



JOHANNA ROMERO LARCO

Abogada por la Universidad de Cuenca, Ecuador. Diploma Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Cuenca, Ecuador. Candidata a Master en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador. Cursante del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Investigadora de FLACSO-Ecuador. Miembro Fundadora del Centro de Investigación de Estudios Constitucionales de la Corte Constitucional del Ecuador.

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

(Entregado 16/05/2013 – Revisado 14/06/2013)

**Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina
FLACSO-Ecuador
Facultad de Derecho, Postgrados de la UBA, Argentina
jhoannamelyna@hotmail.com**

RESUMEN

La doctrina administrativista actual coincide en que el control judicial de la discrecionalidad de la administración ha sido hasta la actualidad, el núcleo central de la disputa en el Derecho Administrativo. Sin embargo como se observará en este trabajo, la evolución que han suscitado las teorizaciones en torno al control judicial de la administración, dan cuenta de un cambio profundo que pone en cuestión y/o a prueba a los principios fundantes del propio Derecho Administrativo, en tanto supone un derecho de los privilegios del Estado y el poder.

Si bien la posición más generalizada en la actualidad acepta el control judicial sobre la discrecionalidad, las diferencias que se encuentran entre las diferentes posturas teóricas tienen como punto de deflexión el alcance que se otorga a ese control judicial, es decir de sus límites, pero que además siguen dependiendo de la noción de discrecionalidad reconocida. Para Carlos Balbin sin embargo, la discusión no es tanto en torno al alcance del control, sino el modo en que los jueces deben controlar los aspectos discrecionales de la Administración

El garantismo como teoría jurídica inmersa en esta forma de Estado, recoge precisamente nuevos postulados sobre los cuales, un sector de la doctrina administrativista intenta adaptarse, pero que sin embargo no superan los cuestionamientos desarrollados por otro sector. De allí encones que el fraccionamiento persista como en un inicio, aun con nuevas

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

formulaciones pero que a nuestro criterio no han hecho sino trasladar el problema a un nuevo escenario aún más susceptible de arbitrariedades como lo es la judicatura.

Es por tanto conveniente a propósito de una conclusión hacer una breve aproximación a los postulados de la Teoría del Garantismo, como una teoría que, como muchas propugna la limitación al poder, no obstante con la peculiaridad que acude a una noción – consideramos- abstracta de los derechos humanos.

Palabras Claves: *Derecho Administrativo, Control Judicial, Estado Constitucional, Garantismo*

ABSTRACT

The doctrine current administrative lawyer agrees that judicial control of the discretion of the administration has been until now, the central core of the dispute in Administrative Law. However as it may be observed in this work, the developments that have aroused the theories around the judicial control of the administration, realize a profound change that puts in question and/or to test to the founding principles of the own Administrative Law, in both involves a right of the privileges of the State and power.

While the position more widespread now accepts the judicial control over the discretion, the differences that are found between the different theoretical stances have as point of deflection the scope that is granted to that judicial control, that is to say of their limits, but that also follow depending on the notion of discretion. For Balbín Carlos, however, the discussion is not so much on the scope of the control, but the way in which judges must control the aspects of the Administration discretionary.

The ism as legal theory immersed in this form of State, collected precisely new postulates on which, a sector of the doctrine administrative lawyer tries to adapt, but that however do not exceed the questions developed by another sector. From there that the fractionation encones persists as a start, even with new formulations but in our view have not done but shifting the problem to a new scenario even more susceptible to arbitrary as it is the judiciary.

It is therefore desirable to aim for a conclusion to make a brief approximation to the postulates of the theory of the ISM, as a theory that, as many advocates the limitation on the power, however with the peculiarity that attends a notion - we believe - abstract of human rights.

Key Words: *Administrative Law, Judicial Control, Constitutional State, Guaranties.*

INTRODUCCIÓN

La discusión teórica desarrollada sobre el control judicial de la discrecionalidad de la Administración constituye, según la doctrina, de aquellos debates presentes en el derecho administrativo desde sus orígenes y sigue siendo hasta hoy un debate inacabado, sobre el cual, si bien se han logrado algunos acuerdos en la doctrina, las mismas han dependido de la posición teórica a la cual los distintos autores adscriban. “Las reflexiones en cada época sobre la discrecionalidad de la Administración, han ido no obstante, sentando huella, como producto de las propias reflexiones teóricas, experiencias prácticas y jurisprudenciales en cada ordenamiento jurídico” (García, 2000, p. 31)

Autores como Schwartz (1991), citado por García de Enterría (2000), afirman que, el Derecho administrativo no es sino la rama del derecho encargada del control de la administración. En igual criterio, Fernández Rodríguez (2006) señala que “la historia del contencioso administrativo es la historia del hallazgo de las técnicas de control del poder discrecional” (p. 27).

La doctrina administrativista actual, coincide por lo tanto, en que el control judicial de la discrecionalidad de la administración ha sido hasta la actualidad, el núcleo central de la disputa en el Derecho Administrativo. Sin embargo como se observará en este trabajo, la evolución que han suscitado las teorizaciones en torno al control judicial de la administración, dan cuenta de un cambio profundo que pone en cuestión y/o a prueba a los principios fundantes del propio Derecho Administrativo, en tanto supone un derecho de los privilegios del Estado y el poder.

Es principalmente la vigencia de un Estado Constitucional el que conlleva a replantear no solo la idea de la relación ejecutivo-judicial, sino la propia división de poderes en la medida que supone la convivencia de dos tipos de estados (liberal y social) en donde el rol del Estado es asimismo de dos tipos (abstencionista o intervencionista) que suponen como tal ser un Estado Garante.

El Estado Constitucional incluye nuevos actores, nuevos derechos, nuevos mecanismos, nuevas garantías que no dejan de generar una tensión sino que la profundizan.

Los focos de la discusión

Que la problemática en torno al control judicial de la discrecionalidad de la administración, siga siendo hasta hoy el debate central en el Derecho Administrativo, tiene que ver, según Cassagne (2009), con la falta de canalización de las distintas corrientes jurídicas que “permita[n] interpretar el fenómeno de lo discrecional dentro de la ley y del Derecho como una actividad jurídica de la Administración controlable por los jueces” (pp. 173-174). La opinión de Cassagne muestra –entre otras cosas- que es la noción de *discrecionalidad*, lo que determina la diversidad de opiniones y posturas con respecto al control de la discrecionalidad. Es decir que, depende de si se considera a la discrecionalidad como un fenómeno que se enmarca o no dentro de la ley y el Derecho, esto es, jurídico o extrajurídico, para aceptar o rechazar la interferencia de un juez para controlar –con criterios jurídicos- los actos de la Administración que escapan de ese parámetro.

Si bien la posición más generalizada en la actualidad acepta el control judicial sobre la discrecionalidad, las diferencias que se encuentran entre las diferentes posturas teóricas tienen como punto de deflexión el *alcance* que se otorga a ese control judicial, es decir de sus límites, pero que además siguen dependiendo de la noción de *discrecionalidad* reconocida. Para Carlos Balbin (2011) sin embargo, “la discusión no es tanto en torno al alcance del control, sino el *modo* en que los jueces deben controlar los aspectos discrecionales de la Administración” (p. 121).

Por otra parte, el control de la discrecionalidad de la administración supone además la “confrontación” Ejecutivo-Judicial -que a decir de Balbín- constituye un punto central en el Derecho Administrativo. Este conflicto, no nuevo en el Derecho, ha llamado a varias reflexiones y críticas en la doctrina que van desde el desconocimiento de la legitimidad de los jueces para restringir a la Administración, hasta las posturas que facultan a la judicatura la posibilidad de sustituir a la Administración frente a sus actuaciones ilegítimas; lo que la doctrina ha denominado la denominada *judicialización de la administración*.

La tensión Ejecutivo-Judicial es además un asunto estudiado desde la Ciencia Política y el Derecho, siendo este último el debate que nos interesa ahora estudiar. Autores como Fernández Rodríguez (2006), han señalado que el hecho que el debate en torno a la discrecionalidad y su legitimidad no terminen de cicatrizar del todo, obedece a que “todos los intentos por explicar su naturaleza o despliegue efectivo, hayan partido y sigan partiendo *de la división de poderes* y se traduzcan siempre en una apelación a los principios últimos que informan en cada momento el sistema político” (p. 27).

La opinión de Fernández si bien es correcta, conduce además a lo que en líneas anteriores se mencionó, sobre la reevaluación de los principios fundantes del Derecho Administrativo, que para el autor ya no deben ubicarse solamente en la división de poderes, sino además en la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos.

Como se logra apreciar hasta aquí, son dos –aunque podrían incluirse otros más- los puntos sobre los cuales las diferentes corrientes teóricas en torno al control judicial de la discrecionalidad de la administración (CJDA) encuentran su distinción pero respecto de las cuales existe además una íntima relación. Por un lado, (i) la noción de división de poderes, y por otro lado (ii) la visión que sobre la discrecionalidad se tenga.

En este orden de ideas, y en un intento más didáctico por distinguir las corrientes teóricas que cruzan el debate sobre el CJDA, intentaremos un análisis de estos dos elementos y sus diferentes conceptualizaciones, a fin de identificar aquellas posturas teóricas vigentes que marcan la división del debate en torno al control judicial de la discrecionalidad de la Administración (CJDA).

La situación actual

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

De manera general, podemos señalar que al momento existen dos posiciones teóricas vigentes que han teorizado en torno al CJDA. Una primera que acepta el CJDA a manera de *excepción*, señalando *a priori*, las situaciones en que un juez puede controlar la actividad de la Administración o los actos que son de carácter discrecional¹, por lo que el límite se dirige a la judicatura. La posición contraria reconoce la facultad de la judicatura de controlar los actos de la administración como *regla*, pues en cada caso se determinará, *a posteriori*, si se trata o no de una facultad estrictamente discrecional que amerita controlar. Esta posición por lo tanto, se formula como un límite a la discrecionalidad, y por lo tanto a la Administración.

Estas dos posturas antagónicas tienen un antecedente común que es el mismo punto de partida del Derecho Administrativo, que tiene lugar en Francia luego de la Revolución Francesa, con el surgimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en el Consejo de Estado francés.

La pregunta que nos surge es la siguiente. Si es Francia el punto de inicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir de la rama del derecho creada para controlar los actos de la Administración ¿por qué encontramos en la actualidad concepciones diferentes en los diferentes ordenamientos jurídicos? La respuesta, como se analizará en este trabajo, está en las diferentes direcciones teóricas adoptadas sobre los dos elementos en disputa, *discrecionalidad y división de poderes*.

Utilizando entonces estas dos posiciones que desarrollan teóricamente el CJDA, intentaremos realizar un rastreo de las dos corrientes teóricas del derecho que, consideramos, se encuentran detrás de este debate. Naturalismo y Positivismo.

LA NOCIÓN DE DIVISIÓN DE PODERES

Como se mencionó, uno de los fundamentos para defender o no el control sobre la discrecionalidad de la Administración, ha girado en torno al *Principio de División de Poderes*; esto que pareciera un contrasentido -partir de un mismo punto, y llegar a posiciones teóricas contrapuestas- tiene explicación en el hecho de que, sobre el principio de división de poderes, se han elaborado diferentes interpretaciones que obedecen a las lecturas dadas en distintos momentos en razón de los propios contextos históricos y sociales de cada país.

La Teoría de la división de poderes de Montesquieu recogida en Francia, Inglaterra, y Estados Unidos, con sus respectivas diferencias, tiene como fundamento central y coincidente entre estas, el proscribir la concentración de poderes. Montesquieu aseguraba que todo órgano que ostente algún grado de poder, tenderá a abusar de este, por lo que se

¹ Como por ejemplo la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ecuatoriana que señala, "Art. 7.- Corresponde especialmente a la potestad discrecional: a) Las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales actuaciones. b) Las resoluciones sobre concesiones que se solicitaren de la administración, salvo las que versaren sobre concesiones regladas por la ley. c) Las decisiones que nieguen o regulen gratificaciones o emolumentos no prefijados por una ley o reglamento, a los funcionarios públicos que presten servicios especiales."

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

hacia necesario instaurar un sistema de frenos y contrapesos o límites al poder, mediante la asignación de porciones de poder estatal a los diferentes órganos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), de cuyo equilibrio resultará la protección de las libertades humanas.²

Montesquieu habría de señalar, bajo esta idea que:

No hay libertad si la potestad de juzgar no está separada de la legislativa y ejecutiva. Si estuviese anexa a la potestad legislativa sería una potestad arbitraria que implicaría poder disponer de la vida y de la propiedad de los ciudadanos puesto que el juez sería legislador. Si estuviese unida a la potestad ejecutiva podría el juez tener la fuerza de un opresor (...) Todo estaría perdido si el mismo hombre, la misma corporación (...) la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar...³

Para Carlos Balbín (2011), el principio de división de poderes surge como una técnica de racionalización del poder en tanto atribuye competencias homogéneas en el ámbito de poderes especializados (p. 9). De allí que se entienda que el objeto principal de la división de poderes es demandar el abuso y concentración del poder, fraccionándolo equitativamente entre cada uno de los poderes.

La concepción clásica de este principio, supuso la existencia de tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) que responden a tres funciones (legislar, ejecutar y juzgar); es decir, a cada uno de estos poderes corresponde ejercer una de estas funciones con exclusión de las demás. Por lo tanto, en este primer momento la noción de división de poderes es formal, en el sentido que reconoce a la Administración competencias desde una perspectiva *subjetiva* como la adoptada en Francia (por ejemplo los desarrollos de Duiguit son muestra de ello), en donde se entendía que cada competencia era exclusiva, originaria y propia de cada poder.

Desde esta concepción clásica entonces, los desarrollos en torno al CJDA tuvieron su primer momento o escenario de ideas. Mientras el control o limitación del poder ejecutivo en Inglaterra se traducirá en la facultad de los jueces para juzgar los actos de la administración, pues impedir ellos significaría reconocer supremacía de uno de los tres poderes; en Francia, bajo su visión más clásica, la facultad de juzgar a la administración correspondía a la misma, (aunque más adelante se la traslade a tribunales administrativos independientes) pues lo contrario significaría romper con el principio de división de poderes.

En un sistema continental europeo como el Francés, la interpretación del principio de división de poderes es, por lo tanto, sustancialmente distinto al posterior pensado en el sistema Inglés y Norteamericano del *common law*. En este último, no se reconoce jerarquización de los poderes sino el equilibrio entre éstos, por lo que es admisible reconocer facultades discrecionales de la Administración y un subsecuente control judicial sobre la razonabilidad de su ejercicio. En el sistema continental-europeo o *civil law*, la

² Véase: Cassagne, J. (2007), *El sistema judicialista y la llamada judicialización de la administración*, Civitas, Madrid, p. 10.

³ Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes*, capítulo VI.

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

división de poderes supone una pugna entre poderes, en donde el judicial no puede interferir sobre el ejecutivo, por lo que se trata de una exención del control judicial.

Lo anterior tiene explicación además en que en los ordenamientos jurídicos de raíz americana, en donde la ley no ostenta la relevancia que en un sistema de raíz continental-europeo adquiere, es la Constitución la que adopta ese rol y con ello supremacía. El sistema americano constituye un sistema eminentemente social o contractual, donde la sociedad se autorregula vía contractual en el marco de la ley, pues esta no regula todo, sino que se limita a prohibir ciertas conductas. Por lo tanto “el Derecho se genera en el seno de la sociedad, donde la noción de “interés general” se desarrolla en el diálogo social” (Fernández, 2006, p. 342). El sistema del *civil law* por su parte, reconoce en la ley la respuesta a todos los conflictos sociales, pero además el factor de acción y limitación del poder.

No obstante esto, el principio de división de poderes desarrollado en el marco del Estado Liberal entró en crisis tras la instauración del Estado Social y Económico, y en este el reconocimiento de los derechos económicos sociales y culturales, pues significó en palabras de Balbín (2011), “el reconocimiento de nuevos derechos, el desplazamiento del poder político por otros poderes corporativos y económicos, el quiebre del principio de legalidad y el descontrol del poder discrecional del Estado” (p. 19). De allí entonces que ejecutivo, legislativo y judicial ya no ejercen de manera exclusiva las funciones propias reconocidas sino también otras funciones estatales; así, vemos un ejecutivo con facultades legislativas, legislativo con facultades administrativas y un judicial con facultades de ejecución. Esto como lo habrá de afirmar la doctrina, ha significado la *crisis* del principio de división de poderes que harán necesario un replanteamiento no solo en la conceptualización sino en el rol del Estado y del derecho.

Esta “crisis”⁴ del principio de división de poderes, desencadenará por supuesto varios cambios, que no tardarán en hacerse visibles en las teorizaciones sobre el CJDA. Para Balbín (2011) esta crisis en la doctrina supuso una necesidad de romper con el concepto erróneo y superficial de que cada poder sólo ejerce su función propia y de modo excluyente, y que, aunque cada poder conserve sus competencias propias y originarias, también ejerce competencias ajenas o extrañas como complementarias a sus funciones o de forma excepcional para reequilibrar los poderes (pp. 9-10).

La teoría de la división de poderes con la crisis entonces, ya no constituye una adjudicación exclusiva y excluyente de facultades a los distintos poderes, sino la distribución de funciones en órganos diferentes, y por lo tanto la separación no determina límites precisos y definitivos. En tal sentido, lo que acontece es que “cada uno de los órganos entre los que se distribuye el poder estatal tiene asignada, como competencia predominante, una de las funciones señaladas, sin que ellos obste a la acumulación (entremezclada) de funciones materiales distintas” (Cassagne, 2007, p. 11).

⁴ La crisis de la división de poderes, en términos generales, se desenvuelve cuando los tres poderes clásicos empiezan a asumir porciones de las competencias de los otros poderes (antes originarios, propios y exclusivos de cada poder) de manera complementaria. Al respecto ver, Balbín, C. (2011, pp. 17 y ss.).

En este segundo escenario, el valor de la tesis de Montesquieu, como lo señala Cassagne (2007), consiste fundamentalmente en los principios de coordinación, equilibrio y especialización que la nutren que sin apartarse de la tesis central de la proscripción de la concentración indebida del poder, puede ajustarse a las exigencias históricas, graduando la competencia asignada a cada órgano en función de los requerimientos de colaboración, control y especialización funcional (p. 12).

Para Balbín (2011) la conclusión está en que “los tres poderes ejercen las tres funciones materiales, en mayor o menor medida, de modo que ya no es posible describir el principio de división de poderes como el instrumento de distribución material de competencias originarias, propias y exclusivas de los poderes. [De lo que se trata ahora es que] cada poder conserva un núcleo esencial no reductible de facultades propias que coincide con el concepto clásico material aunque con un alcance menor, y a su vez, avanza sobre las competencias de los otros poderes y con ciertos límites”. De tal manera que hay una forma diferente de relacionarse entre los poderes.

Una concepción de esta naturaleza implica una teoría de la separación de poderes, en donde la separación es, además de relativa, también negativa, de allí que por ejemplo en los sistemas del *common law* se asuma la división de poderes de manera diferente a la original, cuando se verifica que de manera estricta no pueden identificarse los aspectos sustanciales, orgánicos y formales de los actos estatales.

La jurisdicción contencioso-administrativa frente a la división de poderes

Como se conoce, la jurisdicción contencioso-administrativa, como un asunto específico dentro del Derecho Administrativo surge en el siglo XVIII, tras la Revolución Francesa, de allí que la doctrina administrativista señala que el derecho administrativo, se configuró desde sus inicios, como un “sistema revolucionario” del “Reino o imperio de la ley” y como tal, del sometimiento a esta, con el propósito de alcanzar la legalización de toda la acción estatal.

Bajo esta concepción, el recurso contencioso administrativo se configura, en términos jurídicos, como la técnica para imponer la efectividad de esa legalidad, pero que deriva de lo que en términos políticos el contencioso administrativo pretendía alcanzar. La jurisdicción contencioso-administrativa nace en respuesta a la desconfianza hacia los Tribunales o Parlamentos Judiciales anteriores a la Revolución, que se habían caracterizado por impulsar desde sus espacios, mecanismos que obstaculicen la aplicación de la política de la autoridad. De allí que, luego de la Revolución Francesa, los Tribunales y con ello los jueces que seguían representando los espacios donde se mantenían aún rezagos de la nobleza, empezaron a mostrar preocupación por los cambios revolucionarios suscitados.

En este contexto caracterizado por la búsqueda de límites hacia la nobleza, la noción de división de poderes mencionada en el acápite anterior, justifica las restricciones del órgano judicial sobre los poderes del ejecutivo. Esta interpretación, como se mencionó, es subjetiva, pues procura la no invasión del judicial en las funciones del ejecutivo.

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

Bajo esa misma noción subjetiva y formal de la división de poderes, el sistema que se instituyó en Francia se sustentó en la “Inmunidad de la Administración y sus funcionarios” que a decir de Cassagne (2007) permitía a la Administración, cometer todo tipo de arbitrariedades en “aras de una proclamada y formal igualdad y de libertades inexistentes, mediante conductas fundadas en el dogma de la voluntad general y de su primacía, como una razón absoluta que excluye la razón individual” (p. 14).

El contencioso administrativo que se origina en este punto, supone un control interno de la administración, mediante órganos especiales que controlan y enjuician los comportamientos de los administradores, en base a la fórmula de la reducción a la legalidad formal de todo el actuar de la administración, que no solo era un interés de la colectividad para controlar a la administración sino un interés propio de esta última para su propia organización. Es decir que, el control que se admitía a la Administración es a través de órganos especiales creados inicialmente dentro del propio poder Ejecutivo, pues de lo contrario, hubiera significado una afectación a tal principio. Precisamente, la Constitución de 1799, estableció el Consejo de Estado como un mecanismo de “administración-juez” dependiente del Ejecutivo.

Sin embargo, será en 1873, tras el fallo *Blanco*⁵, que el Tribunal de Conflictos sentará el principio de autonomía del Consejo de Estado frente al Ejecutivo. El fundamento de tal autonomía estará sentado ahora sobre la base de los principios del Estado de derecho, en virtud del cual, el control de los actos de la administración debía ejercerse por órganos independientes.

Con posterioridad entonces, las fórmulas para controlar a la Administración será, sobre la propia noción de división de poderes, conferida en el órgano judicial, distinto e independiente del Ejecutivo, de donde nacen los jueces contencioso administrativo como los conocemos en la actualidad.

Se observa así, cómo en la historia paso a paso se van forjando argumentos para obtener un porcentaje de poder que permita controlar los actos de la Administración, pero además esta evolución, según Rodríguez, da cuenta de que la justicia administrativa se va acoplando a los principios que una sociedad considera justos en el tiempo.

Los dos momentos en los que se mueve la noción de división de poderes por lo tanto significarán un cambio en la idea del CJDA a través de la jurisdicción contencioso administrativa. Para David Blanquer (2010) esto tendría su explicación en que la idea de división de poderes en este contexto, es formulada bajo una versión liberal del Estado de Derecho, en donde el Estado buscaba principalmente la *eficacia* de su actuación, pero también jurídicamente válida, pues el respeto de la normatividad vigente significaba una garantía para los ciudadanos (en ese momento la burguesía), siendo ello coherente con la lógica no intervencionista del Estado sobre la cual se construye. La división de poderes así,

⁵ En el Caso Blanco, resuelto por el Tribunal de Controversias, fue el fallo con el cual se determinaron dos puntos trascendentales para el derecho administrativo. Por una parte se determinó la responsabilidad del Estado por los daños causados por los servicios públicos, y por otro la competencia de la jurisdicción administrativa para conocer de ella.

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

consiste en el cumplimiento estricto por parte de la autoridad de las facultades conferidas por el legislador.

LA DISCRECIONALIDAD

La temática de la discrecionalidad de la administración, se enmarca en el concepto de discrecionalidad jurídica, que no solo incluye la Administración sino a todos los poderes. El debate en torno a la discrecionalidad no es por lo tanto, exclusivo del derecho administrativo. La Teoría del Derecho ha estudiado a la discrecionalidad, en la legislatura, la administración y con mayor acercamiento y profundidad en el poder judicial. Se han formado así corrientes que por un lado afirman la discrecionalidad absoluta en la administración de justicia, como las corrientes realistas. Unas posturas más moderadas como las de Hart, para quien la discrecionalidad invade solo en los “casos difíciles”; y, finalmente una postura más absolutista como la de Dworkin para quien existe “una respuesta correcta” por lo que se niega en absoluto la discrecionalidad.

En lo que nos interesa ahora abordar sobre la discrecionalidad de la Administración, cabe destacar que, al igual que sobre la división de poderes, sobre la discrecionalidad también han existido varias nociones, las mismas que han variado según su reconocimiento como un elemento jurídico en extra jurídico, que sin duda guarda también relación con la noción de división de poderes a la cual se adscriba. En la actualidad las conceptualizaciones sobre la discrecionalidad se han encaminado a perfilar su alcance, lo que para varios autores ha significado un afán por reducir su alcance. Precisamente por ello es que Cassagne (2007), señala que ésta “ha dado lugar a la “Paradoja de la Discrecionalidad” esto es que, en tanto más se reduzca a la discrecionalidad, mayor es el espacio de control de la judicatura y al revés de igual forma” (pp. 172-173). De allí que el perfilamiento de un límite o espacio de discrecionalidad siempre implicará definir un espacio o límite de control judicial.

Perseguir entonces la reducción de uno u otro (discrecionalidad o control) tienen objetivos distintos. Para Cassagne (2007) –desde una concepción más actual- la reducción de la discrecionalidad pregona la *tutela judicial efectiva* de los derechos, y, reducir el control judicial, postula la realización de los *finés económicos y sociales* que le corresponde ejecutar a la Administración.

El punto de partida en la noción de discrecionalidad

Para García de Enterría (1983), “la historia de la reducción de las inmunidades de la Administración, de la constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizados de su propia actuación, podemos decir que es en general, la historia misma del Derecho Administrativo” (p. 26).

García de Enterría, quizá uno de los mayores teóricos en lo que al CJDA se refiere, elaboró en su obra “*La lucha contra las inmunidades del poder*” (1983), el recorrido histórico que la discrecionalidad y su control han tenido en la doctrina. Parte su análisis, como todos los

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

autores, con la Revolución Francesa, y señala que la idea principal de la misma fue establecer el sometimiento del poder a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle las justificaciones de su comportamiento. Para este momento, la justicia administrativa gira sobre dos principios: 1) Principio de legalidad, por el cual no se aceptan poderes personales, sino solo los que emanan de la ley; y, 2) Principio de libertad.

Con el triunfo de la Revolución Francesa la naciente burguesía, el nuevo poder político, promulga la Ley 16-24 de agosto de 1790, o también llamada “Ley de Separación entre la Administración y la Justicia”, con la cual se proclama la separación radical entre ambos poderes (ejecutivo-judicial), pero estableciendo que los tribunales no podían interferir en las operaciones de los cuerpos administrativos. Tal ley se la formulará en función del principio de separación de poderes entre la administración y la justicia, con lo cual se instaura una exención judicial, que era además rotunda, radical y absoluta para los poderes administrativos.

La doctrina mayoritariamente ha considerado a la discrecionalidad como una forma de *libertad* de la Administración para tomar decisiones. Constantemente se alude a la discrecionalidad como el “margen de libertad” que como se verá más adelante no es absoluto, pues está delimitada por un perímetro normativo. La dificultad no obstante estará en establecer cuál es o qué se entenderá por libertad en el contexto de la discrecionalidad; es decir que las diferencias se encontrarán en el concepto o noción de *libertad* que se adopte.

En las diferentes conceptualizaciones están, por un lado quienes, como García de Enterría y Fernández Rodríguez, señalan que esa libertad de la discrecionalidad constituye una *facultad*, en tanto se la define como la posibilidad de *elegir entre varias soluciones igualmente válidas* para el Derecho. En esta concepción entonces, la libertad encuentra sus límites en el derecho.

Para otro sector, la libertad nace de la *ausencia de criterios o estándares jurídicos* que delimiten o guíen la toma de una decisión. Esto sería lo que Dworkin señala como “discrecionalidad fuerte”. En estos casos, se acude a conceptos generales que no responden a criterios extrajurídicos, es decir sobrepasa las fronteras del derecho, por lo que su decisión será sobre la base de lo que la Administración considere correcto, es decir bajo valoraciones subjetivas que no son necesariamente jurídicas.

Así entonces, para unos la libertad es absoluta, precisamente por la ausencia de estándares jurídicos, en tanto que para otros, la libertad es relativa, en tanto el estándar o guía del órgano decisor es la “racionalidad práctica”, el ordenamiento jurídico como tal, que incluirá no solo la norma específica de la cual proviene la potestad de la Administración, sino incluso factores aún más abstractos y generales como los principios generales del derecho.

Esta delimitación de lo jurídico, como lo reglado y lo extrajurídico, como lo discrecional supone entonces un primer criterio de distinción y valoración dentro de la problemática del control judicial; el desafío que se presenta para la doctrina administrativista está en definir

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

o perfilar lo que se encuentra dentro de este margen *jurídico*. Así entonces la doctrina ha elaborado varias fórmulas que irán perfilando este margen, pero que en definitiva conducirán en ampliar el margen de lo jurídico, reduciendo casi al máximo el espacio de la discrecionalidad.

En este escenario se desarrolla una diferenciación entre potestades discrecionales y regladas, la cual responde a la estructura de la norma legal de la cual nacia tal potestad. Así, una *potestad reglada* sería aquella en la cual la norma legal establece de forma precisa, todas las condiciones en las cuales se debía desarrollar el ejercicio de la potestad administrativa, de tal manera que se debe cumplir de manera estricta con la norma, prescindiendo de cualquier valoración subjetiva, pues no admite la elección entre varias opciones.

Una *potestad discrecional* por otro lado, sería aquella en la cual la norma señala algunas de las condiciones para el ejercicio de la potestad administrativa y otras las remite a la estimación subjetiva de la Administración, de tal manera que se puede elegir entre varias opciones, con lo cual deja a la valoración de la administración en razón de la oportunidad o conveniencia del acto, pero siempre en función del interés público.

Esta posición teórica, como se ha mencionado, circunscribe el ámbito de control judicial exclusivamente a la potestad reglada, con el fundamento de que en la potestad discrecional la administración acude, por dirección de la propia norma, a criterios extrajurídicos para tomar una decisión. En tal virtud, un juez que solo puede controlar la legalidad de los actos sobre la base de la aplicación de la ley a un caso concreto, no podría valorar los elementos extrajurídicos en la decisión de la Administración pues sería tanto como sustituirlo, afectando con ello el principio de separación de poderes⁶.

Este escenario de entrada se caracteriza por tanto en la *excepcionalidad*. Se confiere al poder judicial la posibilidad de revisar únicamente la legalidad de los actos reglados, en tanto que sobre los actos discrecionales se estableció una exención. El control de los actos reglados guarda coherencia con el principio de legalidad a través del cual, todo poder, incluido el Ejecutivo debe acatar estrictamente la norma legal. Por otra parte, el control sobre los actos discrecionales, ubica su fundamento en la división de poderes, y la noción misma de las funciones de la administración, dando así lugar a una defensa elaborada en función de un argumento axiomático que se traducía en lo siguiente. En tanto la Administración es la ejecutora de las leyes, admitir su control o restricción significará impedir tal ejecución.

En este primer momento además de la *limitación del poder judicial*, se reconocía a la Administración la facultad de eliminar cualquier obstáculo que se presentaba en su

⁶ Esto como se verá más adelante se transformará, pues se considerará que la mera declaración de que se está frente a una potestad discrecionalidad no basta para eximir tal control. Es preciso que en cada caso la jurisdicción contencioso-administrativa verifique individualmente en primer lugar si se trata o no de una facultad discrecional o reglada. Tomando en cuenta que los actos no son totalmente discrecionales o reglados, la mera enunciación de la discrecionalidad del acto no exime que el juez pueda ejercer un control sobre este, en efecto, cabe su control sobre los propios elementos reglados que la actuación discrecional posee.

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

ejecución, pero además tenía la facultad de resolver las reclamaciones que sobre estas se presentaran, para evitar afectar la independencia, pues abrir espacio al control judicial, significaba admitir un poder superior al Ejecutivo que reduciría a nada a la Administración, de allí que se afirmara que “sin libertad de acción, no habría acción administrativa”⁷.

Así entonces, administrar y juzgar está confiado a un mismo órgano que es parte misma de la Administración, siempre que tal reclamación sea sobre la base de un derecho adquirido, no así sobre los actos de imperio o los actos discrecionales. Sobre este primer momento de la limitación al poder judicial, se elabora también una primera restricción a los actos de mera facultad y los de puro imperio no caen en la jurisdicción.

Por lo tanto en este escenario todo lo que era considerado discrecional estaba excluido de manera absoluta del control judicial. Existe por lo tanto una distinción formal entre lo que son los actos discrecionales y los actos reglados. La doctrina aceptaba que el control, en función del principio de legalidad y división de poderes, sea exclusivo de los actos reglados pues era el propio criterio jurídico el que permitía evaluar el sometimiento o no de la Administración a la ley. Quedaban por tanto los actos discrecionales excluidos de tal fiscalización pues los mismos no se sustentaban sobre criterios jurídicos.

Reducciones a la discrecionalidad

a) Los elementos de la potestad discrecional

Con el transcurrir del tiempo la dirección que toma la discrecionalidad de la Administración en términos fácticos, ocasiona que la propia doctrina formule técnicas para reducir tal discrecionalidad y amplíe su control. Es entonces que se reconoce teóricamente que los actos discrecionales incluyen *elementos* reglados a los cuales el poder judicial debe controlarlos. Si previamente bastaba con verificar *a priori* que un acto sea discrecionalidad para que se lo considere exento de control, ahora se reconoce como elementos reglados a la potestad misma, la extensión de la discrecionalidad (pues no puede nunca ser absoluta), la competencia, sobre los cuales la judicatura ejercerá un control.

b) El fin como elemento reglado

Una vez reconocidos como reglados la potestad, la competencia y la extensión, el siguiente momento de la reducción incluirá a éstos elementos uno nuevo, el *fin*. El fin como elemento reglado deriva del propio ordenamiento jurídico y de la naturaleza mismo de la Administración, el fin serán el *interés o la utilidad pública*. Bajo esta nueva reducción de la discrecionalidad se desarrolla la técnica del control de la “*desviación del poder*”. A través de esta, todo acto discrecional que se desvíe de su fin (que está en el ordenamiento jurídico) pierde legitimidad, padece de un vicio que implica una fiscalización de parte de los Tribunales.

⁷ Al respecto véase Fernández, T. (2006, p. 33).

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

En algunos ordenamientos encontramos también, vinculado a la técnica de la desviación del poder, la técnica del control de los *excesos de poder*, a través de un recurso excepcional que nace para depurar “las irregularidades más chocantes de los administradores, los verdaderos escándalos” (Fernández, 2006, p. 31), en sus versiones de inconsistencia y vicio de forma. En este escenario lo relevante o lo principal para el órgano judicial es restablecer el orden alterado, pues los asuntos de fondo siguen siendo de incumbencia de la administración activa no de la contenciosa.

Hay que resaltar que tanto el exceso cuanto la desviación del poder se enmarcan en una mera constatación, y no en una valoración, pues siguen enmarcados en el espacio de la Administración activa en el cual, si se interviene, se atentaría a la división de poderes por una eventual suplantación.

“La jurisdicción entonces, se contempla como una excepción, cuyo alcance se somete siempre a un tratamiento restrictivo y exige en todo caso una justificación extraordinaria” (Fernández, 2006, p. 29). Hasta este punto entonces, el principio de división de poderes sigue siendo el fundamento base de la exclusión del control jurisdiccional, cada espacio que se abre al control de la Administración será estrictamente delimitado, por lo que fijar los límites de la legalidad y la oportunidad será una tarea que la va a ir desarrollando el propio juez.

Otras formas de reducción de la discrecionalidad

Aunque es Francia en donde nace la técnica de la desviación del poder, la propia doctrina francesa se volvió escéptica sobre las posibilidades prácticas que tal técnica ofrece, de allí que se idearon otras técnicas que de igual forma buscaban la reducción de la discrecionalidad y su control. Entre ellas encontramos:

a. Control de los hechos determinantes

Esta técnica considera que los hechos que fundamentan el acto discrecional hace las veces de supuesto de hecho, en tanto ese hecho constituye una realidad, y como tal es una sola (existe o no) por lo que no es susceptible de valoración discrecional. De allí entonces que esta técnica permita el control o constatación de la existencia real de aquellos hechos que fundamentan la actuación discrecional de la Administración.

b. Conceptos Jurídicos indeterminados (CJI)

Esta técnica surgió en Alemania, con el propósito de distinguir a los CJI de los actos discrecionales. La teoría de los CJI admite el control judicial de tales conceptos, pues reconoce en estos un verdadero proceso reglado en su aplicación, en tanto admite una sola respuesta tras un proceso de subsunción. Los CJI o también llamadas “normas flexibles” son aquellos en los cuales “la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata" (García, 2000, p.39), de allí entonces que sean comúnmente confundidos como facultades discrecionales.

Entre los CJI encontramos conceptos como por ejemplo la "buena fe", el "orden público", las "buenas costumbres", la "fidelidad", la "fuerza irresistible", el "uso natural de las cosas", etc. La aplicación de estos CJI, en opinión de García de Enterría (2000), no da cabida a varias respuestas, es decir, la calificación de algo como bueno o de orden público, por ejemplo, admite una sola valoración, es bueno o no lo es, es de orden público o no lo es.

Según García de Enterría, los CJI exigen que para encontrar la única solución concreta *en cada caso*, se deba acudir a criterios de *valor* o de *experiencia*, según sea la naturaleza misma del concepto. Esta *experiencia* o *valor* del CJI, será – a criterio del autor- lo que viene a ser objeto de estimación jurídica según el sentido de la ley que ha creado el CJI, pues la propia norma ha buscado la inclusión de un supuesto concreto que no está determinado en él, de allí que la aplicación de los CJI sea en realidad una aplicación de la ley (García, 2000, p. 41). Constatar entonces el cumplimiento de un CJI, permite evaluar si el mismo se cumple o no, pues no se trata de un acto volitivo de discrecionalidad o libertad de la Administración, sino un proceso de juicio o estimación en función de las circunstancias reales en las que han de calificarse y al sentido jurídico preciso que la ley ha asignado, con el fin de que la solución sea una sola.

La aplicación de los CJI es, por lo tanto, un proceso *reglado-discrecional* porque "no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales" (García, 2000, p. 43). Es por ello entonces que para el autor, donde hay CJI cabe el control judicial de su aplicación.

Los CJI constituyen aquellos enunciados en los cuales no se determina un supuesto de hecho específico pues requiere de una valoración al momento mismo de su aplicación, de tal manera que aunque no señala límites en el enunciado, intenta delimitar un supuesto concreto. En palabras de Marcheco Acuña (2009) "el margen de libertad de que goza la administración ante la indeterminación, está referido al margen de la apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la única actuación legalmente autorizada para atender el interés público y que sólo genéricamente ha sido definida" (vol. 39, N° 110).

En tal medida, un concepto jurídico indeterminado no equivale a la discrecionalidad. Un concepto jurídico indeterminado como lo señalan García de Enterría y Ramón Fernández (2006) es un caso de aplicación de la ley, en tanto se trata de subsumir en una categoría legal, aunque imprecisa, a unas circunstancias reales determinadas. En la medida que conlleva un proceso de subsunción, se trata de un proceso reglado, "que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador” (pp. 464-465).

Un postura muy amplia de la doctrina considera que la restricción del control judicial sobre la discrecionalidad, no es como tal al acto en su totalidad, pues como se conoce no existen actos reglados o discrecionales puros, por lo tanto, el control judicial será de la legalidad de los elementos reglados de la actuación discrecional, y de la verificación de que ese espacio de discrecionalidad se enmarque o coincida con lo que la propia norma ha conferido como discrecional.

Cabe sin embargo mencionar que la discrecionalidad, conforme lo ha señalado García de Enterría (2006) “no es una facultad extralegal, anterior o marginal al Derecho; es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter” (p. 459).

Principios Generales del Derecho (PGD)

Según García de Enterría (2000), "los principios generales del derecho son, como bien se sabe, una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *abstractum* mismo del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica” (p. 48).

La Administración, según este autor, está sometida no sólo a la Ley, sino también a los PGD, ello porque la Administración no es señor del Derecho, es decir propietario, no es un poder soberano, por lo que no puede en un caso concreto apartarse de un principio general de derecho. Dice García de Enterría que no tiene sentido ampararse en una potestad discrecional para justificar una agresión administrativa al orden jurídico, que constituye una vulneración a los principios generales pues fundamentan y estructuran todo el ordenamiento jurídico. Se dice, en esta opinión que el control de la discrecionalidad a través de los PGD hace al juez administrativo atenerse a su más estricta función de defensor del orden jurídico (García, 2000, pp. 48-50)

La técnica del control de la discrecionalidad mediante los PGD podríamos decir es más actual, sin embargo no la más aceptada en la doctrina. Sobre esta han existido opiniones divergentes, unas que aceptan con total amplitud y otras tantas que las cuestionan. Una y otra defienden y cuestionan los sujetos que se involucran en esta disputa ejecutivo-judicial. La confrontación se da entonces entre aquellos que defienden la discrecionalidad de la administración (no la arbitrariedad de esta) en función del principio de división de poderes, incluso en su concepción más reciente como la de Balbín, y quienes defienden el rol del juez como el defensor del ordenamiento.

El propio Cassagne da cuenta de este conflicto, que diríamos se desarrolla entre positivismo y naturalismo, en donde resulta triunfante el naturalismo en la época de pleno auge del positivismo. El autor atribuye el quiebre del positivismo a la incorporación de los principios naturalistas en los códigos civiles de la época, y más tarde en las Constituciones,

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

con lo cual se abandona la noción o primacía del principio de legalidad, instalado en la Revolución Francesa.

En una franca defensa por la inclusión de los PGD al Derecho Administrativo y al ejercicio propio de la Administración, Cassagne destaca varios hechos que suscitarían la asunción de los principios naturalistas.

1. El valor de *fuerza de derecho* reconocido a los PGD en los códigos civiles. Este hecho deducirá un conflicto entre el dogma de la plenitud del derecho y la obligación de los jueces de resolver (aun cuando no existiese norma positiva) pues encontrará en los principios generales el punto de apoyo a su actuación.

2. El *debilitamiento del principio de primacía de la ley*, tras el reconocimiento de la potestad reglamentaria al ejecutivo, y el otorgamiento de un valor igual que el de la ley. Sumado a esto, la remisión a la noción de “equidad natural” para corregir las injusticias y la desactualización de la norma, dio como lugar una mayor intervención del juez en la creación del derecho y como tal el control en la administración.

3. La *globalización* a la cual se enfrenta el derecho, con lo cual los principios generales del derecho vendrían –según Cassagne- a brindar seguridad jurídica.

4. La *constitucionalización* de los PGD el cual se suma al fenómeno de la fuerza normativa de las Constituciones

La discrecionalidad y la noción del Estado

Si tomamos como criterio de análisis la explicación dada por David Blanquer (2010) en torno al paso del Estado Liberal, al Estado Social, hasta el Constitucionalismo moderno, podríamos incluir a nuestro análisis un criterio jurídico-político que logre dar cuentas de la evolución que gira en torno a la división de poderes, a la discrecionalidad y al control judicial de la discrecionalidad, pues como se habrá de apreciar, cada Estado se sostiene sobre principios distintos que sirven de respuesta al contexto político de cada momento histórico.

Para Blanquer (2010), en el Estado Liberal la garantía de los derechos individuales (liberales) se agotaba en el estricto respeto a la legalidad, libertad y propiedad serán los ejes centrales de este Estado en donde el Estado es abstencionista y su rol está en precautelar tales derechos; en tales condiciones el método jurídico, la norma legal, resultaba suficiente para cumplir con su objetivo, pues en ella se establecía las prohibiciones y atribuciones expresas de la Administración (pp. 44-46) Lo relevante no es tanto que este sea eficaz, sino que la actividad de la Administración sea jurídicamente válida, de allí que interviene solamente cuando una ley le habilite para limitar o restringir los derechos o libertades, pues gira en torno al principio de la autonomía individual.

“La burocracia pública en un Estado Liberal por lo tanto, solo aplica y garantiza las normas del ordenamiento jurídico, por lo que el Derecho Administrativo se caracteriza por asegurar

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

la regularidad jurídica de la acción administrativa” (Blanquer, 2010, p. 45). Este Estado guarda absoluta concordancia con la primera noción de división de poderes, subjetiva, y el primer momento de la comprensión de la discrecionalidad, como extrajurídico.

Blanquer señala que el paso del Estado Liberal al Estado Social supone, -en términos teóricos- además de la garantía de los derechos de los ciudadanos a través de la legalidad estricta de los actos de la administración, la búsqueda por un progreso económico y tecnológico en la sociedad, en función de la satisfacción de las necesidades básicas, por lo tanto se trata de la búsqueda de la eficacia de la actividad de la Administración Pública; de allí la necesidad de expandir la gestión del Estado.

Se trata, en términos de Balbín (2011), ya no de una tensión “poder vs. Derechos” como en el Estado liberal, sino de una tensión “derechos vs. Derechos”, pues se suman a los derechos liberales, una amplia gama de derechos sociales a los cuales la Administración debe garantizar su ejercicio, tornándose en un Estado interventor (p. 29).

En estas circunstancias, el derecho como método jurídico se torna insuficiente para la satisfacción de las necesidades básicas, pues la Administración asume más funciones para mejorar esa eficacia, que no se logra solamente desde la normatividad. Blanquer (2010) señala que el derecho, desplazó a la ciencia de la administración pretendiendo absorber y monopolizar todo el conocimiento de la administración. Según el autor, el derecho pretendió vanamente que “él solo se basta para resolver todos los problemas y conflictos que plantean las Administraciones Públicas en sus relaciones con los ciudadanos” (p. 45).

En el contexto por lo tanto de un Estado Social, restringir la acción de la Administración, es decir, la prestación de servicios básicos, vía el método jurídico o lo que es lo mismo, vía la normatividad, sería imponer obstáculos al ejercicio pleno de la función administrativa y con este la satisfacción de las necesidades básicas, por tanto, el control judicial, como uno de esos obstáculos o restricciones a la Administración no son bien concebidos.

La noción por lo tanto de discrecionalidad bajo un Estado Social es amplia es decir que no admite límites, pero además supera una noción jurídica, de tal forma que controlarla bajo un criterio jurídico a través de un juez, cuando la misma es extrajurídica supone un contrasentido, por lo que los defensores de la discrecionalidad de la administración y por tanto detractores del control judicial plantean la exención del control judicial en los elementos discrecionales de la administración, aquellos en donde son criterio de decisión de la Administración, la oportunidad y el mérito.

Por lo tanto, los fines económicos a los cuales refiere Cassagne tienen su punto de partida en el Estado Social, al cual hacía mención Blanquer cuando se refiere a la búsqueda del progreso económico y la satisfacción de las necesidades generales de todo ciudadano. Para Blanquer (2010) “para llevar a la práctica las exigencias de la eficacia derivadas del Estado Social, no es necesario abandonar las conquistas del Estado Liberal de Derecho. Debe reconocerse que el equilibrio entre la eficacia administrativa y los derechos de los ciudadanos surge paralelamente a la aparición del Derecho Administrativo” (pp. 47ss); de

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

allí que el Derecho Administrativo en un intento de equilibrar la eficacia de los intereses generales y la garantía de los derechos de los ciudadanos.

El paso, por otra parte, al Estado Constitucional moderno desde el Estado Social significará, una respuesta al abuso y arbitrariedad que condujo concebir un poder no limitado o restringido so pretexto de la eficacia de su gestión, de allí que, tras la Segunda Guerra Mundial las Constituciones (principalmente la alemana y la española) incluyan el mandato de sometimiento irrestricto de todos los poderes. Este nuevo momento ubicará al juez como el garante de los derechos de los ciudadanos frente a la actividad o gestión del poder, incluido el legislativo y ejecutivo.

Grández Castro (2006⁸) en esta línea señala que, el Estado Constitucional exige racionalizar las decisiones del Poder mediante el control que no puede estar sino en manos de los jueces por ser estos **la expresión del poder por el derecho**. Siendo el juez a quien se le atribuye la protección de los derechos, la tutela judicial efectiva pasa a ocupar un lugar predominante en las Constituciones de posguerra, en donde se desarrolla la “más reciente” postura que plantea un control –diremos- sin límites en función del principio de la “*Interdicción de la Arbitrariedades* de los poderes públicos”.

Así lo señala Cassagne (2009) cuando expone que tras la Segunda Guerra Mundial se reconoció en las Constituciones de Alemania y España el principio de “*sometimiento a la ley y el derecho*”. En función de este principio, el sometimiento ya no es al legislativo bajo la óptica del Estado de Derecho francés (primeras constituciones) sino a la ley como producto de un órgano soberano pero además al Derecho, que en la noción (consideramos naturalista) de Cassagne, equivale a *justicia* (p.48)⁹.

La *justicia* (como valor), según Cassagne, constituye el fundamento básico del constitucionalismo moderno, en donde el trabajo de equilibrar el poder y la libertad de las personas, ahora a través de los principios generales, corresponde al juez, a cuya actividad no puede imponérsele límites precisamente en función del principio de “tutela judicial efectiva”. Con el constitucionalismo por lo tanto, la discrecionalidad se reduce, frente al crecimiento acelerado del control judicial a la Administración, es decir que, en tanto la doctrina va creando técnicas de control de la discrecionalidad, las mismas conllevan a un mayor perfilamiento y por tanto reducción de la potestad discrecional.

Ningún juez puede por tanto abdicar su potestad para controlar con eficacia el ejercicio de los poderes discrecionales de la Administración ya que la independencia del poder judicial es precisamente la que garantiza que los órganos administrativos no utilicen aquellos poderes en perjuicio de los particulares y de los intereses públicos (Cassagne, 1996, p. 124).

⁸ En Presentación de la obra de Tomás Ramón Fernández (2006)

⁹ Esta invocación al “derecho” puede responder en palabras del mismo autor, a tendencias filosóficas y jurídicas distintas. (iusnaturalismo racional, iusnaturalismo clásico, o justicia material) no obstante, “no podrían reducirse a “normas implícitas” que surgen de prescripciones expresas y que “se obtienen por un proceso lógico inductivo de las normas escritas”.

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

En definitiva, como se observa de lo anterior, la posición con respecto al CJDA, bien sean reconociendo límites al juez y ampliando las facultades de la administración o a la inversa, tienen por detrás una comprensión filosófica del Estado y del derecho en relación a la división de poderes; de allí que sea posible ubicar en este esquema las dos posiciones filosóficas que dan cuenta de este debate teórico, por una lado el *iusnaturalismo racional* y por el otro un *positivismo teórico*.

El Estado Constitucional, el garantismo y el rol del juez

Hasta aquí, hemos tomado como se ha podido observar, 2 elementos en función de los cuales hemos constatado una constante evolución: i) División de Poderes, y; ii) Discrecionalidad. Ambos conceptos como se ha observado han supuesto una transformación importante en todo el derecho administrativo, pero que han obedecido a su vez de la forma de Estado en la cual cada concepto ha sido desarrollado, por lo tanto no es lo mismo pensar en la división de poderes en un Estado Liberal que en un Estado Social, ni mucho menos la discrecionalidad en el Estado Liberal como en el Estado Social.

Ahora bien, estos mismos conceptos bajo un Estado Constitucional, según las teorizaciones planteadas (Cassagne, García de Enterría, etc.) en relación al CJDA por ejemplo bajo la técnica de los PGD supone ya no solo una evolución de estos conceptos, sino casi una sustitución o postergación de estos por nuevos principios. La fórmula del Estado Constitucional, como se mencionó, plantea un nuevo rol del Estado y del Derecho. El Estado es ahora *garante*, ya no un poder con privilegios, por lo tanto el derecho administrativo debe ser repensado. El punto conflictivo sin embargo está que tras la noción de Estado Garante, la doctrina ha impulsado un nuevo actor como el encargado de la tutela de los derechos, el juez, con lo cual, no ha hecho sino trasladar el conflicto a un nuevo sujeto, el mismo que además padece de varias objeciones como su falta de legitimidad democrática, no le ha sido impuesto límites concretos o un poder que de igual manera controle sus funciones. De allí entonces que consideremos que la discrecionalidad en este caso de la Administración, fue sustituida, agotada y trasladada a la judicatura.

Lo anterior obedece a las connotaciones que la Teoría del Garantismo supone en un Estado Constitucional, de allí que cabe ahora referirse a ésta.

El garantismo como teoría jurídica inmersa en esta forma de Estado, recoge precisamente nuevos postulados sobre los cuales, un sector de la doctrina administrativista intenta adaptarse, pero que sin embargo no superan los cuestionamientos desarrollados por otro sector. De allí entonces que el fraccionamiento persista como en un inicio, aun con nuevas formulaciones pero que a nuestro criterio no han hecho sino trasladar el problema a un nuevo escenario aún más susceptible de arbitrariedades como lo es la judicatura.

Es por tanto conveniente a propósito de una conclusión hacer una breve aproximación a los postulados de la Teoría del Garantismo, como una teoría que, como muchas propugna la limitación al poder, no obstante con la peculiaridad que acude a una noción –consideramos abstracta de los derechos humanos.

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

Podemos partir diciendo que el garantismo “se afirma en la necesidad de limitar al poder”. Esta sola frase tiene varias implicaciones, en primer lugar toma el poder como un hecho, tendencialmente predispuesto a la arbitrariedad y al abuso, al que hay que controlar. En segundo lugar, este control se realiza desde una construcción abstracta llamada Derecho. Derecho constituido por un *sistema* de garantías y vínculos que buscan la satisfacción y protección de los seres humanos, a quienes se le reconocen unos límites infranqueables por tal poder denominados derechos.

La noción de garantismo atribuida a Luigi Ferrajoli a partir de su obra *Derecho y Razón* (2001), tiene varias significaciones, algunas de ellas identificadas por el propio maestro italiano, así, el garantismo se puede entender como: 1) Un modelo normativo, que será el Estado de Derecho y el principio de legalidad sustancial; 2) Una Teoría Jurídica, que será el iuspositivismo crítico como un intento de superación al iuspositivismo dogmático; y, 3) Una Filosofía Política, que constituye la visión de un Estado fundado sobre la base de la protección de los derechos, que será la de una democracia sustancial (pp. 851-957).

Ahora bien, “la Teoría del Garantismo de Ferrajoli constituye para algunos una tesis metodológica para el acercamiento al derecho, en tanto distingue el *ser* del *deber ser* en los tres niveles de análisis del derecho: meta-jurídico, jurídico y sociológico” (Gastón, 2007, p. 195).

Desde un nivel *meta-jurídico*, esto es, del enjuiciamiento o valoración externa del derecho, el garantismo busca superar la valoración del derecho desde la moral, como propugnaba el positivismo ético, que era autorreferencial¹⁰. “Autorreferencial en cuanto hacía derivar la juridicidad de una norma de su justicia y la justicia de la juridicidad de la norma” (Gil, 2009, p. 47). El positivismo ético postulaba desde la –aunque débil- vinculación del Derecho con la moral, alguna obligación moral de obedecer la Constitución y las demás normas jurídicas porque existe –dice Gil (2009)- un “sistema moral ideal”, “una pretensión de corrección”(p. 52) que valida la exigencia de obediencia.

El garantismo ferrajoliano en cambio, rechaza rotundamente la posibilidad de la existencia de una moral ideal, situada más allá del constituyente que dé validez al sistema jurídico. El sistema jurídico resulta “puesto” por el legislador, es un acto de voluntad. “El rasgo característico de esta posición tiene que ver con la positivización de los derechos a nivel constitucional, lo que asienta una nueva legalidad, en dos dimensiones: una, la formal, la de su existencia (acto del legislador-mera legalidad) y, otra, las condiciones de su validez: los contenidos o significados (estricta legalidad)” (Gil, 2009, p. 48).

La legitimación del Derecho y el Estado pasan por la tutela de los derechos, es decir, el derecho ahora tiene como objetivo la protección de “los bienes y los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos” (Ferrajoli, 2001, p. 853).

Por otro lado, en un nivel *jurídico* se remite al enjuiciamiento interno del Derecho. Si en el plano filosófico político –externo- la legitimación del Derecho está en la protección de los

¹⁰ Es decir el Estado y el derecho son válidos en sí mismos.

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

derechos, en el plano interno, el modelo normativo será un sistema de garantías, un conjunto de límites y vínculos al poder, para la protección de los bienes e intereses que persigue mediante la positivización de los derechos naturales (derechos de libertad y derechos sociales). Tal positivización no obstante, es ahora ya no solo a nivel legal sino principalmente constitucional, es decir, un nivel normativo más que incorpora límites formales y sustanciales en la producción jurídica y legislativa.

Se distingue con esto, la validez de la vigencia y es en este punto en donde el rol del juez se transforma, pues demanda de éste una actitud de duda y crítica frente a los actos del poder, ya no basta solamente verificar la vigencia de la norma que aplica sino también su validez¹¹. Se construye en consecuencia –según Ferrajoli- un modelo de juez desde un positivismo ahora crítico, como garantía y garante frente a la arbitrariedad. Sobre este juez regirá el principio de legalidad tanto en sentido amplio pero principalmente en sentido estricto, es decir un sometimiento de una norma en tanto válida en su contenido.

En un nivel *sociológico*, será la efectividad o práctica del derecho la que se analice. El garantismo en este punto diferencia la efectividad de la validez, es decir práctica jurídica y normatividad, planteando la Teoría de la Divergencia, esto es, la discordancia entre la norma y la realidad. Partiendo de esta ruptura, Ferrajoli pone en evidencia el distanciamiento entre la Constitución y el ordenamiento frente a las prácticas judiciales, nuevamente, entre el deber ser y el ser. Por lo tanto, el garantismo surge como una respuesta a ese quiebre entre las promesas de la Constitución y la realidad misma.

El garantismo entonces, como sistema de garantías que limitan el abuso del poder, no admite un poder sin regulación y sin control, un poder cuyo ejercicio no esté contenido en norma legal, o exento de control. Los actos del poder poseen por el principio de legalidad, una doble fuente de legitimación, una legalidad *en sentido amplio* y una legalidad *en sentido estricto*. La primera confiere legitimidad a todo ejercicio del poder que esté contenido en la ley; y en la segunda la legitimidad del ejercicio del poder está condicionada por determinados contenidos sustanciales instituidos en la ley, que son los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados. Así entonces, la mera legalidad coincide con una legitimidad formal y, la estricta legalidad con la legitimidad sustancial¹².

Un sistema constitucional garantista -para Ferrajoli (2001)- será entonces aquel que además de incluir principios y derechos positivados en la Constitución, “contiene para la tutela de los mismos garantías, es decir, técnicas coercitivas que “permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo” (p. 852). Ferrajoli vuelve entonces al juez, para encargarle la tutela de los derechos fundamentales, controlando todo acto de poder. Sin embargo, no deja de reconocer que cuando el juez debe acudir a los principios se enfrenta a normas abiertas –aunque estén positivadas- y requieren siempre llenarse de contenido, el cual puede ser tomado de la moral.

¹¹ Este punto podría llevar a pensar que la presunción de regularidad de la ley, es decir su certeza y previsibilidad, sino desaparece, se transforma, pues para Ferrajoli la mera sospecha de invalidez de una norma vigente por parte de los jueces no obliga a su aplicación.

¹² Véase. (Ferrajoli, 2001, p. 857)

Las críticas al garantismo ferrajoliano

Sobre este último punto Francisco Laporta (2009), desde un positivismo democrático, cuestiona la propuesta ferrajoliana, pues, siguiendo la preocupación de Kelsen en torno a la incorporación de principios en las Constituciones, introduce en el debate el riesgo que supone que los jueces obren sobre la base de un razonamiento moral abierto que les hace sentir como si estuvieran aplicando el derecho (p. 6).

Para Laporta (2009), la problemática en torno a la limitación del poder, genera varios cuestionamientos al garantismo ferrajoliano. Si bien Laporta coincide en que la protección de las personas es la razón de ser de un Estado, añade además que para ellos precisamente los actos de ejercicio del poder deben estar sometidos a normas jurídicas. En este orden de ideas, Laporta resalta la ecuación *protección de la persona-limitación al poder*, por el derecho y las reglas (p.208), es decir la Ley.

Laporta (2007) reconoce la “crisis de la ley”, y propone una reinención de la ley “como fuente del derecho para hacer frente a todos los graves fenómenos que se vienen denunciando” (p. 219); es necesario –dirá- hacer frente a la crisis de la ley con el perfeccionamiento del contenido, del alcance y los procedimientos de elaboración de la ley misma, antes que recurrir al “activismo judicial o la invocación de la Constitución y su presunta naturaleza *pregnante* de todo el orden jurídico” (p. 219).

Laporta llega así a plantear el problema de la relación Ley-Constitución, que el constitucionalismo y el garantismo han construido, sobre la base de la supremacía de la Constitución, afirmando que el protagonismo de una (Ley o Constitución) supondrá siempre un retroceso de la otra. La “Primacía de la Constitución”, principio rector del constitucionalismo se construye sobre dos ideas centrales, sobre las cuales Laporta expone su crítica desde la carencia democrática de la Constitución. Tales ideas son: 1) La Constitución como vehículo para el desarrollo legislativo; y, 2) la rigidez constitucional y el “coto vedado” como mecanismo para desplazar de la deliberación ciertos derechos. Con estos dos elementos: primacía y rigidez.

Precisamente ahondando en el debate constitucionalismo-democracia, Laporta incluye dos cuestionamientos: ¿Por qué se debe imponer límites externos a las mayorías políticas? (lo que sería la democracia sustancial de Ferrajoli) y ¿Por qué son los jueces, como órgano o actor no democrático, los que impongan una limitación a un órgano plenamente democrático? (el denominado positivismo crítico que desemboca en un activismo judicial). Laporta pone así en evidencia, las objeciones democráticas a la Constitución, como la rigidez constitucional, o la inclusión de cuestiones controversiales para apartarlas del debate legislativo (como la autocensura) a fin de reivindicar las competencias del legislador cotidiano.

Si hay algo sobre lo que Laporta coincida con la teoría del garantismo, podríamos decir que se encuentra en el punto de partida de ambos teóricos. Por una parte el rol central que juegan los derechos fundamentales como la razón de ser del Estado y el derecho y, por otro, la limitación del poder.

Laporta (2009) aprueba por ejemplo un “coto vedado” sobre aquellos derechos fundamentales que fortalecen la democracia. No excluye tampoco mecanismos rígidos de reforma, siempre que tales sean a su vez democráticos (p. 242). Solo en tales condiciones para Laporta, los procedimientos democráticos de decisión y la primacía de la Constitución pueden coexistir plenamente, pues solo un “atrincheramiento” de ciertos derechos será garantía para la democracia y el ideal del autor que es el “imperio de la ley”.

Ahora bien, Laporta (2009) retoma el histórico pero aun actual debate en torno a la limitación legal del soberano, concluyendo sobre este punto que lo único que puede limitar al soberano es una “norma racional de moralidad positiva”, es decir la “exigencia ética viva en la sociedad de que el poder se someta a normas jurídicas anteriores” (p.81), de ahí precisamente que Laporta proponga su “imperio de la ley” como un principio meta-jurídico o un ideal ético político¹³.

La crisis de la ley no implica para Laporta el aceptar que la ley sea desplazada e ignorada por ejemplo por la Constitución, pues si bien ésta puede recoger todas las exigencias y argumentos éticos para condicionar genéricamente el contenido de las leyes, no puede ser ésta el vehículo idóneo para sustituirlas en toda la variedad y complejidad de sus contenidos.

En tanto la Constitución está contenida de un gran abanico de postulados morales, el juez en su invocación a la Constitución, como norma que supuestamente regula también su gestión, obra sobre la base de un razonamiento moral abierto, lo que resulta grave pues su razonamiento moral no pasa de ser “vulgar”. La preocupación para Laporta es que se deje de lado el respeto a la ley como producto de la voluntad general.

Hasta aquí tenemos quizá dos posturas que comparten como hemos mencionado, dos elementos: i) la protección de los derechos como eje de legitimidad del poder, pero además, ii) la necesidad misma de limitar a ese poder. Ferrajoli acude así al juez como el actor principal en uso de la Constitución y los principios en ella reconocidos, mientras que Laporta, rechaza tal postura por considerarla peligrosa, y propone replantear la ley en su contenido, alcance y procedimiento de elaboración, sin abandonar el rol del legislador y, sin otorgar mediante disposiciones constitucionales vagas, poderes irrestrictos a quienes ni si quiera poseen una legitimidad democrática. Tenemos así en estas dos posturas: juez-Constitución vs. Legislador-ley.

Una tercera postura, corresponde a Eduardo García De Enterría, éste reconoce de entrada el carácter normativo de las Constituciones, y además su supremacía¹⁴, de este carácter normativo que ostenta la Constitución emana el Principio de interpretación conforme, es decir, la obligación de todo órgano de poder, de que previo a aplicar una norma legal, deba

¹³ Véase: (Laporta, 2009, pp. 140- 142)

¹⁴ Esto implicará para De Enterría cuestiones como: 1) La recuperación de la confianza en el legislador y en su producción; 2) La obligación de que cuando una norma es extremadamente amplia y admite entre varias interpretaciones una que es constitucional, se deberá presumir que es esa la que el legislador eligió; 3) la declaración de inconstitucionalidad será solo si hay una duda razonable sobre la contradicción con la Constitución. Estos elementos que son pensados sobre la base de las funciones de un Tribunal Constitucional, De Enterría afirma son extensibles y exigibles a todo órgano de poner en cualquier aplicación del derecho.

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

realizar un ejercicio de interpretación acorde a la Constitución, a fin de que con ello se logre una uniformidad del ordenamiento jurídico. Esta unidad del ordenamiento jurídico para García de Enterría gira sobre la base de unos valores materiales¹⁵, a más de formales, pero que son además valores sociales, los mismos que deben ser investigados por los intérpretes.

Bajo esta postura, García de Enterría reúne los mismos elementos planteados por Laporta y Ferrajoli (derechos, ley, Constitución, poder) solo que con una estrategia distinta. En tanto se confiere cierta discrecionalidad al juez o cualquier autoridad de aplicar una norma legal y una norma constitucional, esta a su vez limitando o condicionando esa actuación a una interpretación que dé cuenta de las razones que han llevado a su decisión. Mientras la Constitución abre la puerta a la discrecionalidad judicial en función de aplicaciones que protejan los derechos, al mismo tiempo la ley hace de límite de tal interpretación. El problema en este punto estará que para el caso de la discrecionalidad de la administración, la propia ley también constituye un elemento abierto a la discrecionalidad, por lo tanto, el juez no encontraría espacio alguno que lo limite más que su propia razón.

BIBLIOGRAFIA

- Balbín, C. (2011), *Manual de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires.
- Blanquer, D. (2010), *Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Madrid.
- Cassagne, J. (2009), *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires.
- Cassagne, J. (2007), *El sistema judicialista y la llamada judicialización de la administración*, Civitas, Madrid.
- Cassagne, J. (1996), *Derecho Administrativo*, Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Fernández, T. (2006), *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*, Palestra, Lima.
- Ferrajoli, L. (2008), *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001), *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta.
- Fundación Konrad Adenauer (2009), *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer, México.
- García de, E. (2000), *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Quita Edición, España.
- García de, E. (1983), *La lucha contra las inmunidades del poder*, Cuadernos Civitas, Tercera Edición, Madrid.
- García de, E. y Fernández, R. (2006), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Madrid, Thomson-Civitas.
- Gastón, M. (2007), “La teoría general del garantismo a propósito de la obra de Luigi Ferrajoli” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 11, México. UNAM-III.
- Gil, A. (2009), *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ediar.

¹⁵ De Enterría indica que tales valores no se trata de normas programáticas, sino la base entera del ordenamiento.

El control judicial de la potestad discrecional de la administración. El replanteamiento de los fundamentos del derecho administrativo en el Estado Constitucional

- Laporta, F. (2007), *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta.
- Laporta, F. (2009), “Imperio de la Ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, en *Isonomia*, No. 31, Octubre.
- Manual de Derecho Administrativo*, (1998), Ariel Derecho, Madrid.
- Marcheco, B. (2009), “El control judicial de la potestad discrecional de la administración pública” en *Cuba Revista Facultad de derecho y ciencias políticas*, vol. 39, No. 110.
- Parejo, A. (2003), *Crisis y renovación en el derecho público*, Cuadernos de época, Madrid.
-