: i. Razones de equidad en la aplicación de la ley; ii. la necesidad de que la Administración escoja los medios más idóneos para el interés público; y iii. la imposibilidad del legislador para anticipar todos los cambiantes aspectos de la realidad y la evolución social¹⁹.

Ahora bien, ¿cómo identificar ante qué supuestos normativos se aprecia la discrecionalidad administrativa? Para un sector de la doctrina, es el margen de apreciación y escogencia libre por parte de la Administración para resolver el caso concreto, otorgado mediante la correspondiente norma atributiva de competencia. Se habla así de libertad de escogencia entre varias soluciones posibles²⁰, o bien de existencia de una facultad disyuntiva o alternativa²¹, dejando a un lado los supuestos específicos de discrecionalidad en el *an* o en el *quando*²².

Al contrario de lo que sucede con las potestades regladas, en las que la Administración se limitaría a verificar la existencia del supuesto de hecho y a aplicar

¹⁹ RUAN SANTOS: ob. cit., p. 40, invocando doctrina italiana. En la doctrina peruana, puede verse la enumeración de las razones que justifican la discrecionalidad expuestas por: VALVERDE GONZÁLES, Manuel Enrique: «Notas sobre el ejercicio o limitaciones de la Plena Jurisdicción respecto a la Discrecionalidad Administrativa». *Revista de Derecho Administrativo*. N° 11. Círculo de Derecho Administrativo. Lima, 2012, pp. 212 y 213.

²⁰ BREWER-CARÍAS: ob. cit. («Algunos aspectos del control judicial...»), p. 4; BREWER-CARÍAS: ob. cit. («Los actos de gobierno...»), p. 176; LARES MARTÍNEZ: ob. cit., p. 171; BALZÁN: ob. cit., pp. 65 y 78; RUAN SANTOS: ob. cit., pp. 41-44, quien agrega que la escogencia se hace con base en valoraciones fácticas; MUCI BORJAS, José Antonio: «Los poderes del juez administrativo. Tutela judicial efectiva y control integral de la actividad administrativa». *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*. Tomo II (Tercera Parte. Derecho Administrativo). Civitas Ediciones. Alfredo ARISMENDI y Jesús CABALLERO ORTIZ, coords. Madrid, 2003, pp. 2226 y 2227; ARAUJO JUÁREZ: ob. cit., p. 119; HUTCHINSON: ob. cit., pp. 290-296. En la doctrina costarricense, puede verse por ejemplo: GONZÁLEZ CAMACHO: ob. cit., p. 476. En la doctrina peruana: BACA ONETO: ob. cit., p. 184.

²¹ RONDÓN DE SANSÓ: ob. cit., p. 60.

²² FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: *De la arbitrariedad de la Administración*. 3ª, Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 1999, p. 247.

la consecuencia jurídica pertinente, sin que haya margen de escogencia, en la potestad discrecional, la norma no establece todos y cada uno de los requisitos para su ejercicio. Libertad de selección entre múltiples opciones (adoptar o no la decisión, cómo, cuándo y bajo qué modalidades)²³, sería, pues, el criterio esencial para apreciar ante qué hipótesis normativas se está en presencia del ejercicio de potestades discrecionales²⁴.

También se señala que se estará en presencia del conferimiento de potestades discrecionales, en el caso de remisión legal a la Administración para la fijación de alguna de las condiciones de ejercicio de una potestad, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho²⁵, bien en lo concerniente al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable (fijación del *quantum*)²⁶. La potestad discrecional es, entonces, aquella que no está definida

²³ Cfr., LARES MARTÍNEZ: ob. cit., p. 171. Una autora venezolana señala como elementos identificadores de la potestad discrecional (varios de ellos discutibles), los siguientes: i. Forma facultativa de actuación (uso de términos como: podrá, cuando juzgue conveniente); ii. establecimiento de conceptos jurídicos indeterminados en la norma atributiva de competencia cuya constatación corresponda a la Administración (véase al respecto los argumentos en contra *ut infra*); iii. facultades residuales (aplicar otras medidas, las restantes formas, asumir cualquiera otras decisiones); iv. facultad disyuntiva o alternativa; v. establecimiento de límites mínimos y máximos; vi. facultad de respuesta a solicitudes «por vía de gracia» (consideramos que tal norma sería inconstitucional en la actualidad por contrariar el derecho de petición); vii. facultades residuales para resolver casos no previstos y aclarar dudas; viii. posibilidad legal de dispensar obligaciones para un caso concreto (establecer excepciones); ix. adopción o no de dictámenes no vinculantes (RONDÓN DE SANSÓ: ob. cit., pp. 60-67).

²⁴ La doctrina colombiana, no obstante, enfatiza que esa libertad no es absoluta, sino limitada, toda vez que siempre se encuentra obligada a razonar y justificar objetivamente por qué la decisión adoptada es la que mejor sirve al interés general [MARÍN HERNÁNDEZ: ob. cit. («Algunas anotaciones...»), pp. 164 y 166]. En análoga orientación en ese mismo país: OSPINA SEPÚLVEDA, Roosevelt Jair: «Límites jurídicos y políticos de la decisión de la Administración Pública en nuestro sistema constitucional». En: *Revista Electrónica*. Año 1, N° 2. Universidad de Antioquia. 2009, p. 25, [<http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/viewFile/3286/3049>].

²⁵ Conforme señala MARÍN HERNÁNDEZ: ob. cit. («Algunas anotaciones...»), pp. 166-167, ese es también, por ejemplo, el criterio seguido por la jurisprudencia colombiana. En similar sentido, también en el caso colombiano: OSPINA SEPÚLVEDA: ob. cit., p. 25.

²⁶ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 461.

anticipadamente en todos sus aspectos, por lo que remite a la toma de posición pertinente (en grado variable) al juicio o a la voluntad de la Administración²⁷.

Así pues, la discrecionalidad, en sentido estricto, se refiere a los casos en que la ley define el supuesto de hecho²⁸, pero omite (por no regularlo o por plantear varias alternativas) precisar la consecuencia jurídica. Se trata de una hipótesis de remisión legal a la discreción de la Administración, de lo que sea el Derecho en el caso concreto. Esta remisión, se puntualiza, es perfectamente admisible en el Estado de Derecho siempre que respeten los límites de la reserva legal y de las relaciones ley-reglamento²⁹.

Otra manera de identificar a la potestad discrecional en el Derecho positivo se manifiesta a través de la asignación de una competencia dejando a la Administración la libertad de apreciar, en vista de las circunstancias, si debe utilizarla y de qué manera³⁰. Como ejemplos del ejercicio de tal potestad, se señala la adopción facultativa de la consecuencia jurídica prevista en la norma (dicrecionalidad en el *an*)³¹. También se alude, siguiendo a la doctrina italiana, a que la potestad discrecional se puede dar en el elemento temporal o cuándo (*an*), es decir, si se adopta el acto y cuándo, el contenido del acto (*quid*), esto es, qué providencia se adopta, y las modalidades o el cómo (*quomodo*), a saber, monto, forma, medida, extensión³².

En el ejercicio de potestades predominantemente regladas, por el contrario, la Administración se limita, pues, a constatar la existencia del supuesto de hecho legalmente definido y a aplicar la consecuencia, sin mayores conside-

²⁷ PAREJO ALFONSO: ob. cit., p. 371. De allí que se señala que hay diferentes variantes de discrecionalidad (*verbi gratia*, CASSAGNE: ob. cit., p. 193).

²⁸ Cfr., MARÍN HERNÁNDEZ: ob. cit. («Algunas anotaciones...»), p. 166.

²⁹ Cfr., PAREJO ALFONSO: ob. cit., p. 376. Tal tesis no es del todo acogida por algún sector de la reciente doctrina Iberoamericana (*verbi gratia*, VIGNOLO CUEVA: ob. cit., pp. 197-225).

³⁰ Cfr., por ejemplo, en la doctrina francesa: RIVERO, Jean: *Derecho Administrativo*. 10ª, UCV. Caracas, 1984, p. 87.

³¹ BACIGALUPO: ob. cit., p. 29.

³² Cfr., por ejemplo, en España: VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA: ob. cit., pp. 33 y 34. En Venezuela: RONDÓN DE SANSÓ: ob. cit., pp. 58 y 59. En la doctrina argentina, entre otros: CASSAGNE: ob. cit., p. 192; HUTCHINSON: ob. cit., pp. 292 y 293.

raciones subjetivas, salvo la operación de subsunción, mientras que en las discrecionales se agrega en la aplicación una estimación subjetiva que completa la norma y que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular³³. Se trata de una escogencia sobre las circunstancias de lugar y tiempo que llevan a adoptar la decisión³⁴.

Sin embargo, hay que recordar que no hay actos puramente discrecionales, sino más o menos discrecionales (y, por tanto, más o menos reglados)³⁵. Y es que incluso en la competencia reglada pura, la Administración dispone del poder de «elección del momento»³⁶ (siempre y cuando, agregamos, así lo permita la norma), mientras que el ejercicio de la potestad discrecional es la conjunción

³³ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 461 y 462, DIEZ: ob. cit., p. 64.

³⁴ Cfr., FARÍAS MATA, Luis Enrique: «La doctrina de los actos excluidos en la jurisprudencia del supremo tribunal». En: *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*. UCV. Caracas, 1971, p. 330. Otros señalan que la actividad reglada es la mera ejecución de normas, y no el ejercicio de poder alguno (RUAN SANTOS: ob. cit., p. 44, citado también en BALZÁN: ob. cit., p. 67).

³⁵ Véanse entre otros: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades del poder (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. 3ª, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1995, p. 26; SÁNCHEZ MORÓN: ob. cit. (*Derecho Administrativo...*), p. 89; RIVERO YSERN: ob. cit. («Reflexiones sobre la discrecionalidad...»), pp. 561 y 562; CORDÓN MORENO: ob. cit., pp. 146 y 147; PEÑA SOLÍS: ob. cit., pp. 727, 728 y 749-751, FARÍAS MATA: ob. cit., p. 330; HAURIU, citado en GARRIDO FALLA: ob. cit., p. 182; RIVERO: ob. cit., p. 88; BALZÁN: ob. cit., p. 69; VIGNOLO CUEVA: ob. cit., pp. 133 y 134; MARÍN HERNÁNDEZ: ob. cit. («Algunas anotaciones...»), p. 173; GARRIDO FALLA: ob. cit., p. 185; CASTILLO VEGAS: ob. cit., p. 59; CASSAGNE: ob. cit., pp. 176, 190, 191 y 194, quien añade que las fronteras entre lo reglado y lo discrecional no siempre son tan nítidas (ibíd., p. 183). Véase también, por ejemplo, en la doctrina argentina: HUTCHINSON: ob. cit., p. 296, y en la costarricense: GONZÁLEZ CAMACHO: ob. cit., p. 476, quien agrega que en la actividad administrativa se mezclan discrecionalidad administrativa jurídica, técnica y política (ibíd., p. 481). Para el caso peruano, señala BACA ONETO: ob. cit., pp. 186-188, que «... no existen actos discrecionales, sino únicamente elementos discrecionales de los actos administrativos, que coexisten con elementos reglados, que sí pueden ser controlados jurisdiccionalmente» (ibíd., p. 186). En relación con ese mismo país, sobre la discrecionalidad política y su tratamiento jurisprudencial, puede verse, entre otros: ibíd., pp. 195-202.

³⁶ Cfr., VEDEL, Georges: *Derecho Administrativo*. 6ª, Biblioteca Jurídica Aguilar. Trad. Juan RINCÓN JURADO. Madrid, 1977, p. 264.

de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración³⁷.

Por otra parte, esta breve aproximación conceptual sobre la potestad discrecional y su control por el juez, quedaría incompleta si no se hace referencia a un asunto especialmente debatido por los tratadistas, y que contribuye, aunque no esté exento de polémica, a precisar los contornos del asunto controvertido. Nos referimos a la distinción o aproximación, según el punto de vista, de la discrecionalidad administrativa con los conceptos jurídicos indeterminados. A ello pasa a hacerse sucinta alusión de seguidas.

2. La diferenciación entre potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados³⁸

Para un amplio sector de la doctrina iberoamericana, aunque no deje de reflejar cierto «simplismo didáctico»³⁹, los conceptos jurídicos indeterminados son aquellas fórmulas jurídicas que regulan la actividad de la Administración, en los que la indeterminación de sus enunciados no se traduce en una indefinición de sus aplicaciones, pues solo se permite una unidad de solución justa⁴⁰.

³⁷ El tema es especialmente desarrollado, entre otros, por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 460-464, a quienes seguimos en líneas generales. Véase también, entre otros: PAREJO ALFONSO: ob. cit., p. 378. En la doctrina venezolana, véase por ejemplo: ARAUJO JUÁREZ: ob. cit., p. 115.

³⁸ Conceptos legales indeterminados sería el término más preciso, partiendo de la doctrina alemana (cfr., HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: *Estudio jurisprudencial de las nulidades, potestades de la Administración y poderes del juez en el Derecho Administrativo*. FUNEDA. Caracas, 2012, p. 90). No obstante, emplearemos aquí la expresión más usada por la doctrina iberoamericana.

³⁹ Cfr., HUTCHINSON: ob. cit., p. 313. En similar sentido, la doctrina costarricense pone reparos a la rigidez de la distinción entre potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados (cfr., GONZÁLEZ CAMACHO: ob. cit., p. 477).

⁴⁰ Por ejemplo, o hay o no justo precio, hay o no falta de probidad, como señalan: GARCÍA DE ENTERRÍA: ob. cit. (*La lucha contra las inmunidades del poder...*), pp. 34 y 48; FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 45. En la doctrina venezolana, entre otros: BALZÁN: ob. cit., p. 79; LINARES BENZO, Gustavo: «Notas sobre los actos administrativos». En: *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*. Editorial Jurídica Venezolana. Allan R. BREWER-CARÍAS, coord. Caracas, 2007, p. 765.

La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque los mismos no admiten una cuantificación o determinación rigurosas⁴¹.

No obstante, tal indeterminación no impide la precisión del caso concreto, y es tarea del intérprete obtener la solución justa contenida en tales supuestos⁴². Se trata, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, de la técnica legal que permite que la medida concreta a ser aplicada en una hipótesis particular, no esté precisada con exactitud en la norma que los establece⁴³.

Los criterios para identificar los conceptos jurídicos indeterminados, serían: i. La interpretación debe encontrar una única solución justa para el caso singular; ii. la aplicación está sujeta a revisión por el juez en los aspectos fáctico y jurídico, salvo casos excepcionales (a diferencia del núcleo duro o de la libertad de selección propia de la potestad discrecional)⁴⁴; iii. son empíricos o descriptivos (peligro, ruina, nocturnidad, nevada) o normativos o de valor (urgencia, orden público, probidad, interés general)⁴⁵, en cuyo caso el juez puede revisar su aplicación mediante la revisión de los hechos relevantes y el auxilio pericial⁴⁶. Estos últimos, a saber, los conceptos jurídicos indeterminados valorativos, son los que presentan mayores problemas en su interpretación⁴⁷,

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 465.

⁴² Cfr., ibíd., pp. 465 y 466. En similar sentido en la doctrina venezolana, entre otros PEÑA SOLÍS: ob. cit., 746 y 747; CORREA: ob. cit., pp. 107 y 108.

⁴³ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA: ob. cit. (*La lucha contra las inmunidades del poder...*), p. 34.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA: ob. cit. (*La lucha contra las inmunidades del poder...*), pp. 48 y 49. Esta afirmación no deja de ser polémica, como pone de relieve SÁNCHEZ MORÓN: ob. cit. (*Derecho Administrativo...*), p. 93, y como se reflejará más adelante.

⁴⁵ Cfr., MOLES CAUBET: ob. cit., p. 348. En contra, en la doctrina venezolana por ejemplo: LINARES BENZO: ob. cit., p. 765, quien entiende que el concepto de «interés público», «interés general» u otros semejantes construyen una potestad discrecional y no conceptos jurídicos indeterminados.

⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 470.

⁴⁷ BARNÉS VÁSQUEZ: ob. cit. («Una nota sobre el análisis comparado...»), pp. 236 y 241; PAREJO ALFONSO: ob. cit., p. 373. En similar sentido en la doctrina venezolana: PEÑA SOLÍS: ob. cit., p. 747.

y en los que el control judicial es más limitado, pero no inexistente⁴⁸, puesto que se trata de casos de «dificultad de control», mas no de exención⁴⁹.

Así las cosas, los conceptos jurídicos indeterminados se diferenciarían de las potestades discrecionales, básicamente en lo siguiente:

i. Los conceptos jurídicos indeterminados únicamente admiten una unidad de solución, mientras que la potestad discrecional permite a la Administración optar por varias soluciones, todas justas, o al menos indiferentes jurídicamente⁵⁰,

⁴⁸ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 469. En la doctrina peruana, aunque matizando luego la contundencia de esta diferenciación: VIGNOLO CUEVA: ob. cit., pp. 147 y 197-199.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 470 y 471. No obstante, esta concepción no es unánime, pues, como apunta también un sector de la doctrina, se trata de una distinción en cierto modo forzada toda vez que la solución, incluso en el caso de potestades discrecionales, debe atender a los principios de la actividad administrativa en atención a la finalidad de tutela del interés general (RIVERO YSERN, Enrique y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: *Con miras al interés general*. Derecho Público Global. Madrid, 2014, pp. 79-81, <http://www.bubok.es/libros/232201/Con-miras-al-interes-general>); en similar sentido: MEILÁN GIL, José Luis: «Dificultades y atajos en la Justicia Administrativa». En: *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica. XIV Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Tomo II. Jaime RODRÍGUEZ ARANA *et alter*, coords. San Juan de Puerto Rico, 2015, p. 1144. Así por ejemplo, en contra, además de algún sector doctrinario (GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio: *Los actos administrativos*. 2ª, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1991, p. 65; BOQUERA OLIVER, José María: *Estudios sobre el acto administrativo*. 5ª, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1988, p. 102), se sostiene que el origen de esta distinción entre conceptos empíricos y de valor se le atribuye a OTTO BACHOF (BACIGALUPO: ob. cit., p. 127), quien señala que solo en los primeros rige el principio de solución justa, mientras que en los últimos cabe la posibilidad de que en su aplicación se llegue a soluciones diversas pero igualmente sostenibles. Más recientemente, se señala que «no todos los conceptos jurídicos indeterminados son iguales. Algunos funcionan en ocasiones como medio de atribución de la discrecionalidad administrativa» (En la doctrina peruana, aunque matizando luego la contundencia de esta diferenciación: VIGNOLO CUEVA: ob. cit., pp. 197 y 203). Para el supuesto costarricense, se ha indicado al respecto: «Quiérase o no, todo concepto jurídico indeterminado lleva implícito un margen de valoración o interpretación, y con ello, un porcentaje de discrecionalidad» (GONZÁLEZ CAMACHO: ob. cit., p. 477).

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA: ob. cit. (*La lucha contra las inmunidades del poder...*), pp. 35-38; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 465 y 466; GARRIDO FALLA: ob. cit.,

siempre y cuando el juez no evidencie objeciones de naturaleza jurídica. Se trata de la distinción fundamental aportada por la doctrina mayoritaria⁵¹.

ii. Los conceptos jurídicos indeterminados son un problema intelectual, de interpretación y aplicación jurídica, perfectamente revisables por el juez (hay o no ruina, alteración del orden público, interés general)⁵², solo que su fijación normativa en cada caso presenta mayores dificultades⁵³. Mientras que la potestad discrecional es un asunto de volición, de adoptar una decisión sobre la base de criterios extrajurídicos⁵⁴, de tal forma que esta voluntad queda libre para: a. Decidir si, concurriendo el supuesto de hecho de la norma, actúa o no (discrecionalidad de actuación), o b. optar por alguna de las diversas posibilidades igualmente legítimas previstas por ley (discrecionalidad de elección)⁵⁵.

Se aprecia, pues, la diferencia con los conceptos jurídicos indeterminados. En estos últimos, la única solución posible se obtiene de un proceso interpretativo, de subsunción de los hechos en las categorías legales, y en el que no hay

p. 186. En la doctrina venezolana: BREWER-CARÍAS: ob. cit. («Los límites del poder discrecional...»), p. 21; BREWER-CARÍAS: ob. cit. («Notas sobre la discrecionalidad administrativa...»), pp. 7-10; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor: «Los vicios de anulabilidad en el Derecho Administrativo». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 99. UCV. Caracas, 1996, pp. 405 y 406. Más recientemente del mismo autor en: ob. cit. (*Estudio jurisprudencial de las nulidades...*), pp. 90-92. Véase también, comentando los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional peruano: BACA ONETO: ob. cit., p. 182. Por su parte, para VALVERDE GONZÁLES: ob. cit., p. 213, el Tribunal Constitucional peruano aún no logra establecer claramente la diferencia entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados.

⁵¹ Cfr., FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 151; VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA: ob. cit., pp. 30-33; LINDE PANIAGUA, Enrique: *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al derecho de los ciudadanos*. 4ª, Universidad Nacional de Educación a Distancia - Colex Editorial. Madrid, 2012, p. 274; BREWER-CARÍAS: ob. cit. («Algunos aspectos del control judicial...»), pp. 7, 20-22.

⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA: ob. cit. (*La lucha contra las inmunidades del poder...*), pp. 36 y 37.

⁵³ PAREJO ALFONSO: ob. cit., p. 373.

⁵⁴ Cfr., BREWER-CARÍAS: ob. cit. («Los límites del poder discrecional...»), pp. 21 y 22. En similar sentido, más recientemente: HUTCHINSON: ob. cit., p. 315.

⁵⁵ PAREJO ALFONSO: ob. cit., p. 377; VIGNOLO CUEVA: ob. cit., p. 165.

libertad de decisión o una esfera de indiferencia jurídica en virtud de criterios metajurídicos⁵⁶. Por ello, los conceptos jurídicos indeterminados admiten control de juridicidad, no así el ejercicio de la potestad discrecional⁵⁷ (o al menos, el «núcleo duro» de esta).

No obstante, como ya se adelantó, esa posición no es unánime⁵⁸. Así por ejemplo, en contra de la distinción tajante entre potestad discrecional y conceptos jurídicos indeterminados, se muestra BACIGALUPO⁵⁹. Nos detendremos especialmente en este autor, pues, al margen de la importancia y utilidad de la tesis mayoritaria, nos parece que sus cuestionamientos a la concepción tradicional son especialmente certeros y contundentes, además de que ha resultado un autor influyente en la doctrina iberoamericana que no acoge del todo la rigidez de la distinción⁶⁰.

⁵⁶ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA: ob. cit. (*La lucha contra las inmunidades del poder...*), p. 38.

⁵⁷ Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 466-469; PAREJO ALFONSO: ob. cit., p. 373. De una vez, por supuesto, agregamos, reducida la discrecionalidad a sus justos límites.

⁵⁸ Señala en ese sentido DESDENTADO DAROCA, Eva: *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Editorial Civitas, S.A. 1997, pp. 26 y 27, que según un sector doctrinario «... es preciso reconocer que también en la interpretación y aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados dispone la Administración de un margen de discrecionalidad», y que en el supuesto de casos difíciles, no es la unidad o pluralidad de soluciones la distinción fundamental entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados.

⁵⁹ Aunque siguiendo la doctrina mayoritaria, también se acepta que tales distinciones o límites entre las potestades regladas, las discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados, son «borrosos» (LINDE PANIAGUA: ob. cit., p. 274). En similar sentido en el caso argentino: CASSAGNE: ob. cit., p. 185, y para el costarricense: GONZÁLEZ CAMACHO: ob. cit., p. 477. Más tajante aún: MARÍN HERNÁNDEZ: ob. cit. («Algunas anotaciones...»), pp. 168-171, quien sostiene que no hay diferencia entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados al entrarse en la zona de incertidumbre o vaguedad de estos últimos, posición acogida por el Consejo de Estado colombiano. La doctrina peruana da cuenta también de la discrepancia en cuanto a aceptar la distinción tajante entre discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados en todos los casos, entre otros: BACA ONETO: ob. cit., pp. 190-192, aunque concluye que, como regla general, es preciso seguir distinguiendo la primera de los últimos, a tenor además de la doctrina jurisprudencial peruana.

Este autor afirma que, en lo referente al halo de incertidumbre (o halo conceptual) de los conceptos jurídicos indeterminados, su determinación por la Administración es de naturaleza volitiva⁶¹, pues no cabe juicio cognoscitivo sobre la vaguedad. Por ende, tal diferenciación teórica es más cuantitativa (la intensidad del control judicial) que cualitativa⁶².

De seguidas, el autor desarrolla su tesis distinguiendo la teoría que él califica como teoría «reduccionista» (antes descrita), la cual, a su modo de ver, limitaría el margen de la libertad de decisión administrativa al ámbito de las consecuencias jurídicas. La describe como aquella que identifica potestad discrecional como indeterminación normativa, bien por no configurarse su aplicación como facultativa y no obligatoria siempre que concurra el supuesto de hecho, bien por aceptar varias consecuencias jurídicas posibles, o por no determinar el contenido de la consecuencia jurídica, que es discrecional para la Administración. Se trata de discrecionalidad de elección, y no de actuación, y el margen de volición está en la elección de la consecuencia jurídica⁶³, el *an* (si se hace algo); el *quid* (qué se hace en concreto) y el *quomodo* (cómo se hace). Estos últimos se limitan a discrecionalidad de elección⁶⁴.

⁶⁰ En la doctrina peruana, VIGNOLO CUEVA: ob. cit., pp. 189-196, se detiene especialmente en la tesis de BACIGALUPO, al formular sus reparos a la adopción de una distinción tajante en todos los supuestos entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, sobre la base de las tesis atinentes a la «zona de incertidumbre» en los últimos (ibíd., pp. 198-210 y 225). En sentido semejante al referido autor español, pueden verse las consideraciones más recientemente expuestas por SÁNCHEZ MORÓN: ob. cit. (*Derecho Administrativo...*), pp. 92 y 93. En orientación similar, luego de exponer la tesis que diferencia entre potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados, señala HUTCHINSON: ob. cit., p. 316, que ella no supera los casos difíciles. Para el caso colombiano, véanse entre otros: MARÍN HERNÁNDEZ: ob. cit. («Algunas anotaciones...»), pp. 167 y 168; OSPINA SEPÚLVEDA: ob. cit., pp. 31 y 32.

⁶¹ Cfr., BACIGALUPO: ob. cit., p. 72.

⁶² Cfr., ibíd., p. 111. Siguiendo esta orientación, para el caso colombiano puede verse a OSPINA SEPÚLVEDA: ob. cit., p. 30.

⁶³ Cfr., BACIGALUPO: ob. cit., pp. 115 y 116.

⁶⁴ Cfr., ibíd., p. 117.

Por tanto, agrega BACIGALUPO, solo la teoría tradicional acepta la distinción tajante entre potestad discrecional y conceptos jurídicos indeterminados, puesto que la primera se limita a estar en la consecuencia jurídica, mientras que los últimos en el supuesto de hecho normativo⁶⁵. Agrega además, que en los conceptos jurídicos indeterminados de valor, dado que existe un margen de apreciación reconocible, la diferencia (respecto a la discrecionalidad) será entre la intensidad del control judicial, mas no en su esencia⁶⁶.

Para desarrollar su tesis divergente, el autor señala que en los conceptos jurídicos indeterminados hay que distinguir entre sus distintos componentes, se trate de un análisis estructural bizonal o trizonal. En el primero, se distingue entre el «núcleo» (lo no necesariamente ni comprendido ni excluido) y el «halo del concepto» (lo indudablemente incluido), y en el segundo, las dos zonas de certeza, es decir, la positiva (lo que necesariamente entra en el concepto), la negativa (lo que necesariamente no entra en el concepto), y la zona intermedia, la de la neutralidad, aquella aplicación que ni es admisible *a priori*, pero tampoco resulta inadmisibile. Tanto en el «núcleo» como en la zona intermedia, el margen de apreciación no se resuelve mediante un proceso cognitivo, sino volitivo⁶⁷.

Por tanto, agregamos nosotros, el proceso de apreciación intelectual (susceptible por tanto de control jurisdiccional, que es el tema que nos interesa), vendría entonces limitado a las zonas de certeza, positiva y negativa, lo que necesariamente se incluye o se excluye.

El resto (las zonas de incertidumbre) sería, pues, el «margen de apreciación» no susceptible de obtenerse mediante una operación de subsunción, sino de volición, puesto que no habría supuesto normativo o premisa mayor que sirva

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 117.

⁶⁶ *Cfr.*, *ibíd.*, pp. 129 y 137. En similar sentido, por ejemplo en la doctrina colombiana: OSPINA SEPÚLVEDA: *ob. cit.*, p. 27, quien sostiene que en este halo de incertidumbre o zona de penumbra, no existe premisa mayor y, por tanto, no opera la subsunción, sino más bien la justificación sobre la base de criterios extrajurídicos razonables. Sobre el punto puede verse también, entre otros, en la doctrina argentina: Sesín: *ob. cit.*, pp. 92-100.

⁶⁷ En similar sentido, en la doctrina peruana: VIGNOLO CUEVA: *ob. cit.*, p. 210.

de parámetro para subsumir la premisa menor, y, por ende, de muy limitado control jurídico⁶⁸, análogo entonces a la potestad discrecional⁶⁹.

De allí que BACIGALUPO, apoyándose en la doctrina alemana⁷⁰, expone que entre el margen de apreciación, núcleo o zona de incertidumbre de los conceptos jurídicos indeterminados y la potestad discrecional, más bien existen las siguientes semejanzas: i. Tienen por finalidad la concreción en sede aplicativa de normas abiertas; ii. su ejercicio requiere de una ponderación de intereses contrapuestos (lo cual, en nuestro criterio, es común a toda labor de interpretación y aplicación del Derecho), y iii. comparten la misma tipología de vicios jurídicos⁷¹.

Ampliando el punto, sostiene que, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, habría que distinguir entre las condiciones «suficientes» y las «necesarias» para su aplicación e inaplicación. La existencia de las últimas (las necesarias), se ubican en las zonas de determinación, pero la zona intermedia entre la condición suficiente para su aplicación y la condición suficiente para su inaplicación, es la zona de incertidumbre, el «núcleo» del concepto, la zona neutral, en la cual el operador jurídico tiene un margen de apreciación para concretar el concepto, margen de apreciación volitivo⁷². Las condiciones necesarias remiten a conceptos determinados o a potestades regladas, las suficientes (pero no necesarias), a conceptos jurídicos indeterminados o a potestades discrecionales⁷³. Concluye esta postura señalando:

... la aplicación de conceptos normativos indeterminados en su zona de incertidumbre y el ejercicio de la discrecionalidad no son sino modalidades

⁶⁸ BACIGALUPO: ob. cit., pp. 138-140 y 198-203.

⁶⁹ Cfr., ibíd., p. 188.

⁷⁰ Sobre el punto también pueden consultarse, entre otros: BARNÉS VÁSQUEZ, Javier: «La tutela judicial efectiva en la *Grundgesetz* (art. 19.V)». En: *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*. Editorial Civitas, S.A. J. BARNÉS VÁSQUEZ, coord. Madrid, 1993, pp. 170-183.

⁷¹ BACIGALUPO: ob. cit., p. 176.

⁷² Cfr., ibíd., p. 197.

⁷³ Cfr., ibíd., pp. 199 y 202.

de un mismo fenómeno: la perfección o integración en sede aplicativa del supuesto de hecho imperfecto (indeterminado o inacabado) de una norma jurídico-administrativa⁷⁴.

En un sentido más o menos similar, aunque sin la prolijidad teórica de BACIGALUPO, un sector de la doctrina venezolana señala que, en lo que concierne a la precisión del halo del concepto jurídico indeterminado, hay también un margen de apreciación de la autoridad administrativa que podría justificar una especie de deferencia del juez frente al criterio administrativo, salvo que haya un error en cuanto a los hechos determinantes⁷⁵. También argumenta:

... En ciertas ocasiones, la determinación del interés público más que delimitar un concepto jurídico indeterminado conlleva a una verdadera escogencia de objetivos dentro de los fines postulados por el constituyente o por el legislador, lo cual se ubica en el ámbito del legítimo poder discrecional...⁷⁶.

Más recientemente, otro doctrinario venezolano⁷⁷, al referirse al tema de los conceptos jurídicos indeterminados, emplea la terminología alemana (recogida por BACIGALUPO, entre otros), toda vez que señala la existencia de una zona de certeza negativa, en la que es absolutamente cierto que el concepto no se da en la práctica y en las que se deja un sector de maniobra a la Administración que el juez debe respetar, con lo cual, la aplicación técnica de los conceptos jurídicos indeterminados «... es mucho más asequible para el manejo de las potestades de la Administración...»⁷⁸.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 206.

⁷⁵ *Cfr.*, RUAN SANTOS: *ob. cit.*, p. 57.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 58.

⁷⁷ *Cfr.*, LINARES BENZO: *ob. cit.*, pp. 765 y 766.

⁷⁸ Cabe señalar que este autor va en contra de la tendencia mayoritaria y entiende que vocablos como los de «interés público» e «interés general», generan potestades discrecionales a favor de la Administración y no conceptos jurídicos indeterminados, tesis que argumenta sobre la base de que la Administración es la organización que tiene la información necesaria para tomar la decisión adecuada e idónea en el caso concreto, y no el Poder Judicial, es decir, que la Administración se encuentra en una mejor posición para decidir qué es el interés general o público en el caso concreto. En nuestra

Expuesta esta breve aproximación conceptual sobre la potestad discrecional y su relación con los conceptos jurídicos indeterminados, antes de entrar a analizar el régimen de cada país de los estudiados en este trabajo, resulta conveniente reseñar también de forma muy sucinta la evolución del control judicial de la discrecionalidad administrativa.

3. El control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales

En una primera etapa, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés se centró en el control sobre los elementos reglados tradicionales del acto administrativo⁷⁹. Se trata de los primeros intentos de controlar la potestad discrecional, más como medio de depurar la actividad administrativa que como salvaguarda de los derechos de los administrados⁸⁰. En la actualidad, está claro que la verificación de los elementos reglados del acto no implica control alguno de discrecionalidad⁸¹.

Con posterioridad, el control jurisdiccional ha ido avanzando hasta entrar a revisar: La existencia de la potestad y su dimensión (el *an, quid y quando* de la doctrina italiana⁸²); la competencia para ejercer la potestad⁸³; la finalidad –su

opinión, se trata de argumentos que fueron ya objeto de debate en el desarrollo del tema de la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, como se evidencia incluso de esta breve reseña doctrinaria.

⁷⁹ Seguimos aquí a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 475. Véase también en la doctrina venezolana: PEÑA SOLÍS: ob. cit., pp. 735-737. En la doctrina colombiana puede consultarse, entre otros: MARÍN HERNÁNDEZ: ob. cit. («Algunas anotaciones...»), p. 173.

⁸⁰ Cfr., FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 28 y 31.

⁸¹ Cfr., ibíd., pp. 130 y 247. De allí que se haya señalado que la discrecionalidad propiamente dicha es incontrolable (REQUENA LÓPEZ: ob. cit., pp. 89-95).

⁸² ALESSI: ob. cit., pp. 190 y 195. Más recientemente: AZZENA, Alberto: «*L'atto amministrativo*». En: *Diritto Amministrativo*. Vol. II. Monduzzi Editore. Leopoldo MAZZAROLLI *et alter*. Bologna, 1993, p. 1196; más reciente aún: CERULLI IRELLI, Vincenzo: *Lineamenti del Diritto Amministrativo*. 3ª, G. Giapichelli Editore. Torino, 2012, p. 289. En España, véase por ejemplo: GARCÍA DE ENTERRÍA: ob. cit. (*La lucha contra las inmunidades del poder...*), pp. 25 y 26; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 462 y 463.

⁸³ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA: ob. cit. (*La lucha contra las inmunidades del poder...*), pp. 25 y 26; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 462; BREWER-CARÍAS: ob. cit.

ausencia determina la desviación de poder, es decir, que el acto procure una meta distinta (aun de interés público) a sus fines legales específicos⁸⁴. Este control de la finalidad se vincula con la necesaria consecución del interés público⁸⁵, y por su propia naturaleza, se trata de un asunto de dificultad probatoria, mas no de imposibilidad⁸⁶. También se agregan como elementos susceptibles de control: el procedimiento y las formalidades previas a la emisión del acto⁸⁷.

Adicionalmente, la revisión judicial ha ido profundizándose sobre los elementos reglados de la actuación administrativa, con una tendencia a ampliarse⁸⁸. Así, por ejemplo, el control sobre los hechos determinantes (supuestos fácticos,

(«Los límites del poder discrecional...»), p. 15; ALESSI: ob. cit., pp. 189 y 190; FARIAS MATA: ob. cit., p. 330; RIVERO: ob. cit., p. 88; VEDEL: ob. cit., p. 264.

⁸⁴ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA: ob. cit. (*La lucha contra las inmunidades del poder...*), p. 26; VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA: ob. cit., pp. 36 y 37; SÁNCHEZ MORÓN: ob. cit. (*Derecho Administrativo...*), p. 95; LARES MARTÍNEZ: ob. cit., p. 169; BREWER-CARIAS: ob. cit. («Los límites del poder discrecional...»), pp. 15 y 23; FARIAS MATA: ob. cit., p. 330; VIGNOLO CUEVA: ob. cit., pp. 134 y 135. Más recientemente, enfatizando la importancia del control de la finalidad en el ejercicio de las potestades administrativas, entre ellas las discrecionales: RIVERO YSERN y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: ob. cit., pp. 65-72. Este elemento de control es destacado especialmente en el caso de la llamada «discrecionalidad técnica» (GARCÍA DEL RÍO, Luis: «El control judicial de la discrecionalidad técnica. Los procedimientos de selección de personal al servicio de las Administraciones Públicas». En: *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996, pp. 382-387).

⁸⁵ ALESSI: ob. cit., p. 189; RIVERO: ob. cit., p. 88. VEDEL: ob. cit., p. 265. Más recientemente, se ha señalado: «La discrecionalidad, en cualquiera de sus especies (se refiera a la oportunidad misma de intervenir, por ejemplo, o a los medios que deban escogerse) no está nunca desvinculada del Derecho en la medida en que la Administración ha de considerar en cada caso singular los fines para que fue otorgada esa potestad, la *ratio legis*; así como ponderar los intereses públicos y privados en su presencia», BARNÉS VÁSQUEZ: ob. cit. («Una nota sobre el análisis comparado...»), p. 236.

⁸⁶ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 477 y 478.

⁸⁷ RIVERO YSERN: ob. cit. («Reflexiones sobre la discrecionalidad...»), p. 562; ALESSI: ob. cit., p. 189; FARIAS MATA: ob. cit., p. 330; ARAUJO JUÁREZ: ob. cit., p. 121.

⁸⁸ Apoyándose en la doctrina francesa, se señala que esos elementos reglados clásicos serán: competencia, motivos y fin [Cfr., MARÍN HERNÁNDEZ: ob. cit. («Algunas anotaciones...»), p. 173]. Véase también, entre otros: CORDÓN MORENO: ob. cit., pp. 150 y 151.

veracidad, exactitud y congruencia de los hechos)⁸⁹. Y es que toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata⁹⁰, por lo que no puede la Administración inventar o desfigurar los hechos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración. Por consiguiente, habrá de ser consistente con la realidad⁹¹, so pena de anulación judicial.

El control sobre los hechos opera sobre la necesaria determinación que debe realizar la Administración del supuesto fáctico contemplado en la norma, de cuya existencia o realización depende el ejercicio de la potestad discrecional, pues la libertad de apreciación subjetiva no se extiende a la decisión de la existencia o no de tal supuesto (hecho determinante)⁹². Y es que no existe libertad de la Administración en cuanto a decidir si concurre o no el supuesto legal, sino solo para actuar o no o adoptar alguna de las soluciones una vez que concurra este⁹³.

Cabe advertir, no obstante, que, según puntualiza un sector de la doctrina, este control implica un verdadero examen sobre la discrecionalidad, ya que los hechos son previos a la decisión, así como también es previa la calificación de los mismos⁹⁴. Así, pues, las consideraciones relativas a la situación de hecho

⁸⁹ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA: ob. cit. (*La lucha contra las inmunidades del poder...*), p. 31; RIVERO YSERN: ob. cit. («Reflexiones sobre la discrecionalidad...»), pp. 563 y 564. En similar sentido, entre otros: LÓPEZ MENUDO: ob. cit., pp. 40 y 41; BARRERO RODRÍGUEZ, María Concepción: «Discrecionalidad administrativa y patrimonio histórico». En: *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996, p. 299.

⁹⁰ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 478; RIVERO: ob. cit., p. 281. En la doctrina colombiana, puede verse en similar sentido, entre otros: OSPINA SEPÚLVEDA: ob. cit., p. 7.

⁹¹ Cfr., FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 50, 87, 162 y 247.

⁹² Véase en Venezuela, entre otros: PEÑA SOLÍS: ob. cit., pp. 737 y 738. Pero la discrecionalidad sí tendrá cierto margen de acción en lo que concierne a la valoración o ponderación del significado o trascendencia de esos hechos en ciertos casos, como matiza por ejemplo: SÁNCHEZ MORÓN: ob. cit. (*Derecho Administrativo...*), p. 94.

⁹³ Cfr., PAREJO ALFONSO: ob. cit., pp. 379.

⁹⁴ Cfr., FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 130.

y de Derecho que fundan una decisión deben ser siempre material y jurídicamente exactas, incluso si la Administración dispone de potestad discrecional para apreciar la amplitud y consecuencias de la decisión⁹⁵. Este control se realiza sobre el examen objetivo del expediente que da origen al acto discrecional⁹⁶. Su violación acarrea el vicio de falso supuesto de hecho, que, por ejemplo, en el caso francés parte del vicio del error manifiesto, controlable aun en los actos discrecionales, a través de ese llamado «control mínimo»⁹⁷.

De tal suerte que el control sobre los hechos determinantes que dan origen al ejercicio de la potestad discrecional, se da sobre la configuración y apreciación del presupuesto de hecho del acto⁹⁸ y no comprende ningún elemento de apreciación ni juicio. Se trata de la constatación de los hechos. Deben pues verificarse: los presupuestos de hecho del acto, la certeza de los hechos y la calificación de los hechos⁹⁹. En el caso de la calificación de los hechos, habrán de evitarse los errores de método, es decir, no considerar debidamente elementos esenciales o darle excesiva importancia a los accesorios¹⁰⁰.

En cuanto a la calificación de los hechos, cuando esta deriva de criterios subjetivos y no objetivos, la frontera con la apreciación de las razones de oportunidad es tenue¹⁰¹. Se trata, pues, de que imperen los principios de proporcionalidad y racionalidad en relación con el presupuesto de hecho y la decisión que se adopte, así como en la calificación de los hechos¹⁰². De allí que se señala:

⁹⁵ VEDEL: ob. cit., p. 264.

⁹⁶ PEÑA SOLÍS: ob. cit., p. 738.

⁹⁷ Cfr., VEDEL: ob. cit., pp. 265 y 266.

⁹⁸ Exactitud de los hechos en términos de MOLES CAUBET: ob. cit., p. 347.

⁹⁹ BREWER-CARIÁS: ob. cit. («Los límites del poder discrecional...»), pp. 15 y 16; RIVERO: ob. cit., pp. 282-284; VEDEL: ob. cit., p. 266.

¹⁰⁰ Cfr., BREWER-CARIÁS: ob. cit. («Los límites del poder discrecional...»), p. 19.

¹⁰¹ RIVERO: ob. cit., 283-284.

¹⁰² Véase entre otros: BREWER-CARIÁS, Allan: *Instituciones políticas y constitucionales. La justicia contencioso-administrativa*. Tomo VII. Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira. Caracas-San Cristóbal, 1997, p. 425.

... el acto discrecional será inválido si emana de un órgano incompetente, si se funda en un hecho inexistente o deja de considerar el hecho relevante para tomar la decisión, o no considera la norma jurídica conducente para el mismo fin, o resuelve lo imposible de cumplir, u omite seguir el procedimiento debido, o carece de motivación o presenta una motivación ilógica, o persigue un fin distinto que el autorizado por la norma que otorgó la competencia al órgano emisor, o se encuentra afectado en la necesaria relación, que debe respetar, entre medios y fines...¹⁰³.

Llegado a este estadio de la evolución del control judicial de la discrecionalidad, se entra entonces en el difícil asunto del control de su llamado «núcleo»¹⁰⁴, que

¹⁰³ BARRA, Rodolfo Carlos: «Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial». En: *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. Tomo III. Editorial Civitas, S.A. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, coord. Madrid, 1993, p. 2243.

¹⁰⁴ Ejemplos en la doctrina alemana, invocados por un sector de la española (*Cfr.*, BACIGALUPO: ob. cit., pp. 130-134), de ese «núcleo» irrevisable de la potestad discrecional y de los conceptos jurídicos indeterminados se da en: i. La evaluación y calificación de exámenes y pruebas de aptitud profesional, en los «aspectos específicamente valorativos de la evaluación», basándose en la irrepitibilidad de la situación en que se produjo la evaluación y el principio de igualdad de oportunidades, que impediría revisar aisladamente la situación del recurrente sin considerar el rendimiento promedio de todos los evaluados; ii. la evaluación del rendimiento de funcionarios públicos, basándose en criterios similares; iii. las decisiones valorativas adoptadas por órganos colegiados independientes dotados de una composición plural o de una especial competencia (funcional, técnica o social), y aquí el margen de apreciación se funda en la voluntad de la ley de remitir la valoración a una apreciación ponderada de expertos independientes o representantes de los sectores afectados; y iv. la emisión de juicios prospectivos de carácter valorativo, técnico o político-valorativo (decisiones técnicas complejas relacionadas con el medio ambiente y la planificación. Ante tales casos, ese margen de apreciación, de acuerdo con tal sector, es común en los conceptos jurídicos indeterminados y en la potestad discrecional (*cfr.*, BACIGALUPO: ob. cit., pp. 134, 173 y 175), y, más aún, es similar a la remisión realizada por la ley a la potestad reglamentaria para condensar o concentrar programas de actuación administrativa (*cfr.*, BACIGALUPO: ob. cit., p. 169), véase también, entre otros: BARRERO RODRÍGUEZ: ob. cit., p. 305. En la doctrina venezolana puede verse: RUAN SANTOS: ob. cit., pp. 57 y 58).

no es otro que la libertad de selección entre las opciones posibles¹⁰⁵, sobre la base de variables extrajurídicas, todas válidas idealmente, y en principio inmunes al control judicial¹⁰⁶. Aunque este último reducto de inmunidad viene siendo también limitado sobre la base del criterio de razonabilidad¹⁰⁷.

Ese control se basa en los principios generales del Derecho (proporcionalidad, igualdad, objetividad, buena fe, seguridad jurídica, debido proceso, interdicción de la arbitrariedad, etc.)¹⁰⁸. El mismo incide sobre el margen de apreciación subjetiva en el que radica la potestad discrecional y, por tanto, debe aplicarse con cautela dada la dificultad de aprehensión de los principios generales del Derecho¹⁰⁹.

¹⁰⁵ *Cfr.*, para el caso venezolano: PEÑA SOLÍS: ob. cit., p., 731; BREWER-CARIÁS: ob. cit. («Los límites del poder discrecional...»), p. 25.

¹⁰⁶ *Verbi gratia*, la ambigua apreciación del «grado de interés público» referido por ALESSI: ob. cit., p. 193.

¹⁰⁷ *Cfr.*, en la doctrina venezolana, entre otros: PEÑA SOLÍS: ob. cit., pp. 731 y 732. En la doctrina argentina, entre otros: CASSAGNE: ob. cit., pp. 211-217. En la doctrina costarricense, entre otros: GONZÁLEZ CAMACHO: ob. cit., pp. 495-499. El principio de razonabilidad ha sido invocado como criterio de control de la discrecionalidad por el Tribunal Constitucional peruano, como señala BACA ONETO: ob. cit., p. 183.

¹⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 482-485; FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 50, 74, 212-214; SÁNCHEZ MORÓN: ob. cit. (*Derecho Administrativo...*), pp. 95 y 96 (aunque este destaca que no siempre se logrará un control objetivo mediante tales principios); ALESSI: ob. cit., p. 201; VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA: ob. cit., p. 39; CORDÓN MORENO: ob. cit., pp. 148, 154 y 155; PEÑA SOLÍS: ob. cit., p. 729, BREWER-CARIÁS: ob. cit. («Los límites del poder discrecional...»), p. 25; BREWER-CARIÁS: ob. cit. («Los actos de gobierno...»), pp. 177-187; VEDEL: ob. cit., p. 267. En la doctrina argentina, entre otros: HUTCHINSON: ob. cit., p. 303-309. En el caso peruano, la interdicción de la arbitrariedad ha sido invocada como principio por la jurisprudencia constitucional (BACA ONETO: ob. cit., pp. 183 y 188).

¹⁰⁹ Véase en la doctrina venezolana, por ejemplo: PEÑA SOLÍS: ob. cit., p. 740. En términos similares se pronuncia PAREJO ALFONSO: ob. cit., p. 378, al señalar que ese control debe emplearse cuando las otras técnicas se han agotado. La interpretación de la doctrina española al artículo 103.1 de su Carta Fundamental que constitucionaliza la sujeción de la Administración a la ley y al Derecho y la existencia de una norma similar en la Constitución Venezolana (artículo 141), permite plantear también en Venezuela la discusión acerca del control de la potestad discrecional por los principios generales

En ese orden de razonamiento, la doctrina española plantea que también este tipo de potestades pueden ser revisadas a la luz del «test de racionalidad», referido a la logicidad del razonamiento y a su consistencia con la realidad fáctica, así como de su coherencia o adecuación con el fin de la norma, de aptitud objetiva para satisfacerla, o de proporcionalidad¹¹⁰. Se trata, en primer lugar, de que la elección hecha por la Administración entre la multiplicidad de opciones sea motivada, so pena de ser arbitraria y por tanto anulable¹¹¹, al igual que la solución sea consistente con la realidad y objetivamente fundada¹¹². No obstante, ese control también tiene sus límites¹¹³.

del Derecho: PEÑA SOLÍS: ob. cit., pp. 741 y 742, ya adelantada por BREWER-CARÍAS. Escéptico acerca de esta modalidad de control: BACIGALUPO: ob. cit., p. 86, quien señala que resulta casi imposible valerse únicamente de estos, puesto que no son capaces de indicar positivamente cuál es la solución más razonable o proporcional, sino que el control con base en ellos será negativo, es decir, control sobre el ejercicio de la potestad discrecional de forma manifiestamente irrazonable o desproporcionada, salvo los casos de reducción a cero de la discrecionalidad (BACIGALUPO: ob. cit., p. 89). Muestra también reparos, en la doctrina peruana: VIGNOLO CUEVA: ob. cit., pp. 191 y 192. En la doctrina colombiana, puede verse entre otros: MARÍN HERNÁNDEZ: ob. cit. («Algunas anotaciones...»), pp. 173-176, quien señala que los principios generales del Derecho son una poderosa herramienta de fiscalización de la actividad de los Poderes Públicos, y siguiendo a este último: OSPINA SEPÚLVEDA: ob. cit., p. 10.

¹¹⁰ Véanse entre otros: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 488; FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 51; GRANADO HJELMO, Ignacio: «La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los Poderes Públicos». En: *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996, p. 177; CORDÓN MORENO: ob. cit., p. 154.

¹¹¹ Cfr., FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 131.

¹¹² Cfr., ibíd., pp. 162 y 248. Este autor distingue entre la racionalidad, entendida como coherencia y proporcionalidad, de razonabilidad, vinculada con la obtención de una solución razonable objetivamente sobre la base de parámetros externos al criterio personal del juez (ibíd., pp. 204 y 207), y resume su tesis referida a la distinción entre racionalidad en los siguientes términos: Opera el control mediante el *test* de racionalidad cuando: «1) la realidad de los hechos ha sido de algún modo falseada; 2) no se ha tomado en consideración algún factor jurídico relevante o se ha introducido en el proceso alguno que no lo sea; 3) se ha obviado el mayor peso o mayor valor que, eventualmente, otorgue el ordenamiento jurídico a alguno de esos factores; 4) o, caso de tener todos los factores el mismo valor jurídico, no se ha razonado la concreta opción en favor de uno de uno de ellos o el razonamiento aportado adolece de errores lógicos o, en fin, resulta inconsistente con la realidad de los hechos» (ibíd., p. 249). En nuestro

En ese orden de ideas, en el caso venezolano por ejemplo, también se invoca la exigencia de la «razonabilidad» entendida como:

crterio, los tres primeros elementos encuadran en el control de los hechos determinantes en cuanto a la constatación y calificación de los hechos. Y el *test* de razonabilidad cuando la decisión adolece de coherencia por su notoria falta de adecuación al fin de la norma o resulta desproporcionada (ibíd., p. 249), lo que en nuestra opinión coincide con el control sobre la base de los principios generales del Derecho. Aparentemente en contra, PAREJO ALFONSO: ob. cit., p. 371, quien señala que si la fiscalización judicial alcanza el fondo del asunto se produciría una sustitución del juicio de la voluntad de la Administración por la del juez, hecho contrario a la remisión legislativa que precisamente configura la potestad discrecional, con infracción del principio de división de poderes. Y decimos aparentemente puesto que el autor admite que potestad discrecional no significa consagración de zonas inmunes al control judicial, ni que la potestad discrecional exime del deber de motivar y razonar suficientemente, por lo que no se confunde con arbitrariedad. Por argumento a contrario, el autor admite que una deficiente o incongruente motivación sí es revisable judicialmente, con lo que concluye en términos análogos a los que se producen de la aplicación del «*test* de razonabilidad». El carácter aparente de esa controversia viene a ser destacado por ATIENZA, Manuel: «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica». En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. N° 85. Editorial Civitas. Madrid, 1995, pp. 5 y ss. quien, en primer término, resume la tesis de T. R. FERNÁNDEZ en los siguientes términos: «A) Todas las decisiones de la Administración son susceptibles de control judicial, incluidos los actos discrecionales. B) Los actos discrecionales de la Administración, puesto que no pueden ser arbitrarios: 1) Deben estar motivados, es decir, deben estar basados en razones y no ser la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicta. 2) Esas razones no deben ser contrarias a la realidad, es decir, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión (los “hechos determinantes”). 3) Entre esas razones y la decisión debe existir una relación de coherencia. C) El control judicial de los actos discrecionales (que no es un control de mera legalidad, sino de juridicidad, pues la última palabra la tiene el Derecho, no simplemente la ley) se ejerce precisamente en relación con los tres aspectos anteriores. Lo que el juez debe controlar es, por tanto, que existen esas razones, que las mismas no contradicen los “hechos determinantes” de la realidad, y que resultan congruentes con la decisión (con el acto discrecional). D) El resultado de ese control (cuando el acto sometido a examen no supera el anterior *test* de racionalidad) puede ser: 1) (Normalmente) la anulación del acto. 2) (Excepcionalmente) la sustitución de la decisión administrativa discrecional por una decisión judicial, lo que solo podrá tener lugar si: a) Al final del proceso (es decir, en el momento de la toma de decisión por parte del juez) solo es posible una única solución (el margen de discrecionalidad se habría reducido por tanto a cero), y b) De esta manera se restablece una situación jurídica

... un estándar jurídico comprensivo de una serie de valores que deben guiar a la actividad administrativa (en lugar de *bonus pater familiae* o de *bonus*

individualizada o, dicho de otra manera, se garantiza la efectividad de la tutela judicial». Luego de ella, plantea que no hay tal contracción con PAREJO o SÁNCHEZ MORÓN, puesto que este afirma: «En consecuencia y recapitulando, el control judicial de la discrecionalidad administrativa solo se puede extender, aparte los aspectos reglados específicos que resulten de las normas jurídicas aplicables en cada caso y con unas u otras peculiaridades según los supuestos de discrecionalidad, al control de la desviación de poder, al de la existencia de los hechos determinantes y al del error de derecho que derive de una apreciación manifiestamente incorrecta de los mismos, al control del respeto a los principios generales del Derecho, incluido el de las decisiones arbitrarias por manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, así como al control del cumplimiento de las garantías organizativas, procedimentales y formales (motivación) que vinculan en todo caso el ejercicio de las potestades discrecionales»; «Pero aún queda –añade ATIENZA– por decir que, si se constata la infracción de alguno de los límites jurídicos del ejercicio de la discrecionalidad, el órgano judicial no puede determinar el contenido de la decisión a adoptar en sustitución de la anulada, salvo que en realidad se llegue a la conclusión, mediante el razonamiento jurídico, de que solo hay una solución posible en derecho» (citado en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Editorial Tecnos. Madrid, 1994, p. 159); de lo cual concluye que el «test de racionalidad» referido al control de coherencia, es concebido como la irrazonabilidad o desproporcionalidad por este último autor. En similar sentido, respecto a que hay más coincidencias que desacuerdos en las diversas posiciones: VIGNOLO CUEVA: ob. cit., p. 185, nota al pie 360. En nuestro criterio, FERNÁNDEZ ha dejado en claro posteriormente la diferencia entre racionalidad y razonabilidad. En todo caso, nos parece convincente ATIENZA en cuanto este señala que se trata de enfocar el punto desde dos posiciones distintas, aunque con similares resultados. Mientras FERNÁNDEZ hace énfasis en la tutela judicial, PAREJO y SÁNCHEZ MORÓN en la necesidad de que la Administración moderna cuente con medios organizativos y funcionales para cumplir sus objetivos en el Estado Social, que es un problema que no se relaciona con el tema objeto de este trabajo, y ni siquiera es propio del Derecho Administrativo, sino que se vincula con la teoría general del Derecho (y añadimos nosotros, con el Derecho Constitucional y la Ciencia Política). Asimismo, subraya la apariencia de tal controversia BELTRÁN DE FELIPE, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y Constitución. Temas clave de la Constitución española*. Tecnos. Madrid, 1995, p. 73, (citado por BACIGALUPO: ob. cit., p. 23), así como este último, quien plantea que debe distinguirse entre la amplitud de la potestad discrecional en el Estado Social de Derecho y el alcance de su control judicial (BACIGALUPO: ob. cit., p. 24). También señala que el debate es solo aparente, toda vez que parte de premisas conceptuales distintas (BACIGALUPO: ob. cit., p. 38), la del enfoque «reduccionista» ya

magistratus) y que realizan la justicia con todos sus sinónimos: equivalencia, proporción, adecuación, igualdad, paridad, justa distribución...¹¹⁴.

Un aspecto que merece algún comentario, siquiera sucinto, dentro de esta breve reseña del tratamiento doctrinario de la discrecionalidad administrativa en cuanto a su límite y control, es el atinente a la llamada «discrecionalidad técnica», tema en el cual incluso su propia denominación genera polémica¹¹⁵.

explicado (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ), y el jurídico funcional (PAREJO, SÁNCHEZ MORÓN), en el cual el problema se plantea no desde el criterio de los límites del control judicial, sino desde la disfuncionalidad de que el Poder Judicial controle el fondo de decisiones en las que el legislador ha remitido a apreciaciones técnicas o político-administrativas, ajenas a la formación del juez (BACIGALUPO: ob. cit., p. 142). Más recientemente, se ha señalado «... es posible que esta famosa polémica esté basada en un malentendido» (CASTILLO VEGAS: ob. cit., p. 62). En contra, califica de «irreductible» a tal polémica: CASSAGNE: ob. cit., p. 186.

¹¹³ Impuestos por el propio ordenamiento jurídico, toda vez que en la aplicación de los principios el método prevalente será el de la ponderación y no el de la subsunción, el cual puede llevar a más de una solución posible para cada caso. Ello impedirá entonces la sustitución del juez en la decisión administrativa, salvo que esta última no haya respetado las reglas del método de la ponderación [*cf.*, MARÍN HERNÁNDEZ: ob. cit. («Algunas anotaciones...»), p. 180].

¹¹⁴ Véase BREWER-CARIÁS: ob. cit. («Algunos aspectos del control judicial...»), p. 11; BREWER-CARIÁS: ob. cit. («Notas sobre la discrecionalidad administrativa...»), p. 37; BREWER-CARIÁS: ob. cit. («Los actos de gobierno...»), p. 180; BREWER-CARIÁS, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. El procedimiento administrativo*. Vol. IV. Civitas-Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana. Madrid, 2013, pp. 257.

¹¹⁵ Incluso en la doctrina italiana se comienza señalando la imprecisión de este término (CERULLI IRELLI: ob. cit., p. 293). Así, por ejemplo, entre otros, para BREWER-CARIÁS: ob. cit. («Algunos aspectos del control judicial...»), pp. 23 y 24; BREWER-CARIÁS: ob. cit. («Notas sobre la discrecionalidad administrativa...»), pp. 6, 11 y 12; BREWER-CARIÁS: ob. cit. (*Tratado de Derecho Administrativo...*), vol. IV, pp. 249 y 250, esta no sería en realidad discrecionalidad, sino una variante de los conceptos jurídicos indeterminados. En similar sentido: HERNÁNDEZ-MENDIBLE: ob. cit. (*Estudio jurisprudencial de las nulidades...*), p. 91. En análoga orientación: SESÍN: ob. cit., p. 91. Por su parte, MELÁN GIL: ob. cit., p. 1145, califica a la discrecionalidad técnica como «innecesaria». Otras opiniones sostienen que en realidad, no se trata de discrecionalidad (ARAÚJO JUÁREZ: ob. cit., p. 118). En similar sentido a esa última posición, en la doctrina argentina: CASSAGNE: ob. cit., p. 208. En ese mismo país, a la llamada discrecionalidad técnica se

El mismo se refiere a la potestad de la Administración para dictar actos o realizar actividades que requieren de la aplicación de conocimientos especializados, y que, por tanto, no serían susceptibles de revisión por la rama judicial del Poder Público dada su propia naturaleza, salvo por criterios de razonabilidad o de ponderación de los intereses en juego¹¹⁶. Se trataría de variables

le distingue de la discrecionalidad propiamente dicha, se le cataloga como un «concepto linderó», y se concluye que esta última no está exenta de control judicial, pues en tal caso es exigible una decisión fundada en criterios científicos o técnicos (*cf.*, HUTCHINSON: ob. cit., p. 310). En la doctrina española, se señala, por ejemplo, que la discrecionalidad técnica puede constituir el «núcleo duro» de la discrecionalidad, y se hace referencia a los juicios valorativos de expertos, por oposición a los conceptos jurídicos indeterminados, aunque de seguidas aclara que se trata de un asunto más complejo de lo descrito (*cf.*, LÓPEZ MENUDO: ob. cit., pp. 38 y 39). Sobre el tema, puede verse la exposición de los principales problemas que esta plantea en: DESDENTADO DAROCA: ob. cit., *in totum*. Al respecto destaca esta autora que la noción de discrecionalidad técnica tiene su origen en Italia, en donde la distinción entre discrecionalidad técnica y discrecionalidad administrativa se creó para enfrentar los problemas que planteaban los conceptos jurídicos indeterminados. Pero la discrecionalidad técnica siempre ha sido equívoca, por la ausencia de consenso en torno a su significado (*ibíd.*, p. 28). Así, por ejemplo, agrega, para GIANNINI los términos «discrecionalidad» y «técnica» son inconciliables, productos únicamente de un error histórico (*ibíd.*, pp. 37 y 38).

¹¹⁶ Señala DESDENTADO DAROCA: ob. cit., pp. 22 y 23, que no es sencillo definir la discrecionalidad, dada la propia equívocidad del término y la ausencia de consenso doctrinal sobre su utilización, pero que en todo caso pueden distinguirse como tipos de discrecionalidad, la política, la administrativa y la jurídica. Las dos primeras son formas de discrecionalidad fuerte, mientras que la última es puramente instrumental. Agrega que solo en el supuesto de la discrecionalidad fuerte, es decir, aquella en las que existen varias posibles soluciones, la Administración dispone con carácter final de la discrecionalidad que aparecen en el ejercicio de la función de administración directa, por lo que los tribunales no pueden sustituirla por sus propias decisiones en este aspecto (*ibíd.*, p. 24). En ese sentido, explica que puede haber supuestos en los que la técnica define varios modelos igualmente eficaces para la consecución del fin último de la actuación, por lo que la Administración habrá de seleccionar el que considere más conveniente para el interés general y allí habrá un ámbito de discrecionalidad fuerte. En tales casos, el control judicial será de tipo negativo, para verificar si se han respetado los límites impuestos por el ordenamiento (*ibíd.*, pp. 63 y 64). En cambio, si en la aplicación de conceptos jurídicos se remite a criterios técnicos (ruina, interés histórico, justo precio), puede surgir una discrecionalidad instrumental en los casos difíciles, cuando no se permita una respuesta automática y única. En esos supuestos, sí habrá un control judicial más fuerte y cabrá la sustitución (*ibíd.*, pp. 64 y 66).

extrajudiciales análogas a los criterios de conveniencia y oportunidad, y por tanto, irrevisables en sede judicial¹¹⁷.

Se señala también que la discrecionalidad técnica, referida a cuestiones que han de resolverse por un juicio técnico emitido por un órgano especializado de la Administración, no es controlable¹¹⁸. No obstante, un amplio sector de la doctrina señala que, si la determinación de la congruencia y veracidad de los hechos contenidos en la motivación con la decisión adoptada, conduce a que en sede judicial pueda entrarse a examinar, mediante expertos, los criterios técnicos que sirvieron de base al acto impugnado, tales criterios sí pueden ser controlables en sede judicial¹¹⁹.

¹¹⁷ Cfr., entre otros, en la doctrina venezolana: PEÑA SOLÍS: ob. cit., pp. 744 y 745. Negando la acogida de la discrecionalidad técnica por la jurisprudencia venezolana, se pronuncia recientemente: CORREA: ob. cit., p. 107. Luego de la polémica en la doctrina española, pueden verse los comentarios de, entre otros: SÁNCHEZ MORÓN: ob. cit. (*Derecho Administrativo...*), pp. 90 y 91. La discrecionalidad técnica ha sido caracterizada como un punto entre lo predominantemente reglado y discrecional, aunque más próxima a esto último, por: BARRERO RODRÍGUEZ: ob. cit., pp. 294-297, 347 y 348, o bien, como un «concepto lindero» a la discrecionalidad propiamente dicha (GARCÍA DEL RÍO: ob. cit., p. 176). Véase también: ESCRIBANO COLLADO, Pedro: «España. Técnicas de control de la discrecionalidad administrativa». En: *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*. Editorial Civitas, S.A. J. BARNÉS VÁSQUEZ, coord. Madrid, 1993, pp. 368-370.

¹¹⁸ Cfr., BREWER-CARIAS: ob. cit. («Los límites del poder discrecional...»), p. 29. Hay que recordar que, en el caso de este autor, su afirmación debe ser contextualizada con los párrafos previos, pues como hemos visto, no niega en su totalidad el control de la discrecionalidad técnica, desde que parte de asimilarla a los conceptos jurídicos indeterminados.

¹¹⁹ Véase, entre otros, en la doctrina venezolana: PEÑA SOLÍS: ob. cit., p. 763. En análogo sentido, RONDÓN DE SANSÓ: ob. cit., p. 74, señala que la discrecionalidad técnica no es tal, puesto que con ella no existe juicio acerca de la conveniencia u oportunidad, y que la aplicación de conocimientos técnicos o científicos resulta controlable judicialmente. Más recientemente: CORREA: ob. cit., p. 107. Un sector de la doctrina argentina plantea que, más bien, con la presencia de las normas técnicas y científicas en el ordenamiento jurídico, que establecen una única solución posible, cesa la discrecionalidad [REVIDATTI, Gustavo Adolfo: «La técnica como limitante de la discrecionalidad (La ampliación de defensa de derechos, libertades y garantías como consecuencia de la influencia de normas no jurídicas)». En: *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en homenaje al profesor

Para un sector de la doctrina española, la discrecionalidad técnica está a medio camino entre lo reglado y lo puramente discrecional, aunque participa más de lo primero que de lo segundo¹²⁰, o bien viceversa¹²¹.

Para otro sector de la doctrina¹²², este tipo de discrecionalidad, referida a estándares científicos o técnicos, presenta mayores problemas en cuanto a que la norma ni la define con relativa indeterminación (como los conceptos jurídicos indeterminados), ni tampoco concede a la Administración verdadera

Jesús González Pérez. Tomo III. Editorial Civitas, S.A. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, coord. Madrid, 1993, p. 2266]. Por su parte, un sector de la doctrina española (GARRIDO FALLA: ob. cit., p. 184) sí admite la existencia de este tipo de potestad discrecional, siempre que el juez «... carezca de elementos de juicio razonables para subrogarse...», con lo cual en termina coincidiendo con la tesis del control por el «test de razonabilidad» ya mencionado. En similar sentido: TORNO MÁS, Joaquín: «Discrecionalidad e intervención administrativa económica». En: *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996, pp. 403-410. En la doctrina colombiana, véase entre otros: MARÍN HERNÁNDEZ: ob. cit. («Algunas anotaciones...»), p. 183. En la doctrina argentina, señala por ejemplo CASSAGNE: ob. cit., p. 204: «... si se reconoce que alguna zona de la actividad del Estado, particularmente, los juicios técnicos o de oportunidad que lleva a cabo la Administración, se considera exenta de control jurisdiccional no habría tutela judicial, pues ésta sería solo formal y carente de efectividad», para agregar que la alta complejidad de un asunto no es argumento que justifique que los jueces eludan ejercer el control de la actividad administrativa que les impone la Constitución (ibíd., pp. 208, 209 y 216).

¹²⁰ GARCÍA-TREVIJANO FOS: ob. cit., p. 174. En la jurisprudencia venezolana la existencia de la discrecionalidad técnica es negada (Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, sent., del 23-03-83, y CSJ/SPA, sent., del 28-07-98, caso Jhonson & Jhonson vs. COVENIN, citada en BALZÁN: ob. cit., pp. 82 y 83). En igual sentido, se señala que para la jurisprudencia venezolana la discrecionalidad técnica no tiene nada de discrecional, toda vez que no deja nada a la libertad del órgano que actúa, sino que somete sus decisiones al uso y obediencia de las normas técnicas que rigen la materia, al uso de los recursos que las ciencias especializadas ofrecen para obtener los resultados deseados por la norma (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, citada *supra*, referida en HERNÁNDEZ-MENDIBLE: ob. cit. («Los vicios de anulabilidad...»), p. 405).

¹²¹ *Cfr.*, BARRERO RODRÍGUEZ: ob. cit., pp. 294-297 y 347-348.

¹²² *Cfr.*, PAREJO ALFONSO: ob. cit., pp. 374 y 375.

«discreción» en su aplicación, sino que se traduce en un «apoderamiento» específico a la Administración, en cuanto a valorar y apreciar si concurre o no el supuesto de hecho. Y ello por cuanto esa determinación requiere el dominio de información y métodos y criterios técnicos (no jurídicos), o bien demanda la ponderación con criterios extrajurídicos de una gran diversidad de intereses, lo que hace muy difícil su control judicial¹²³. De allí se desprende: i. La aceptación por parte del juez del criterio asumido por la Administración, siempre que este se mantenga dentro de los límites de tolerancia deducidos de la interpretación del concepto hecha por el juez, y ii. la exigencia de motivación que supere el «*test* de razonabilidad», es decir, que no sean concluyentemente rebatibles en el aspecto jurídico, o en términos más simples, que la solución adoptada sea motivada y justificada razonablemente¹²⁴.

Para el caso de los límites del control judicial de la discrecionalidad técnica y su relación con las pruebas periciales o de expertos, cabe reseñar brevemente lo expuesto por DESDENTADO DAROCA. Esta autora comienza señalando que

¹²³ Un resumen de las distintas tesis, tradicionales y recientes, sobre la discrecionalidad técnica, que van desde concebirla como discrecionalidad administrativa de menor amplitud hasta distinguir ambos tipos de discrecionalidad (la técnica se refiere a la concreción de conceptos jurídicos indeterminados, o bien como valoración de conceptos jurídicos que remiten a criterios técnicos), puede verse en DESDENTADO DAROCA: ob. cit., pp. 29-61.

¹²⁴ En similar sentido, ha señalado la doctrina colombiana: «Lo anterior no quiere decir que el juez no pueda controvertir los juicios técnicos de la administración, con apoyo en los dictámenes de peritos, una de las comprensiones –equivocada– de la llamada discrecionalidad técnica; simplemente se trata de que en determinados asuntos técnicos extremadamente complejos (...) o de asuntos dudosos porque, por ejemplo, el estado de la ciencia posibilite más de un curso de acción, el juez debería respetar, en principio, cierto margen de apreciación en beneficio de la Administración» [MARÍN HERNÁNDEZ: ob. cit. («Algunas anotaciones...»), p. 183]. En todo caso, respecto a las diversas posiciones sobre el alcance e intensidad del control judicial sobre la discrecionalidad técnica en la doctrina española, puede verse la reseña que hace DESDENTADO DAROCA: ob. cit., pp. 98-113. Más recientemente: FERNÁNDEZ-ESPINAR, Luis Carlos: «El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control». En: *Revista Jurídica de Castilla y León*. N° 26. 2012, pp. 241-249 [<http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=59141>].

el hecho de que se trate de conocimientos técnicos ajenos al juez no es obstáculo, pues para ello está prevista la prueba pericial, y de seguidas agrega:

... para superar el hecho de que los tribunales no posean los conocimientos técnicos necesarios para la integración de la premisa menor (cabe la prueba pericial y su valoración conforme a la sana crítica), pues de este modo el juez puede construir el juicio técnico necesario para configurar las premisas de las que deducirá posteriormente la conclusión jurídica¹²⁵.

Agrega la autora, citando a la doctrina que postula el control pleno de la discrecionalidad técnica, que en el supuesto de la discrecionalidad instrumental jurídico-técnica no hay justificación para sostener la existencia de un reducto último de apreciación o valoración técnica no susceptible de control ni de sustitución por los tribunales, toda vez que la concreción y aplicación de conceptos que remiten a criterios técnicos es una operación jurídica, y la necesidad de recurrir a máximas de experiencia especializada no supone obstáculo alguno ni para considerarla como tal ni para que se realice un control judicial *a posteriori*, a través de la prueba pericial¹²⁶.

Ahora bien, ¿cuál es el resultado del ejercicio del control judicial sobre las potestades discrecionales? En la actualidad parece estar claro que, luego de proceder a la reducción de la discrecionalidad a sus justos límites, un sector de la doctrina española sostiene que el resultado es la anulación del acto, salvo cuando al final del proceso judicial solo resulte posible una solución por

¹²⁵ DESDENTADO DAROCA: ob. cit., p 119. Comentando ese asunto, véase: *ibíd.*, pp. 122-129.

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 145. Concluye señalando esta autora: «En definitiva, la tesis de la exclusión del control judicial de la discrecionalidad instrumental jurídico-técnica no es conforme al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestro texto constitucional y no permite garantizar el sometimiento pleno de la actividad administrativa a la ley y al Derecho. Las consecuencias negativas de esta tesis se aprecian con extraordinaria claridad en los casos extremos, como aquellos en los que se elige a la persona manifiestamente menos capacitada o en los que la calificación dada a un examen es manifiestamente errónea. Ninguno de estos casos extremos podría ser objeto de control porque la tesis de la exclusión del control judicial de la discrecionalidad instrumental jurídico-técnica cierra de forma apriorística la revisión de las valoraciones o apreciaciones técnicas» (*ibíd.*, p. 147).

razones de coherencia para el caso concreto (reducción a cero del margen de discrecionalidad)¹²⁷. Ello, al entender que, dada la persistencia de una única solución concluido el debate judicial, el derecho a la tutela judicial efectiva impone la resolución final del caso¹²⁸.

De tal suerte que el juez podrá sustituirse en la Administración en la medida en que cuente con elementos de juicio suficientes para realizar una crítica seria y fundada de la decisión cuestionada y una valoración consistente de las circunstancias de hecho. Se trata, pues, de un asunto fundamentalmente probatorio¹²⁹. En todo caso, esa sustitución será viable en los supuestos en que el material probatorio aportado conduzca a una solución única¹³⁰.

La conclusión general es, como señala la doctrina colombiana:

Por tanto, salvo cuando las circunstancias del caso posibiliten un control de intensidad mayor, normalmente tendrá que limitarse a verificar que

¹²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 490-493; criterio asumido por el Tribunal Supremo español, citado por FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 56 y 185. En análoga orientación, en la doctrina venezolana: PEÑA SOLÍS: ob. cit., pp. 742 y 743.

¹²⁸ Cfr., FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 208 y 209. En igual orientación BACIGALUPO: ob. cit., p. 89, quien acepta las sentencias que obligan a adoptar una determinada solución únicamente en tal supuesto, e invoca la doctrina alemana como ejemplo (ibíd., pp. 119 y 135). Tal tesis es recogida en Venezuela, entre otros, por BALZÁN: ob. cit., pp. 96 y 99, y en Perú, entre otros, por BACA ONETO: ob. cit., pp. 188-190.

¹²⁹ Cfr., FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 104. En la doctrina argentina: CASSAGNE: ob. cit., pp. 175 y 189. Por argumento a contrario, si persiste la discrecionalidad no podrá el juez sustituir a la Administración, como señala en la doctrina peruana: VALVERDE GONZÁLES: ob. cit., p. 221. Sobre los aspectos probatorios en el control de la discrecionalidad administrativa puede verse entre otros: CORDÓN MORENO: ob. cit., pp. 155-164.

¹³⁰ Cfr., entre otros: GRANADO HIJELMO: ob. cit., p. 178; BARNÉS VÁSQUEZ: ob. cit. («Una nota sobre el análisis comparado...»), pp. 241 y 242; PÉREZ ANDRÉS: ob. cit., p. 664. En similar sentido en la doctrina colombiana: MARÍN HERNÁNDEZ: ob. cit. («El debate sobre el alcance...»), p. 146. Sobre el aspecto probatorio en el control judicial de la discrecionalidad administrativa, véase también: HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo: «Aspectos procesales del control judicial de la discrecionalidad administrativa». En: *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996, pp. 194-210.

el ejercicio hecho por el órgano administrativo de las facultades que se le confieren de esta manera, no transgreda los límites –negativos– impuestos por el Derecho¹³¹.

Como puede constatarse, la posición de José PEÑA SOLÍS, así como de la doctrinaria mayoritaria venezolana, resulta fácilmente armonizable con la mayoría del resto de Hispanoamérica, en la búsqueda de ese siempre difícil equilibrio entre derechos de la persona y potestades públicas. Muy diferente sería describir la situación legal venezolana o –peor aún– jurisprudencial, en las cuales se evidenciaría el rezago legislativo en el primer caso o la negación de los derechos individuales en obsequio de un pretendido pero no justificado interés general en el segundo. Pero de eso habrá que ocuparse en otra oportunidad. Sirva esta para contribuir con esta publicación en homenaje a uno de los maestros del Derecho Administrativo venezolano contemporáneo.

* * *

Resumen: El autor examina un tema que ha sido de gran debate en la doctrina referido al control judicial de la discrecionalidad administrativa. Para ello describe, primeramente, la definición de discrecionalidad administrativa, y la contrasta con otros términos como el de concepto jurídico indeterminado, todo con apoyo en abundante doctrina Iberoamericana. El resultado es un bosquejo de las distintas posiciones que en Iberoamericana se han planteado en relación con las potestades de control y sustitución que tiene el juez en la Administración. **Palabras clave:** discrecionalidad administrativa, potestad discrecional, concepto jurídico indeterminado, control judicial.

¹³¹ MARÍN HERNÁNDEZ: ob. cit. («Algunas anotaciones...»), p. 184. En similar sentido para el caso español: SÁNCHEZ MORÓN: ob. cit. («Función, límites y control...»), p. 267.

