

# Una aproximación teórica al concepto de discrecionalidad jurídica en el Derecho Administrativo

A theoretical approach to the concept  
of legal discretion in Administrative Law

*Santiago Martínez\**

\*Universidad de la República, Uruguay

smartinez@guyer.com.uy

<http://dx.doi.org/10.22235/rd.v1i15.1374>

**RESUMEN:** En este artículo buscamos analizar el concepto de discrecionalidad jurídica tal y como ha sido propuesto por la doctrina administrativista nacional, y en especial, analizar la noción de “conceptos jurídicos indeterminados” propuesta por García de Enterría. Para ello, tomaremos algunos conceptos trabajados por la Teoría del Derecho contemporánea de cara a concretar si la propuesta de García de Enterría nos proporciona alguna ventaja para explicar el funcionamiento de dichos conceptos.

**PALABRAS CLAVE:** estado de derecho, discrecionalidad jurídica, conceptos jurídicos indeterminados, derecho administrativo.

**ABSTRACT:** In this article we analyze the concept of legal discretionality as proposed by the national administrative doctrine and the notion of “undefined legal concepts” proposed by García de Enterría. We also analyze the developments of Contemporary Legal Theory to determine if Garcia de Enterría’s proposal is accurate to explain the way this concepts are used by the administrative authority.

---

Recibido: 02/03/17. Revisado: 06/03/17. Observado: 10/04/17. Aceptado: 08/5/2017

**KEY-WORDS:** rule of law, legal discretion, indeterminate legal concepts, administrative law.

**SUMARIO:** I. Introducción; II. Encuadre del tema. Actividad administrativa y estado de derecho. Actividad reglada y actividad discrecional; III. Conceptos jurídicos indeterminados en García de Enterría; IV. Discrecionalidad jurídica: entre dos concepciones; V. Algunas observaciones a la tesis de García de Enterría; VI. Conclusiones. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la Teoría del Derecho se ha visto fuertemente imbuida de consideraciones que toman como punto de partida el lenguaje en tanto vehículo para la creación normativa.

En este sentido, observamos que en la medida en que los enunciados normativos son creados a través de lenguaje, los problemas de este último (el lenguaje) terminan por irrogar serias dificultades al estudio y tratamiento de los primeros (enunciados normativos y en última instancia, al Derecho mismo).

Es por ello que cabe la precisión de Cárcova, cuando expresa que:

El lenguaje ocupa el centro de la escena intelectual desde mediados del siglo pasado; la lingüística moderna que nace con Saussure y con Pierce hace casi cien años, ha venido evolucionando constantemente a través de multiplicidad de escuelas y tendencias, cada una de las cuales ha realizado aportes que, aunque no siempre consistentes, resultaron, de todos modos, de singular importancia: Bajtin, Benveniste, Jakobson, Barthes, Todorov, Greimas, Eco, Kristeva (...)<sup>1</sup>

Ello determina a su vez que “Las actuales perspectivas teóricas no [impliquen] irracionalidad, sino otra racionalidad, al colocar en distinto marco conceptual el análisis de algunas problemáticas tradicionales [que llevan] a explotar el enorme desarrollo de la lingüística contemporánea, de la teoría del discurso, de la socio-semiótica, para el desarrollo de la iusfilosofía de nuestro tiempo”.<sup>2</sup>

Este trabajo no pretende exhaustividad en el estudio y tratamiento de asuntos que son propios de la semiótica, pero sí busca traer a colación algunos de los avances realizados

---

<sup>1</sup> Carlos M. Cárcova, “¿Hay una traducción correcta de las normas?”, en *Interpretación y argumentación jurídica* (Buenos Aires, Marcial Pons, 2011), 155 y ss.

<sup>2</sup> Cárcova, “¿Hay una...”, 155.

en esas áreas del conocimiento, para ponderar su correcta ubicación o encuadre en un tópico que ha suscitado grandes reflexiones en el campo del Derecho Administrativo.

Buscamos aproximarnos entonces al estudio de algunos tópicos (en puridad, la discrecionalidad) desarrollados por la dogmática, desde la proyección de conceptos elaborados por la teoría del derecho contemporánea.

Tal es el caso de los denominados “conceptos jurídicos indeterminados” como (v.gr.) el ‘interés público’, y la “discrecionalidad” en la toma de decisiones por parte de la Administración. En particular, este último punto ha suscitado ciertas dificultades, lo que responde, nos animamos a afirmar, a una carencia de precisión en la determinación del significado o implicancias que conlleva hablar de discrecionalidad.

Abordaremos en particular la tesis sostenida por uno de los estudiosos del Derecho Administrativo más prominentes en el mundo de habla hispana. Nos referimos a García de Enterría, profesor de Derecho Administrativo español, que ha sostenido *grosso modo* que cuando nos enfrentamos a un concepto jurídico indeterminado solo cabe adoptar una “unidad de solución justa, en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición”.<sup>3</sup>

Advertimos asimismo que la elección de este tema responde a la necesidad de **clarificar ciertos aspectos** comprometidos con la dimensión normativa de la decisión sobre la cual los operadores jurídicos deberán argumentar para determinar los posibles cursos de acción que la Administración se encuentra legitimada a adoptar en el marco de su actividad. En este sentido, este trabajo pretende ser un intento por racionalizar el proceso de toma de decisiones (y su consecuente resultado<sup>4</sup>), buscando así ponderar la incidencia de todos los elementos en juego, para lo que resulta preceptivo desprendernos de toda máxima, entelequia o construcción antojadiza, que solo colabora en el oscurecimiento de la dimensión material de los argumentos en juego.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1 (Madrid, Civitas, 2013), 501 y ss.

<sup>4</sup> El propio Aarnio expresa que “(...) las elecciones finales en el razonamiento jurídico no dependen sólo de la racionalidad del proceso de razonamiento, sino también de las evaluaciones. La elección final de las premisas (de evaluación) resulta de sopesar y equilibrar, como señaló Aleksander Peczenik”, en Manuel Atienza, Aulis Aarnio, y Francisco Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010), p. 16.

<sup>5</sup> Guibourg dice con precisión magistral: “Pasemos revista al fenómeno que es centro de nuestra actividad profesional. Hay una autoridad suprema, que para algunos es el legislador, concebido como unidad mítica por obra y gracia de la dogmática, y para otros un espíritu —divino o alguna suerte de *Wolksgeist*, poco importa para este tema— por encima de la autoridad legislativa o junto a ella, disponible para auxiliarla y suplirla. Hay una revelación, que es la ley positiva, texto cuyos libros centrales (la Constitución, el Código Civil, el Código Penal) los estudiosos tratan de memorizar en la medida de lo posible. Pero esos textos sagrados, como los bíblicos, son generales y no alcanzan para decidir todos los conflictos. Es preciso interpretarlos. **Esta augusta actividad se halla a cargo de jueces-sacerdotes que a veces creen tener contacto directo con la autoridad supralegal y otras veces —con mayor modestia— intentan escudriñar el “verdadero” sentido de la revelación legislativa.** Sea como fuere, la última instancia hace cosa juzgada,

## II.

# ENCUADRE DEL TEMA. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y ESTADO DE DERECHO. ACTIVIDAD REGLADA Y ACTIVIDAD DISCRECIONAL

## 1. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y ESTADO DE DERECHO

Dado el estado actual de avance del estudio del Derecho, y en particular, del Derecho Administrativo, es posible afirmar con carácter general y sin mayores problemas que en todo Estado de Derecho la actividad de la Administración (la actividad administrativa) se reputa “sublegal”.

La doctrina nacional ha sido tajante en cuanto a su conceptualización de la actividad administrativa como una práctica de rango sublegal. Así, nuestro máximo referente del Derecho Administrativo expresa que “La administración desarrolla siempre su actividad bajo constitución y ley”.<sup>6,7</sup> Cajarville, por su parte, argumenta que “El conocido como ‘principio de legalidad’, columna vertebral del ‘Estado de Derecho’, conforme al cual el Estado todo, y la Administración en particular, deben actuar con sometimiento a todas las ‘reglas de derecho’ integrantes del ordenamiento jurídico, es sin duda acogido por nuestra Constitución y resulta de sus disposiciones expresas”<sup>8</sup>; y Delpiazzo señala que “Superada la época de la vinculación negativa de la Administración a la ley, se asiste contemporáneamente a su vinculación positiva a todo el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual la mayor o menor intensidad de dicha vinculación permite distinguir entre actividad reglada y actividad discrecional de la Administración”.<sup>9</sup>

---

institución que no deja de recordar el dogma de la infalibilidad papal: Roma locuta, quaestio finita. Este es el paradigma del derecho en el que vivimos y desenvolvemos nuestras mejores habilidades. **El resultado práctico está lejos de ser satisfactorio. No porque sea injusto: al fin de cuentas, cada decisión judicial —cualquiera sea su contenido— deja al menos a una parte insatisfecha y dispuesta a afirmar que con ella se ha cometido una injusticia. Es pragmáticamente insatisfactorio porque, más allá de su justicia o injusticia, es cada vez más impredecible, inseguro y caótico.**” (el subrayado me pertenece), en Ricargo Guibourg “*Teólogos e Ingenieros*” (Argentina, Laleyonline, 2010), en AR/DOC/702/2010.

<sup>6</sup> Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1 (Montevideo, FCU, 2010), 416.

<sup>7</sup> Cabe precisar aquí que un análisis pormenorizado de estos conceptos impondría establecer un punto de arranque distinto. En este sentido, cabría cuestionar en primer lugar si desde un punto de vista teórico es admisible sostener tal y como hace la dogmática que la actividad administrativa es de rango sublegal. Para ello, sería pertinente trazar algunas distinciones relacionadas con el nivel de análisis propio de la dogmática y el que es empleado por la teoría, todo lo cual será pospuesto para una posterior profundización al respecto. Consultado el 1/11/2015

<sup>8</sup> Juan Pablo Cajarville, *Sobre Derecho Administrativo*, t. 2 (Montevideo, FCU, 2012), 12.

<sup>9</sup> Carlos Delpiazzo, *Derecho Administrativo General*, t. 1 (Montevideo, AMF, 2011), 264.

También Rotondo y Durán Martínez refieren a este carácter. El primero explica que “La actividad de la administración de un Estado de Derecho es ‘sublegal’: debe ajustarse a los principios de derecho, a la Constitución y a la ley, y también a los reglamentos que ella misma dicta”.<sup>10</sup> El segundo sostiene que la Administración está sujeta a la ‘regla de derecho’ y que ésta es “todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”.<sup>11</sup> Afirma también que “el administrador (...) tiene por sobre sí principios de valor y fuerza de ley y algunos principios de valor y fuerza de reglamento”.<sup>12</sup>

Por su lado, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (en adelante, el “TCA”) recogiendo algunas posiciones doctrinarias y soluciones legales, entiende que “la Administración está sometida como sujeto de Derecho que es, a todo el ordenamiento jurídico y, también, obviamente, a sus propios Reglamentos” (TCA, Sent. N° 920/2010 – 9/11/2010, entre otras).

A nivel de derecho comparado, Gordillo señala que la función administrativa está sujeta a determinados límites de tipo sustantivos y adjetivos. Entre los primeros encontramos a los “principios jurídicos superiores del orden constitucional y supraconstitucional: Razonabilidad, no desviación de poder, imparcialidad, buena fe, no autocontradicción, adecuación de medio a fin, sustento fáctico suficiente, motivación adecuada, procedimiento regular previo a la emisión del acto, etc.”. Entre los segundos a “los recursos y remedios del procedimiento administrativo (...) y las acciones y recursos del proceso judicial (...)”.<sup>13</sup>

Finalmente, García de Enterría expone que

Se forja así, frente a la anterior doctrina de la vinculación negativa, el principio de la *positive Binung*, de la vinculación positiva de la Administración por la legalidad (WINKLER), que hoy, sin necesidad de partir de los dogmas kelsenianos, y que sin perjuicio de ciertos matices o reservas, puede decirse que es ya universalmente aceptado. Esta aceptación, que recupera un viejo principio fundamental del orden político, del que los protagonistas de la Revolución Francesa fueron lúcidamente conscientes, es sentida por una parte del constitucionalismo actual como una verdadera conquista a proteger, insertándola para ello entre sus normas básicas<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Felipe Rotondo, *Manual de Derecho Administrativo* (Montevideo, S/Ed, 2014), 313.

<sup>11</sup> Augusto Durán Martínez, *Contencioso Administrativo* (Montevideo, FCU, 2015), 278 y ss.

<sup>12</sup> Augusto Durán Martínez, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo* (Montevideo, LaLeyUruguay, 2012), 95.

<sup>13</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Parte General*, t. 1 (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013), V.2.

<sup>14</sup> Eduardo García de Enterría, *Curso...*, 483.

## 2. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA REGLADA Y DISCRECIONAL

Hasta aquí la subordinación de la actividad administrativa<sup>15</sup> a las normas constitucionales, legales, a los principios, a las normas reglamentarias y a las normas que emanan de los contratos celebrados por la propia Administración (subordinación a lo que en Uruguay se denomina *regla de derecho*<sup>16</sup>).

No obstante ello, cabe destacar que si bien tal subordinación existe, los mecanismos de que disponemos para juzgar su adecuación al caso concreto varían en relación con la mayor o menor intensidad que existe entre la actividad administrativa (entendida aquí como actividad de aplicativa de dicha regla) y las soluciones normativas ‘preordenadas’ por el ordenamiento jurídico (sea que estas emanen de una Ley, Reglamento, Contrato o Principio), lo que determina, consecuentemente, que sea posible hablar de actividad reglada y actividad discrecional.<sup>17</sup>

En este sentido, Gordillo explica que “Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto”; serán discrecionales sin embargo cuando “el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera”.<sup>18</sup>

De igual forma señala Delpiazzo que la actividad de la Administración es reglada si existe una norma jurídica que determina el momento, forma y contenido de la conducta que debe ejecutarse, mientras que será discrecional toda vez que dé lugar a apreciación sobre la oportunidad o conveniencia del accionar de la Administración. En sus propias palabras, “hay discrecionalidad cuando la Administración puede decidir, según su leal saber y entender, si debe o no debe actuar y, en caso afirmativo, qué medidas adoptará”.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Todo lo cual sucede a instancia del “Principio de legalidad como técnica de atribución legal de potestades” al decir de García de Enterría, en “Curso...”, 485.

<sup>16</sup> Ley 15.524, artículo 23: “En particular y sin que ello importe una enumeración taxativa, se considerarán objeto de la acción de nulidad: a) los actos administrativos unilaterales, convencionales o de toda otra naturaleza dictados con desviación, abuso o exceso de poder, o con violación de **una regla de derecho, considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual.**” (el subrayado me pertenece).

<sup>17</sup> Delpiazzo, *Derecho...*, 264.

<sup>18</sup> Gordillo, *Tratado de...*, X.12.

<sup>19</sup> Delpiazzo, *Derecho...*, 265.

García de Enterría expone que en el caso de la actividad reglada la

Ley no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno, salvo a la constatación o verificación del supuesto mismo para contrastarlo con el tipo legal. La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo.<sup>20</sup>

En la actividad discrecional, por el contrario, se observa la “inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular”.<sup>21</sup>

Advertimos finalmente que la discrecionalidad comprendida como **libertad de apreciación por parte de la Administración** (libertad enmarcada en ciertos estándares) no necesariamente supone algo negativo. Por el contrario, estimamos junto con Artecona y siguiendo a García de Enterría que “La existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano: este no puede ser reducido a una pura ‘nomocracia’ objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas, contra lo que en su tiempo esperó la entelequia social y política de la Ilustración (...)”.<sup>22</sup> Se trata en todo caso de enmarcar los límites de su actuación, de encontrar esos parámetros más o menos sólidos a que hacíamos referencia más arriba.<sup>23</sup>

Todo cuanto viene de decirse interesa en la medida en que apunta a precisar qué entendemos por ‘discrecionalidad’ en el ejercicio de actividad administrativa.

En este contexto, hablar de actividad discrecional es lo mismo que hablar de libertad de apreciación de la Administración. Encontraremos pues disposiciones normativas que no determinan a cabalidad el modo y momento en que la Administración debe actuar, quedando a juicio de ésta la apreciación de la “adecuación del contenido dispositivo al supuesto y su idoneidad al fin, así como la coherencia entre supuesto de hecho y fin perseguido”.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> García de Enterría, *Curso...*, 498.

<sup>21</sup> García de Enterría, *Curso...*, 498.

<sup>22</sup> Daniel Artecona, “Discrecionalidad y desviación de poder. Necesidad y conveniencia de la consagración legal de potestades discrecionales a favor de la Administración”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 30 (2011): 45 .

<sup>23</sup> En igual sentido, ver: Grethel Arias Gayoso, “A vueltas con la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho*, N° 5 (2010): 11 y ss.

<sup>24</sup> Cajarville, *Sobre...*, 51, y también Artecona, “Discrecionalidad...”, 45. Este último dice: “La Administración (...) no puede ni debe estar constreñida de tal modo en su accionar que su acción constituya simplemente mecánica o automática aplicación de soluciones adoptadas en forma plena y completa por las normas superiores: estas normas suelen asegurarle – y es bueno que así sea – un cierto margen de libertad de acción, de modo que pueda escoger u optar entre un conjunto de medios cuál en cada caso es el más oportuno o más adecuado para el logro del fin. Es el fin que debe estar





## CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN GARCÍA DE ENTERRÍA

Para un sector muy importante de la doctrina administrativista española, encabezado por García de Enterría y Fernández, a partir de la Constitución de 1978 española ya no es posible concebir la existencia de actividad administrativa inmune al control judicial<sup>25</sup>. Es en este contexto que se buscó reducir el ámbito de las potestades discrecionales con que cuenta la Administración, lo que condujo a estos autores a adoptar la tesis alemana de los conceptos jurídicos indeterminados.

En este derrotero, García de Enterría precisa que cuando se trata de evaluar la concordancia de la actividad administrativa con la regla de derecho, los conceptos jurídicos indeterminados juegan un papel muy distinto al de la discrecionalidad.

En efecto, afirma que a fin de determinar con precisión el ámbito de la libertad que comporta la discrecionalidad, resulta fundamental distinguir a ésta del supuesto de los conceptos jurídicos indeterminados. Aduce que la confusión entre ambos conceptos ('técnicas') constituyó históricamente un grave peso que solo recientemente y gracias a los desarrollos de la doctrina alemana, ha venido a ser subsanado.

En concreto, entiende que a través del concepto jurídico indeterminado

(...) la Ley refiere a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. (...) La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación.<sup>26</sup>

Expresa también que, en estos casos, la ley emplea conceptos de experiencia o de valor, y que su utilización responde al hecho de que las realidades contempladas por esas normas no admiten otro tipo de regulación más detallada. "Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales

---

determinado, pero en la elección de los medios para lograrlo la Administración puede tener un margen más o menos amplio de libertad de acción."

<sup>25</sup> Juan Carlos Cassagne, "La Discrecionalidad Administrativa", en <http://www.cassagne.com.ar>. Consultado el 1/11/2015.

<sup>26</sup> García de Enterría, *Curso...*, 502.

conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay (...).<sup>27</sup>

Asimismo afirma que lo esencial de los conceptos jurídicos indeterminados es que **su indeterminación no se traduce en una indeterminación de la aplicación**, puesto que estos “permiten una ‘unidad de solución justa’ en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición”.<sup>28</sup>

Y argumenta que lo propio de “todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación solo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho”.<sup>29</sup>

El concepto jurídico indeterminado posee una estructura muy particular que se compone de: a) un núcleo o zona de certeza; b) una zona de incertidumbre o ‘halo conceptual’; y c) una zona de certeza negativa, que comprende situaciones claramente excluidas del supuesto contemplado en la norma.

La distinción entre ambos supuestos es capital, por cuanto

Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite. Esta valoración parte de una situación de hecho determinada, la que la prueba le ofrece, pero su estimación jurídica la hace desde el concepto legal y es, por tanto, una aplicación de la Ley. En cambio, el juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, puesto que, sea ésta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa (y con respeto de los demás límites generales que veremos), es necesariamente justa (como lo sería igualmente la solución contraria).<sup>30</sup>

Finalmente, y en cuanto tiene que ver con este punto, nos interesa especialmente destacar que el autor de referencia **no suscribe** en ningún momento la idea de que cuando estamos ante un concepto jurídico indeterminado es una sola y única la conducta capaz de merecer, entre todas las posibles, la calificación a la que el concepto apunta. **“Lo que quiere decir exactamente es que en un caso dado, la concreta conducta objeto de enjuiciamiento o es de buena fe o no lo es, lo que remite a una apreciación por juicios disyuntivos,**

<sup>27</sup> García de Enterría, *Curso ...*, 502.

<sup>28</sup> García de Enterría, *Curso ...*, 502.

<sup>29</sup> García de Enterría, *Curso ...*, 504.

<sup>30</sup> García de Enterría, *Curso ...*, 504.

en la expresiva fórmula alemana, ya que no puede ser las dos cosas al mismo tiempo, como es evidente” (el subrayado me pertenece).<sup>31</sup>

Empero, y conforme se verá, esto no quita el problema de determinar el alcance del concepto cuando estamos a las claras en su zona de incertidumbre o ‘halo conceptual’.

## IV.

### DISCRECIONALIDAD JURÍDICA: ENTRE DOS CONCEPCIONES

El lugar que ocupa la discrecionalidad en el Derecho es uno de los tópicos más debatidos de las últimas décadas. Algunos autores que se desempeñan en el campo de la teoría jurídica han dedica grandes esfuerzos a dilucidar cual es el quid o punto de inflexión que estos traen aparejado.

No obstante, tanta literatura en torno a este punto no ha asegurado una utilización unívoca del término, sino muy por el contrario. Sus distintas propiedades han dado lugar a distintas concepciones que no siempre son lo suficientemente explicadas de manera que sea posible distinguir a qué se está refiriendo cada autor cuando emplea el término ‘discrecional’ o ‘discrecionalidad’.

En este sentido, Lifante<sup>32</sup> apunta con acierto que,

(...) la discrecionalidad jurídica es uno de los conceptos que mayor atención e interés despierta entre los juristas, a pesar de ser, o precisamente por ello, un concepto especialmente complejo (...). (...) análisis han sido desarrollados de un modo que podríamos calificar como ‘unilateral’: o bien desde la perspectiva de la discrecionalidad judicial, o bien desde la perspectiva de la discrecionalidad administrativa, y ello aunque en muchos casos parece darse por sentado que se trata de un fenómeno unitario. Conviene notar que los intereses perseguidos desde cada una de esas perspectivas son además claramente distintos. En el ámbito de la actividad administrativa las discusiones se han planteado respecto a la cuestión de si cabe o no el control jurisdiccional de los actos discrecionales de la administración (...). Sin embargo, en el ámbito de la función jurisdiccional, las discusiones son en algún sentido más elementales o básicas, pues se trata de determinar si existe o no discrecionalidad judicial, discusión que supone plantearse en qué consiste la discrecionalidad.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> García de Enterría, *Curso ...*, 502.

<sup>32</sup> Entre los autores de teoría del derecho en la esfera internacional, esta autora destaca por su especial dedicación al estudio del tema objeto de este artículo. A tal punto su compromiso con este tópico, que su tesis doctoral versó sobre el lugar de la interpretación en la teoría del derecho contemporánea, con especial énfasis en la indeterminación normativa. Es por ello que cualquier trabajo que pretenda exhaustividad en este punto, tiene en Isabel Lifante una referencia obligada.

<sup>33</sup> Isabel Lifante, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Doxa*, N° 25, extraído de <http://www.cervantesvirtual.com>. Consultado el 1/11/2015.

En mérito a ello es que hemos decidido dedicar este apartado a delinear algunas categorías conceptuales básicas que nos permitan comprender mayormente a qué refiere García de Enterría cuando expresa que la Administración tiene discrecionalidad para decidir en algunos casos, pero no así cuando se enfrenta a conceptos jurídicos indeterminados.

Para lograr este cometido, una buena estrategia puede consistir en emplear la distinción que suele hacerse entre concepto y concepción; es decir, entre una noción muy amplia –un concepto– que se caracteriza por una serie de propiedades que deberían estar presente siempre que tenga sentido hablar de discrecionalidad, e interpretaciones distintas –concepciones– de esos mismos elementos. Lograremos de esta forma obtener cierta cuota de unidad entre tanta diversidad de criterios.<sup>34</sup>

En esta línea y a modo de primera aproximación, desde un plano puramente conceptual nos es posible advertir que cuando los distintos autores de Derecho Administrativo refieren a la discrecionalidad, siempre está presente la existencia de un elemento: cierto margen de libertad en la toma de decisiones. Este margen se produce, ya sea como consecuencia de la indeterminación del Derecho (es el caso de los conceptos jurídicos indeterminados), o como consecuencia de una suerte de delegación de poder de decisión (es el caso de la discrecionalidad en el sentido propuesto por García de Enterría).

En ambos casos es posible sostener, como más adelante explicaremos, que existe indeterminación normativa. Empero, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados esta indeterminación se podría denominar “relativa”, mientras que en el segundo supuesto la indeterminación se reputa “radical”.

Si bien no es lo usual, este lugar común (la indeterminación) ha sido objeto de consideración por algunos autores de la dogmática nacional. Delpiazzo constituye un claro ejemplo de ello cuando explica someramente que “En el orden existencial, la partición absoluta entre actividad reglada y actividad discrecional es teórica ya que normalmente las atribuciones conferidas a un órgano no son totalmente regladas ni totalmente discrecionales. En la realidad, no hay actividad absolutamente reglada ni absolutamente discrecional, sino que siempre hay algo formado y algo que queda librado a la apreciación del funcionario actuante”.<sup>35</sup>

En un provechoso trabajo publicado en la revista *Doxa*, Lifante, luego de repasar la profusa literatura que hay sobre el punto, concluye en que hay tres nociones que subyacen a toda explicación del concepto de discrecionalidad. Estas nociones no son otras que las de

---

<sup>34</sup> Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica* (Madrid Trotta, 2014), 109.

<sup>35</sup> Delpiazzo, *Derecho...*, 266.

libertad, indeterminación del Derecho y poder. A su vez, un análisis pormenorizado de cada una de éstas le permite concluir en que a menudo cuando hablamos de discrecionalidad jurídica, estamos haciendo referencia a dos fenómenos muy distintos. Tan heterogéneos dice, que “ni siquiera resultan predicables de los mismos objetos, ni detectables desde la misma perspectiva”.<sup>36</sup>

**I.** El primero de estos fenómenos refiere a la discrecionalidad conformada por la presencia de una libertad negativa, entendida como

(...) permiso o ausencia de impedimentos para elegir entre distintas alternativas, el origen de esta discrecionalidad viene dado por la indeterminación del Derecho, entendida como un problema en la subsunción de un caso en el supuesto de hecho de una norma (...) las referencias a la idea de poder vendrían a señalar aquí únicamente que el órgano que actúa ‘discrecionalmente’ es el que tiene la capacidad o competencia formal para adoptar la decisión.

A esta concepción de la discrecionalidad la denominará “discrecionalidad-1”.<sup>37</sup>

**II.** La segunda concepción de la discrecionalidad es aquella en que ese denominador común que es la **libertad** se revela más próximo a la idea de libertad positiva (es el sujeto decisor el responsable de determinar qué curso de acción emprender), “con la indeterminación del Derecho entendida como la cualidad de no haber sido fijada con la norma cuál sea la conducta a seguir y con el poder en el sentido que incluye la posibilidad de introducir nuevas evaluaciones de intereses”. A esta concepción la denominará “discrecionalidad-2”.<sup>38</sup>

El siguiente cuadro que hemos tomado de su trabajo permite comprender con mayor claridad los elementos que estructuran cada concepción:

	<b>DISCRECIONALIDAD (I)</b>	<b>DISCRECIONALIDAD (II)</b>
<b>LIBERTAD</b>	Libertad negativa (permiso)	Libertad positiva (responsabilidad)
<b>INDETERMINACIÓN</b>	Problema de subsunción	Cualidad de no haber sido fijado (delegación)
<b>PODER</b>	Competencia formal	Introducción nuevas evaluaciones de intereses

<sup>36</sup> Lifante, *Dos conceptos...*, 430.

<sup>37</sup> Lifante, *Dos conceptos...*, 430.

<sup>38</sup> Lifante, *Dos conceptos...*, 430.

En otras palabras, la autora citada explica que la indeterminación del Derecho se puede visualizar en dos sentidos, dando lugar así a la utilización del término discrecionalidad de dos formas que corresponde diferenciar.

El primero de estos sentidos refiere al caso de la aplicación del Derecho. Con base en las enseñanzas de Hart explica que en “la operación subsunción de hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales, se produce inevitablemente la dualidad entre un núcleo de certeza y una zona de penumbra, donde la aplicabilidad de la norma estaría indeterminada”.<sup>39</sup> La indeterminación se plantea entonces en este caso, al momento de establecer las condiciones de aplicación de una norma a un caso concreto, ya sea que se trate de un caso individual o de uno genérico. En este caso se suscitan los problemas semánticos propios del lenguaje empleado por las normas, entre otros. Resolver este tipo concreto de indeterminación, explica Lifante, exige realizar una tarea de calificación de un determinado estado de cosas (state of affairs) “de acuerdo con el Derecho existente y esta tarea estará por tanto orientada hacia el pasado”.

En este supuesto nos encontramos toda vez que estamos en presencia de un caso difícil o ante lagunas normativas. Aquí deberá desarrollarse una actividad de tipo interpretativa de las normas. Es este el caso también de las normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados. Vaya si estamos ante un caso difícil toda vez que un enunciado normativo contiene conceptos jurídicos indeterminados. Estos conceptos se caracterizan por carecer de una “periferia de penumbra”. Se trata pues de conceptos centralmente vagos, que no contienen un núcleo de claridad, sino que “prácticamente todo en ellos es periferia de penumbra”.<sup>40</sup> Esto dificulta enormemente la tarea de la Administración y los aplicadores al momento de precisar el alcance de la disposición normativa en relación a un caso concreto.

El segundo de los sentidos que mencionábamos más arriba alude no ya a la instancia de aplicación del Derecho donde es importante determinar si una norma resulta aplicable o no a un supuesto determinado, sino a la “cualidad de ciertas normas que no fijan de antemano la conducta a realizar (y que funcionarían como una delegación de un poder de decisión)”. Este tipo de indeterminación no se interesa por la aplicabilidad de una norma a un caso concreto, sino que se trata en todo caso de la propia norma que evita determinar qué conducta se debe desarrollar en los casos por ella abarcados. Justamente lo que se busca es no predeterminar la conducta, esto es, no especificar qué conducta deberá desplegar el destina-

<sup>39</sup> Isabel Lifante, “Poderes Discrecionales”, en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 2 (2012): 142.

<sup>40</sup> Isabel Lifante, “La interpretación en la teoría del derecho contemporánea”, Trabajo de Investigación presentado por la autora para la colación del grado de Doctor en Derecho, bajo la dirección de los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, disponible en <http://rua.ua.es/dspace>. Consultado el 1/11/2015, p. 318.

tario de la norma, sino delegar en éste (la Administración en nuestro caso) la potestad de establecer qué conducta es la más adecuada para conseguir el fin que la propia norma persigue.

Lo que caracteriza a los poderes discrecionales frente al resto de poderes que pueden poseer las autoridades jurídicas (y a los que suele llamarse poderes ‘reglados’) no sería el no estar regulados jurídicamente, sino el que su regulación vendría dada por un típico específico de normas jurídicas: las normas de fin.<sup>41</sup>

Este segundo caso de gran interés para la doctrina administrativista, se enmarca en los márgenes a que dan lugar las normas de fin, es decir, las normas que operan como “mandatos de optimización”. Éstas obligan a adoptar el medio considerado como óptimo en las circunstancias del caso, para maximizar el fin previsto. Esto es justamente lo que expresa Artecona cuando dice que “la discrecionalidad es un fenómeno jurídico: emana de las normas constitucionales y legales (como una necesidad inherente al debido ejercicio de la función administrativa) y tiene los límites que las propias normas (y los principios de derecho, siempre presentes) le fijan”.<sup>42</sup>

Señala Lifante que aquí no se busca ya conseguir el máximo de algo, sino que se trata de buscar la mayor optimización de los recursos disponibles para la consecución de ese “algo”. “La norma no determina de antemano cuál es la acción (o las acciones) a realizar, sino que dicha determinación ha de ser llevada a cabo por el sujeto destinatario de la norma, quien, a la luz de las circunstancias del caso, deberá adoptar la decisión que considere óptima a efectos de conseguir o maximizar el fin perseguido”.<sup>43</sup>

De todo ello entonces, corresponde concluir muy brevemente que al hablar de discrecionalidad, a menudo se tratan como iguales dos fenómenos que no lo son. Uno refiere a la instancia de aplicación normativa y se suscita como consecuencia de una **indeterminación relativa** del Derecho (de su textura abierta). El otro, por su parte, refiere a lo que la autora denomina **indeterminación radical** y opera cuando la norma no prevé los cursos de acción que corresponde adoptar en relación con el supuesto de hecho por ella regulado, debiendo el operador (en nuestro caso la Administración) precisar qué curso de acción corresponde tomar, siempre que con ello tienda al logro del fin debido; a la maximización del fin contemplado en la norma.

---

<sup>41</sup> Lifante, “Poderes...”, 142.

<sup>42</sup> Artecona, “Discrecionalidad...”, 46.

<sup>43</sup> Lifante, “Poderes...”, 143.

## V.

### ALGUNAS OBSERVACIONES A LA TESIS DE GARCÍA DE ENTERRÍA

A la luz de lo antedicho corresponde precisar algunos conceptos vertidos por García de Enterría al momento de explicar la forma en que estos conceptos deben ser entendidos.

El autor explica, en un intento por diferenciar la discrecionalidad de los conceptos jurídicos indeterminados, que en un caso la Administración cuenta con libertad para decidir entre varios cursos de acción, mientras que en el otro tales alternativas no existen. Expone que cuando nos enfrentamos a los conceptos jurídicos indeterminados solo corresponde precisar su alcance a partir del núcleo de certeza de la disposición normativa que los contiene.

Si bien estos conceptos, dice, llevan a la Administración a colocarse una zona de penumbra o halo conceptual al momento en que tiene que determinar la aplicación de la norma, en su concepción, **siempre** es posible determinar una única solución al caso (a la que se arriba por juicios disyuntivos). Tal solución viene dada por la posibilidad de desentrañar el sentido de esa disposición. Ello no sucede con la discrecionalidad, puesto que en este caso la Administración cuenta con varios cursos de acción, todos igualmente válidos a la los ojos del Derecho.

Sobre los conceptos jurídicos indeterminados señala que si bien la doctrina alemana reconoce en el halo conceptual un ‘margen de apreciación’ en favor de la Administración,

Tal margen de apreciación no da entrada, sin embargo, a la libre voluntad de la Administración (...); expresa sólo un ámbito puramente cognoscitivo e interpretativo de la Ley en su aplicación a los hechos y supone reconocer la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa y, todo lo más, el otorgamiento de la Administración del beneficio de la duda.<sup>44</sup>

Pues bien, dado que ya hemos explicitado ciertas bases conceptuales, nos encontramos en condiciones de realizar algunas observaciones a la tesis que estudiamos.

Como primera observación, apuntamos que la distinción realizada por García de Enterría resulta acertada si tenemos presente que el estudio de la potestad discrecional se enmarca en una concepción distinta a la que utilizamos cuando referimos a la indeterminación propia del lenguaje normativo.

---

<sup>44</sup> García de Enterría, *Curso ...*, 506.



Hasta aquí, es cierto que los conceptos jurídicos indeterminados son evaluados en relación con la concepción que hemos explayado en el punto (I), que Lifante denomina ‘discrecionalidad-1’, mientras que la discrecionalidad en sentido estricto es estudiada según la óptica expuesta en el punto (II), relativa a la ‘discrecionalidad-2’.

Y si bien en ambos supuestos existe indeterminación normativa, ésta última parece aparejar distintas consecuencias en uno y otro caso, por lo que se vuelve acertado desde el punto de vista conceptual distinguir las dos concepciones.

No obstante lo anterior, especial mención merece la distinción que realiza el autor en cuanto a la aplicación ‘todo o nada’ (Alexy) de aquellas normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados, en tanto reglas. Esta diferenciación, entendemos, si bien puede resultar novedosa en el ámbito dogmático, no aporta elementos que permitan esclarecer el problema a estudio. Desde que la norma que contiene una indeterminación desde el punto de vista semántico no determina que la solución adoptada (de aplicación ‘todo o nada’) sea la única solución, **la solución correcta o la más adecuada al caso concreto**, la tesis de García de Enterría deja de suponer una mirada novedosa.

Ello, en tanto y en cuanto si bien es cierto que la presencia de un concepto jurídico indeterminado **no supone** la existencia de discrecionalidad<sup>45</sup> (no al menos si ésta es entendida según se propone en el punto (II)), en los hechos, la Administración igualmente goza de cierto margen de ‘libertad’ para interpretar la disposición normativa, lo que se traduce en su propia adecuación de ese concepto al caso concreto. La zona intermedia o halo conceptual no nos nutre de los elementos necesarios para deducir de allí una única respuesta, por más que una vez precisada en el caso concreto, esta sea de aplicación ‘todo o nada’. Tampoco estos elementos son proporcionados por el núcleo de certeza. Es justamente por encontrarnos fuera de éste que se suscitan los problemas interpretativos.

El concepto de Interés Público, como ejemplo de concepto jurídico indeterminado, admite diversas formas de concreción. Un enunciado normativo que contenga este término<sup>46</sup> será de aplicación ‘todo o nada’, es decir, resultará aplicable o no, pero una vez que hayamos determinado con anterioridad que la conducta desplegada o a desplegar por la

---

<sup>45</sup> Y por tanto sí es posible controlar el juicio de subsunción efectuado por la Administración, a diferencia del caso de la discrecionalidad donde “el control jurisdiccional debe funcionar siempre en relación a la legitimidad de la acción administrativa, nunca al mérito, conveniencia u oportunidad. Es muy riesgoso para el Estado de Derecho que el control jurisdiccional de legitimidad sea débil o ineficiente; pero también es muy riesgoso que los jueces incursionen en lo que constituye apreciación exclusiva de la Administración”, Artecona, “Discrecionalidad...”, 46.

<sup>46</sup> Un claro ejemplo lo constituye el artículo 31 de la Ley 19.126 (Ley de Minería de Gran Porte) que dice: “(Renegociación de los contratos).- Cualquiera de las partes podrá requerir a la otra la renegociación del contrato cuando ocurra alguna de las siguientes hipótesis: A) Cuando la Administración Pública contratante modifique, **por razones de interés público**, los parámetros de costos y beneficios previstos al contratar y se cumplan todos los siguientes requisitos (...).”.

Administración en cumplimiento de esa norma, responde (o no) al concepto interés público. Y **en** esta fase o etapa previa, la Administración sí cuenta con cierto margen para precisar el alcance del concepto. En este sentido, cuando García de Enterría distingue ambos supuestos, expresa que en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, “por muy difusos que puedan ser los límites de un concepto hay siempre un criterio para saber hasta dónde llegan esos límites y ese criterio lo proporciona el propio núcleo, ‘porque el concepto llega hasta donde ilumina el resplandor de su núcleo’”.<sup>47</sup>

Esta posición no nos resulta aceptable, por cuanto parece suscribir en materia de interpretación la tesis cognoscitivista y ésta, *grosso modo*, se erige en base a la consideración de que interpretar una formulación normativa supone, en cualquier caso, detectar su verdadero significado.<sup>48</sup>

Autores como Guibourg, entre otros, han puesto en tela de juicio que el proceso interpretativo pueda considerarse como una tarea de simple detección, argumentando en todo caso que,

Una expresión lingüística es apenas un conjunto de ruidos, o de trazos o de otros fenómenos al que asignamos algún significado. Y, puesto que tal asignación es convencional, no puede afirmarse que determinado significado sea más apropiado que otro, a menos que con ello hagamos referencia a alguna práctica lingüística más o menos extendida en cierto grupo hablante.<sup>49</sup>

Pero aún si adoptásemos una postura ecléctica como lo es la de Hart<sup>50</sup>, cuando nos encontramos **fuera** del núcleo de certeza de la norma -situación a la que nos vemos enfrentados toda vez que estamos ante un concepto jurídico indeterminado-, tampoco poseemos elementos que admitan una determinación pormenorizada o en detalle de todos los supuestos en que la norma resulta aplicable. Por ello, la postura de García de Enterría en torno a este punto si bien resulta atractiva, a poco que empecemos a profundizar en ella vemos que presume de cierta sofisticación, pero en esencia, tampoco puede eliminar ese margen de decisión de la Administración para asignar significado a las disposiciones normativas que interpreta y aplica.

La praxis jurisprudencial confirma la tesis que sostenemos. En efecto, conforme su configuración actual, tampoco resulta de recibo este curso de argumentación que propone

<sup>47</sup> García de Enterría, *Curso ...*, 507.

<sup>48</sup> Daniel Mendonca, *Las claves del Derecho*, (Barcelona, Gedisa, 2008), p. 152 y ss.

<sup>49</sup> Ricardo Guibourg, “La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico”, *Interpretación y argumentación jurídica* (Buenos Aires, Marcial Pons, 2011), 227.

<sup>50</sup> Herbert Hart, *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963).

García de Enterría para el TCA. En sentencia N° 657 del 12 de noviembre de 2013 éste expresó:

(...) a juicio de la Sala, corresponde señalar en primer lugar que, la concepción contenida en el artículo 4 del C.T., acerca de la interpretación de las normas jurídicas, es absolutamente ancestral. Y, ello por cuanto, detrás de la idea de que el intérprete debe hallar el “verdadero significado” de una norma, se encuentra la idea de que los materiales normativos tienen una única interpretación correcta, que el intérprete debe develar, acudiendo a alguno de los métodos que proporciona la “ciencia jurídica”. Sería algo así como “desentrañar el significado de la norma”. Sin embargo, los desarrollos de la Teoría del Derecho de la segunda mitad del Siglo XX demostraron que esa idea es insostenible, puesto que el lenguaje coloquial o no formalizado en que se expresan las proposiciones normativas no permite sostener que la interpretación implique algo así como desentrañar o hallar significados insertos en las disposiciones normativas. Cuestiones como la textura abierta del lenguaje o los problemas de vaguedad o ambigüedad de los lenguajes no formalizados en que se expresan las normas, impiden hablar de una única interpretación correcta ante un diferendo interpretativo. En efecto; hoy en día resulta claro que interpretar, más que “desentrañar significados”, consiste en atribuir o estipular un significado que puede adscribirse a una disposición normativa. Y, en esa labor, pueden surgir dudas o dificultades, de manera que sean posibles distintas interpretaciones de una misma norma.

Lo que aquí señalamos si bien puede parecer un tanto abstracto y quizá alejado del tema que estudiamos, interesa en la medida en que comporta un punto de arranque muy distinto al que propone García de Enterría.

En efecto, si asumimos que interpretar normas (especialmente las que contienen conceptos jurídicos indeterminados) supone siempre la asignación de un significado, y reparamos entonces en que aun ante una **indeterminación radical** (delegación de potestad de decisión, ‘discrecionalidad–2’–) la Administración cuenta con cierto margen de decisión en esta **zona de penumbra**, más vale concluir que la distinción formulada por el autor de referencia enerva en cierta forma su utilidad práctica.

Su intento por relativizar la problemática que aqueja al aplicador de enunciados normativos vagos (tal es el caso de los conceptos jurídicos indeterminados) se manifiesta en su afán por afirmar que en estos casos la Administración no cuenta con poderes discrecionales sino que debe aplicar la norma conforme las pautas que surgen de su núcleo de certeza. Ello termina por significar en todo caso un gran riesgo, en la medida que supone dejar a un lado la consideración de este tipo de indeterminación normativa (indeterminación relativa). El núcleo de certeza puede configurar la manifestación más clara de la justificación de norma; eso no lo discutimos. Pero ello no implica en ningún momento que éste nos proporcione

los elementos que necesitamos para superar los problemas de interpretación en los casos difíciles.

Por otra parte, es cierto que la actuación de la Administración a través de potestades discretionales no puede ser controlada más que en relación con la legitimidad de la acción<sup>51</sup>; pero también es cierto que cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados, la presencia de esas reglas de fin, o mandatos de optimización –tal es la naturaleza de los principios–, comporta un estándar que sirve para juzgar el proceso de subsunción que realiza la Administración. No se advierte entonces desde ésta óptica qué diferencia existe entre uno y otro supuesto.

La Administración debe siempre ajustar su accionar (sea en el ámbito de la discrecionalidad, sea en el de la interpretación normativa) al común standard de razonabilidad. Debe además explicar la motivación fáctica y técnica de sus actos, de manera que sea posible ejercitar un contralor de su comportamiento.

Es llamativo advertir que pese a su importancia teorico-práctica, la dogmática nacional ha omitido pronunciarse con solidez sobre la argumentación jurídica en cuanto vehículo para determinar la legitimidad de la solución adoptada. En el campo de la teoría, nadie discute hoy en día que ésta ocupa un centro de especial atención. No es posible desconocer que la dogmática jurídica y los operadores del derecho –aunque no siempre lo expliciten como sería debido–, asumen la obligatoriedad de fundamentar sus decisiones, constituyendo este un elemento de especial relevancia a la hora de adoptar decisiones<sup>52</sup>.

La presencia de esas reglas de fin entonces –los principios–, se revela como un factor determinante. A ello se refiere justamente la doctrina administrativista nacional cuando alude a la función informadora que cumplen los principios. En forma bastante más radical, el propio García de Enterría explica que

(...) es por demás absolutamente evidente, por de pronto, que la elección del criterio interpretativo, que es un prius lógico para poder abordar la comprensión de un texto (supuesta la diversidad de estos criterios : gramatical, lógico, sistemático, histórico, comparativo, doctrinal jurisprudencial, analógico, o bien con alcance restrictivo, estricto, ampliatorio, absoluto o relativo, etc.), no puede hacerla el juez—como acabamos de ver en el párrafo anterior—sin acudir a los principios

---

<sup>51</sup> Esto supone una tarea previa que estriba en precisar el alcance de los estándares o reglas de fin que la regula, lo que a su vez plantea ciertas dificultades que escapan al análisis realizado en este trabajo. Sobre el control de legitimidad ver: Augusto Durán Martínez, “Control jurisdiccional de la Discrecionalidad Administrativa”, en *LaLeyOnline*, UY/DOC/93/2014.

<sup>52</sup> Rodolfo Vigo, *Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, (Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2015), 88-92.

generales (20), que son los únicos instrumentos disponibles para dar sentido (21) a las instituciones y para articular éstas en el sistema general del ordenamiento (22).<sup>53</sup>

Tampoco faltan ejemplos jurisprudenciales donde observar la utilización de los principios como criterio de corrección de la interpretación realizada por la Administración. Ejemplo de ello son las Sentencias N° 499 del 27 de agosto de 2013, N° 137 del 13 de febrero de 2015, entre otras.

En suma pues, en su lugar, parece mejor alternativa coincidir con Aartecona cuando dice que

(...) si bien en términos teóricos me resulta entendible la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, en la aplicación práctica no advierto que esa categoría conceptual sea necesaria: el standard de razonabilidad (por un lado) y la necesaria motivación fáctica y técnica de los actos administrativos (por otro lado), parecen suficientes para aventar el peligro de actuaciones arbitrarias (...).<sup>54</sup>

## VI.

### CONCLUSIONES

De las consideraciones que hemos realizado entendemos del caso concluir:

**A.** A poco que nos adentremos a estudiar el tópico de la discrecionalidad jurídica advertimos con Lifante que éste impone considerar dos tipos distintos de indeterminación normativa.

**i.** Una es la indeterminación del Derecho, o indeterminación relativa, y se caracteriza por referir a la **subsunción de hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales**. Se produce como consecuencia de la existencia de una zona de penumbra en la norma, donde determinar las condiciones de aplicabilidad de ésta comporta ciertas dificultades causadas por problemas semánticos, contradicciones, etc. Este tipo de problema es al que nos vemos enfrentados toda vez

---

<sup>53</sup> Eduardo García de Enterría, "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo", 195, disponible en [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112894.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112894.pdf). Consultado el 1/11/2015. En su *Curso de Derecho Administrativo* el autor parece adoptar una postura distinta a la que emplea en este trabajo en cuanto tiene que ver con la interpretación normativa. No obstante, la cita que extraemos en la página 15 del presente, no parece coincidir con su postura, según se ve reflejada en este artículo.

<sup>54</sup> Artecona, "Discrecionalidad...", 47.

que estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado como elemento integrante del enunciado normativo. Se requiere aquí una actividad interpretativa del Derecho.

**ii.** La otra es una indeterminación que se relaciona con los denominados poderes discrecionales. Refiere a la cualidad que tienen ciertas normas de evitar, adrede, la fijación de antemano de las conductas a realizar (funcionarían como una suerte de delegación de un poder de decisión). Esta indeterminación, explica Lifante, no se relaciona con la aplicación de una norma a un caso concreto, sino que

(...) es la propia norma la que no determina cuál sea la conducta a realizar en los casos a los que ella misma se refiere. Esta conducta no pretende estar, por tanto, determinada de antemano en la norma, sino que será el destinatario el que a la luz de las circunstancias del caso concreto tendrá que establecer cuál sea la conducta más adecuada para conseguir el fin perseguido por la norma<sup>55</sup>.

Lo que caracteriza a este tipo de indeterminación es que la actividad a realizar por la Administración no se encuentra regulada desde el punto de vista jurídico por reglas de acción, sino mediante reglas de fin, esto es, mandatos de optimización.

A este tipo de indeterminación refiere García de Enterría cuando habla de discrecionalidad y la distingue del caso de los conceptos jurídicos indeterminados.

**B.** Contrariamente a lo que entiende García de Enterría, los conceptos jurídicos indeterminados sí comportan una franja o espacio que da lugar a valoraciones de parte de la Administración. Estas valoraciones van de la mano de la indeterminación que es propia del lenguaje, y a menudo se ve afectada por la presencia de problemas semánticos, entre otros. La Administración tiene entonces en estos casos un margen de libertad para interpretar el enunciado normativo, debiendo atribuir significado.

**C.** Creemos que aun en esta segunda hipótesis la operación de subsunción que realiza la Administración es pasible de ser ‘controlada’ mediante la ponderación de las reglas de fin que tutelan su actuación y que en definitiva impregnan la regla de rango legal<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Lifante, “Poderes...”, 142.

<sup>56</sup> Esto es lo que algunos autores han dado en llamar el fenómeno de la impregnación o irradiación. Por todos, ver Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta, 2009): 147.

D. Esto último torna pertinente la observación de Artecona cuando expone que “el standard de razonabilidad (por un lado) y la necesaria motivación fáctica y técnica de los actos administrativos (por otro lado), parecen suficientes para aventar el peligro de actuaciones arbitrarias”.

---

Para citar este artículo: Martínez, Santiago, “Una aproximación teórica al concepto de discrecionalidad jurídica en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Derecho* 15 (I-2017), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 89-112.

---

---

## BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Arias Gayoso, Grethel., “A vueltas con la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho*, N° 5, (2010).
- Artecona, Daniel, “Discrecionalidad y desviación de poder. Necesidad y conveniencia de la consagración legal de potestades discrecionales a favor de la Administración”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 30, (2011).
- Atienza, Manuel, Aarnio, Aulis, y Laporta, Francisco, *Bases teóricas de la interpretación jurídica* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010).
- Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica* (Madrid, Trotta, 2014).
- Cajarville, Juan Pablo, *Sobre Derecho Administrativo*, t. 2 (Montevideo, FCU, 2012).
- Cárcova, Carlos María, “¿Hay una traducción correcta de las normas?”, *Interpretación y argumentación jurídica* (Buenos Aires, Marcial Pons, 2011).
- Cassagne, Juan Carlos, “La Discrecionalidad Administrativa”, en <http://www.cassagne.com.ar>. Consultado el 1/11/2015
- Delpiazzo, Carlos, *Derecho Administrativo General*, t. 1 (Montevideo, AMF, 2011).
- Durán Martínez, Augusto, *Contencioso Administrativo*, (Montevideo, FCU, 2015).
- Durán Martínez, Augusto, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo* (Montevideo, LaLeyUruguay, 2012).
- Durán Martínez, Augusto, “Control jurisdiccional de la Discrecionalidad Administrativa”, en LaLeyOnline, UY/DOC/93/2014.
- García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1 (Madrid, Civitas, 2013).

- García de Enterría, Eduardo, “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo”, extraído de [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112894.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112894.pdf).
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Parte General*, t. 1, (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013).
- Guibourg, Ricardo, “La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico”, *Interpretación y argumentación jurídica* (Buenos Aires, Marcial Pons, 2011).
- Guibourg, Ricardo, “Teólogos e Ingenieros” (Laleyonline Argentina, AR/DOC/702/2010).
- Hart, Herbert, *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963).
- Lifante, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Doxa*, N° 25, extraído de <http://www.cervantesvirtual.com>. Consultado el 1/11/2015.
- Lifante, Isabel, “Poderes Discrecionales”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* N° 2, (2012).
- Lifante, Isabel, *La interpretación en la teoría del derecho contemporánea*, Trabajo de Investigación presentado por la autora para la colocación del grado de Doctor en Derecho, bajo la dirección de los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, en <http://rua.ua.es/dspace>. Consultado el 1/11/2015.
- Mendonca, Daniel, *Las claves del Derecho* (Barcelona, Gedisa, 2008).
- Rotondo, Felipe, *Manual de Derecho Administrativo* (Montevideo, S/Ed., 2014).
- Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1 (Montevideo, FCU, 2010).
- Vigo, Rodolfo, *Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, (Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2015).