

# Estado actual de la dogmática de la discrecionalidad administrativa en Alemania

## Current state of the administrative discretion dogmatic in Germany

Juan Gustavo Corvalán\*

El presente trabajo tiene por objeto brindar un panorama sobre el estado actual de la cuestión de los poderes discrecionales en Alemania y para ello se efectuará un repaso de las principales teorías sobre esta cuestión. En nuestro criterio esas teorías son dos: la teoría reduccionista de la discrecionalidad y la teoría unitaria de la discrecionalidad.

**Palabras clave:** Derecho administrativo – Estado de Derecho – Poderes discrecionales.

This article aims to provide a current overview of the current state of the issue of discretionary powers in Germany and for this will be a review of the main theories on this issue. In our view these theories are two: the reductionist theory of discretionality and the unitary theory of discretion.

**Key words:** Administrative Law – Rule of law – Discretionary Powers.

### Introducción

Por lo general se denomina discrecionalidad a la facultad o “libertad de elección” entre dos o más alternativas válidas para el derecho<sup>1</sup>. Sin embargo, esa denominada “libertad de elección” no implica una libertad en términos literales<sup>2</sup>. Cuando se realiza esta afirmación, en realidad –aunque no se lo afirme expresamente– se refiere a los diversos matices

\* Abogado (UBA) y Doctor en Derecho (USAL). Posdoctorado de la Universidad París I. Las observaciones al presente trabajo pueden dirigirse a: juanorvalan@derecho.uba.ar

<sup>1</sup> Vid., SESIN 2004, p. 443. Desde un sector de la doctrina alemana, por el contrario, se afirma que la discrecionalidad no significa “libertad de elección” ya que el poder está dirigido por el Derecho y debe orientarse según parámetros normativos., SCHMIDT-ASSMANN 2003, p. 221.

<sup>2</sup> Si la elección se realiza sobre dos o más alternativas válidas para el derecho, no hay libertad para elegir una ajena a la validez del derecho. De ahí que la libertad de elección se encuentra restringida al derecho.

de libertad dentro del espectro jurídico, o como afirma SCHMIDT-ASSMANN, una libertad dirigida en todo momento por el Derecho<sup>3</sup>.

Para comprender las diversas posturas dogmáticas en torno a la discrecionalidad, es preciso analizar cómo la dogmática tradicional concibe a las normas jurídicas. En concreto, el punto de partida es el siguiente: las normas jurídicas son proposiciones de carácter condicional y allí se deduce que si una concreta conducta realiza el supuesto o presupuesto de hecho descrito en el texto legal, entonces debe regir la o las consecuencias jurídicas previstas en la ley.

De forma más precisa, usualmente los análisis del fenómeno discrecional presuponen realizar una descomposición de las normas jurídicas a partir de tres elementos: i) la composición de un presupuesto o supuesto de hecho; ii) un operador imperativo o facultativo –deberá/podrá– que conecta el presupuesto de hecho con la consecuencia jurídica; iii) la consecuencia jurídica.

A partir de aquí, el proceso de aplicación de la ley desde un punto de vista analítico, se puede presentar en cuatro fases: i) averiguación y comprobación del hecho o conducta; ii) concreción, interpretación y comprobación del contenido del supuesto de hecho previsto legalmente; iii) subsunción; iv) constatación de la consecuencia jurídica<sup>4</sup>.

Ahora bien, el abordaje de la discrecionalidad por parte de la dogmática tradicional tiene como punto de partida tres grandes variantes sobre la ubicación de la discrecionalidad<sup>5</sup>. En *primer lugar* se alude a la “teoría o tesis reduccionista” que ubica a la discrecionalidad como un fenómeno exclusivamente derivado de la indeterminación de las consecuencias jurídicas de las normas jurídico-administrativas (la postura que denominamos clásica). En *segundo plano* se concibe la “teoría unitaria” en donde la discrecionalidad es consecuencia de la indeterminación de las consecuencias jurídicas y de los supuestos de hecho, aunque en esta corriente pueden advertirse diversos matices. En *tercer término*, se ubica la discrecionalidad como ámbito exclusivamente circunscripto a la imperfección o indeterminación del supuesto de hecho normativo.

En este capítulo intentaremos resumir el estado actual de la discrecionalidad en Alemania. A nuestro juicio, el país germano es, sin dudas, el ámbito en donde más se han desarrollado las teorías en torno al fenómeno discrecional.

## I. Discrecionalidad de la Administración y su control en la doctrina alemana

En Alemania la teoría de la discrecionalidad administrativa mantuvo durante mucho tiempo una estrechísima vinculación con la construcción y el desa-

<sup>3</sup> SCHMIDT-ASSMANN 1998, 221.

<sup>4</sup> MAURER 2011, 166.

<sup>5</sup> BACIGALUPO 1997, 107.

rollo de la justicia administrativa. En concreto, la discrecionalidad operaba como un concepto delimitador de ámbitos competenciales <sup>6/7</sup>.

Hasta la consagración normativa que previó el control de la discrecionalidad, a través del artículo 114 de la ley de Jurisdicción Administrativa alemana de 1960<sup>8</sup>, la doctrina y la jurisprudencia perfilaron las acciones contra decisiones discrecionales<sup>9</sup> que solo podían apoyarse –para exceptuar la regla de la inmunidad jurisdiccional– en dos cuestiones: a) que se excedan los límites legales de la discrecionalidad<sup>10</sup> y b) que su uso no se corresponda con el fin para el que se concedió<sup>11</sup>.

Entre estos ámbitos, históricamente, se consagraron las siguientes especies que determinaban la admisión del control de la discrecionalidad:

- i. Los “vicios de la discrecionalidad” (*Ermessensfehler*)<sup>12</sup>;
- ii. Los “excesos de discrecionalidad” (*Ermessensiiberschreitung*);
- iii. El “uso defectuoso de discrecionalidad” (*Ermessensfehlgebrauch*)<sup>13</sup> cuya principal subdivisión era el “abuso de la discrecionalidad”<sup>14</sup> (*Ermessensmissbrauch*)<sup>15</sup> que se comparaba con la desviación de poder de la doctrina francesa<sup>16</sup>;
- iv. La “arbitrariedad de la discrecionalidad” (*Ermessenswillkür*)<sup>17</sup>;
- v. El sometimiento de la discrecionalidad a la llamada “moralidad administrativa”<sup>18</sup>;
- vi. La imposibilidad de que el ejercicio de la potestad discrecional viole el principio de igualdad<sup>19</sup>;

<sup>6</sup> SCHMIDT-ASSMANN 1998, 219.

<sup>7</sup> FORSTHOFF 1958, 136.

<sup>8</sup> BACIGALUPO 1997, 115.

<sup>9</sup> SCHMIDT-ASSMANN 1998, 219.

<sup>10</sup> FORSTHOFF 1958, 140.

<sup>11</sup> FORSTHOFF entiende que las diferenciaciones y clasificaciones de los defectos en el ejercicio de la potestad discrecional han tenido verdadero éxito.

<sup>12</sup> MAURER 2011, 172-174.

<sup>13</sup> BACHOF 1958, 306. No obstante a esta noción también implicaría supuestos de arbitrariedad. Ver, SAINZ MORENO 1976, 226, con cita de EYERMANN E. – FRÖHLER 197, 605 y ss. Desde la óptica de FORSHOTFF, se debía hablar de error sobre la existencia o los límites de la potestad discrecional o la no observancia de estos últimos. Ver FORSTHOFF 1958, 140.

<sup>14</sup> El abuso de la discrecionalidad se da cuando una autoridad fundamenta el acto, formalmente correcto, en consideraciones ilícitas o impertinentes. BACHOF 1958, 306.

<sup>15</sup> SAINZ MORENO 1976, 226.

<sup>16</sup> BACHOF 1958, 306.

<sup>17</sup> Los supuestos de arbitrariedad, son concebidos también bajo la denominación de *Ermessensfehlgebrauch*.

<sup>18</sup> Siguiendo a BERNATZIK, y a otros autores, FORSTHOFF destaca que el Derecho no es ya solo límites sino máxima del obrar. Ver FORSTHOFF, con cita (entre otros) de BERNATZIK 1958, 43.

<sup>19</sup> En caso de igualdad de relaciones de hechos efectivos y de relaciones jurídicas, no se podía tratar a un ciudadano o a una clase de ciudadanos de diverso modo que a los demás, al ejercer la potestad discrecional. Ver FLEINER 1958, 114 – 115.

vii. A su vez se controlaba si la decisión tenía un fundamento de hecho adecuado<sup>20</sup> (*zutreffende Tatsachengrundlage*);

viii. Se controlaba, asimismo, si el *ámbito de discrecionalidad se había agotado*; es decir, si había desaparecido la posibilidad de, al menos, más de una alternativa. Aquí solo se admitía una decisión (de este modo, ya no podría funcionar el elemento decisor propio de la discrecionalidad *Ermessens-reduzierung*);

ix. Por último, si se ha hecho uso de la discrecionalidad de la forma y manera prevista por la ley (*Ermessensüberschreitung*)<sup>21</sup>.

Los defectos en el uso de la discrecionalidad, acaecían, por ejemplo, cuando la autoridad podía retirar a un industrial la licencia para el comercio ambulante a causa de "no ser de confianza". Se la retiraba, sin embargo, creyendo erróneamente que la falta de seriedad era un motivo obligatorio de revocación<sup>22</sup>.

La "*arbitrariedad de la discrecionalidad*"<sup>23</sup>, se concebía cuando la autoridad se separaba de una práctica administrativa en un caso aislado y sin motivo que fuerce a ello (especialmente si se infringe el principio constitucional de igualdad)<sup>24</sup>.

Aun cuando se actuaba dentro del margen de la ley, se autorizaba el control si la autoridad excedía los límites estrictos que imponía la "situación fáctica concreta". Como ejemplo, se daba el caso en que una orden administrativa determina que los derechos a percibir por la expedición de las licencias de construcción oscilan entre 5 y 5.000 D.M. Si la autoridad exigía 4.000 por la concesión de una licencia para construir un pequeño cobertizo, no se obraba en forma adecuada al "fin de la discrecionalidad". A este caso, BACHOF lo situaba en una línea borrosa entre "*excesos de la discrecionalidad*" y los "*usos defectuosos de ella*"<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> SAINZ MORENO 1958, 226, quien reproduce los aspectos que se podían controlar en el derecho alemán según la concepción de SCHMIDT-SALZER, 1968, 9. Entre otros defectos en el ejercicio de la potestad discrecional, hablaba de las faltas en la valoración de los hechos que debían ser tenidos en consideración. Ver FORSTHOFF 1958, 140.

<sup>21</sup> En concreto, este control pretendía determinar si existen defectos abstractos en la manera de actuar. Ver SAINZ MORENO 1976, 226. En similar sentido, FORSTHOFF 1958, 140.

<sup>22</sup> BACHOF, 307. *La jurisdicción administrativa en la república federal alemana*, p. 306, nota al pie n° 28. Para el precitado autor, "...infringir el precepto constitucional significa que la autoridad estaba ligada por él y carecía, en este sentido, de discrecionalidad. Se trata, pues, aquí, de una inequívoca infracción legal". Ídem, p. 307.

<sup>23</sup> FORSTHOFF distingue entre obrar "caprichoso" y "arbitrario". El primero, se refiere exclusivamente por consideraciones subjetivas sin conexión con fines objetivos; en el segundo, en cambio, se actúa con fundamento en motivos extraños al asunto. Cita aquí el precitado autor, a la doctrina francesa de la desviación de poder (*détournement de pouvoir*). FORSTHOFF 1958, 138-139.

<sup>24</sup> BACHOF 1958, 306-307.

<sup>25</sup> *Ibídem*, p. 307. Para FORSTHOFF, cuando la potestad discrecional traspasa sus límites o persigue un fin situado fuera de su ámbito, se habla de su carácter "defectuoso". FORSTHOFF 1958, 139.

La inmunidad jurisdiccional de la discrecionalidad instaurada en 1878, se correlacionaba con la necesaria exigencia de un "derecho subjetivo a la discrecionalidad correcta"<sup>26</sup>. El control, entonces, se consagraba sobre la "*juridicidad de la discrecionalidad*"<sup>27</sup> y no sobre la oportunidad (*Zweckmäßigkeit*). Con la vigencia de la ley de jurisdicción contencioso-administrativa alemana, en mayo de 1960, se previó a través del artículo 114 el control de la discrecionalidad en los siguientes términos: "*Discrecionalidad. En los casos en que la Administración ha hecho uso de sus facultades discrecionales, no puede el Tribunal sustituir su propio criterio por el de la Administración; pero puede declarar la ilegalidad de la misma cuando esta discrecionalidad haya traspasado los límites legales o no haya sido utilizada con el fin que fue prevista*"<sup>28</sup>. A este texto, en 1996 se añadió otro inciso que expresa lo siguiente: "*El órgano administrativo puede completar el razonamiento que le llevó a adoptar el acto discrecional durante el proceso contencioso-administrativo*"<sup>29</sup>.

Este panorama, actualmente se completa con el control a partir de los llamados "elementos reglados en el ejercicio de potestades discrecionales"<sup>30</sup>. Según MAURER, esa noción o tipo de control, adopta el siguiente punto de partida: no existe una discrecionalidad libre o absoluta; lo que existe es una discrecionalidad ejercida en el modo debido, o una "discrecionalidad jurídicamente vinculada"<sup>31</sup>.

De este modo, con sustento en el § 40 VwVFG y sus preceptos concordantes, los órganos administrativos están obligados a ejercer su discrecionalidad de acuerdo con la finalidad de la habilitación concedida y respetar los límites legales de la potestad discrecional<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> Si bien BACHOF destaca que esta figura jurídica estaba discutida, la inmensa mayoría de los Tribunales y la doctrina la reconoce. BACHOF 1958 p. 307.

<sup>27</sup> En la tesis de FORSTHOFF, los Tribunales administrativos solo deciden cuestiones de Derecho y no sobre cuestiones discrecionales; sin embargo, las sentencias muestran –señala el autor–, una tendencia a interpretar las cuestiones discrecionales como cuestiones de aplicación del Derecho. Ver, FORSTHOFF 1958, 127, nota n° 10 con cita (entre otras) de la sentencia del Bayr. VGH de 24 de noviembre de 1948, DV. 2 Jg, p. 220. En este caso, se trataba de determinar si la vivienda estaba habitada por suficientes personas, decisión que no podía ser considerada como una cuestión discrecional. Como la ley establecía una serie de presunciones (KRG núm. 18 y DVO núm. 115), había que determinar si las presunciones se daban o no en el caso.

<sup>28</sup> NIETO 1960, 357.

<sup>29</sup> Ver la modificación llevada a cabo por la Ley de reforma de la VwGO de 1 de noviembre de 1996 (Bundesgesetzblatt, 1996, núm. 55) que añadió este nuevo inciso final al art. 114. Ver BACIGALUPO 1997, 118, nota 35.

<sup>30</sup> La más calificada doctrina brasileña se ha referido a los elementos reglados en el ejercicio de potestades discrecionales. Así, BANDEIRA DE MELLO afirma que se debe indagar (a los fines de controlar la discrecionalidad) en los motivos, la finalidad y la causa del acto administrativo. BANDEIRA DE MELLO 2006, 829.

<sup>31</sup> MAURER 2011, 171.

<sup>32</sup> Ídem.

En este contexto los “vicios en el ejercicio de la potestad discrecional” solo tienen lugar cuando no han respetado las limitaciones que la ley impone al ejercicio de dicha potestad<sup>33</sup>.

## II. Teoría reduccionista de la discrecionalidad

La tesis reduccionista concibe a la discrecionalidad como un margen de libertad de decisión administrativa que las normas pueden establecer en el ámbito de las consecuencias jurídicas<sup>34</sup>. Es la indeterminación normativa de las consecuencias jurídicas lo que genera la discrecionalidad administrativa bajo esta concepción<sup>35</sup>.

En similar sentido, la doctrina francesa concibe al poder discrecional “el poder de elegir entre dos decisiones o dos comportamientos (dos al menos) igualmente conformes a la legalidad”<sup>36</sup>. En idénticos términos, en nuestro país una de las variantes de esta formulación se realiza bajo lo que se conoce: “libertad de elección entre dos o más alternativas válidas para el derecho”<sup>37</sup>.

La tesis reduccionista se circunscribe a las elecciones que puede realizar el operador jurídico el ámbito de las consecuencias jurídicas previstas en un texto legal<sup>38</sup>.

La primera elección se relaciona con la posibilidad de decidir si se actúa o no<sup>39</sup>. Es decir, entre el presupuesto de hecho y la o las consecuencias jurídicas, existe un operador facultativo (por ejemplo, Dado A, *podrá ser* C). La segunda elección se vincula con la elección entre dos o más consecuencias jurídicas independientemente de que exista la posibilidad de optar por actuar o no. Es decir, el operador es imperativo o facultativo (por ejemplo, Dado A, *debe ser/podrá ser* C o D).

La tercera tiene que ver con la elección de una consecuencia jurídica no predeterminada. El operador puede ser facultativo –podrá– o imperativo –deberá– pero no existe una serie de alternativas para elegir (por ejemplo,

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>34</sup> Ver BACIGALUPO 1997, 192; MAURER 2011, 167 y MÜLLER-GRUNE, 2009, 47. Desde la óptica de BACIGALUPO, esta teoría, entre otros defectos, supone concebir la discrecionalidad administrativa de un modo que abre las puertas de par en par a un ejercicio arbitrario de la misma; es decir, a un ejercicio de la discrecionalidad sin criterio alguno. Esta crítica, podrá ser comprendida en toda su extensión cuando se aborde la tercera teoría que ubica la discrecionalidad en el ámbito exclusivo del supuesto de hecho imperfecto o inacabado de las normas.

<sup>35</sup> Por lo general, esta tesis ubica a los conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito del presupuesto de hecho de las normas. Ver (sin que suscriba a esta tesis) MAURER 2011, 183-184.

<sup>36</sup> CHAPUS 1995, 930.

<sup>37</sup> Aunque por lo general la doctrina no lo aclara, este margen se ubica en el ámbito de las consecuencias jurídicas. En consonancia, esta postura es sostenida en México por TRON PETIT 2009, 416.

<sup>38</sup> La descripción de estas “opciones” puede verse en BACIGALUPO 1997, 115-116.

<sup>39</sup> Esta es sostenida por MÜLLER-GRUNE 2009, 47.

Dado A, *debe ser/podrá ser* lo que la administración estime conveniente u oportuno).

Sobre las diferentes vertientes que adquiere la tesis reduccionista, se escinden dos ámbitos concretos<sup>40</sup>. Lo que se denomina *discrecionalidad de actuación o decisión* (cuando exista un operador facultativo –podrá–) y la llamada *discrecionalidad de elección* (decidir –deberá– «alguna»<sup>41</sup> o dos o más consecuencias jurídicas).

Frente a cualquiera de las posibilidades descritas, quien debe decidir posee (según esta doctrina) un margen de volición. Este margen se relaciona con:

i) actuar o no actuar (discrecionalidad de actuación «*Handlungsgemessen*»)

ii) elegir una o dos o más consecuencias jurídicas previstas por la norma (discrecionalidad de elección «*Auswahlermessen*»).

A partir de esta óptica surge el *an* (si se hace algo), el *quid* (qué se hace en concreto) y el *quomodo* (cómo se hace). El *an* se refiere a la discrecionalidad de actuación. El *quid* y el *quomodo* se vinculan con la discrecionalidad de elección<sup>42</sup>.

### III. Teoría unitaria. La vinculación de los conceptos jurídicos indeterminados con la discrecionalidad y con el margen de apreciación<sup>43</sup>

Hace ya más de 50 años que la doctrina alemana hablaba de una “libre potestad discrecional” como la delimitación individual de un concepto indeterminado o de conceptos indeterminados que dejan espacio a la libre potestad discrecional<sup>44</sup>.

Desde cierto sector doctrinal, se entiende que la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados (ver infra Capítulo IV) en su zona de incerteza no admite un proceso de cognición<sup>45</sup>. La decisión aplicativa en este ámbito

<sup>40</sup> MAURER 2011, 168.

<sup>41</sup> Nos referimos aquí a la tercera variante. Esto es, cuando la o las consecuencias jurídicas no están predeterminadas por el texto legal.

<sup>42</sup> BACIGALUPO 1997, 116-117. En nuestro país, GRECCO 1999, 731-733.

<sup>43</sup> Es importante aclarar que en el capítulo siguiente, abordaremos *in extenso* las categorías del margen de apreciación y de los conceptos jurídicos indeterminados.

<sup>44</sup> Sin suscribir a esta concepción (de hecho se ocupó de someterla a crítica), ver FORSTHOFF, 1958, 123 y especialmente nota 6 y sus citas.

<sup>45</sup> BACIGALUPO 1997, 139 y doctrina allí citada. En cambio la cognición se presenta frente a los conceptos jurídicos indeterminados en sus zonas de certeza positiva y negativa.

es –según los autores alemanes– necesariamente volitiva<sup>46</sup>, y por tanto incontrolable desde el propio concepto<sup>47</sup>.

En definitiva, desde esta perspectiva el margen de apreciación que solo existe en la zona de incerteza como margen de volición, no presenta distinción categorial con la discrecionalidad administrativa y con los conceptos jurídicos indeterminados. En todos estos planos se configura un margen de libertad de decisión administrativa<sup>48</sup>. En tal sentido afirman RICHTER Y SCHUPPERT: “...las figuras del concepto jurídico indeterminado, del margen de apreciación y de la discrecionalidad administrativa no son sino los códigos dogmáticos para una delimitación jurídico funcional de los ámbitos propios de la Administración y de la jurisdicción contencioso-administrativa”<sup>49</sup>.

#### 1. Las diferentes variantes de la teoría unitaria en el derecho alemán

La teoría unitaria de la discrecionalidad administrativa en Alemania se relaciona con admitir la discrecionalidad o un margen de decisión en la indeterminación del supuesto de hecho de las normas<sup>50</sup>. Los diferentes matices que se advierte en esta tesis, encuentran sustento en mayor o menor medida, en lo que se refiere a la vinculación a la categoría de conceptos jurídicos o normativos indeterminados y al llamado margen de apreciación.

En esta teoría, podemos encontrar cuando menos cuatro variaciones: i) la conceptualización de ciertos conceptos normativos indeterminados como habilitaciones discrecionales; ii) la asimilación entre discrecionalidad administrativa y conceptos normativos indeterminados; iii) discrecionalidad administrativa y margen de apreciación en la aplicación de conceptos normativos indeterminados como un mismo fenómeno; iv) los conceptos normativos indeterminados y la discrecionalidad como formas equivalentes de aplicación reglada del Derecho<sup>51</sup>. Veamos sucintamente, los argumentos por los cuales se justifican las precitadas subdivisiones.

##### a) *Los conceptos normativos indeterminados como habilitaciones discrecionales*

JELLINEK es uno de sus principales exponentes que se enroló en esta postura. Según este autor, existían ciertos conceptos indeterminados de carácter jurídico (fiscalizables) y otros de carácter discrecional (no fiscalizables judicialmente). Determinados conceptos vagos de valor otorgaban discrecionalidad

<sup>46</sup> Ver entre otros, KOCH 1979, 33; WEBER, 1984, 170; RILL, 1990, 116 y ss.; todas citas en BACIGALUPO 1997, 139.

<sup>47</sup> Ídem.

<sup>48</sup> KOCH, 1990, 120, citado en Bacigalupo 1997, 140.

<sup>49</sup> RICHTER 1991, 29.

<sup>50</sup> BACIGALUPO, 1997, 162-163.

<sup>51</sup> Seguimos en esta clasificación a BACIGALUPO 1997, 162.

y, además, la indeterminación debía ser pretendida por ley (en esta concepción)<sup>52</sup>.

Otros autores, por su parte, se ocupan de ahondar en diversos criterios o criterios clasificatorios para determinar qué conceptos indeterminados otorgan discrecionalidad y cuáles no<sup>53</sup>. KLEIN por ejemplo, entiende que la discrecionalidad consiste en la adopción de «decisiones fundadas en una valoración subjetiva de su acierto» (*Entscheidung nach subjektivem Fürrichtighalten*). Sobre esta base se admite la existencia de (verdadera) discrecionalidad tanto en el terreno de las consecuencias jurídicas como en el ámbito del supuesto de hecho (indeterminado) de las normas<sup>54</sup>.

LERCHE y ENGISCH pretenden identificar los conceptos indeterminados habilitantes de discrecionalidad en función de su pertenencia o no a la especie de los conceptos de valor. LERCHE considera que solo los conceptos de valor otorgan discrecionalidad administrativa (la llama de juicio) mientras que la discrecionalidad de actuación reside en el ámbito de las consecuencias jurídicas. Los conceptos de valor se diferencian de otros conceptos jurídicos indeterminados en donde su aplicación solo se agota en una mera subsunción de hechos bajo una norma jurídica.

ENGISCH se refiere a los conceptos de valor como los conceptos normativos que son indeterminados y requieren un relleno axiológico que solo remiten a una valoración personal-subjetiva del aplicador. Estos, son los que otorgan discrecionalidad administrativa<sup>55</sup>.

SETHY, en cambio, prescinde de utilizar criterios clasificatorios para diferenciar qué conceptos jurídicos indeterminados atribuyen discrecionalidad y cuáles no. Para el autor no es posible afirmar *a priori* cuáles son los conceptos indeterminados que admiten no solo una única aplicación correcta.

En cada caso en concreto, según SETHY, se deben agotar todos los métodos de interpretación jurídica. Una vez realizada esta tarea, se requiere

<sup>52</sup> De otro modo, debería determinarse con base en una interpretación de la norma orientada a su finalidad y que tuviera en cuenta el «parecer social». Ver JELLINEK, 1913, 39-42 y ss. (esp. 89), citado en BACIGALUPO 1997, 164.

<sup>53</sup> Ver la descripción en BACIGALUPO, 1997, 165.

<sup>54</sup> Según BACIGALUPO, KLEIN no solo condiciona la admisión de la discrecionalidad al ámbito del supuesto de hecho indeterminado de las normas, sino también en los que se refiere a la ambigüedad lingüística pretendida por ley. Sin embargo KLEIN renuncia expresamente a señalar criterios que permitan determinar cuándo la ambigüedad de un concepto legal es querida por el legislador y cuándo esta es solamente asumida como inevitable por él. BACIGALUPO 1997, 166.

<sup>55</sup> LERCHE 1959, columnas 12 y 13, ENGISCH K. 1977, 111 y 116, ambas citas en BACIGALUPO 1997, 166-167. Las críticas a esta postura se relacionan con dos cuestiones. La primera, se refiere a la ausencia de un criterio convincente que permita distinguir los conceptos de valor de otros conceptos indeterminados cuya aplicación no se agote en una mera subsunción de hechos bajo una norma jurídica. La segunda, tiene que ver con un criterio sustentable para diferenciar cuándo un concepto indeterminado requiere un relleno axiológico (y remite a una valoración personal-subjetiva que le otorga discrecionalidad) y cuándo se trata de una “mera valoración objetiva de carácter reglado”. Ver KOCH, 1979, 114, citado en BACIGALUPO 1997, 167.

una valoración subjetiva del aplicador (al igual que en el ejercicio de la discrecionalidad en el ámbito de las consecuencias jurídicas) que se encuentra escindida del hecho de que se trate o no de un concepto de valor y de que el legislador lo haya previsto o no de tal modo<sup>56</sup>.

Por último, según SCHOLZ existe discrecionalidad siempre que el legislador habilita expresa o implícitamente a la Administración para completar o perfeccionar una norma incompleta en el supuesto de hecho o en el ámbito de las consecuencias jurídicas. Al rechazar la distinción entre discrecionalidad y margen de apreciación, distingue tres tipos de discrecionalidad. Discrecionalidad en el supuesto de hecho normativo. Discrecionalidad en la adopción o determinación de la consecuencia jurídica y discrecionalidad de planeamiento o configuración<sup>57</sup>.

*b) La asimilación entre discrecionalidad administrativa y conceptos normativos indeterminados*

Dentro de la teoría unitaria se encuentran quienes no distinguen entre conceptos jurídicos indeterminados y admiten que en todos ellos se presentan habilitaciones discrecionales. Uno de los principales exponentes de esta tesis es EHMKE<sup>58</sup>. Quizás producto de la época en la que fundamentó su tesis (1960), a juicio del autor el fenómeno de la discrecionalidad administrativa constituye un "problema general y unitario del Derecho administrativo: el de la libertad de actuación de la Administración no revisable judicialmente"<sup>59</sup>.

En definitiva, Ehmke entiende que la discrecionalidad forma parte de la esencia de la Administración y no se halla limitada a aquellos textos legales enlazados por el operador facultativo (podrá) o respecto de otras en donde el supuesto de hecho contenga conceptos normativos indeterminados. En ambos casos puede existir un "margen de maniobra considerable"<sup>60</sup>.

Ahora bien, la diferencia entre esta postura y otras, viene dada por la intensidad del control judicial. Mientras que para Ehmke ambos fenómenos determinan una libertad de actuación no revisable judicialmente, para Geitmann la discrecionalidad se encuentra sometida a un profundo control judicial que la examina en todos sus elementos, al igual que acontece cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> SETHY 1973, 119, citado en BACIGALUPO 1997, 168.

<sup>57</sup> SCHOLZ 1976, 167 citado por BACIGALUPO 1997, 168. Esta postura ha sido recogida y desarrollada por BULLINGER 1987, 5, citado en BACIGALUPO 1997, 168.

<sup>58</sup> BACIGALUPO 1997, 169.

<sup>59</sup> BACIGALUPO 1997, 170.

<sup>60</sup> BACIGALUPO 1997, 172.

<sup>61</sup> SAINZ MORENO 1976, 250.

c) *Discrecionalidad administrativa y margen de apreciación en la aplicación de conceptos normativos indeterminados como un mismo fenómeno*

Como pudimos advertir, el punto de partida inicial consiste en asimilar estructuralmente –parentesco estructural «strukturelle Verwandtschaft»– ambas categorías, la discrecionalidad administrativa y el margen de apreciación en la aplicación de conceptos normativos indeterminados como un mismo fenómeno, que a lo sumo presenta diferencias desde un punto de vista cuantitativo.

DREIER constituye uno de sus exponentes. Según este autor: “...el concepto jurídico indeterminado, la potestad discrecional, el margen de apreciación, la libertad de configuración en la planificación, la discrecionalidad volitiva y cognitiva, etc, se revelan en el fondo como meras variaciones de un solo y decisivo fenómeno: el del margen de decisión del Ejecutivo, controlado jurisdiccionalmente con intensidad variada y caracterizado por elementos de elección, ponderación y valoración...”<sup>62</sup>.

La “independencia de la Administración” retoma su fuerza como concepto en donde la administración posee diversas modalidades del margen de decisión en donde conforma la ley y la completa creativamente. En todos los ámbitos en donde exista este “margen”, no hay una valoración neutra ni un proceso totalmente automatizado de subsunción<sup>63</sup>.

Como afirma SCHUPPERT, no se trata de reconocer distinciones categoriales, sino de “...transiciones fluidas en la intensidad del control judicial de la Administración, la cual se ha de entender como un espectro”<sup>64</sup>.

Por último, HERDEGEN al comparar los márgenes de actuación administrativa, los separa en tres órdenes distintos que considera determinantes a la hora de enjuiciar su «parentesco estructural». Desde la óptica del autor, la discrecionalidad y el margen de apreciación presentan identidad estructural en el hecho de que: i) ambos tienen por finalidad la concreción de normas abiertas en ese aplicativa; ii) en ambos se requiere ponderación axiológica de intereses contrapuestos; iii) se presenta identidad casi perfecta entre la tipología de vicios jurídicos en que puede incurrir el ejercicio de la discrecionalidad y el ejercicio del margen de apreciación<sup>65</sup>.

d) *Los conceptos normativos indeterminados y la discrecionalidad como formas equivalentes de aplicación reglada del Derecho*

En lugar de acercar la aplicación de los conceptos normativos indeterminados al ejercicio de la discrecionalidad, otros autores pretenden realizar una aproximación a la inversa.

<sup>62</sup> BACIGALUPO 1997, 173.

<sup>63</sup> Desde la óptica de BACIGALUPO, DREIER postula recuperar un antiguo concepto que muchos creían definitivamente denostado por el constitucionalismo moderno: el de la «independencia de la Administración» (*Eigenständigkeit der Verwaltung*). BACIGALUPO 1997, 173.

<sup>64</sup> BACIGALUPO 1997, 174.

<sup>65</sup> BACIGALUPO 1997, 176.

Para los defensores de esta postura, no es necesario distinguir categorialmente entre el ejercicio de la discrecionalidad y la aplicación de conceptos normativos indeterminados, pero no porque aquella incluya siempre o en ciertos casos a estos, sino porque ambos supuestos constituyen meras modalidades de aplicación reglada del Derecho en ámbitos más o menos vinculados por la Ley<sup>66</sup>. Esta tesis ha sido sostenida con similares argumentos por RUPP, SOELL, LOHMANN Y WIEDMANN<sup>67</sup>.

RUPP por ejemplo, entiende que la aplicación del Derecho no se agota en un proceso cognitivo meramente lógico-formal (interpretación-subsunción). Se requiere, además, un proceso cognitivo-tópico-teleológico (*teleologisch-topisches Erkenntnisverfahren*)<sup>68</sup>.

Se habla entonces de “relleno de lagunas normativas de tipo teleológico” que se desarrolla en el terreno de la ejecución reglada de la ley<sup>69</sup>, o de una forma específica de cognición jurídica consistente en un relleno de lagunas *intra legem*, al igual que acontece con ciertos conceptos requeridos de un relleno axiológico o en cláusulas generales<sup>70</sup>. Aquí se encuentra la discrecionalidad que es plenamente fiscalizable en sede judicial y puede hallarse en el supuesto de hecho o en el ámbito de las consecuencias jurídicas<sup>71</sup>.

#### e) *Las normas de acoplamiento*

La doctrina alemana denomina «normas acopladas» o «normas de acoplamiento» (*Koppelungsvorschriften*) a las que combinan la discrecionalidad en el terreno de las consecuencias jurídicas con conceptos indeterminados en el supuesto de hecho<sup>72</sup>. Estas normas de acoplamiento, en principio, no modifican las distintas reglas de carácter general que rigen el control judicial de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados<sup>73</sup>.

En determinados casos excepcionales, en la aplicación de «normas acopladas» la discrecionalidad absorbe los conceptos indeterminados contenidos en el supuesto de hecho<sup>74</sup>. Es decir, la función de dichos conceptos es la de guiar u orientar el ejercicio de la discrecionalidad. Operan como *criterios* o *directrices* (*Leitgesichtspunkte*) de esta<sup>75</sup>.

A partir de esta interpretación, el Tribunal Supremo Federal alemán del orden contencioso-administrativo, considera que no procede un control ple-

<sup>66</sup> BACIGALUPO 1997, 177.

<sup>67</sup> Una breve referencia a estas posturas puede verse en BACIGALUPO 1997, 177-178.

<sup>68</sup> BACIGALUPO 1997, 178.

<sup>69</sup> LOHMANN 1972, 90.

<sup>70</sup> BACIGALUPO 1997, 178.

<sup>71</sup> BACIGALUPO 1997, 178.

<sup>72</sup> BACIGALUPO 1997, 179.

<sup>73</sup> BACIGALUPO 1997, 179.

<sup>74</sup> BACIGALUPO 1997, 179.

<sup>75</sup> BACIGALUPO 1997, 179.

nario de los conceptos indeterminados, en razón de que la apreciación de su concurrencia queda englobada en una “decisión discrecional unitaria” (*einheitliche Ermessensentscheidung*) de la Administración<sup>76</sup>.

Veamos un caso en el que se aplicó este criterio.

La Sala Conjunta de los Tribunales Supremos Federales de los distintos órdenes jurisdiccionales interpretó el art. 131.1 de la antigua Ley General Tributaria alemana, por la cual se dispuso la habilitación para dispensar al contribuyente del pago de un tributo, “cuando su recaudación pudiera resultar, en atención a las circunstancias del caso, injusta”.

En el fallo la Sala entendió que el concepto “injusto” y las “circunstancias del caso” no constituían conceptos indeterminados pertenecientes al supuesto de hecho normativo (eran por tanto plenamente fiscalizables en sede judicial) sino a meros criterios o directrices para el ejercicio de la discrecionalidad de dispensación atribuida por la norma<sup>77</sup>.

Para la Sala Conjunta el concepto “injusto” pretende determinar el contenido y los límites de la discrecionalidad conferida<sup>78</sup>.

#### IV. La discrecionalidad administrativa como ámbito exclusivamente circunscripto a la imperfección o indeterminación del supuesto de hecho normativo<sup>79</sup>

Frente a la teoría reduccionista y a las diversas vertientes de la teoría unitaria, se erigió en Alemania a través de SCHMIDT W., la postura según la cual la discrecionalidad solo opera en el terreno del supuesto de hecho de las normas jurídico-administrativas<sup>80</sup>.

Esta concepción de la discrecionalidad administrativa, pondrá en evidencia la enseñanza que arroja el mito de Ulises y las sirenas. Para oír las sirenas sin ser seducido por ellas, Ulises necesitó comprometerse con su yo actual. De esta forma, su yo futuro no podría renegar: “El debió atarse a sí mismo, tanto figurada como literalmente”<sup>81</sup>.

La tesis que en este punto desarrollamos, concibe a la discrecionalidad administrativa como la habilitación normativa para que la administración complete, cree o integre la inexistencia o la imperfección del supuesto de

<sup>76</sup> BACIGALUPO 1997, 179.

<sup>77</sup> BACIGALUPO 1997, 179-180.

<sup>78</sup> BACIGALUPO 1997, 179. Cabe aclarar que, según BACIGALUPO, esta jurisprudencia no se ha generalizado y constituye una excepción en el ámbito de las llamadas normas acopladas.

<sup>79</sup> En otro estudio nosotros hemos sostenido esta tesis. CORVALÁN 2007.

<sup>80</sup> BACIGALUPO 1997, 185. Cabe aclarar que hemos seguido el relevamiento de la doctrina alemana realizada por BACIGALUPO 1997. Este español, entiende que esta postura o tesis es la más consistente desde un punto de vista lógico-normativo y dogmático-constitucional. BACIGALUPO 1997, 191-192.

<sup>81</sup> Relato citado en SHEPSLE 1991, 114-115.

hecho de una norma habilitante<sup>82</sup>. La ausencia, insuficiencia, o imprecisión de los criterios determinantes de la aplicación o no en cada caso, de una consecuencia jurídica u otra, es lo que produce la auténtica discrecionalidad administrativa<sup>83</sup>.

Como ejemplo y caso extremo, se alude a normas de programación final o de programación por objetivos, que a diferencia de las normas de programación condicional<sup>84</sup>, carecen *prima facie* de supuesto de hecho definido por la propia norma<sup>85</sup>. A este tipo de discrecionalidad –la máxima para algunos– se la llama discrecionalidad de configuración o de planificación (*Gestaltungsermessen* o *Planungsermessen*)<sup>86</sup>.

El eje medular de esta tesis, radica en su identificación –al menos en términos cuantitativos– a la denominada función materialmente legislativa que se encuentra presente en el ejercicio de la potestad reglamentaria<sup>87</sup>. Es decir, el obrar de la Administración que se cristaliza con la creación de un supuesto de hecho en sede ejecutiva cuya naturaleza es “materialmente normativa”<sup>88</sup>.

Desde esta perspectiva, desde cierto sector de la doctrina alemana, la discrecionalidad administrativa determina la “transmisión a la Administración por el legislador de parte de su libertad de configuración legislativa”<sup>89</sup>.

En esta lectura, la identificación en términos cuantitativos entre discrecionalidad administrativa en sede aplicativa, y el ejercicio de la potestad reglamentaria, solo tendría efectos en relación a la autovinculación de la Administración hacia el futuro. En todos los casos, no obstante, la actividad del Ejecutivo con diversos matices estaría preprogramada por la ley<sup>90</sup>.

En el caso de la discrecionalidad administrativa en sede aplicativa, la Administración quedaría vinculada frente a casos análogos. Es decir, esta discrecionalidad administrativa fija un “precedente administrativo” que vincularía a la Administración hacia el futuro: no podría apartarse de ese criterio si

<sup>82</sup> BACIGALUPO 1997, 185.

<sup>83</sup> BACIGALUPO 1997, 182.

<sup>84</sup> Estas habilitan discrecionalidad en la adopción o determinación de su consecuencia jurídica. Por ejemplo, si concurre el supuesto de hecho A, entonces la Administración *podrá* adoptar la consecuencia jurídica B o C.

<sup>85</sup> BACIGALUPO 1997, 182.

<sup>86</sup> BACIGALUPO 1997, 182-183.

<sup>87</sup> SÁNCHEZ MORÓN 1994, 122. Ver también: GUICHOT REINA 1996, 268.

<sup>88</sup> BACIGALUPO 1997, 183-184, con diversas citas doctrinarias del derecho alemán. Según este autor español, concebir de este modo la discrecionalidad, constituye la garantía de que la misma se ajusta a criterios, no siendo por ello el producto del mero capricho.

<sup>89</sup> BACIGALUPO 1997, 184, nota 315.

<sup>90</sup> Este fenómeno es resaltado por un sector de la doctrina española cuando analiza la potestad reglamentaria en los Estados Unidos y en el derecho europeo. PONCE SOLÉ 2003, 99.

no hay justificación objetiva y razonable, sin violar el principio de igualdad<sup>91</sup>. Aquí es donde se cristaliza el relato de Ulises y las sirenas<sup>92</sup>.

Respecto de la potestad reglamentaria –siempre en esta tesis– estos actos integran el bloque normativo de forma tal que, el principio de legalidad y la regla de la inderogabilidad singular de los reglamentos, prohíben “en todo los casos” que la Administración se aparte del criterio de actuación. Ello, con independencia de que existan razones justificadas y razonables para apartarse en un caso concreto<sup>93</sup>.

#### 1. Los dos procesos en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa

Como ya se evidenció, en esta tesis, la primera tarea de la administración (llamada discrecionalidad administrativa) es materialmente normativa. Consiste en determinar los criterios determinantes de la aplicación o no de una consecuencia jurídica u otra que el creador de la norma omitió precisar<sup>94</sup>. Por eso se afirma que la libertad de actuación obliga a desarrollar un programa de aplicación de la ley (*Vollzugsprogramm*)<sup>95</sup>.

La segunda, en cambio, consiste en subsumir bajo dichos criterios del supuesto fáctico ante el cual la Administración está llamada a actuar, en su caso.

Sin embargo, aquí la tesis reduccionista ubica a la discrecionalidad administrativa. La razón de ser de concebir la discrecionalidad administrativa en el primer proceso (por ejemplo, en el ejercicio de la potestad reglamentaria), se relaciona con un argumento que podríamos calificar de “adecuación”. Es decir, la discrecionalidad se aloja desde una perspectiva estrictamente funcional. Al situarla allí se evitaría que la administración actúe sin criterio alguno al completar el supuesto de hecho<sup>96</sup>.

Por tanto, la posible la aplicación o no de una consecuencia jurídica –cuya adopción por la Administración es facultativa– *sin criterio alguno*, constituiría un despropósito, un ejercicio arbitrario de la potestad discrecional<sup>97</sup>. En suma, desde esta perspectiva la discrecionalidad se define o ubica sobre la base de que pretende no ser arbitrario su uso.

<sup>91</sup> BACIGALUPO 1997, 186.

<sup>92</sup> En definitiva, este modo de proceder tiende a garantizar un autocontrol a futuro. Quizás por ello se afirme que lo realmente importante cuando la Administración dicta actos discrecionales, es que sea consciente, mediante de un ejercicio de autocontrol, de que sus actos tienen que desarrollarse dentro de un marco jurídico que sea previsible de antemano. GALAN VIOQUE 1996, 263.

<sup>93</sup> BACIGALUPO 1997, 184, nota 315.

<sup>94</sup> BACIGALUPO 1997, 184.

<sup>95</sup> BACIGALUPO 1997, 186-187.

<sup>96</sup> BACIGALUPO 1997, 187.

<sup>97</sup> BACIGALUPO 1997, 187.

2. La sustitución del operador permisivo (podrá) por el operador imperativo (deberá) como resultado del ejercicio de la discrecionalidad

SCHMIDT considera que el ejercicio de la discrecionalidad consistiría en la transformación de su norma habilitante en una norma que, al igual que en aquellas que atribuyen potestades regladas, opera el clásico automatismo entre la concurrencia del supuesto de hecho normativo y la adopción de la consecuencia jurídica. Desde una perspectiva lógico-formal, la discrecionalidad administrativa podría esquematizarse desde dos puntos de vista:

i) Dado el supuesto de hecho A, integrado por los requisitos A1, A2 y los A3 que determina la Administración (*integrarlos o crearlos constituye el ejercicio de la discrecionalidad*), esta *deberá* adoptar la consecuencia jurídica B.

ii) Dado el supuesto de hecho A, integrado por los requisitos A1, A2 y los A4 que determina la Administración (*integrarlos o crearlos constituye el ejercicio de la discrecionalidad*), esta *deberá* adoptar la consecuencia jurídica C<sup>98</sup>.

En definitiva, la administración debe completar los presupuestos de hecho y reglar su conducta de forma tal de que no caben más opciones. Nótese que se prevén dos consecuencias jurídicas diferentes frente a diversos presupuestos de hecho<sup>99</sup> que adicionó la administración. A 3 determina B y A4 determina C.

## V. La discrecionalidad administrativa desde una perspectiva de actuación

Más allá de las diversas tesis para ubicar dogmáticamente a la discrecionalidad, más recientemente se postula un traslado del foco de análisis, y se insiste en poner más atención en la discrecionalidad desde una perspectiva de actuación y menos en el punto de vista de su control<sup>100</sup>.

Sobre esta base, la discrecionalidad administrativa en sentido amplio, se concibe como una "facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin predeterminado"<sup>101</sup>. Esta forma de concebir la discrecionalidad, permite situarla en el ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas y también en el supuesto de hecho de las mismas<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> BACIGALUPO 1997, 188.

<sup>99</sup> Los restantes presupuestos de hecho son iguales en ambos supuestos y fueron definidos por el legislador.

<sup>100</sup> SCHMIDT-ASSMANN 2003, 220.

<sup>101</sup> SCHMIDT-ASSMANN 2003, 220 y nota 105.

<sup>102</sup> SCHMIDT-ASSMANN 2003, 220. En nuestro país, COMADIRA arriba a la misma conclusión. Así, el autor argentino sostiene 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

Esta forma de caracterizar la actividad discrecional, se relaciona estrictamente con una perspectiva funcional. La discrecionalidad como concepto amplio que se reduce a una tarea, una función: “ponderar a la vista de una determinada situación”<sup>103</sup>.

## VI. La autonomía o independencia de la administración como fundamento de la discrecionalidad administrativa en Alemania

*“Entre la reserva parlamentaria y la potestad del legislador de regular cualesquiera materias, por un lado, y los ámbitos administrativos de decisión propia, por otro, emerge en la realidad del moderno Estado legislador la imagen de una Administración dirigida por la ley”<sup>104</sup>.*

Con sustento en la autonomía de la administración<sup>105</sup> que se configura como una independencia constituida por el Derecho<sup>106</sup>, actualmente la doctrina alemana consolida la siguiente distinción: por un lado, i) la administración dirigida por la ley (*gesetzesdirigierte Verwaltung*) o la vigencia del principio de reserva de ley<sup>107</sup>; por otro, ii) la existencia de una “reserva de Administración” que jamás autoriza a llevar a cabo actuaciones que, acorde con el principio de reserva de ley, requieran una habilitación legal.

En relación al punto i) –*administración dirigida por la ley*–, se observan *prima facie* dos líneas de argumentación. Veamos

En relación con la estructura de los supuestos de hecho normativos, la administración debe realizar un proceso creativo como consecuencia de la necesariamente incompleta regulación de la realidad por parte de las leyes<sup>108</sup>;

Por otra parte, se considera que la constitución alemana habilita al Poder Ejecutivo ámbitos de actuación en los que este puede desarrollar autónomamente actividades sin previa habilitación legal. En cierto casos, no obstante, el legislador puede regularlas si lo estima oportuno. Esta circunstancia, no invalida ni prohíbe la atribución de ámbitos o zonas de autonomía o independencia administrativa dentro del ámbito de sujeción a la reserva de ley.

---

contenido de su accionar (consecuente), todo dentro de los límites impuestos por los principales generales del derecho”. COMADIRA 2003, 507.

<sup>103</sup> SCHMIDT-ASSMANN textualmente entiende que “Ejercer discrecionalidad significa ponderar a la vista de una determinada situación”. SCHMIDT-ASSMANN 2003, 224.

<sup>104</sup> SCHMIDT-ASSMANN 2003, 224.

<sup>105</sup> Según MAURER, La Administración es un poder del Estado legitimado democráticamente y goza de autonomía en el sistema constitucional de la Ley Fundamental (art. 20 II GG). MAURER 2011, 66.

<sup>106</sup> SCHMIDT-ASSMANN 2003, 212.

<sup>107</sup> Este principio ha sido reiteradamente deducido del art. 20 III GG y se enuncia del siguiente modo: la Administración solo puede actuar si ha sido habilitada para ello mediante una ley y va más allá de una mera prohibición de violar las leyes existentes. También determina la existencia de un fundamento legal para la actividad administrativa. MAURER 2011, 150.

<sup>108</sup> SCHMIDT-ASSMANN 2003, 212.

Aparece aquí la noción de “*discrecionalidad normativa*” (como fenómeno análogo a la potestad reglamentaria<sup>109</sup>) otorgada a la Administración conforme a lo establecido en el art. 80.1.2 GG<sup>110</sup>.

La programación admite matices y grados. Lo que se denomina actualmente reglado o “*discrecional en sentido amplio*”, en realidad se corresponde con la existencia de “*matices de vinculación normativa*”. Así, como siempre existirá algún margen de interpretación, aun dentro del más reglado de los ámbitos, también se configuran pautas, reglas organizativas, procedimentales y normas marco de actuación que, necesariamente, encauzan el obrar administrativo dentro de un ámbito llamado “*libre de ley*”.

En definitiva, *los matices en la densidad de regulación se derivan de la teoría de la esencialidad alemana en su concepción actual*. Esta teoría, no atiende a la esencia o naturaleza de las cosas, sino a cuán importante, decisiva, fundamental e intensiva es una regulación respecto de los derechos fundamentales. La esencialidad se manifiesta como un concepto flexible de forma tal que, cuanto más esencial sea un asunto para el ciudadano y/o para la colectividad, mayores serán las exigencias impuestas al legislador.

Por tanto, cuanto más persistentemente resulten afectados o amenazados los derechos fundamentales del ciudadano, cuanto más graves sean los efectos para la colectividad y/o cuanto más controvertido resulte un complejo de cuestiones en la opinión pública, más precisa y estricta debe ser la norma legal<sup>111</sup>.

Los márgenes de actuación autónomos, desde la perspectiva doctrinaria alemana, se presenta en: i) en el ámbito de la Administración planificadora. Mandatos legales de planificación y discrecionalidad de planeamiento son dos fenómenos que van típicamente unidos<sup>112</sup>; y ii) en el ámbito de ordenación territorial, de promoción económica, de política del suelo, de infraestructuras y de gestión de personal<sup>113</sup>.

Al ámbito de actuación denominado “*administración dirigida por la ley*”, se agrega la noción de “*reserva de administración*”. Esta categoría solo se puede plantear adecuadamente en términos normativos. Es decir, esta zona se vincularía con la existencia de una reserva constitucional expresa de

<sup>109</sup> En nuestro país, SESIN, trató sucintamente la noción de la teoría de la esencialidad y la zona de reserva legal relativa que se desarrolla en un ámbito tradicional: los reglamentos independientes o autónomos. SESIN 2004, 54-55.

<sup>110</sup> SCHMIDT-ASSMANN 2003, 213.

<sup>111</sup> MAURER 2011, 154.

<sup>112</sup> SCHMIDT-ASSMANN 2003, 215.

<sup>113</sup> Ídem, con cita de la sentencia BVerwGE, 48, 56 (63). En nuestro país, llama “*reserva normativa relativa*” a los ámbitos en los que se otorga gran libertad operativa discrecional, que se aplica al ámbito de la organización funcional de la Administración y a su actividad prestacional. SESIN 2004, 58.

determinadas actividades o la adopción de determinadas decisiones que se encuentran protegidas frente a posibles injerencias de otros poderes<sup>114</sup>.

En cambio, la autonomía se relaciona con aquellas actividades o materias que por su propia naturaleza, corresponden al ámbito de decisión de la Administración porque otras instancias no están en condiciones de regularla, debido a razones de índole material-práctica<sup>115</sup>. Solo se es (auto-) responsable si se es independiente y los órganos o titulares de funciones dotados de autonomía, pueden contribuir al equilibrio e incremento de la racionalidad del sistema en su conjunto<sup>116</sup>.

#### Discrecionalidad y teoría de la esencialidad

A partir del relevamiento que llevamos a cabo en el Anexo II, B, podemos deducir que la noción de esencialidad en el derecho alemán resulta de particular importancia a nivel histórico y actual. Si bien debe ser complementada con un análisis del impacto que las medidas o decisiones tengan para los derechos fundamentales<sup>117</sup>, en la relación Administración-Tribunales la doctrina determina una concepción de la discrecionalidad en términos de "libertad" e "independencia" de la administración frente al legislador y al juez.

Es decir, que se configuró una suerte de vuelta a la concepción de la discrecionalidad de la segunda mitad del siglo XIX<sup>118</sup>. La discrecionalidad, de este modo, consagra ámbitos libres<sup>119</sup> con fundamento en los siguientes ámbitos: a) por consideraciones tácticas (*discrecionalidad táctica*); b) para adaptar la ley a circunstancias especiales del caso concreto (*discrecionalidad*

<sup>114</sup> Sin embargo, también caracteriza al núcleo esencial de responsabilidad propia del Ejecutivo, como una serie de formas de actuación, recursos, procedimientos y dispositivos organizativos que resultan imprescindibles para la capacidad de funcionamiento del "Segundo Poder". Aun cuando el legislativo pueda legislar en estos ámbitos, "una reserva de administración tiene principalmente por objeto impedir la sanción de meras leyes formales que solo persigan un efecto de cierre o congelación de rango (...) De este modo, la reserva de Administración puede cobrar significación, por ejemplo, cuando lo que se persigue es asegurar la flexibilidad y capacidad de innovación de la Administración, esto es, su capacidad planificadora en la fase previa a la propia actuación administrativa. SCHMIDT-ASSMANN 2003, 218.

<sup>115</sup> SCHMIDT-ASSMANN 2003, 218.

<sup>116</sup> SCHMIDT-ASSMANN 2003, 212.

<sup>117</sup> SCHMIDT-ASSMANN 2003, 203.

<sup>118</sup> Esa vuelta al significado originario de la segunda mitad del siglo XIX, es destacada por CHINCHILLA MARÍN al referenciar la tesis de BULLINGER. CHINCHILLA MARÍN 1999, 222.

<sup>119</sup> Coincidiendo con SCHMIDT ASSMANN, la idea de una "Administración libre de ley" no es correcta (es engañosa, expresa el autor alemán). Siempre existirán, al menos, regulaciones de índole organizativa, presupuestaria o procedimental. Además, hay ámbitos escasamente regulados por la ley, normas de atribución de funciones, de determinación de objetivos y regulaciones marco. Afirma el autor "La distinción entre normas de programación condicional y de programación final ha puesto de relieve la pluralidad de tipos normativos y las diferencias estructurales existentes en los mismos", ver SCHMIDT-ASSMANN 2003, 214. En definitiva, desde nuestra perspectiva, resulta muy difícil identificar ámbitos libres de ley. Por el contrario, existen diferencias cuantitativas (de grado) respecto de la mayor o menor intensidad de la programación normativa.

de dispensa); c) ámbito libre para proyectos que concretan la ley y actos configuradores similares (*discrecionalidad de planificación*)<sup>120</sup>.

Nótese que quienes otorgan una zona de "reserva" o de libertad, exenta de control judicial a la administración, parten de una concepción rígida de la separación de los poderes<sup>121</sup>. En efecto, el Tribunal constitucional alemán vinculó la división de poderes con el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa<sup>122</sup>. La división de poderes, sustenta que la labor del juez esté restringida al control de la legalidad de las actuaciones administrativas, quedando *prohibida cualquier sustitución de la decisión administrativa*<sup>123</sup>.

Además, se ha consolidado jurisprudencialmente la distinción –dentro del poder ejecutivo– funcional entre el Gobierno –de carácter político y responsable ante el Parlamento– y la Administración<sup>124</sup>. Se asienta, por tanto, la noción de "reserva de Administración"<sup>125</sup> por un lado y, por otro, la denominada "autonomía" o independencia del poder ejecutivo derivada del marco funcional de división de poderes<sup>126</sup>.

## Conclusiones

En Alemania conviven varias teorías para describir el fenómeno de la discrecionalidad administrativa.

La tesis reduccionista denomina discrecionalidad a dos fenómenos: cuando existe un operador deóntico facultativo (podrá) y cuando el operador jurídico tiene libertad para elegir entre diferentes consecuencias jurídicas posibles. Por su parte, además existe la teoría unitaria de la discrecionalidad se encuentra relacionada con la noción de concepto jurídico indeterminado.

Ahora bien, como analizamos en otro lugar<sup>127</sup> ambas teorías confunden algunas cuestiones relativas al concepto de norma jurídica. Es decir, las teorías anteriores no distinguen por ejemplo, entre normas que regulan conductas y normas que establecen competencia de órganos.

<sup>120</sup> CHINCHILLA MARÍN 1999, 222-223.

<sup>121</sup> SAINZ MORENO 1976, 6.

<sup>122</sup> Estas y otras razones, determinan que desde un sector de la doctrina española, se afirme que en Alemania explícitamente se parte de la división de poderes para explicar el problema del control de la discrecionalidad administrativa. BARNÉS VÁSQUEZ 1997, 235.

<sup>123</sup> Ver BVerGE 61, 82 (115), de 8 de julio de 1982, citado por GÁMEZ MEJÍAS 2004, p. 39 y nota n° 51. En la tesis de BARNÉS VÁSQUEZ, en el derecho alemán, si la ley y el Derecho renuncian a predeterminar una conducta, y la confían a la Administración la última palabra, el poder judicial solo está autorizado para emitir un juicio de legalidad. Por tanto, no puede revisar el núcleo mismo de la decisión. BARNÉS VÁSQUEZ 1997, 235.

<sup>124</sup> BVerGE 83, 60 (72-73) de 31 de octubre de 1990 y BVerGE, 93, 37 (67) de 24 de mayo de 1995, citados por GÁMEZ MEJÍAS 2004, 40 y nota n° 55.

<sup>125</sup> Bajo este título aborda EMBID IRUJO la problemática en el derecho alemán a fines de la década de 1980. Ver EMBID IRUJO 1988, 415-418.

<sup>126</sup> SCHMIDT-ASSMANN 1998, 211.

<sup>127</sup> CORVALÁN 2016.

Y también, pierden de vista que en la aplicación del derecho y en particular, cuando el juez tiene que determinar su contenido, lo hace discrecionalmente máxime si el concepto se encuentra en la denominada "zona de penumbra"<sup>128</sup>.

Sin embargo, el principal valor principal de estas teorías es que integran la discrecionalidad y el derecho vigente y en particular, parten de postulados compatibles con el Estado de derecho.

### Bibliografía citada

- BACIGALUPO, Mariano (1997): *La Discrecionalidad Administrativa* (Marcial Pons, Madrid), 338 pp.
- BACHOF, Otto (1958): "La jurisdicción administrativa en la república federal alemana", en *Revista de Administración Pública*, n° 25, pp. 306-307.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (2006): *Curso de derecho administrativo* (Editorial Porrúa, México) 500 pp.
- BARNÉS VÁSQUEZ, Javier (1996): "Una nota sobre el análisis comparado: A propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa", en HINOJOSA y GONZÁLEZ-DELEITO (coord.): *Discrecionalidad administrativa y control judicial: I jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, pp. 225-244.
- CARRIO, Genaro (1986): *Notas sobre derecho y lenguaje* (3ª ed. Aumentada, Abeledo Perrot, Buenos Aires), 432 pp.
- CHAPUS, René (1995): *Droit administratif Général* (T. 1, 9ª Ed, Montchrestien, París) 1427 pp.
- CORVALÁN, Juan Gustavo (2016): *Derecho administrativo en transición* (Editorial Astrea, Buenos Aires), 301 pp.
- (2007): "Un nuevo enfoque sobre la discrecionalidad administrativa", en *Revista Argentina de la Administración Pública* (R.A.P.), -n° 351, pp. 57-69.
- DOMÍNGUEZ, Nicolás (1996): *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, I Jornadas de estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Civitas, Madrid, 690 pp.
- EMBID IRUJO, Antonio (1988): "La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana" en *Revista de Administración Pública*, N° 115, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 403-426.
- FLEINER, Fritz (1958): *Instituciones de Derecho Administrativo* (trad. Ernst Forsthoff, Instituto de Estudios Políticos, Madrid), 362 pp.
- GALAN VIOQUE, Roberto (1996): "La discrecionalidad del legislador en la República Federal de Alemania", en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, 263 pp.
- GRECCO, Carlos, Manuel (1999): "La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa", en MUÑOZ Guillermo Andrés y GRECCO, Carlos Manuel: *Fragments y testimonios del derecho administrativo* (Ad-Hoc, Buenos Aires), pp. 731-733.
- HEPSLE, Kenneth A. (1991): "Discrecionalidad, instituciones y el problema del compromiso del Gobierno", reproducido en Bourdieu, Pierre - COLEMAN and James, SAMUEL (eds.): *Social Theory for a changing society*, Westview Press, Boulder, pp. 114-115.
- MAURER, Hartmut (2011): *Derecho Administrativo. Parte General*. Traducción de Doménech Pascual, Gabriel (Marcial Pons, Madrid), pp. 166-174.
- MÜLLER-GRUNE, Sven (2009), "Fundamentos del derecho administrativo en Alemania", en Steiner, Christian (ed.), *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina* (Konrad Adenauer Stiftung, México) p. 47.

<sup>128</sup> Las normas o bien pueden aplicarse claramente a los hechos que se presenten (casos claros), y los que tienen zona de penumbra. Ahora bien, en los casos de zona de penumbra la decisión que tome el juez no está incluida en las normas, de tal modo que se basa en ciertos estándares (normativos) (vid., CARRIO 1986).

- NIETO, Alejandro (1960): "Nueva ordenación de la jurisdicción contencioso-administrativa en la República Federal Alemana", en *Revista de Administración Pública española*, N° 31, Enero-Abril 1960, p. 357.
- PONCE SOLÉ, Juli (2003), "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones", en *Revista de Administración Pública española*, N° 162, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Septiembre-Diciembre 2003, p. 99.
- SAINZ MORENO, Fernando (1976), *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1ª Ed. (Civitas, Madrid), 1976, p. 226.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1994), *Discrecionalidad administrativa y control judicial* (Tecnos, Madrid), p. 122.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003): *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, (Marcial Pons, Barcelona) pp. 219-221.
- SESÍN, Domingo J. (2004), *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2º Ed. actualizada y ampliada (LexisNexis - Depalma, Buenos Aires), p. 443.
- TRON PETIT, Jean Claude (2009), *El control de la discrecionalidad administrativa en sede judicial*, en *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, (Konrad Adenauer Stiftung, México) p. 416.