Finalmente, está la discrecionalidad de programación. A través de ella, los O.A.E. buscan objetivos que ellos mismos determinan. Es lo que sucede con un plan regulador comunal, que define los límites urbanos de una ciudad, el uso del suelo, su zonificación, etc.

V. LAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD. EL PLANTEAMIENTO DEL LA PROFESORA EVA DESDENTADO.

1. La evolución de las técnicas de control.

El asedio a la inmunidad judicial de la discrecionalidad resume uno de los capítulos más importantes de la evolución del Derecho Administrativo. La discrecionalidad es inicialmente equiparada a los "actos de gestión", y respecto de la misma no se admite recurso contencioso-administrativo.

En el siglo XIX surge en Francia el recurso llamado de "exceso de poder", una excepción a esa inmunidad, para controlar, aunque excepcionalmente, los actos de autoridad en alguno de sus aspectos.

Inicialmente, este recurso sólo se admite cuando la impugnación está basada en un vicio de incompetencia del órgano que dicta el acto. Pronto, sin embargo, el Consejo del Estado francés, equipara a la incompetencia el vicio de forma, puesto que la competencia está atribuida al órgano por la ley para que ejerza precisamente en la forma determinada. El paso siguiente es el descubrimiento de la técnica de la desviación de poder como tercera vía de penetración en la esfera exenta de la discrecionalidad: la libertad de decisión conferida al órgano no le autoriza a apartarse del fin en consideración al cual la potestad se ha otorgado. A fin de siglo XIX se extiende el recurso a cualquier violación de ley, directa o indirecta, con lo cual el recurso deja de ser excepcional, desplazando, incluso, a la vía ordinaria que era el recurso de plena jurisdicción.

2. Los mecanismos de control.

La norma positiva no es la única fuente de la legalidad. De ahí que frente al poder reglado por la ley, exista el poder reglado por el juez. Por eso, el control de la discrecionalidad son los medios que se vale el juez para restringir el campo de la discrecionalidad.

Dichos medios controlan la decisión discrecional, o su perímetro, vía factores reglados de la potestad. Para ello se recurre a diversas técnicas.

Estas técnicas controlan el ejercicio de la potestad, no la potestad misma. El control de ésta es un control diferente, que se efectúa a través de los medios de impugnación de los proyectos de ley o de los reglamentos. Uno es el control de atribución y el otro el de ejercicio.

Estas técnicas las sintetiza Eva Desdentado S, de la siguiente manera:

a. El control de los elementos reglados.

La primera reducción de la discrecionalidad se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados. El control de estos elementos permite un primer control externo de la regularidad del ejercicio de la potestad discrecional.

Aquí se ubican las siguientes técnicas:

i. Primera técnica: el control de comprensión y ejercicio de la potestad.

Las autoridades administrativas, para el ejercicio de las potestades discrecionales que el ordenamiento jurídico les atribuye, antes de su ejercicio, deben interpretar la norma que les atribuye dicha potestad.

En tal sentido deben, en primer lugar, constatar la existencia de la atribución de la potestad. Enseguida, deben fijar la extensión de dicha potestad. Y, finalmente, deben prestar la atención a cual es el fin de la misma.

La interpretación llevada a cabo por la autoridad administrativa puede ser objeto de control por un tribunal. En tal sentido, la interpretación llevada a cabo por la autoridad administrativa tiene un carácter provisional; su desenvolvimiento es apacible hasta que surja una duda o controversia de su sentido y alcance.

Mediante esta técnica, entonces, los tribunales, a través de la propia interpretación de la norma atributiva de potestad que realizan, buscan y fijan la finalidad de los preceptos, el propósito de una regulación.

ii. Segunda técnica: el control de los hechos determinantes.

Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal, como hecho. El cómo se ha producido no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no, o determinar que algo ha ocurrido si

realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo.

Esto, que no puede ser más elemental aparentemente, es, sin embargo, un hallazgo reciente, que se produce en Francia bien entrado el siglo XX.

Así, se admite la posibilidad normal de prueba "cuando exista disconformidad en los hechos y éstos fueran de indudable trascendencia, a juicio del Tribunal, para la resolución del pleito".

El ejercicio de toda potestad, incluida la discrecional, opera sobre una determinada realidad de hecho.

La administración no puede inventar ni desfigurar la realidad. En tal sentido, los hechos deben existir y la determinación de los mismos no es algo que corresponda a la administración.

A los tribunales le corresponde revisar los hechos que consten en el expediente administrativo. Dicho control se extiende, por una parte, a la existencia de los hechos, es decir, si existieron o no; por la otra, se extiende a si la decisión guarda coherencia lógica con ello. Mediante este último mecanismo el tribunal verifica si la administración erró o no en la apreciación de los hechos.

El control de los hechos puede revestir tres modalidades:

- Control de exactitud material de los hechos. Un acto administrativo carece de base legal cuando se ha motivado por hechos que no se han producido o por hechos materialmente inexistentes.

- Control de la calificación jurídica de los hechos. Un acto administrativo es anulable si los hechos invocados no son suficientes para encuadrarse dentro del supuesto de la norma habilitante.

- Control de la apreciación jurídica de los hechos. Un acto administrativo es anulable si no hay coherencia lógica entre la decisión administrativa y la realidad.

No hay que confundir la calificación de los hechos con la interpretación del derecho. Se califican los hechos si se señala que constituyen "calamidad". Se interpreta el derecho si se determina que dicha "calamidad" está comprendida dentro de la norma habilitante que permite dictar el "estado de catástrofe".

Pero no cualquier error de apreciación puede permitir al tribunal dejar sin efecto una decisión determinada dictada en ejercicio de una potestad discrecional, si no solo el error manifiesto, es decir, el error claro, que resulte así a primera vista de cualquier persona razonable, o que puede ser constatado en el proceso mediante una actividad probatoria suficiente.

En algunas oportunidades, el control de apreciación se complejiza porque la administración lo realiza en base a "juicio de experiencia común" sino a que lo realiza en base a juicio de experiencia técnica o a un juicio de oportunidad.

iii. Tercera técnica: el control de la adecuación al fin.

Toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin, determinado siempre, expresa o tácitamente (y, por tanto, elemento necesariamente reglado), por la norma que atribuye la potestad para actuar. Si la autoridad u órgano de la Administración se apartan de ese fin que condiciona el ejercicio de su competencia, el acto o la decisión que adopten en consideración a un fin distinto, deja de ser legítimo y debe ser anulado. Los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad; son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad.

Los tribunales pueden comprobar que la administración persiga con el acto que dicta el fin previsto por el ordenamiento jurídico. La administración incurre en desviación de fin cuando se dirige a la consecución de un fin distinto a aquél. Ese fin puede ser privado o público, pero distinto del señalado por la ley.

Cabe precisar que el control de desviación de fin, es un control de estricta legalidad. En él se examina si la actuación de la administración se conforma o no con el fin establecido por la norma. El control se realiza atendiendo criterios estrictamente jurídicos. Para ello, debe identificar el fin que persigue la potestad en cuestión; enseguida, debe determinar cual es el fin a que tiende la decisión administrativa. Al final debe verificar si existe o no desviación de poder.

El control del ejercicio de la potestad discrecional mediante esta técnica, tiene una dificultad probatoria. De ahí que los ordenamientos hayan flexibilizado la misma, por una parte, reconociendo que es imposible lograr una certeza absoluta; de ahí que privilegien la convicción del juez; por la otra, se ha buscado repartir más equitativamente la carga de la prueba.

b. El control de los principios generales del Derecho.

La Administración no es un poder soberano, sino una organización subalterna al servicio de la comunidad. La Ley que ha otorgado a la Administración una potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico. No tiene sentido, por ello, pretender ampararse en una potestad discrecional para justificar una agresión administrativa al orden jurídico, a los principios generales.

Los principios generales del derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substratum del ordenamiento jurídico y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten, pues, en una abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la conciencia moral o de la discreción del juez, sino, más bien, en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivada en la lógica misma de las instituciones.

El control de la discrecionalidad a través de los principios generales no consiste, por tanto, en que el juez sustituya el criterio de la Administración por su propio y subjetivo criterio. De lo que se trata realmente es de penetrar en la decisión enjuiciada hasta encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general.

El control judicial de la discrecionalidad no implica, sin embargo, una negación del ámbito propio de los poderes de mando y de la iniciativa conformadora del Poder Público, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades, ni puede justificarse en ningún margen de libertad, que no es posible que reconozca el ordenamiento jurídico que proclama tales valores.

Las principales técnicas que encontramos acá son las siguientes:

i. Primera técnica: el control de racionalidad.

El control de racionalidad presenta dos aspectos fundamentales: el de la coherencia interna de la decisión y el del proceso de la toma de decisiones.

- **El control de la coherencia interna.**

Los tribunales pueden controlar la coherencia lógica interna de la resolución administrativa; ello es una exigencia la que racionalidad impone a toda decisión.

A través de este tipo de control, los tribunales verifican que la decisión adoptada es congruente con los datos en que se ba-

san. Si entre los hechos determinantes y el contenido de la decisión no es posible encontrar un vínculo lógico, la decisión discrecional debe ser anulada por carente de justificación.

- **El control del proceso de toma de decisiones.**

  Este control apunta a analizar los diferentes factores que han sido tomados en cuenta por la autoridad administrativa para adoptar una decisión. Los tribunales controlan aquí que las autoridades hayan tomado en consideración todos los factores relevantes y no se hayan dejado llevar o influir por factores irrelevantes.

  Lo relevante de esta técnica de control no es la valoración que se haya hecho de los distintos aspectos involucrados en la decisión administrativa. Lo que busca determinar es que hayan sido considerados todos los factores significativos. Esta técnica no controla todos y cada uno de los factores relevantes objeto de análisis por la administración, sino únicamente determina si el factor apuntado por la demandante era o no relevante y, por lo tanto, si se debía o no haber sido objeto de consideración por la autoridad administrativa.

  A través de esta técnica –de origen inglés- los tribunales pueden controlar que los datos y las diferentes sugerencias o alternativas presentadas mediante alegaciones en el procedimiento, han sido objeto de análisis crítico por parte de la autoridad administrativa.

ii. Segunda técnica: el control de la arbitrariedad.

El control de la arbitrariedad tiene dos grandes instrumentos: la existencia de los motivos y la suficiencia de los mismo.

- **La existencia de los motivos.**

  El ejercicio de la potestad discrecional exige que el acto en que se concrete el ejercicio posee un fundamento que le respalde. En los actos reglados, como su contenido está agotadamente tipificado en la ley, por regla general tendrá escasa importancia el proceso de la voluntad administrativa. No ocurre lo mismo con los actos discrecionales.

  En estos últimos, para controlar si la decisión se encuentra o no respaldada por razones, los tribunales deben examinar los datos que consten en el expediente administrativo y las alegaciones y pruebas realizadas por la administración. La inexis-

tencia de alguno que respalde y de base la decisión y que la justifique, determina la anulación del acto por el tribunal.

- **El control de suficiencia de los motivos.**

  Los tribunales controlan también que la decisión tenga una fundamentación adecuada. La decisión arbitraria no es únicamente la que carece de razones, sino también la que carece de razones adecuadas y suficientes.

  Una justificación es suficiente si permite comprobar que la decisión adoptada en fruto de una exégesis racional y no de la amera arbitrariedad o de una desviación de poder.

  El análisis si de la razón o razones son o no suficientes para adoptar la decisión, es algo que debe examinarse y determinarse caso por caso, atendiendo a la naturaleza de cada potestad y a los términos en que está concebida la norma que la configura.

  Esta técnica apunta a que las decisiones discrecionales estén respaldadas por razones aceptables y atendibles.

  La existencia de razones suficientes no está vinculada a si son más o menos escuetas aquéllas en el acto administrativo propiamente tal. Lo breve no implica ausencia de razones.

iii. Tercera técnica: el control de razonabilidad.

El control de razonabilidad ha sido desarrollado con particular intensidad en la jurisprudencia inglesa. En el caso Wednesbury, Lord Engrine expresó que los tribunales pueden controlar la razonabilidad de las decisiones discrecionales y anularlas cuando lleguen a la conclusión que son irrazonables. Sin embargo, precisó, ello no autoriza a los jueces a dicha anulación por el mero hecho de que las consideren irrazonables. Los tribunales no pueden anular decisiones administrativas porque no las consideren incorrectas o porque discrepen de las soluciones que ellas adopten, sino que han de limitarse un control objetivo de que la alternativa elegida por la autoridad administrativa no es irrazonable. Dicho de manera simple: el control de razonabilidad no permite a los tribunales anular aquellas decisiones que pueden considerar equivocadas sino sólo aquellas que sean irrazonablemente equivocadas.

Para Lord Diplock, una decisión ha de considerarse irrazonable cuando es absolutamente contraria a la lógica o a los criterios comu-

nes de moralidad que ninguna persona sensata, que hubiera considerado la cuestión, habría podido llegar a la misma conclusión.

El control de razonabilidad no es un control valorativo de la decisión. Los tribunales mediante esta técnica respetan la elección que haya realizado la autoridad.

Para los ingleses, mediante este control se busca mayor objetividad y certidumbre en la fiscalización. Sin embargo, es inevitable que el juez introduzca algún grado de subjetividad por la inexistencia de pautas o parámetros que lo guíen a la hora de decidir si una decisión es o no irrazonable.

iv. Cuarta Técnica: el control de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad puede ser descompuesto en tres factores: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

- **Idoneidad.**

  La administración posee poder discrecional para elegir entre medidas eficaces. Por ello, si la decisión adoptada no es idónea para consecución del fin, puede y debe ser anulada por los tribunales.

  Los tribunales pueden llegar a dicha conclusión haciendo uso de las máximas de experiencia, de conocimientos especializados o técnicos.

  En ocasiones se presenta una dificultad para determinar la idoneidad, pues se requiere un diagnostico de las consecuencias que puede producir una determinada medida.

- **Necesidad.**

  Mediante esta técnica se busca verificar si existían o no otras medidas alternativas igualmente idóneas para la consecución del fin y que producían un menor efecto negativo sobre los derechos e intereses de los particulares. Cuando se elige una alternativa más gravosa para dichos beneficios o intereses, puede se anulada conforme a dichos derechos.

  Este control se efectúa, entonces, comparando alternativas que producen distintos efectos sobre bienes de diferente naturaleza. La medida de la administración debe lograr un adecuado equilibrio entre los beneficios y perjuicios que producen.

- **La proporcionalidad.**

  Aquí se aplica la técnica del "bilan-cout-avantages". Mediante ella se debe comprobar, para anular el acto, que la decisión de la administración produce tantas desventajas que ni siquiera se compensan con las ventajas que pudiera ocasionar. El tribunal debe, por tanto, ponderar las ventajas y los inconvenientes que derivan de la medida adoptada por la administración.

  Mediante esta técnica los tribunales controlar la adecuación de una decisión discrecional al interés público mediante el análisis, por un lado, de los efectos positivos que produce y, por otro, por los efectos negativos que genera sobre los derechos e intereses de los particulares, el costo financiero de su realización y otros costes o inconvenientes de orden social que puede ocasionar. Una vez analizados estos factores, se lleva a cabo una confrontación de todos esos costes con el interés de la medida, de tal forma de que si los costes son excesivos en comparación con los beneficios, deberá considerarse que la medida no puede considerarse de interés público y, por tanto, deberá anularse.

  No se trata sólo de que el juez valore el resultado de la elección. Se trata que reconstruya la valoración hecha por la administración y pondere los intereses en juego, usando parámetros de racionalidad y de recuperación de datos y examen de los mismos.

  Así por ejemplo, se ha anulado en Francia un proyecto de autopista por considerar los efectos negativos que producía sobre un hospital situado en una zona donde esta iba a ser localizada, no eran compensados por los efectos positivos de la construcción de aquella.

VI. LA DISCRECIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA

Los elementos conformadores del concepto de discrecionalidad han sido recogidas por la jurisprudencia. A continuación, se hace una síntesis de ésta, ordenada en base a dichos elementos.

1. La discrecionalidad implica un margen de apreciación subjetiva.

El ejercicio de la potestad en la adopción de medidas posibles no pertenece al ámbito de los actos administrativos reglados, sino que a los de gestión discrecional, que se caracteriza por la inclusión en el proceso aplicativo de la ley de una