

Introducción

El principio de juridicidad de la Administración no estaría garantizado sin un control judicial adecuado del actuar administrativo dentro de los límites correspondientes.

Es fundamental fortalecer la consolidación de la democracia, la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y la seguridad jurídica, donde la independencia de la justicia y de los jueces de la república, neutrales y únicamente subordinados al orden jurídico, sean los verdaderos garantes del Estado de derecho y del perfeccionamiento de la democracia.

Como es sabido, los jueces son los guardianes de la soberanía popular y de la supremacía constitucional, y, por tanto, los custodios de los derechos reconocidos, las garantías establecidas y los poderes democráticamente constituidos. Los jueces representan la justicia como valor, como virtud republicana, en cuyo nombre ejercen la función judicial. Esta tarea exige una vocación particular cuya realización plena demanda prudencia, austeridad, mesura y una profunda conciencia de la responsabilidad, más allá de lo que otras funciones puedan requerir.

No obstante, este mayor control debe respetar la división de poderes, evitando tanto un «gobierno de jueces» como la invasión de la esencia de la discrecionalidad administrativa, siempre que esta se ajuste al orden jurídico. El propósito de esta obra es delimitar, de manera concreta y práctica, la intensidad del control judicial frente a la indeterminación del orden jurídico, que puede manifestarse en normas disyuntivas o incompletas, referencias a conceptos técnicos o lógicos, valores, experiencias y contenidos explícitos o implícitos. El análisis teórico no basta; es necesario proporcionar respuestas concretas a quienes tienen la responsabilidad de precisar en la práctica cuándo el control debe ser total o menos intenso, respetando la división de poderes y el ámbito reservado a la Administración.

Vale la pena intentarlo. La justa paz de la comunidad bien lo merece, aunque el resultado sea solo un pequeño aporte.

Capítulo 1

Discrecionalidad y revisión judicial

I. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA SUJETA A LA LEY Y EL DERECHO

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

Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido.

II. NUEVOS REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y CONTROL JUDICIAL DE JURIDICIDAD

En lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo debemos hablar de requisitos de juridicidad y consecuentemente de control de juridicidad: su razón es que la terminología actualmente en uso «legitimidad» o «legalidad» podría entenderse prima facie demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la Administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio (Comadira, 2000a; 2003, p. 493 y ss.; Coviello, 1996). De tal manera también son elementos que hacen a la juridicidad del acto la buena fe, la confianza legítima, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad

en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, entre otros.

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

III. CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD Y CONTROL JUDICIAL

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

Siguiendo las ilustradas orientaciones contemporáneas, en mi opinión la discrecionalidad puede definirse como «una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho». Su cometido trascendente es agregar un elemento nuevo a ese ordenamiento.

Comadira entiende que se configura la discrecionalidad cuando una norma jurídica confiere a la Administración Pública, en tanto gestora directa e inmediata del Bien Común, potestad para determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo y/o para elegir, también libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no, como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente) todo dentro de los límites impuestos por los principios generales del derecho (Comadira, 2003, p. 507).

Si actualmente forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercida «dentro» de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas) sino solo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su «ejercicio» (Sesin, 1994, p. 287). Como dice Cassagne «...la discrecionalidad administrativa no configura un ámbito libre del control judicial ni tampoco puede desvincularse del ordenamiento como figura desprovista de juridicidad...» (Cassagne, 2003,

pp. 107-108 y 2021, p. 647 y ss.; Buteler, 2016, p. 19 y ss.; Sammartino, 2012, p. 19; Altamira Gigena, 2019, pp. 27 y 28).

IV. EL JUEZ DEBE CONTROLAR LA DISCRECIONALIDAD

Originalmente la discrecionalidad era contemplada desde una perspectiva eminentemente procesal. Siempre fue vinculada con la exclusión del control judicial. Su individualización era de suma trascendencia para detectar que al estar en presencia de la actividad libre o no regulada lo resuelto por la Administración era irrevisable. Se consideraba que no había discrecionalidad cuando existía un derecho preestablecido a favor del particular.

La consecuencia práctica inmediata de este devenir histórico fue la identificación entre lo reglado y el derecho subjetivo administrativo, mientras que lo discrecional se asimilaba con la falta de predeterminación legal o vacío legislativo.

Sobre estas premisas se elaboraron los presupuestos liminares de lo contencioso administrativo, cuya materia se individualiza a partir de la vulneración de una situación jurídico subjetiva, tutelada por una norma jurídica establecida con anterioridad a favor del impugnante. Era la actividad reglada, entonces, la que sólo podía ser objeto del control jurisdiccional. En sus orígenes bastaba que el acto administrativo tuviera un *minimum* de discrecionalidad para convertirlo en acto discrecional y consecuentemente excluirlo del control judicial. Se rechaza *in limine*, decían los primeros códigos de la materia.

En una segunda etapa fue el Consejo de Estado Francés el que comenzó a incursionar los límites de la discrecionalidad y en general después en nuestro país comienza a rechazarse la excepción de incompetencia de jurisdicción cuando se discuten vicios en la competencia, forma, procedimiento y fin, aún derivados del ejercicio de potestades discrecionales.

De allí que los códigos que comenzaron a surgir a partir de los años 70 hasta nuestros días, sólo excluyen del control jurisdiccional la parte discrecional del acto. Ya no se habla de acto discrecional o acto reglado ya que los tiempos modernos reconocen sólo la presencia de actos administrativos cuyos elementos constitutivos pueden tener mayor o menor discrecionalidad.

En definitiva, los códigos actuales, si bien no hablan de acto discrecional, sin embargo, establecen que no son impugnables los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, salvo que se funden en razones de ilegitimidad. Ergo, dicha facultad bien puede ser motivo de inadmisibilidad.

En mi criterio, ni siquiera esa porción de discrecionalidad puede ser motivo de inadmisibilidad en la primera etapa del proceso, de oficio por el Tribunal como al momento de resolver la excepción de previo y especial pronunciamiento. Propongo la inauguración de una tercera etapa en donde la discrecionalidad no es motivo de exclusión ni comporta un requisito procesal. Es decir que no puede dar lugar a una excepción de previo y especial pronunciamiento que pudiera justificar la inadmisibilidad.

En efecto, la discrecionalidad debe ser tratada como un *posterius* recién al momento de la sentencia con el fondo de la cuestión.

Si ella forma parte del orden jurídico de donde proviene en forma expresa o implícita, es indudable que no se desarrolla fuera del Derecho, tampoco deviene sólo de la norma legal, sino que actúa en los estamentos administrativos más diversos y en mayor o menor porcentaje en toda la pirámide normativa.

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

Esta interpretación pretende llegar a una vinculación absoluta de la discrecionalidad con el fondo de la cuestión, a partir de la cual quede claro que jamás puede haber inadmisibilidad de la discrecionalidad como *prius* ni como *posterius*. Tampoco improcedencia al final del proceso, sino en todo caso desestimación de la pretensión, al resolverse que la discrecionalidad ejercida es producto del orden jurídico.

También analizando el fondo de la cuestión, en el caso «Guerberoff, Eduardo c/ Prov. de Córdoba» (Sentencia 34/97, jueces: Sesin, Tarditti, Lafranconi) el Tribunal Superior trató la cesantía de un médico porque durante la licencia de dos meses por salud la Administración afirma que trabajó en la actividad privada al haber otorgado un certificado médico. Aquí se discuten las facultades discrecionales de la Administración para apreciar la gravedad de la falta. El Tribunal Superior manifestó que en el ejercicio de la potestad disciplinaria es dable señalar las siguientes etapas: a) la verificación material de los hechos susceptibles de ocasionar la falta disciplinaria; b) el encuadramiento o calificación jurídica; c) la apreciación de la prueba valorando la gravedad de la falta, y d) la elección de la sanción.

Las etapas a) y b) conforman el bloque de lo reglado o vinculado sin posibilidad de que exista una modalidad discrecional. En cambio, en las etapas c) y d) la apreciación de la prueba cuando no existan pautas objetivas para su valoración, y la elección de la sanción entre varias preestablecidas, siempre que el ordenamiento lo autorice, bien pueden consentir el uso de pequeños márgenes de discrecionalidad. No obstante, aún cuanto exista una porción de discrecionalidad cuya valoración y resolución sólo incumbe a la autoridad administrativa, su congruencia e inserción dentro de la juridicidad es objeto de control, más reducido, prudente y razonable, pero control al fin. De todos modos, para declarar la antijuridicidad del acto sancionador la incongruencia debe ser notoria entre los hechos merecedores de castigo y la sanción elegida entre varias posibles.

En el caso sub examine el Tribunal Superior consideró que la graduación de la sanción resultó en la especie excesiva por lo que su irrazonabilidad e incongruencia son evidentes. Los porcentajes de discrecionalidad no han sido ejercidos por la Administración dentro de la juridicidad.

Estos son algunos de los precedentes jurisprudenciales que se ajustan a la revisión del acto administrativo con un criterio amplio, analizando si concuerda o no con el orden jurídico, omnicompreensivo de los principios generales del Derecho ya sea que se encuentren en la Constitución, otras leyes o Códigos, y en los Tratados internacionales que nuestro país ha ratificado.

V. CÓMO DETECTAR LA PRESENCIA DE DISCRECIONALIDAD

1. *La importancia de su identificación*

A veces no es fácil advertir en la praxis administrativa cuándo el orden jurídico autoriza el ejercicio de una facultad discrecional. La importancia de su dilucidación incide en el comportamiento de la organización estatal, en el de quienes asesoran jurídicamente a la Administración y también en el de aquellos que defienden los intereses de los administrados.

En el marco de la Administración, su identificación es relevante para individualizar el ámbito de apreciación volitiva o la libertad condicionada que le corresponde. Ésta es una zona de reserva de su exclusiva incumbencia que es respetada por los otros «poderes» del Estado en el concierto del equilibrio de funciones que es deber de la República garantizar.

Para quien conforma la Administración consultiva, asesorando jurídicamente con el dictamen respectivo, es imperativo explicitar nítidamente cuándo la conducta administrativa está vinculada por la norma y cuándo permite una apreciación discrecional. El asesor jurídico, frente a

la discrecionalidad, debe señalar las opciones igualmente válidas para el derecho, sin tomar partido por ninguna porque esta elección sólo compete a quien se desempeña en la Administración activa, esto es, al órgano emisor del acto administrativo respectivo, que concluye el procedimiento de conformación de la voluntad estatal. Al asesor jurídico no le corresponde efectuar en su dictamen valoraciones de mérito, oportunidad o conveniencia, sino sólo de juridicidad. Por más que esté absolutamente compenetrado con la función política de un partido gobernante no debe olvidar que el suyo es el estandarte de la legalidad.

Esto presupone no sólo generar permanentemente conductas correctivas, sino también preventivas, en aras de salvaguardar la responsabilidad de los ocupados gobernantes, quienes muchas veces no tienen tiempo material para el análisis profundo de la totalidad de las cuantiosas resoluciones que a diario deben suscribir.

Quienes asesoran técnicamente, pero desde otras profesiones, como la ingeniería, medicina, arquitectura, geología, etc., deberían seguir el mismo razonamiento que el de los asesores legales, emitiendo opinión sólo desde el punto de vista de su especialidad e indicando cuándo finaliza la técnica y comienza el margen de libertad discrecional que sólo al funcionario decisor compete valorar y resolver.

Distinta es la función de los asesores políticos, que también conforman nuestra realidad administrativa, por cuanto enfocan la cuestión desde una perspectiva diferente, comprometida sectorialmente.

También para el abogado defensor de los derechos e intereses de los administrados es importante detectar el momento discrecional de la resolución administrativa, porque bien sabe que cuando haya sido ejercida con respeto absoluto del orden jurídico autoritativo, su impugnación sólo puede llegar al máximo nivel administrativo que corresponda y que al juez no le compete entrar en la esencia de la discrecionalidad. Distinta es la situación si ésta no ha sido ejercida dentro del orden jurídico, ha violado los límites legales impuestos, o ha incurrido en abusos, en cuyo caso la justiciabilidad de la cuestión no se puede poner en duda.

2. Los tres aspectos que deben observarse

Son en general tres los aspectos que hay que observar para detectar la presencia de una atribución discrecional:

a) el análisis del orden jurídico vigente que en el marco de una interpretación contextual autorice una modalidad discrecional;

- b) el uso de la locución normativa «podrá» u otras expresiones análogas cuando consientan una libertad de actuación;
- c) la naturaleza intrínseca de la problemática a dilucidar.

3. *Análisis del ordenamiento expreso e implícito*

Con relación al punto a, ha señalado la doctrina que sólo del análisis de la estructura lógico-formal de la proposición normativa puede derivar una modalidad discrecional¹. Sin embargo, no es necesario o imprescindible que surja en forma expresa la atribución precitada; bien puede manifestarse en forma implícita. Así, por ejemplo, cuando en el área del Ministerio de Acción y Solidaridad Social se autoriza a su titular, la promoción y el desarrollo de las acciones tendientes a proteger la familia, asegurando la participación integral de la mujer, o bien la fijación y ejecución de las políticas, programas y proyectos habitacionales para garantizar a los ciudadanos el acceso a una vivienda digna, es indudable que aquí existen grandes porciones de discrecionalidad que surge implícitamente de los amplios conceptos normativos. Lo mismo ocurre cuando en el campo de la Secretaría de la Función Pública se faculta la realización de un permanente estudio de los órganos administrativos tendientes a su mejoramiento y modernización, coordinando y controlando la política de reordenamiento administrativo mediante los sistemas de gestión. La discrecionalidad se pone en movimiento cuando en concreto se elige alguna de las alternativas o caminos válidos para satisfacer tales objetivos o finalidades, dejando que la idoneidad e imaginación de los funcionarios responsables den rienda suelta a la promoción de eficaces soluciones.

También existen modalidades discrecionales que surgen en forma implícita del orden jurídico cuando se crean consejos regionales de promoción y asistencia social para incentivar el desarrollo de comunidades menores, canalizando su accionar en materias de reactivación económica, promoción de fuentes de ocupación, mejoramiento de los niveles de ingreso, protección de la minoridad, promoción de la familia y educación familiar, deportes y recreación social, etc.

Incluso cuando se faculta a la autoridad jerárquica superior a nombrar el personal sin imponerle en forma expresa la obligación de realizar una selección previa, cabe deducir que hay discrecionalidad para nombrar a uno u otro. Lo mismo sucede cuando se dispone el traslado del

1. Clara expresión de A. Gallego Anabitarte, en el «Prólogo» a Mozo Seoane (1985, p. 53). Del mismo modo, resulta relevante la remisión a Marienhoff (1987, p. 422 y ss.).

empleado por razones de servicio: si se tiene la atribución de nombrar y remover, implícitamente se puede trasladar al agente.

A veces la norma expresa: cuando el interés público «lo aconseje», «lo estime conveniente», «a juicio de la Administración», «a criterio del órgano competente», «según lo estimase», etc. En estos casos se alude en general a la apreciación volitiva que debe efectuar la Administración y que califica o individualiza el momento discrecional. En estos supuestos se pone en evidencia la presencia de una atribución discrecional. En definitiva, éste es el primer análisis que corresponde: la verificación de si el orden jurídico le atribuye, al órgano de que se trata, competencia para apreciar las diversas soluciones posibles en el seno de la discrecionalidad.

4. *La locución «podrá»*

Otras veces es la locución «podrá» la que nos brinda la clave para determinar si hay discrecionalidad. Así, por ejemplo, cuando el órgano administrativo «puede elegir» entre los tres primeros postulantes en un concurso.

Esto significa que es potestativo de la Administración elegir el primero, segundo o tercero, siendo todas las posibilidades válidas para el derecho.

Cuando las normativas que regulan la relación de empleo público establecen que «podrá disponerse el reingreso de ex agentes permanentes que hubieran renunciado, en cuyo caso la designación podrá efectuarse en el mismo cargo en que revistaba», significa con la primera locución que la Administración es libre de disponer o no el nuevo nombramiento. Téngase presente que a diferencia de la reincorporación en que al ex agente se le reconoce el derecho a volver al cargo anterior con todos los efectos emergentes por así disponerse judicialmente, en el reingreso o la readmisión no existe un derecho subjetivo al nombramiento sino una simple expectativa, ya que la Administración nada debe, por lo que es facultativo de ésta disponer o no el reingreso. La segunda locución «podrá» implica que la Administración puede elegir entre nombrarlo en la jerarquía inferior, común a todo nuevo nombramiento, o bien en el cargo que anteriormente tenía u otro de nivel equivalente. Aquí la norma postula una modalidad excepcional al autorizar que discrecionalmente la autoridad elija entre la categoría de ingreso o la superior.

Cuando la ley 23696, de Reforma del Estado, dispone en el art. 17 que «las privatizaciones reguladas por esta ley podrán materializarse por alguna de las modalidades que a continuación se señalan o por combinaciones entre ellas, sin que esta enumeración pueda considerarse taxativa»,

la expresión «podrán» indica la indiscutible presencia de una facultad discrecional, por cuanto incumbe a los organismos de aplicación competentes efectuar la apreciación pertinente, eligiendo alguna de las opciones previstas por la norma para instrumentar la privatización (venta de los activos de las empresas, o de la venta de acciones, locación con o sin opción a compra, administración con o sin opción a compra, concesión, etc.).

No obstante, se debe tener presente que la expresión «podrá» no autoriza siempre una modalidad discrecional, por lo que es recomendable observar permanentemente el contexto en el cual se inserta. Cuando ciertas leyes u ordenanzas del sistema tributario establecen que el órgano competente «podrá» eximir el pago del impuesto en casos de indigencia, esta expresión no autoriza una facultad discrecional porque la indigencia debe ser rigurosamente probada conforme a los condicionamientos impuestos por la misma norma. Es decir, que no hay libertad de la Administración de eximir o no el pago, porque acreditada la carencia de recursos como corresponde, el administrado tiene el derecho a pedir su eximición.

Lo mismo sucede cuando es la Administración la que «puede» autorizar el funcionamiento de una determinada actividad comercial o industrial en caso de que el otorgamiento esté sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos previstos. Aquí la locución «podrá» no puede asimilarse a la libertad de otorgar o no la autorización en virtud de una apreciación subjetiva, sino que la opción puede ser positiva o negativa, según se cumpla o no los requisitos reglados.

El «podrá» equivale entonces a un «sí» o a un «no», «autorizar» o «no autorizar», sin que para su dilucidación intervenga elemento discrecional alguno; al contrario, sólo existe una actividad vinculada que ha menester el análisis acreditativo de las exigencias impuestas por la norma para acceder a la concesión de lo requerido.

En definitiva, la expresión «podrá», generalmente, indica una posibilidad de hacer o no hacer, o hacerlo de tal o cual modo, pero existen ocasiones en que el contexto en el cual se incorpora sólo presupone el cumplimiento de una actividad vinculada, razón por la cual no es posible quedarse con el significado aislado del término empleado, sino verificar su sentido que es siempre proporcionado por el contexto.

5. *La propia naturaleza de la problemática a dilucidar*

A veces el *quid* de la cuestión, sin embargo, reside más en la naturaleza de la problemática a dilucidar que en la pura literalidad del concepto: la opinabilidad de una técnica, de una ciencia, de un estándar jurídico o de pauta de convivencia, constituye una realidad que por sí puede generar

razonables dudas para optar por una solución u otra. Como se analizará más adelante, es obvio que en tales ámbitos puede existir una indiscutible modalidad discrecional. Para detectarla es necesario repasar los caracteres distintivos de la discrecionalidad, sus presupuestos esenciales y por sobre todo si en verdad existe posibilidad de «elección» entre dos o más indiferentes jurídicos, atento a la naturaleza de las cosas.

Es decir que una vez agotado el análisis de la proposición normativa y de sus principios inmanentes, expresa o implícitamente condensados por el orden jurídico, sin poder distinguir claramente la actividad reglada de la discrecional, la observación de la propia realidad se convierte en el factor gravitante cuando el ordenamiento utiliza fórmulas amplias, imprecisas o difícilmente reconducibles a pautas o reglas objetivables.

En conclusión, tanto el análisis del orden jurídico vigente como la observación de las expresiones gramaticales utilizadas, y la percepción de la naturaleza intrínseca de la actividad, son elementos que conjunta o separadamente según el caso, pueden ser útiles para que en la realidad de nuestro multiforme accionar administrativo se individualice la presencia de una modalidad discrecional.

Capítulo 2

Discrecionalidad técnica

I. ORIGEN DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA. MARCO CIRCUNSTANCIAL

Cerulli Irelli (1984, p. 463 y ss.) formula críticas sustantivas a las posturas doctrinales que a principios del siglo XX comenzaron a perfilar la ardua problemática de la discrecionalidad técnica, al expresar

La noción de discrecionalidad técnica no ha sido jamás teorizada en doctrina de manera satisfactoria, sino que en la obra de los autores más ilustres se la encuentra escondida en los pliegues del discurso como un dato necesario, pero poco profundizado. Un ropaje, como después se ha dicho, destinado a cubrir dificultades reales o prefabricadas cautelosamente para incidir en forma gravitante en el funcionamiento del control de legitimidad.

Las diversas teorías que exponían y resolvían la manera de realizar el control de esta modalidad administrativa han sido generalmente influidas por concepciones políticas determinadas, que no siempre han coincidido con el derecho.

La transformación del Estado liberal en intervencionista y la ampliación del cometido estatal para satisfacer los intereses colectivos con mayor intensidad, perfilaron el tratamiento de la discrecionalidad técnica en sus orígenes. El control judicial era retaceado en favor del estatismo organizacional: la Administración gozaba de mayor libertad en tanto emitía juicios de valor en cada momento de la decisión (Benvenuti, 1986, p. 191).

Nada más ilustrativo para explicitar la evolución del instituto que partir de la doctrina italiana de los primeros años del siglo XX, cuando la aparición de la discrecionalidad técnica se debatía en el marco de la imprecisión normativa, la complejidad de los hechos, la presencia o ausencia de la valoración del interés público, la apreciación de la graduación en más o en menos, las técnicas opinables, etc.

La necesidad de establecer verdaderos límites al control de legitimidad, aunque sólo fuera en teoría, suscitó multiplicidad de posiciones doctrinales que, acudiendo al derecho comparado, la interpretación, la

costumbre, las reglas del proceso o la jurisprudencia, pretendieron delimitar el ámbito de la discrecionalidad técnica y su mayor o menor control.

La separación entre la discrecionalidad técnica y pura, la unificación en una misma discrecionalidad, la relevancia del mérito o la apreciación de las reglas extrajurídicas, complementan el panorama en cuyo seno se gestó esta modalidad administrativa.

Con posterioridad surgió la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados que parece tener mayor predicamento en el mundo contemporáneo, postulando una nueva visión al respecto y niega, en definitiva, la discrecionalidad técnica.

II. DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DIFERENTE A LA DISCRECIONALIDAD PURA

1. *Hecho simple y hecho complejo*

La neta separación entre discrecionalidad técnica y pura es sustentada por Cammeo (1950, p. 131 y ss.; 1902, p. 277 y ss.; 1960, p. 188 y ss.), quien considera en una primera interpretación que el orden normativo puede relacionarse con presupuestos fácticos simples y complejos, extraños a la valoración del interés público.

La actividad reglada se vincula con hechos simples, cuando la precisión de la norma no deja dudas sobre el comportamiento administrativo debido. El otorgamiento de la ciudadanía se inordina en este supuesto, al detallarse en forma clara los requisitos necesarios para conferirla.

El hecho complejo, en cambio, se relaciona con una norma imprecisa susceptible de ser explicitada por medio de un procedimiento intelectual. La determinación en el caso concreto de lo que es insalubre, inadecuado, indigno y otros conceptos análogos, caracterizan la discrecionalidad técnica para el autor.

Cuando no existe norma precisa ni imprecisa que regule la actividad administrativa, la discrecionalidad pura se impone. Conforman una categoría autónoma en cuyo caso la Administración determina libremente la conducta a seguir; sus actos son jurídicamente irrelevantes y se asimilan a los del derecho privado.

La precisión, imprecisión o inexistencia de la norma, vinculada con determinadas situaciones de hecho, es la que individualiza, entonces, la naturaleza jurídica de la actividad.

Pero, en primer lugar, Cammeo hace radicar el rasgo distintivo característico en el mayor o menor grado de opinabilidad del hecho complejo, que se resuelve aplicando amplios criterios técnico-administrativos sin relacionarlos con valoraciones de interés público.

De tal manera, la discrecionalidad técnica implica una valoración técnico-administrativa opuesta a la discrecionalidad pura, que se expresa mediante un procedimiento volitivo.

Esta categórica diferenciación de Cammeo (1950, p. 34) parece empañarse al manifestar que la discrecionalidad técnica presupone tanto un juicio intelectual objetivo como subjetivo.

Al margen de esto, existe sólo una diferencia de grado entre la actividad vinculada y la discrecionalidad técnica porque en general ambas presuponen un juicio intelectual; en cambio, con la discrecionalidad pura, la diferencia es sustancial atento a su carácter libre y voluntario.

El criterio técnico-administrativo aplicable para superar la imprecisión de la norma es el deducido de la experiencia común o cultura media.

Se podrá compartir o no esta postura, pero es indudable que ha tenido la virtualidad de plantear por primera vez esta problemática siguiendo una construcción metodología ponderable en la que muchos de sus argumentos tienen plena actualidad.

2. Hecho simple y hecho técnicamente apreciable en relación al interés público

Existe una segunda posición de Cammeo que altera su originaria concepción sobre la discrecionalidad técnica (Cammeo, 1950, p. 773 y ss.; 1960, p. 193 y ss.; Marzuoli, 1985, p. 11 y ss.).

La insalubridad, inhabitabilidad, peligrosidad, urgencia, gravedad de la sanción, dejan de ser valorados solamente con un criterio técnico-administrativo. Juntamente con él se tiene en cuenta la mejor satisfacción del fin estatal.

La discrecionalidad técnica importa la valoración de un porcentaje flexible, mayor o menor, sobre la base de la oportunidad, mérito o conveniencia respecto del interés comunitario. Esto no sucede con los hechos simples, ya que su existencia o inexistencia no se relaciona con la variable apreciación del interés público.

Las dos posturas de Cammeo coinciden en la diferenciación de la discrecionalidad pura y la técnica, los hechos simples y los complejos; se distinguen a partir de la valoración de estos últimos: en un caso, sólo se tienen en cuenta criterios técnico-administrativos, en el otro también se atiende al interés público.

3. Hecho opinable ajeno a la valoración de interés público

Presutti (1910, p. 153 y ss.), relevante jurista italiano de principios del siglo XX, distingue la discrecionalidad técnica de la pura siguiendo los principios de Cammeo.

La primera, relacionada con la valoración de hechos opinables conforme a genéricas pautas técnico-administrativas que no presuponen apreciación del interés público. La segunda, caracterizada por la absoluta indeterminación normativa que hace imposible toda comparación de la proteica realidad con reglas fijas.

Los hechos complejos se asimilan a una suma de hechos simples, o a uno de ellos compuesto por numerosas modalidades y variantes internas. La valoración jurídica busca reducir estas complejas situaciones fácticas en hechos simples que pueden ser analizados por separado.

La particularidad de la discrecionalidad técnica es la variabilidad de los presupuestos capaces de producir un mayor o menor grado de apreciación. La peligrosidad, por ejemplo, autoriza un más o un menos en la graduación de su naturaleza intrínseca, susceptible de generar la opinabilidad de determinados hechos. Lo mismo sucede con nociones indeterminadas similares.

Superando las posturas parcialmente divergentes de Cammeo, la concepción de Presutti significó un paso adelante en cuanto intentó sistematizar los límites de lo reglado, la discrecionalidad pura y la discrecionalidad técnica.

En ambas teorías se advierte el ánimo de ampliar el momento apreciativo de los órganos administrativos en la conformación de la decisión estatal, ya que, frente a hechos complejos dudosos, si bien se trata afanosamente de buscar pautas objetivas de aplicación, en definitiva, se termina acudiendo a valoraciones subjetivas.

4. *La falta de control judicial como rasgo dominante*

Desde un punto de vista teórico, la distinción entre discrecionalidad pura y técnica significaba afrontar la problemática del control, permitiendo solamente la revisión la última modalidad.

Empero, cuando los autores señalados pretendieron aplicar esta conclusión a los supuestos prácticos propuestos, desdibujaron la viabilidad del control.

La recurrencia al análisis jurisprudencial (Cammeo, 1950, p. 343; Rupp, 1973, p. 1273 y ss.) y el estudio del derecho comparado, en especial de Francia, Prusia y Austria, determinaron la confusión y oscuridad en la materia. No obstante, se admitió la competencia jurisdiccional para verificar la existencia o inexistencia de los hechos, pero no para la apreciación de la graduación en más o en menos de aquellos supuestos en los cuales la indeterminación se ponía en evidencia. En definitiva, esto significaba

que la discrecionalidad técnica escapara a todo tipo de fiscalización judicial en su faz operativa.

En la concepción de Presutti (1931, p. 155) la falta de control constituía un residuo histórico del «Estado de policía», a diferencia de lo propuesto por Cammeo, que implícitamente buscaba ensanchar la libertad de los órganos administrativos.

III. DISCRECIONALIDAD TÉCNICA COMO ESPECIE DE DISCRECIONALIDAD PURA

El principal precursor de la doctrina subsiguiente fue Ranelletti (1912, p. 365 y ss.), quien no distingue entre discrecionalidad pura y técnica sino que integra a esta última al género discrecional.

La ausencia o imprecisión normativa continúa caracterizando la discrecionalidad, y se subraya la valoración del interés público como principal particularidad (Vitta, 1948, p. 271 y ss.; Ranelletti, 1912, p. 367 y ss.).

Cuando la actividad administrativa se relaciona con cuestiones técnicas sigue existiendo una valoración del interés público, como en el caso de verificarse la higiene de un comercio. La libertad que tiene la Administración se ejerce mediante la apreciación del mérito, oportunidad y conveniencia. Cuando la actividad administrativa se relaciona con aspectos artísticos, hay mayor imprecisión técnica, y en consecuencia la libertad de la Administración es mayor. Otras veces, la técnica puede tener más precisión; no obstante, la actividad no pasa a ser reglada sino que sigue subsumida en la problemática de la «discrecionalidad técnica administrativa» (La Torre, 1925, p. 140 y ss.; Ranelletti, 1912, p. 369.).

Es obvio que en este último caso la libertad de la Administración es menor, pero de igual modo vinculada con valoraciones de interés público.

De allí que parte de la doctrina italiana hable de apreciación técnica y apreciación del interés público como elementos que pueden relacionarse estrechamente en la realidad administrativa (Jaccarino, 1933, p. 199 y ss.; Codaci Pisanelli, 1940, p. 122 y ss.), sin que por esto deje de existir la discrecionalidad.

La diferencia que se advierte con relación a las teorías de Cammeo y Presutti es la unificación de la discrecionalidad pura y técnica en una misma figura, cuya nota aglutinadora es la apreciación del interés público. Al contrario, todas tienen en común la falta de control efectivo de la discrecionalidad técnica.

IV. PODER DE VALORACIÓN TÉCNICA RESERVADO A LA ADMINISTRACIÓN

Parte de la doctrina sucesiva esgrime que la discrecionalidad técnica, en sentido estricto, implica un «poder de valoración técnica» (Sandulli, 1979, p. 403 y ss.; Daniele, 1967, p. 296 y ss.; Virga, 1957, p. 5 y ss.).

Sandulli (1979, p. 405 y ss.), uno de los principales exponentes de esta postura, sostiene que ella no importa una ponderación de intereses ni la consecuente libertad de elección que caracterizan lo meramente discrecional; incluso, nada tiene que ver con las apreciaciones de interés público.

La discrecionalidad técnica significa, en cambio, valoración de hechos previstos por la norma como presupuestos del obrar estatal sujetos a conocimientos técnicos. Estos últimos abarcan múltiples materias: medicina, economía, estética, agricultura, etc.

Para esta teoría, el juicio respecto de la peligrosidad epidémica de una enfermedad, el valor artístico de una escultura o la fertilidad de un terreno, son fieles ejemplos de discrecionalidad técnica.

Una vez efectuada la valoración, el cauce procedimental se desarrolla en forma vinculada. Es decir, determinada la importancia histórica de una construcción, corresponde la declaración de interés cultural prevista por la norma.

El autor (Sandulli, 1979, p. 404; Obermayer, 1963, p. 1177 y ss.) destaca la presencia de la discrecionalidad técnica cuando es posible la valoración de hechos susceptibles de varios juicios técnicos o científicos; al contrario, si el presupuesto fáctico admite una solución tecnológica unívoca, niega la existencia de esta modalidad.

La comprobación de la graduación alcohólica de una bebida a los efectos de fijar el tributo aduanero, sólo admite un juicio técnico definido, razón por la cual no hay discrecionalidad técnica. Si se comete una irregularidad al efectuarse la referida verificación, el acto está viciado por error: tal circunstancia se enmarca dentro de la ilegitimidad, no del mérito.

Esta conclusión es relevante porque si hay discrecionalidad técnica, la valoración realizada al respecto forma parte del mérito y, consecuentemente, escapa al control jurisdiccional. En cambio, si el hecho sólo admite la aplicación de una regla técnica unívoca, el vicio que puede surgir genera una ilegitimidad, y, como tal, plenamente revisable.

En definitiva, para Sandulli (1979, p. 405) pertenece al mérito tanto lo relativo a la discrecionalidad administrativa cuya esencia es la valoración del interés público, como lo que concierne a la llamada discrecionalidad

técnica, cuyas valoraciones repercuten exclusivamente sobre reglas científicas y de buena administración ².

De tal manera, son cuestiones de mérito, al margen de toda norma jurídica: la adopción de una u otra medida con relación a un edificio en ruina o peligro, la distribución del personal dentro de unidades administrativas según reglas de experiencia, el juicio estético de una obra de arte, la valoración de la preparación de los candidatos a un concurso y otros supuestos análogos.

Para Daniele (1967, p. 299 y ss.), la existencia de discrecionalidad técnica supone la realización de un juicio de valor exclusivamente a cargo de la Administración. Ello implica la presencia de dos condiciones esenciales: la valoración técnica, por un lado, y la norma autoritativa que dispone la competencia reservada a la Administración para efectuar el juicio correspondiente, por otra parte.

Es fácil inferir que para Sandulli y Daniele la discrecionalidad técnica implica un «poder de valoración» asignado a la sola competencia de la Administración.

Si bien ambos autores consagran la autonomía de la discrecionalidad técnica, sin contaminarla con valoraciones de interés público propias de la mera discrecionalidad, no logran demostrarlo acabadamente. En efecto, el margen de la libertad que impregna los juicios técnicos que la primera implica, pone en evidencia la presencia de incuestionables momentos discrecionales puros. Desde luego, si hay discrecionalidad, existe valoración del interés público. De allí la posible contradicción. Estimo entonces que no se diferencia en forma clara y contundente la modalidad discrecional pura, de la técnica.

V. CONTRADICCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

1. *Falsa concertación de nociones diversas*

Los autores modernos consideran en general que la «discrecionalidad técnica» expresa nociones inconciliables: lo técnico puede ser acreditado, mientras que lo discrecional es sólo objeto de valoraciones (García Trevijano Fos, 1974, p. 420 y ss.).

Señala Giannini que, si bien la denominación «discrecionalidad técnica» es de uso normal, constituye un error histórico de la doctrina, porque la discrecionalidad implica conjuntamente juicio y voluntad, a diferencia de

2. Estimo insoslayable recordar que en el mismo sentido se pronuncia Amorth (1939, pp. 8 y ss.).

lo técnico, que presupone un momento cognoscitivo y trasunta sólo un juicio. La apreciación discrecional puede efectuarse después. Cuando se comprueba que una sustancia es tóxica, el organismo competente puede elegir discrecionalmente entre prohibir su uso, sacar la mercadería de circulación, aconsejar su destrucción o permitir la utilización con cuidados especiales (Giannini, 1970, p. 488).

En la concepción de este administrativista italiano, una sustancia es tóxica o no: se trata aquí de un juicio de contenido científico que exime a la autoridad de la realización de valoraciones de oportunidad (Giannini, 1970, p. 486).

Afirma Capaccioli (1983, p. 286 y ss.), por su parte, que no existe valoración que sea al mismo tiempo discrecional y técnica porque éstos son términos antagónicos: la primera es libertad concedida por la ley para permitir la mejor tutela del interés público; la segunda excluye la valoración del interés colectivo y la de cualquier otro interés³.

Para los apreciados administrativistas españoles Rivero Ysern y Rivero Ortega (2012, pp. 2063-2078), la discrecionalidad técnica no existe y solo queda el nombre, el rótulo, la mera denominación.

Para Fiorini (1948, p. 125), la «discrecionalidad técnica» depende de la labor intelectual indirecta de la Administración, a diferencia de la discrecionalidad pura, en la cual es la voluntad administrativa la que crea la estimación necesaria para que el acto se dicte.

En definitiva, la contradicción terminológica deviene de la diversidad sustancial entre la técnica que se traduce en un juicio científico y la discrecionalidad, que importa valoraciones de interés público (Marienhoff, 1987, p. 429 y ss.; Cassagne, 1998, p. 140; Mortati, 1960, p. 238; Cannada-Bartoli, 1964, p. 125; Díez, 1979, p. 32).

Referenciando la importante evolución doctrinal sobre el tema, en el presente siglo, precisa Gordillo (2017, X.19) que

Antiguamente se decía que la administración tenía una «discrecionalidad técnica», esto es, una atribución discrecional en materia técnica que tornaba irrevisables los actos que dictara en ejercicio de esas atribuciones. Pero en realidad, este antiguo concepto de discrecionalidad técnica dependía de un igualmente antiguo concepto de lo que constituye una técnica: si ésta es una mera cuestión opinable o discutible, un arte que puede ser ejercido de diversos modos y de acuerdo con el criterio subjetivo de quien en el caso lo desempeña, es lógico afirmar que esa actividad no pueda en tal aspecto ser controlada. En cambio, si una técnica es científica, cierta, objetiva, universal, sujeta a reglas uniformes

3. En análogo sentido se pronuncian Zaccardi, (1985, p. 326) y Tezner (1924, pp. 41 y ss.).

que no dependan de la apreciación personal de un sujeto..., corresponde por el contrario hablar de regulación.

Quizá en el marco de la concepción anterior, Bielsa (1947, p. 311) consideraba que la discrecionalidad técnica consistía en la «elección» de procedimientos técnicos o científicos.

Para la doctrina que critica la contradicción interna de la «discrecionalidad técnica», poco importa la opinabilidad o no de una determinada técnica, por cuanto lo mismo se permanece dentro de la valoración científica: se trata siempre de juicios técnicos que no conciernen a la apreciación discrecional en tanto son jurídicamente distintos de los juicios de oportunidad y del momento volitivo decisional (Giannini, 1970, p. 488 y ss.).

Estoy en parcial desacuerdo con esta última postura porque, como se explicitará más adelante, la clave reside en el análisis intrínseco de la opinabilidad mencionada para determinar si existen elementos reconducibles a lo reglado o discrecional. La «discrecionalidad técnica» no existe: el fenómeno que encierra este concepto debe ser descompuesto en dos partes: *a)* reglas técnicas tolerables o indiscutibles, que como tales son adoptadas por el ordenamiento pasando a formar parte del bloque reglado o vinculado; *b)* discrecionalidad, que se individualiza en la valoración subjetiva y la posibilidad de elegir dentro de la juridicidad.

La opinabilidad debe agotar la hermenéutica interpretativa acompañada con la profunda verificación de los hechos para separar lo que corresponde a lo «técnico-reglado» y a lo «discrecional» relacionado con la técnica. En definitiva, se tratará siempre de actividad reglada o discrecional, pues aun cuando se interrelacione con lo técnico no pierden su identidad.

No obstante, por costumbre o didácticamente nada impide utilizar la denominación «discrecionalidad técnica» cuando estamos frente a técnicas opinables que no trasuntan un juicio objetivable. Si no existe ese margen de opinabilidad, de ninguna manera podemos hablar de «discrecionalidad técnica», menos aún de discrecionalidad (por ejemplo, la certeza de que una sustancia es tóxica).

Tanto la llamada «discrecionalidad técnica» como los «conceptos jurídicos indeterminados», son en mi criterio creaciones artificiosas que tienen la virtud de aglutinar esta compleja problemática, buscando refundir el espacio de libertad con lo vinculado, mediante la reducción o, incluso, la aniquilación de uno de los ámbitos en cuestión. Fatigosa batalla que oscurece y complica la delimitación de sus fronteras.

En lugar de razonamientos que a la larga conducen a la eliminación de la discrecionalidad o al imperio de ésta sin precisión adecuada de sus contornos, hay que incentivar aquellos criterios que no destruyan lo discrecional ni lo reglado, sino que procuren iluminar sus zonas limítrofes, profundizando en la determinación de la diversa naturaleza de ambos. Es decir, delimitar estas modalidades administrativas, pero al mismo tiempo postular una armónica convivencia entre ambas, aceptando una realidad tan insoslayable como la vida misma del ser humano, que también discurre entre zonas signadas por la fatalidad y la libertad.

Resulta extraño que mientras en el proceso judicial se efectúan numerosos esfuerzos tendientes a precisar lo reglado y lo discrecional para marcar en cada caso la intensidad del control, en el ámbito doctrinal, al dársele mayor importancia a la disputa por la extensión de una u otra, o de predominio de una sobre otra, se descuide un tema de tanta trascendencia como es la determinación de sus zonas limítrofes; tal delimitación dista de ser bizantinismo teórico: permitiría establecer con certeza hasta dónde puede llegar el juez en su cometido jurisdiccional.

2. *Repercusión procesal de la discrecionalidad técnica*

Algunos de quienes pretenden eliminar la confusa expresión «discrecionalidad técnica» negando su existencia postulan el control absoluto de tal valoración.

Sin embargo, cuando aluden a juicios técnicos que no son ciertos sino probables o hipotéticos, su impecable formulación teórica comienza a desdibujarse, y admiten —en consecuencia— un margen de incontabilidad reservado sólo a la Administración.

Para superar estas dificultades, en lugar de admitir la presencia de un momento discrecional, acuden a la «competencia exclusiva de la Administración» para valorar por sí ciertos aspectos. Esto implica aceptar la existencia de un auténtico poder administrativo de apreciación científica que caracteriza la esencia de la «discrecionalidad técnica» (Favara, 1973, p. 353 y ss.), aunque se critique severamente su denominación.

Desde una perspectiva diferente, Ledda (1983, p. 432 y ss.) sostiene que los casos límite, en los cuales la técnica es opinable, no justifican la conformación de un ámbito exclusivo de la Administración, sino que el control judicial se impone aunque en forma reducida. En efecto, éste no puede sustituir un juicio probable por otro igualmente incierto; por ello afirma enfáticamente que «las dudas de carácter científico no se resuelven con el instrumento del poder como se pensaba en otros tiempos: en este aspecto la balanza del juez vale tanto como la espada del administrador» (Ledda, 1983, p. 434).

Estas conclusiones son compartidas por Marzuoli (1985, p. 57), quien resalta el control judicial como remedio apto para dirimir esta conflictiva problemática. Para Cassagne (1998, p. 140), el juicio técnico es siempre revisable mientras haya legitimación.

Empero, hay quienes aun cuando propicien la tutela jurisdiccional plena, terminan admitiendo supuestos excepcionales donde la competencia exclusiva de la Administración se impone (Grecco, 1980, p. 1306 y ss.). Esto recuerda la enunciada debilidad de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados con el «margen de apreciación» o «beneficio de inmunidad jurisdiccional».

En ese sentido, Cerulli Irelli (1984, pp. 496, 497 y 498) señala que existen importantes sectores de actividades técnicas de la Administración Pública donde las valoraciones efectuadas quedan fuera del control judicial: son casos en los cuales la función administrativa presupone comprobaciones y valoraciones de carácter técnico que nada tienen que ver con la ponderación de intereses que caracteriza la modalidad discrecional. En ese marco, subraya dos notas distintivas: la subjetividad absoluta del momento valorativo, y la irrepetibilidad del juicio. El ejemplo típico citado es el de los concursos y exámenes en general: aquí no admite discrecionalidad sino competencia exclusiva de la Administración por la particular estructura de la actividad.

Las diversas denominaciones: «discrecionalidad técnica», «margen de apreciación», «libertad de apreciación», «discrecionalidad», etc., son utilizadas por la jurisprudencia⁴ en determinadas circunstancias para explicitar este fenómeno y admitir la competencia exclusiva de la Administración. Pero, en general se habla de «discrecionalidad técnica» cuando se está en presencia de hipótesis complejas que exigen juicios técnicos o científicos de imposible revisión como consecuencia de la conjunción de tales aspectos con apreciaciones personales, o bien por la irrepetibilidad de la experiencia.

La doctrina más avanzada postula la negación de la «discrecionalidad técnica», propiciando el control de la técnica, salvo casos excepcionales, mientras que la variada jurisprudencia, en cambio, oscila entre la postura antedicha y la inadmisibilidad en sede jurisdiccional de aquellas cuestiones.

4. Ver, entre otras, *Jurisp. Cons. Estado italiano*, sez. VI, 26/10/1979, n°. 729, en *Const. St.*, sez. V, 25/2/1961, n°. 62, en *Foro Amm.*, 1961, I, 711; sez. IV, 4/3/1980, n°. 142, *Const. St.*, 266; sentencia del Trib. Sup. español del 15/2/1961, *Rep. Jurispr. Aranzadi*, 977; sent. del 2/4/1979, Trib. Sup. español, *Rep. Jurispr. Aranzadi*, 1940; Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., sala I, Bs. As., 17/11/1983, LL, 24/2/1988, p. 488; Sup. Corte Bs. As., 10/2/1981, LL, 1981-C-98; DJBA, 120-111.

Considera De Petris (1995, p. 296 y ss.), en este sentido, que la discrecionalidad técnica importa un poder administrativo reservado de valoración, diferente de la discrecionalidad en sentido estricto. Estima que las razones que justifican estas potestades son diferentes en uno y otro caso. La construcción política del Estado, la división de poderes y la misión de la Administración de satisfacer el interés público son los fundamentos que avalan la discrecionalidad administrativa. En cambio, el poder de valoración técnica exclusivo de la Administración se fundamenta en las características de la organización administrativa cuya idoneidad técnica la hace más apta para emitir un pronunciamiento final (especial relación de funcionalidad entre la organización administrativa y la característica de la valoración técnica a efectuar).

Sostiene Cariola (1997, p. 855 y ss.) que no es controlable la discrecionalidad político administrativa, mientras que la competencia de carácter técnico científico puede ser fiscalizada sobre la base de los criterios de culpa profesional y sus resultados, pueden ser revalorizados en el proceso de control bajo la alternativa de correcto o erróneo. En este sentido advierte el autor citado, que el control administrativo no difiere del penal o civil en cuanto al análisis del correcto ejercicio de la actividad profesional.

La doctrina italiana en general diferencia entre el *accertamenti* (verificación de los hechos) y el *apprezzamenti* (valoración de los hechos). Los primeros son perfectamente controlables, mientras que los segundos, cuando se relacionan con cuestiones técnicas complejas o valoraciones opinables (*fatti opinabili*), reciben el nombre de discrecionalidad técnica, en cuyo caso el control judicial declina. El concepto se conforma de dos partes: *a)* valoración de pautas científicas, técnicas y artísticas; *b)* juicios que importan un margen de opinabilidad aunque sea mínimo relacionado con lo anterior.

La distinción con la discrecionalidad pura estaría dada por el carácter técnico del estándar de referencia (Sala, 1993, p. 212) como la valoración de los hechos, sin que ello importe una ponderación de intereses ni apreciación de la oportunidad. También se diferencia de la actividad técnica porque ésta trasunta un resultado cierto unívoco, en cambio, en la discrecionalidad técnica, aun cuando se usen los criterios científicos o técnicos no es posible llegar a una regla cierta de universal consenso, subsistiendo un margen de subjetividad u opinabilidad.

No obstante, y sin perjuicio de lo sustentado en los capítulos siguientes, resulta útil recordar lo que dice Comadira (2000a, p. 6) al expresar que

la denominada discrecionalidad técnica será, en rigor, una especie de la discrecionalidad en general, cuando el accionar administrativo, cumplido con

arreglo a parámetros científicos o técnicos, reconozca, en éstos, más de una posibilidad, o cuando, siendo la valoración técnica unívoca, esté ligada a una actuación elegible.

3. *Hasta dónde llega el control judicial de la llamada discrecionalidad técnica*

En mi opinión, la remisión normativa a valoraciones técnicas no supone automáticamente la atribución al órgano administrativo de una potestad inmune al control judicial. En efecto, las reglas técnicas (conocimiento especializado) de universal consenso, o al menos tolerables (cuando tratan una verdad relativa), las reglas de la experiencia (conocimientos prácticos comunes) como los estándares de conductas, integran el orden jurídico administrativo por remisión expresa o implícita de éste.

Aun cuando el reenvío no surja tácitamente del ordenamiento, las pautas o reglas referidas pueden tener igualmente relevancia jurídica por el conocimiento acabado de los hechos y la apreciación de la prueba con arreglo a la sana crítica racional.

En consecuencia, el control de juridicidad es perfectible, pues el juez al entrar al fondo de la cuestión verifica si en el *sub examine* se ha respetado el contenido de la regla determinada por la ciencia, la técnica, la experiencia, o el comportamiento social, al momento en que se concretice el acto administrativo respectivo.

Aun cuando el orden jurídico se remite a cuestiones técnicas complejas, de difícil comprensión o de imposible reproducción probatoria (por su característica intrínseca), de certeza técnica o científica relativa, la decisión administrativa debe ser controlada por el juez. Al menos debe verificar con el fondo de la cuestión si la decisión administrativa adopta una solución técnicamente aceptable, «tolerable», cuya razonabilidad sea aprehensible en virtud de su motivación.

No se trata de un mero control de legalidad formal externa, el juez debe examinar detenidamente la verificación material de los hechos, y aun la apreciación de los mismos mediante la aplicación de pautas técnicas razonables, además de la calificación jurídica respectiva.

En definitiva, lo técnico —en el sentido expresado— forma parte del orden jurídico y, por tanto, el control de juridicidad es posible. Lo contrario podría cercenar la tutela judicial efectiva. Consecuentemente, estoy en desacuerdo con posturas jurisprudenciales que sustentan que frente a cuestiones técnicas complejas lo resuelto por los órganos técnicos de la Administración es irrevisable por los jueces⁵.

5. Cám. Nac. Cont. Adm., sala III, «Platestiba», LL, 1992-B-181.

No obstante, cuando es la propia realidad del objeto o situación la que admite márgenes de opinabilidad, cuando la objetividad del procedimiento de subsunción se agota, declina la labor interpretativa y se acrecienta la discrecionalidad.

Estos son los supuestos excepcionales, que aun cuando se ejerza mínimamente la discrecionalidad podríamos utilizar por una razón didáctica, la denominación «discrecionalidad técnica», pues ese margen de apreciación está vinculado con una opinable cuestión técnica científica o de experiencia, de muy difícil precisión.

La opinabilidad intrínseca de ciertas situaciones fácticas no reconducibles a pautas objetivas por medio de la interpretación, no puede ser convertida en certeza por el administrador ni por el juez. Empero, como es la Administración a quien el orden jurídico le autoriza a operativizar primero el concepto, en estos excepcionales supuestos, le es permitido utilizar la discrecionalidad relacionada con la técnica a fin resolver la opinabilidad buscando lo más oportuno para el interés público.

La discrecionalidad no sólo proviene de una norma expresa o implícita sino de la propia naturaleza de las cosas. Es precisamente el ordenamiento quien se remite tácitamente a ello cuando no es posible un juicio objetivable que trasunte una solución justa, sino dos o más hipótesis razonables.

Es que una vez agotado el análisis de la proposición normativa y de sus principios inmanentes, expresa o implícitamente condensados en el ordenamiento, sin poder distinguir lo reglado de lo discrecional, la observación de la propia realidad del acontecer administrativo se convierte en el factor decisivo para clarificar la identidad de los conceptos y estar en condiciones de predecir los efectos ulteriores.

En estos casos debemos aceptar, aunque en su mínima expresión, la posible existencia de facultades discrecionales para integrar creativamente el concepto. Debe recordarse que los órganos administrativos no sólo son creados para aplicar el derecho sino también para ejercer la discrecionalidad dentro de la juridicidad.

La opinabilidad no excluye de por sí el control judicial porque el juez debe verificar si ha sido correctamente ejercida la discrecionalidad dentro de la juridicidad. Consecuentemente, el control debe recaer sobre todo el comportamiento administrativo objetivable (cognitivo), y cuando en algunos aspectos percibe pequeños márgenes de opinabilidad, en los que es tan aceptable una solución como otra, debe respetar el espacio de libertad relleno por la Administración. No cabe aquí sostener que se ha vulnerado la tutela judicial efectiva, pues da lo mismo una solución que otra desde el punto de vista jurídico. Asimismo, si el tribunal examina el

fondo de la cuestión en sentido integral, llegando a la conclusión de que la discrecionalidad ha sido ejercida dentro del orden jurídico, el derecho al debido proceso ha quedado salvaguardado.

Para el Tribunal Constitucional alemán el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, si bien garantiza como principio la plena justiciabilidad de la actividad administrativa, no impide reconocer al legislador la facultad de habilitar excepcionalmente a la Administración la adopción de decisiones últimas excluidas del control judicial plenario, cuando así lo justifiquen consideraciones de naturaleza preferentemente jurídico-funcional y no se oponga a ello el contenido esencial del citado derecho fundamental: la garantía de una tutela judicial óptima, aunque no necesariamente máxima⁶.

Con expresividad ha expresado el Tribunal Supremo español⁷ que

Hay un núcleo último de oportunidad o conveniencia, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas (o legalmente indiferentes), en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial... esta jurisdicción no constituye un escalón jerárquicamente superior a la Administración que le permita a través de sus resoluciones imponer a los órganos de la misma una determinada línea de actuación en la gestión de los intereses públicos que tiene confiada, ni en la propia organización de los medios materiales destinados a la misma, sino que la misión de los tribunales queda circunscripta a corregir las extraviadas actuaciones administrativas cuando éstas infrinjan el ordenamiento jurídico... lo que no puede hacer la jurisdicción es erigirse en legislador e invadir el ámbito normativo de la Administración.

Ha señalado la Corte Suprema de Justicia argentina⁸ con relación a una normativa del Ministerio de Planificación de la Nación que imponía un cargo adicional al consumo de electricidad a determinado grupo de usuarios que

Tal como lo ha reiterado la Corte, no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la C,N, dictar una norma derogatoria de otra implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar cuando resulta evidente que —en esta materia— tal solución requiere de la suficiente o indispensable concreción de medidas de política pública previa (conf. arg. Fallos 330:4866 y 331:2681). Ello implicaría sustituirse a competencias propias de los otros poderes del Estado (Fallos 330:4866) Cabe recordar, asimismo, que la Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que el art. 16 de la C.N., no impone una

6. Sentencia publicada en *BVerfGE*, vol. 61, pp. 111 a 114.

7. Sentencia citada por López Menudo, F. (1996, p. 38).

8. «Monhelado SA c/ Ministerio de Planificación Federal», 30/09/2014, publicado en DJ 25/08/2015, 28

rígida igualdad, por lo que tal garantía no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes. De ahí que se atribuya a la prudencia de aquel una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la reglamentación (Fallos 320:1166).

Más adelante afirma el Alto Tribunal que

El diseño del mencionado programa elaborado por las autoridades competentes y las consecuencias directas que derivan de él responden a una valoración de carácter técnico y económico cuya apreciación y adopción corresponde a los otros poderes del Estado en virtud de altas facultades y constituyen enfoques de política en aquellos cuya desventaja o acierto escapa a la consideración de los Tribunales. Esta conclusión se impone, toda vez que los poderes Legislativo y Ejecutivo son quienes tienen la atribución para sopesar la influencia de las concepciones referidas y las diferentes situaciones por las que atraviesa la sociedad y que se proyectan sobre la oportunidad, mérito o conveniencia para dotar con una determinada extensión y cualidad al sistema de servicios públicos, del que forma parte, también, el art 42 de la C.N.

Por tal razón es menester recordar, con especial énfasis, que la misión más delicada que comparte el Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la C.N., y de ahí que un avance de este poder en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (Fallos 329:1675).

El Consejo de Estado italiano⁹ considera que el control judicial de la apreciación técnica de la Administración Pública puede hoy efectuarse no solo en el aspecto formal y extrínseco del iter lógico seguido por la actuación administrativa, sino también a la verificación directa de la atendidibilidad o sustentabilidad de las operaciones técnicas bajo el perfil de la corrección del criterio técnico y del procedimiento aplicado¹⁰.

Empero también el Alto Tribunal Italiano ha considerado que todavía se mantiene firme el control limitado sobre la «relatividad» de la valoración técnico científica, pudiendo el juez solo censurar la actuación administrativa que esté fuera del ámbito de la opinabilidad (por ser única e incontrovertida), porque, diversamente, la apreciación opinable de la Administración no puede ser sustituida por la del juez, también opinable¹¹.

9. A partir de la Sent. 601/1999 de la IV Sección.

10. Ver también Cons. E. Ital. Sección V, 29/12/2011), n. 6980.

11. Cons. De Estado, sezione VI, 8/3/2012, n. 1332, Trib. Adm. Regional Lazio, Roma, 9/6/17, n. 806.

No se debe pensar que se trata de un ámbito de inmunidad o privilegio en beneficio de la Administración. El poder jurisdiccional se ejercita sobre los hechos objeto de análisis y sobre el proceso evaluativo, mediante el cual la autoridad aplica al hecho la regla. La división de poderes quiere poner solo un límite al comportamiento final del Juez, el cual después de haber comprobado en forma plena los hechos y haber verificado el proceso lógico valorativo desarrollado por la Administración en base a reglas técnicas o de buena acción administrativa, no puede sustituir su voluntad por la suya propia cuando considere que la valoración de la Administración es correcta, razonable, proporcional y atendible.

Si, en cambio, el juicio técnico fuera erróneo o ni siquiera trasunta una verdad relativa, la pauta científica inaplicable o arbitraria, contradictoria, ilógica, o el procedimiento desviado, los poderes del juez acrecen en su normal dimensión. Los medios de prueba, aun periciales, pueden adoptarse como en cualquier proceso.

De tal modo, el juez controla la juridicidad en un sentido amplio, empero, no sustituye ni valora la oportunidad o conveniencia, ya apreciada y seleccionada creativamente por la Administración.