

CONTROL JURISDICCIONAL Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. POR QUÉ JUZGAR NO ES ADMINISTRAR

José ROLDÁN XOPA*

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *Contexto del control de la discrecionalidad.* III. *Acerca del terreno de la decisión y de la revisión.* IV. *La discrecionalidad administrativa.* V. *El control de la decisión administrativa.* VI. *Juzgar no es administrar.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Sin lugar a dudas, una de las características del Estado de derecho es la sujeción de la administración a los controles jurisdiccionales. La justicia-bilidad de las actuaciones administrativas se coloca así en el contexto de la racionalización del poder en un proceso creciente y complejo de acotamiento de, lo que el administrativista español García de Enterría denominó, las “inmunidades” del poder.¹ Tal control supone la posibilidad de encontrar un referente que establece el lindero de licitud o regularidad de la actuación pública y que se encuentra en la legalidad, entendida en sentido amplio, esto es, en la regla de derecho.

Si bien el enunciado de que la administración está sujeta a controles en sede jurisdiccional, lo que garantizaría el sometimiento de los conflictos a un tercero imparcial y objetivo, parecería un final feliz, se trata simplemente del ingreso a un foro en el que se presentan nuevos problemas. El sometimiento de un conflicto en donde por lo general se controvierte

* Jefe del Departamento de Derecho del ITAM.

¹ Véase *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, Monografías, 1995.

la validez de una decisión administrativa que afecta la esfera jurídica de una persona, plantea necesariamente la posibilidad de que tal decisión sea modificada por un nuevo sujeto que en este caso es el juez. Pero tal cambio de la decisión es a la vez un cambio en el centro decisor. Más allá de que la cuestión pueda ser enfocada como una cuestión procesal de acto y control del acto, se quiere llamar la atención de que en el proceso de decisiones sociales (sobre derechos, recursos escasos, etcétera), el modo de organización institucional y de construcción de procedimientos, incorpora la presencia de diversos poderes, y con ello la racionalidad presente en su organización institucional y en el modo o concepción que se tenga de su función dentro del ordenamiento jurídico. De esta suerte, importa si el sistema de control está construido bajo una influencia del contencioso administrativo francés, cuya simiente entiende a la función de juzgar también como función de administrar, o bajo el sistema de *judicial review* norteamericana, los sistemas han establecido históricamente una diversa relación entre los órganos de poder, como se podrá examinar con posterioridad.

Cuando el juez constitucional se enfrenta ante la discrecionalidad administrativa, sea en los diseños normativos o ante decisiones de la autoridad, tiene ante sí el reto de delimitar los ámbitos válidos de actuación y a la vez autodefinir los criterios y límites de su propia función de revisión. Con el fin de obtener mayores datos para el análisis, se darán algunos ejemplos en los que la Corte enfrenta el tema de la discrecionalidad:

En la controversia constitucional 22/2001, relativa al Reglamento de la Ley del Servicio Público, la Corte argumentó en su resolución:

Por otra parte, el hecho de que el adicionado último párrafo de la fracción I del artículo 135 autoriza a la Secretaría del ramo a modificar el porcentaje del 50% establecido para los casos de plantas de autoabastecimiento cuya capacidad instalada sea superior a los 40 MW “conforme a las *necesidades* de energía que requiera la prestación del servicio público y el nivel de reserva del sistema eléctrico nacional”, corrobora que en virtud del Decreto impugnado pueden existir proyectos de autoabastecimiento cuyo destino fundamental sea comprometer la capacidad de generación para la prestación del servicio público, pues dado los términos en que está redactada la norma se deja un *amplio margen de discrecionalidad* a la Secretaría, lo que resulta contrario al artículo 36 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica (énfasis añadido).

La referida facultad de modificar la prevención contenida en el artículo 135, fracción II, inciso b, que se otorga a la Secretaría de energía, implica una remisión incondicional para que esta dependencia de manera discrecional, varíe la naturaleza del permiso de autoabastecimiento y del concepto de excedente, prevista en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

Además, en la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad 126/2006 relativa a la impugnación de las reformas a las leyes Federal de Radio y Televisión y Federal de Telecomunicaciones se declaró la inconstitucional de la regulación concerniente al otorgamiento de permisos de radiodifusión al considerar que la misma establece facultades discrecionales de la autoridad. Dichas facultades dan un “amplio margen de discrecionalidad”, lo cual viola las garantías de legalidad y seguridad jurídica, pues las atribuciones deben “estar determinadas con precisión en el texto legal, a fin de no dejar elemento alguno al arbitrio de aquellas, y los gobernados conozcan de antemano lo que les obliga y en qué medida por voluntad del legislador” (p. 254 del engrose).

En los dos ejemplos anteriores, la Corte enfrenta el problema de discrecionalidad estableciendo como ejes, uno explícito: la discrecionalidad como cuestión que tiene en un extremo la libertad decisional de la administración y en otro la seguridad y certeza del administrado, y otro implícito: los límites del Poder Legislativo y del control judicial.

En contraste con las decisiones anteriores, en la controversia constitucional 109/2004 promovida por el Ejecutivo Federal contra la Cámara de Diputados en la que se discutió la facultad de veto del Ejecutivo sobre el presupuesto de egresos, la Corte enfrentó el examen de la constitucionalidad de las partidas observadas por el Ejecutivo. Varios de los ministros estimaron la conveniencia de que la Corte se autorrestringiera dejando tal decisión a los órganos políticos.

Entrar nosotros a definir si estuvieron bien o mal observadas las partidas, o si estas partidas debieron haber satisfecho determinados requisitos, o si se extralimitaron los diputados en las modificaciones, o cualquier otro sentido, me parece que es involucrarnos nosotros en una discusión que constitucionalmente no nos corresponde, sino que esto es estrictamente de la competencia de los señores diputados.²

² Intervención del ministro Cossío en la sesión del 17 de mayo.

II. CONTEXTO DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

El control de la discrecionalidad, sea en los diseños normativos, o bien en los actos de autoridad concretos, pone en juego una función constitucional específica. El control como función cualificada del Poder Judicial Federal es constitucionalmente identificable, sus características son específicas y distintas a las funciones de legislar o de administrar. Estas últimas corresponden a poderes estatales distintos y la distinción funcional finca también diferencias en los procedimientos que regulan su actividad y la composición y organización de cada uno de los poderes.

El control jurídico a cargo del Poder Judicial delimita y conforma las competencias constitucionales. Dicha función conformadora impacta el desempeño de los órganos estatales a partir de lo que los tribunales consideran las funciones constitucionales correctas y adecuadas.

Dicha actuación se da además en un contexto de pluralidad política en el que la discrecionalidad es el espacio en el que se dan también orientaciones derivadas de la conducción de las políticas públicas. Las decisiones de los tribunales sobre los espacios de decisión configura también los órganos y, por tanto, las combinaciones políticas que deciden (si es el reglamento o la ley la norma que corresponde decidir una materia, también importa quién decide, qué opción política). La democracia como contexto en el que caben distintas opciones de política pública como opciones constitucionales válidas. La elección de orientaciones de política conducen al terreno de la discrecionalidad política.

Junto a la cuestión de las elecciones políticas propias de la democracia se presenta la cuestión de las decisiones técnicas y de la corrección funcional. ¿Qué órgano debe y está mejor capacitado para tomar decisiones técnicas?

Un ejemplo de la afectación del cambio político y de la especialidad técnica en la apreciación de la discrecionalidad y el control judicial es el norteamericano:

... a partir de las postrimerías del siglo XIX y culminando con la asunción, por el Tribunal Supremo, de la hegemonía administrativa sugerida por el New Deal, los tribunales y los autores reconocieron de manera creciente que un diseño menos rígido era necesario para acomodarse a las exigencias modernas... Los elementos de este nuevo acercamiento al problema de la discrecionalidad administrativa fueron la regularización de los procesos

administrativos, la presunta disponibilidad del control judicial y la deferencia de los jueces para con la pericia técnica administrativa, siendo la pericia, en sí misma, una limitación racional y profesional de la arbitrariedad.³

III. ACERCA DEL TERRENO DE LA DECISIÓN Y DE LA REVISIÓN

La discrecionalidad entendida como “libertad de apreciación que la ley otorga a las facultades para actuar o abstenerse, con el propósito de lograr la finalidad que la propia ley les señala, por lo que su ejercicio implica, necesariamente, la posibilidad de optar, de elegir, entre dos o más decisiones, sin que ello signifique o permita la arbitrariedad...”,⁴ encuentra una diversidad de piezas del derecho los sitios en que se da tal libertad de elecciones. En especial, el terreno de los principios y los conceptos jurídicos indeterminados.

1. *Los principios*

El tratamiento de los principios tiene una gran dificultad, ya que se entra a un terreno movedizo cuando de precisarlos se trata. A efecto de intentar un abordamiento menos riesgoso, se expresarán las formas de ubicación o localización de los principios en el derecho positivo. En primer término, el ordenamiento establece una serie de principios señalándoles una función de orientación genérica de actuación de los sujetos involucrados (por ejemplo, los principios en materia de responsabilidad, actos y procedimientos administrativos, política exterior); en este caso, los principios son formulados como parte del derecho “explícito”; el segundo es en aquellos casos en donde el material jurídico explícito no establece un principio, pero en donde los principios juegan en tanto se recurre a ellos para encontrar soluciones, y el reenvío lo formula el propio orden. Esto se da en nuestro régimen al ser aplicables los principios de interpretación establecidos en el 14 constitucional “se recurrirá a los principios generales...”, aquí entramos a la cuestión de los principios como parte del derecho “implícito”. “Por derecho implícito habría que entender aquellas

³ Edley, Christopher, *Derecho administrativo. Repensar el control judicial de la administración pública*, trad. de Ángel Manuel Moreno, Madrid, INAP, 1994, p. 23.

⁴ Tesis P.LXII/98, Pleno, “Facultades discrecionales apreciación del uso indebido de las concedidas por la autoridad”, *SJF*, t. II, septiembre de 1998, p. 56.

normas jurídicas que eran un producto de la elaboración racional del derecho explícito o, lo que es lo mismo, un producto del método jurídico”.⁵

De esta suerte, y siguiendo a Aguiló, el derecho implícito tiene que observar las reglas de consistencia y de coherencia del ordenamiento. Consistencia en el sentido de ser compatibles de suerte que la norma implícita debe ser compatible (consistente con todas las normas explícitas del orden), en tanto es un derecho “derivado” podríamos agregar. Los valores que encierran los principios no necesariamente son compatibles, pero el método jurídico también recompone la unidad del sistema.

Al tratar la tipología de normas constitucionales⁶ nos hemos referido a las que establecen principios, con esto se ha querido establecer por una parte que la aceptación de los principios como piezas del derecho tiene un fundamento dentro del propio ordenamiento. Otra de las consecuencias, y de ahí el propósito de haber tocado el tema de los principios en la norma fundamental es que los mismos son componentes del derecho no como elementos que tienen un lugar dentro de la jerarquía normativa sino que su existencia deriva precisamente de las normas que componen al sistema y dependen de ellas. De suerte que si se cabe hablar de principios constitucionales, también es posible localizar principios legales, principios de derecho internacional, principios sublegales, etcétera.

De acuerdo con Atienza y Ruiz Manero, la especificidad de los principios es que se distinguen de las reglas de la siguiente manera:

La diferencia (entre reglas y principios) estriba en que los principios configuran el caso en forma abierta, mientras que la reglas lo hacen en forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra).⁷

⁵ *Las fuentes del derecho*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 144.

⁶ Véase Roldán Xopa, José, “Tipología de normas constitucionales”, *Derecho constitucional, lecturas*, México, Instituto Federal Electoral, 1998.

⁷ *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, p. 9.

Ahora bien, al hablar de los principios como un tipo de normas, que como todas, tienen una ubicación en el ordenamiento, no similar por cierto, la localización de tales principios, resulta autorreferente en aquellos casos en que el propio material jurídico positivo las exprese. Tal es el caso de disposiciones legales o constitucionales que los mencionan de manera explícita (*v. gr.*, el artículo 134 constitucional en materia de adquisiciones y enajenaciones estatales), una tarea posterior sería determinar su contenido (lo cual también tiene una gran complejidad). Sin embargo, la tarea no se agota ahí, dado que el término principios no se emplea, en el lenguaje jurídico, solamente para referirse a aquéllos nominados por las normas explícitas, sino a otro tipo de manifestaciones, y ahí encontramos otro tipo de manifestaciones que pueden resultar sumamente ambiguas. Dependiendo del referente, puede ser éste valorativo (ideas de justicia, libertad), ideológico (el principio de subsidiariedad), cultural, histórico, etcétera. Con lo cual la discusión y, en su caso, la aplicación de los “principios” que se estimen atinentes alcanzan una magnitud verdaderamente inaprehensible, al grado de perder cualquier posibilidad de objetividad y con un efecto disolvente de cualquier orden jurídico.

Sin negar que existen otras posibilidades de abordar el problema, la posición que aquí se adopta es la de que los principios jurídicos tienen cabida explícita o implícitamente en el ordenamiento. Ahora bien, ya en este terreno, adquiere especial relevancia la forma de operar, o dicho en otros términos, el método jurídico, la forma de reconstruir el material jurídico, que emplee el operador del derecho.

Apuntado que ha sido el modo de localizar o ubicar a los principios en el orden jurídico la siguiente cuestión es la de apreciar su función en el proceso jurídico. Al respecto, encontramos que en materia administrativa la cuestión atañe, en primer término, al proceso de aplicación normativa y en particular a la función de interpretación e integración del ordenamiento.

En el caso francés, la función del Consejo de Estado ha sido decisiva al respecto, ante una ley administrativa, que a diferencia del Código Civil, dejaba una gran cantidad de situaciones que regular, así como la variabilidad en las condiciones de aplicación de la ley y el cambio de contextos políticos, el recurso a los principios fue una de las vías por las que este órgano fue construyendo una doctrina jurisprudencial para dotar de certidumbre y seguridad al ordenamiento. Dice al respecto Parada:

Pero el Consejo de Estado francés no se va a atrincherar tras el silencio de la ley para rehusar su fallo y aquí aparecen las diferencias que lo separan del juez ordinario civil o penal: estrechamente asociado a la labor del Ejecutivo al cual, además de juzgar, asesora y aconseja en asuntos administrativos, el Consejo de Estado francés no ha experimentado nunca con respecto a la ley escrita la timidez un poco supersticiosa que ha paralizado durante mucho tiempo las iniciativas del juez ordinario: como reflejo natural de su situación junto a las fuentes del poder, apoyado sólidamente por éste, ha ido siempre espontáneamente en vanguardia. De otro lado, las necesidades prácticas de la vida administrativa, para las cuales su posición le hacían especialmente sensibles, no permitían dejar sin solución los litigios de la vida cotidiana, creando el derecho cuando el derecho faltaba, y sin dejarse detener por escrúpulos doctrinales.⁸

La función creadora, en tal sentido, se refleja en la siguiente cita de Rivero:

Los turbulentos años vividos por Francia entre 1940 y la entrada en vigor de la Constitución de 1946, la sucesión de regímenes inspirados por ideologías muy diferentes, provocaron una gran inestabilidad en el derecho escrito, y como no hay seguridad jurídica fuera de la continuidad del derecho, el Consejo de Estado, consciente del valor de esta continuidad, ha tenido que ir a buscarla fuera de la ley para mantenerla pese a los cambios políticos y a sus repercusiones legislativas afirmando enérgicamente la estabilidad de los principios, pudo limitar y corregir los efectos de la inestabilidad de las leyes, dictadas en función de graves circunstancias económicas, internacionales o por la opresión del ocupante nazi o por la pasión política, implicaban graves atentados al respeto a la persona y de las libertades humanas... Apoyándose sobre estos principios, el Consejo de Estado pudo minimizar el alcance de estas leyes, interpretarlas de la manera más restrictiva posible y salvaguardar así al máximo las libertades esenciales. El recurso a los principios generales nacidos de circunstancias excepcionales ha sobrevivido a la desaparición de éstas.

De esta suerte, el propio Rivero clasifica a los principios en aquellos que derivan de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, que son su fondo liberal, los que se derivan del derecho privado, traspolándolas al público; los que provienen de la moral del juez y los que se extraen

⁸ Parada, *Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, t. I, pp. 80 y 81.

de la “naturaleza de las cosas”(por ejemplo, el servicio público debe ser continuo; en caso de exigencia del interés público puede apartarse de la ley por circunstancias excepcionales).

El tema surge en el proceso de aplicación del derecho. Cuando el intérprete encuentra una “laguna de la ley” tiene que recurrir a otros medios que le permitan resolver el problema al que se encuentra (por extensión del derecho civil se aplica el principio de que no puede dejar ningún asunto sin resolver). Uno de esos medios es recurrir a los llamados “principios generales del derecho”.

Esta función la podemos apreciar en la siguiente interpretación de nuestros tribunales: “PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO. El artículo 14 de la Constitución general de la República, dispone que en los casos de omisión o deficiencia de la ley, debe acudir, para resolver la controversia judicial, a los principios generales del derecho”.

El tema ha estado ligado con la identificación de los “principios generales del derecho” con ideas iusnaturalistas. Cassagne,⁹ como ejemplo de ese proceder, señala que pueden distinguirse dos grandes grupos, según se trate de los principios del derecho natural o de aquellos incorporados al ordenamiento jurídico positivo. En el plano de los principios generales de derecho positivo pueden deslindarse los principios fundamentales de aquellos que revisten carácter sectorial o institucional. Así pues, los principios si bien parecieran tener una función subsidiaria, esto es, se acude a aquéllos ante la falta de norma expresa aplicable al caso, una vez que se llega a ese vacío normativo, adquieren una función de primer orden. Dice Cassagne: “Los principios generales del derecho cumplen varias funciones distintas, pero articuladas entre sí y relativas a su esencia ontológica, a su valor preceptivo o a su alcance cognoscitivo para dilucidar el sentido de una norma o dar la razón de ella y hasta para integrar nuevas formulaciones jurídicas”.¹⁰

Sin embargo, además de la presencia de los principios ante la ausencia de reglas fueron adquiriendo, y en eso fue influyente su incorporación al derecho explícito, una función como orientadores e informadores del ordenamiento, permitiendo, a través de su interpretación, realizar una labor correctiva o extensiva de las normas. Al respecto, González Pérez¹¹ extrae tres reglas fundamentales:

⁹ Cassagne, Juan Carlos, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 33.

¹⁰ *Ibidem*, p. 43.

¹¹ González Pérez, *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986, p. 78.

a) Las indeterminaciones de las normas que surgen a raíz de las diferentes posibilidades que plantea la aplicación normativa han de resolverse de la manera más acorde con el principio.

b) Se impone la interpretación extensiva si la disposición se expresa en términos excesivamente restringidos y ha de ampliarse la letra de la ley hasta contemplar todos los presupuestos que el principio exige; mientras que la interpretación será restrictiva si la disposición se expresa en términos excesivamente amplios y es necesario reducir el alcance de la letra del texto hasta que comprenda sólo los que sean coherentes con el principio.

c) Debe rechazarse toda interpretación que conduzca a una consecuencia que contradiga directa o indirectamente al principio.

Con relación a las funciones de los principios, podríamos concluir con Santamaría Pastor, quien señala que los principios generales del derecho tienen las siguientes funciones: directiva: condiciona el contenido que deban darse a las normas en trance de elaboración; interpretadora: se utilizan para construir soluciones justas y socialmente aceptables, precisan el significado de las normas escritas y su sentido o finalidad; integradora: permiten al juez que se le plantea un problema en ausencia total de norma; constructiva: estructuras mentales que permiten la estructuración de una materia (doctrinaria).¹²

Por supuesto, si consideramos que los principios tienen una aplicación inmediata en sede administrativa y que la misma es controlada judicialmente se está ante un problema en el que el dilema reside en quien aplica el principio que define la litis y si, en todo caso, debe corresponder al órgano de control decidir la aplicación de un principio cuando el mismo corresponde a una decisión de política; por ejemplo, si lo que se decide es una cuestión redistributiva o de mercado (igualdad vs. eficiencia).

2. *Los conceptos jurídicos indeterminados*

En el derecho se emplean términos o conceptos cuyo significado es vago o indeterminado: “buena fe”, “vicios ocultos”, etcétera, lo que conduce, en primer término, a indagar sobre su significado, y, en segundo, conocer su función jurídica. La indeterminación del significado no es un defecto, sino una propiedad del lenguaje que puede deber a: “1a. la estructura interna

¹² Cfr. Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo*, Madrid, CEURA, 1998, vol. I, p. 112.

de los conceptos; 2a. ... la naturaleza de los objetos designados —«quanta», «continuum»—, 3a: ... la relación que existe entre los conceptos y los objetos”, pero que no impide formular juicios de verdad.¹³

La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados tiene la tesis que

... la utilización de tales conceptos por una norma no significa, por sí sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones “posibles” aquella que en cada caso se considere conveniente u oportuna; por el contrario, mantiene que la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea su grado de indeterminación, no admite, si la norma no dispone otra cosa, más que una solución correcta y que, por tanto, la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la solución justa.¹⁴

La función de los conceptos en el derecho la “intención del legislador” tiene como razón:

a) La necesidad de introducir en la norma elementos de acoplamiento a una realidad variable o poco conocida; b) a la necesidad de hacer posible que la amplitud del objeto designado permita graduar las consecuencias de la calificación jurídica; y c) a la necesidad de hacer referencia a tipos medios o a tipos de frecuencia... cualquiera que sea la causa, busca un resultado concreto, aquel que es adecuado al fin de la norma, y no “cualquier resultado”.¹⁵

La determinación de un concepto se lleva a cabo precisando el núcleo y el halo del concepto: el núcleo es el elemento cierto, el halo tiene una serie de notas que permiten encontrar que no existe esa certeza, es una zona de duda. Un concepto indeterminado tiene un contenido valorativo (buena fe, obra de arte, buenas costumbres, adecuada causalidad) o cuyo supuesto de hecho se remite a datos de la experiencia (usos del tráfico, cosa accesorio, edificio, obra, construcción, etcétera).

La cuestión central en la decisión sobre el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados está en si los mismos tienen una sola decisión justa, o bien permiten diversas elecciones.

¹³ Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 193.

¹⁴ *Ibidem*, p. 192.

¹⁵ *Ibidem*, p. 194.

IV. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

En la doctrina nacional es clásica la formulación que hace Fraga al referirse a los actos discrecionales: “tienen lugar cuando la ley deja a la administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o cómo debe obrar o en fin qué contenidos va a dar a su actuación”.¹⁶ Esta escueta afirmación de la discrecionalidad y la ausencia de reflexiones más amplias en nuestro país al respecto, obligan a acudir a fuentes externas.

Más allá de la ubicación topográfica del tema de la discrecionalidad dentro de la sistemática del derecho administrativo, es importante destacar que la discrecionalidad tiene una función que no es solamente inevitable, sino necesaria de cara a la realidad, dice Sánchez Morón “... la discrecionalidad administrativa tiene su función y justificación propia en el Estado de derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad y a las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración y que no son reductibles a un proceso lógico de interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.¹⁷

Ahora bien, si se han dado los anteriores referentes de la discrecionalidad, resultan todavía demasiado vagos por lo que se requiere una mayor precisión dogmática.¹⁸ A propósito de un interesante debate verificado en España,¹⁹ a propósito de la discrecionalidad y su control, se produjo una riquísima doctrina que permitió bordear los aspectos centrales de la discrecionalidad y las dificultades de la precisión del concepto, de las cuales se derivan efectos para su control. Al respecto, ha sido la teoría alemana la que ha abordado el concepto con mayor rigurosidad.

¹⁶ Fraga, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1987, p. 232.

¹⁷ Sánchez-Morón, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 92.

¹⁸ Las formulaciones jurisdiccionales al respecto igualmente se quedan en la generalización del fenómeno “únicamente puede afirmarse con certeza que hay discrecionalidad cuando la ley le otorga al funcionario un amplio campo de apreciación, para decidir si debe obrar o debe abstenerse, para resolver cuándo y cómo debe obrar, o aun para determinar libremente el contenido de su posible actuación...” Tesis 666, *Apéndice de 1995*, Tribunales Colegiados de Circuito, Séptima Época, t. III, parte TCC, p. 485.

¹⁹ Además del ya citado Sánchez Morón, fueron participantes particularmente calificados Luciano Parejo Alfonso, cuya posición puede verse en el libro *Administrar y juzgar. Dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, y Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1997.

Según expresa el autor español Mariano Bacigalupo,²⁰ existen diversas tesis relativas a la precisión de la discrecionalidad en la estructura normativa. Una primera tesis plantea que la discrecionalidad sólo opera en el ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas administrativas. Esta posición erradica a la discrecionalidad del ámbito del supuesto de hecho, para ubicarla en el margen de volición para elegir entre la adopción o no de una consecuencia jurídica.

... lo que genera la discrecionalidad administrativa, bien por no configurarse su aplicación como obligatoria siempre que concurra el supuesto de hecho normativo (adopción facultativa, no preceptiva, de la consecuencia jurídica prevista por la norma), bien por prever ésta varias —aunque en su contenido predeterminadas— consecuencias jurídicas con carácter alternativo (adopción, facultativa o preceptiva, de alguna de las diversas consecuencias jurídicas previstas como posibles por la norma) o, en fin, no determinar ésta el contenido de la consecuencia jurídica que, en su caso, deba o pueda aplicarse (adopción, facultativa o preceptiva) de una consecuencia jurídica no predeterminada normativamente).²¹

Otra tesis postula que la discrecionalidad opera tanto en el ámbito de las consecuencias jurídicas como en el del supuesto de hecho (indeterminado) de las normas jurídico-administrativas. A diferencia de la anterior postura, ésta amplía la discrecionalidad además de la apreciación de las consecuencias a la determinación de los supuestos de hecho.²²

Una tercera tesis postula que la discrecionalidad administrativa sólo opera en el ámbito del supuesto de hecho (imperfecto) de las normas administrativas. La diferencia con la anterior tesis excluye a la discrecionalidad de la apreciación de las consecuencias jurídicas,

Parte de la premisa de que lo que genuinamente genera discrecionalidad en la actuación administrativa es la inexistencia o la imperfección del supuesto de hecho de su norma habilitante (producto bien de la ausencia, bien de la insuficiencia o imprecisión de los criterios determinantes de la aplicación o no en cada caso de una consecuencia jurídica u otra) así la discrecionalidad consistiría en que la administración puede (y debe) establecer —o al menos, precisar— en sede aplicativa los presupuestos de su

²⁰ Cfr. Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

²¹ *Ibidem*, p. 115.

²² *Ibidem*, pp. 161-180.

propia actuación, intencionadamente imperfectos (inacabados o indeterminados) en su configuración inicial. De ahí que se conciba a la discrecionalidad administrativa como habilitación de la administración para completar (o incluso crear) en sede aplicativa el supuesto de hecho imperfecto (o inexistente de norma jurídico-administrativa).²³

V. EL CONTROL DE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA

El apresurado repaso de la comprensión de los principios, los conceptos jurídicos indeterminados y de la discrecionalidad nos permiten apreciar el contexto normativo en el que actúa la administración y, por lo tanto, en el que decide. En los tres casos no se está de manera inobjetable ante procedimientos de subsunción, sino que posibilitan, en cambio, un margen en el que la autoridad realiza una actividad de determinación de los contenidos normativos.

En el caso de los principios, la moderna teoría admite que cuando son aplicados por los agentes jurídicos, los mismos establecen posturas en las que realizan juicios de ponderación. Así pues, si el agente administrativo aplica los principios tiene en esa sede que hacer juicios de valoración para su decisión; para el caso de que la misma sea sometida a un control jurisdiccional, el juez se coloca en el mismo terreno. Dice Prieto Sanchís:

El protagonismo judicial se hace también patente cuando un mismo supuesto es “subsumible” en dos preceptos constitucionales de sentido contrario. Allí donde aparece un conflicto entre principios surge una apelación a la justificación racional de una decisión que, sólo en el caso concreto, otorga preferencia a uno u otro principio, justificación que puede conducir a cualquier resultado con el único límite precisamente de la irracionalidad... En otras palabras, es el juez quien ponderando, dictamina quién debe triunfar en el caso concreto.²⁴

Para el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, la doctrina dominante, particularmente en España se orienta por el camino de establecer que la determinación de lo indeterminado de los conceptos tiene una única solución justa, en la medida en que a través de un proceso de cog-

²³ *Ibidem*, p. 182.

²⁴ Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, Universidad Carlos III de Madrid, Dickinson, 1998, p. 63.

nición, se puede llegar a la única solución correcta de manera que el agente jurídico no se encuentra ante distintas posibilidades igualmente válidas para decidir.²⁵

Creo que el problema de la doctrina, al menos en el planteamiento que de Sainz se desprende, tiene el problema de que es normativa esto es, su formulación busca por un lado limitar la discrecionalidad administrativa por la vía de postular que en la determinación de esos conceptos sólo hay una solución justa. Por otra parte, puede ser objetada teóricamente ya que la decisión no tendría mayor proceso de conocimiento que cualquier otra decisión, pero finalmente no se está ante un acto de conocimiento sino ante un acto de voluntad. La obligación de decidir por parte del órgano administrativo no implica necesariamente que se oriente por un sola decisión justa.²⁶ La interpretación necesaria en la determinación del concepto

²⁵ Véase al respecto a Sainz Moreno, *op. cit.*, nota 13, y en la misma dirección a García de Enterría, *op. cit.*, nota 1, p. 35. “Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en términos del derecho privado; o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etcétera”.

²⁶ La conclusión de la llamada “unidad de solución justa”, parte de una premisa incorrecta “que el significado (intencional) de todo concepto se expresa siempre mediante reglas semánticas que remiten a condiciones a la vez suficientes y necesarias (y no sólo suficientes) para su aplicación (positiva) e inaplicación (aplicación negativa). “Pero sucede que hay conceptos cuyo grado intencional no es posible expresarlo mediante reglas semánticas que remitan a condiciones a la vez suficientes y necesarias para su aplicación e inaplicación (sólo si concurre la cualidad X, procederá la aplicación”; sólo si no concurre la cualidad x, procederá la inaplicación”), sino sólo mediante reglas que remiten a condiciones suficientes (“al menos cuando concorra la cualidad A, procederá la aplicación”; “al menos cuando concorra la cualidad z, procederá la inaplicación”). La diferencia entre condiciones suficientes y necesarias y condiciones (sólo) suficientes para la aplicación o inaplicación de un concepto radica, como se acaba de apuntar, en que, si se trata de condiciones suficientes, la negación de la condición para su inaplicación no equivale automáticamente a la condición para su aplicación). La zona intermedia entre la condición suficiente para la aplicación del concepto y la condición suficiente para su inaplicación es la zona de incertidumbre o de vaguedad del concepto, esto es, la zona huérfana, en principio, de reglas semánticas que rijan su aplicación e inaplicación (en el ejemplo antes mencionado, las cualidades intermedias entre la A y la Z —es decir, las cualidades B a Y— son, pues, candidatos naturales del concepto). Por ello, los conceptos cuyo significado intencional sólo es posible expresarlo mediante reglas semánticas que remiten a condiciones suficientes (y no a la vez suficientes y necesarias) para su aplicación e inaplicación son, precisamente, los conceptos vagos e indeterminados”. Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, nota 20, p. 197.

indeterminado es un proceso en el que quien decide incorpora en el llenado de la norma sus convicciones, ideologías, apreciación del contexto en el que decidirá y sus efectos. La decisión está determinada también por el método de decisión. La sola elección de métodos, de técnicas de interpretación, predetermina la resolución, la elección de la ruta o rutas de la decisión es también la elección de la solución y la forma de resolver los dilemas.

Dice Bacigalupo al respecto:

Pues sencillamente en que en su zona de incertidumbre no existe como no puede ser de otro modo en una zona huérfana de reglas semánticas que rijan la aplicación o inaplicación del concepto. Premisa mayor (= premisa normativa) bajo la que poder subsumir la premisa menor (= supuesto fáctico al que se pretende aplicar). De ahí que la aplicabilidad o no del concepto a sus candidatos neutrales no sea deducible mediante un certero juicio silogístico; o dicho lo mismo con otras palabras, que su aplicabilidad o no a los candidatos neutrales no sea cognoscible por su aplicador (¡la vaguedad es justamente la antítesis de la cognoscibilidad!). Consecuentemente, es el propio aplicador quien debe determinar la aplicabilidad o no del concepto en su zona de incertidumbre. Para ello debe llenar o integrar una laguna en el supuesto de hecho normativo (laguna *intra legem*), al menos hasta donde sea necesario para poder decidir sobre su aplicabilidad o no al candidato neutral de que se trate.²⁷

Para el caso de la discrecionalidad, nos encontramos ante una serie de elementos reglados: competencia del órgano, necesidad de fundar y motivar la decisión, parámetros de decisión establecidos en la norma, pero también se encuentran los espacios propiamente discrecionales, de apreciación, sea de los hechos determinantes o de las consecuencias o efectos jurídicos. Mientras en los elementos regulados el control tiene una base objetiva, en el resto quien decide y quien revisa abandonan suelo firme y entran al terreno de las valoraciones, relativas a la efectividad del acto.

Las anteriores consideraciones nos permiten perfilar una primera conclusión: cuando se someten a control cualquiera de las cuestiones aquí presentadas, el juzgador tiende a abandonar las bases objetivas por las que puede determinarse con mayor precisión la regularidad o irregularidad de la actuación administrativas, y entra al terreno de las posturas, esto es,

²⁷ Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, nota 20, p. 199.

de elecciones en las que ambos agentes (administración y juez) se colocan funcionalmente, en condiciones de paridad. El resultado, dada la función de prevalencia de la decisión judicial, da como resultado la sustitución de una discrecionalidad por otra, una ponderación respecto de la otra, una toma de posición respecto de otra.

Lo anterior evidentemente pone en un escenario distinto la discusión acerca del control de la administración y la sujeción a la ley. ¿Hasta qué punto estamos ante una función de control de la legalidad, o bien ante una sustitución de funciones jurídicas distintas?

Planteada la cuestión, como lo dice Sánchez Morón:

Lo que sucede es, sencillamente —y las bases constitucionales de todos los sistemas democráticos de Occidente, tanto los del continente europeo e influencia francesa como los anglosajones de uno y otro lado del océano, ajenos a esa influencia originaria, abocan a parecidos resultados—, que una cosa es administrar (y gobernar), función constitucionalmente atribuida a los órganos del tradicionalmente llamado Poder Ejecutivo, para lo que se requiere en muchas ocasiones una buena dosis de discrecionalidad, y otra es la función de juzgar, que comporta el control de los aspectos estrictamente jurídicos del ejercicio de poderes discrecionales, pero no la sustitución de las decisiones administrativas discrecionales de los jueces y tribunales.²⁸

La definición de tal cuestión constitucional nos coloca ante una diversidad de opciones. En el derecho comparado se han presentado diversas opciones. Así pues, para un sistema de corte contencioso administrativo se ha caminado en la dirección de que el juez adquiera plena jurisdicción de la cual no hay espacio exentos a su control. La influencia nos llega en la ruta de España a nuestros tribunales contencioso administrativos, al menos a nivel federal, con la reciente inauguración de la plena jurisdicción al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Por otra parte, en el sistema de *judicial review* se presenta un límite al control judicial con la presencia de la llamada “deferencia” judicial que es una doctrina que establece una autorrestricción de los tribunales americanos basada en el reconocimiento de la capacidad científica y técnica de las agencias y son reacias a aplicar criterios sustantivos de control.

²⁸ Sánchez Morón, *op. cit.*, nota 17, p. 93.

La cuestión de control es el gran problema del derecho administrativo norteamericano, no exento de problemas y de debates. Dice Edley:

Una consecuencia aún más inquietante de la desilusión que produce cualquier tipo de ciencia del derecho administrativo es que los jueces dicen cada vez con más frecuencia: “nosotros, los jueces, no vamos a interferir; dejemos que el Parlamento ponga en orden a la agencia; nuestras manos están limpias”. Esta actitud, de tipo, Poncio Pilatos, de gran deferencia constituye una abdicación de cualquier papel o intervención para conseguir que el sector público tenga éxito. Y es extraño justificar una deferencia abdicativa mediante la afirmación de que el Parlamento arreglará las cosas: las amplias delegaciones de potestades (y el derecho administrativo moderno) surgieron porque todo el mundo admitía la incapacidad institucional del Parlamento para enfrentarse con los detalles. Sin embargo, la deferencia ciega es un error, como lo es la supremacía judicial incontrolada.²⁹

VI. JUZGAR NO ES ADMINISTRAR

La clásica frase “juzgar es también administrar” proveniente del derecho francés en el cual el control contencioso administrativo tiene su origen en el Consejo de Estado, y que suele suscitar simpatías por la extensión del control judicial. Debe ser objeto de un examen crítico. Uno de los riesgos que presenta su adopción acrítica es no distinguir como funciones jurídicas y constitucionales distintas las de juzgar y administrar. Estas son funciones distintas y sucesivas, no hay control sin administración, a la administración corresponde la aplicación inmediata de la ley, y en dicha función opera la autotutela. Al control corresponde la verificación de la conformidad de la actuación a la ley. Dice Bacigalupo:

Si no existe en el ordenamiento jurídico parámetro alguno para la adopción de una determinada decisión administrativa, no es posible controlarla jurídicamente, supuesto que no hay control sin parámetro. por lo tanto, si aun en ausencia de un parámetro de decisión y correlativamente, de control, un tribunal (... anula o incluso sustituye una decisión administrativa), no ejerce control en derecho de la misma. Hace algo distinto a saber: comparar la decisión adoptada por la administración con la que él mismo hubiera adoptado en el supuesto de haber sido él el órgano llamado a decidir. Eso,

²⁹ Edley, *op. cit.*, nota 3, p. 133.

sin embargo, no es controlar, sino (o volver a) decidir —aunque sea negativamente— o, lo que es equivalente, sustituir una decisión por otra.³⁰

Además de las limitaciones jurídicas que plantea el control para confundirse con la administración, importa en la decisión criterios de corrección funcional. Los órganos deben realizar las funciones para las cuales están diseñados. La regulación del tipo de decisión administrativa y judicial y sus infraestructuras técnicas y de personal son absolutamente distintas: la decisión administrativa está para enfrentar el problema social, la decisión judicial lo está para enfrentar una litis cerrada. La administración está integrada por estructuras especializadas, la judicatura para resolver problemas jurídicos.

Los planteamientos anteriores nos llevan a dibujar el escenario que en los próximos años se desarrollará el panorama del control en México. La reconfiguración de la administración pública, la ampliación de las competencias de los tribunales contencioso administrativos, así como el protagonismo del Poder Judicial plantean en perspectiva su mayor influencia en la definición de cuestiones de política pública. La mayor importancia de la decisión judicial en la definición de cuestiones relevantes para el desarrollo del país nos llevará a replantear las funciones constitucionales de la administración y la justicia y reflexionar sobre nuestro modo de entender al control de la administración en la construcción del Estado de derecho.

³⁰ Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, nota 21, p. 65.