

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO.

**DOCTORADO EN DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y
CRIMINOLOGÍA**

**Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la
Administración.**



TESIS DOCTORAL

**LÍMITES EN LA APLICACIÓN Y CONCRECIÓN DE LOS CONCEPTOS
JURÍDICOS INDETERMINADOS UTILIZADOS EN LA ACTIVIDAD
ADMINISTRATIVA.**

Presentado por:

JORGE MEJIA TURIZO

Dirigida por:

Prof. Dr. RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU.

Valencia, octubre 2019.

Agradecimientos.

*A Mariana y Oriana, por permitir concretizar mis más íntimos y afectivos
conceptos indeterminados.*

A mis padres y hermanos, por su apoyo incondicional.

A mi director de tesis, por sus valiosas y certeras orientaciones.

ÍNDICE GENERAL.

Siglas y abreviaturas	15
Introducción	17
Justificación y metodología empleada.....	31

PRIMERA PARTE:

INDETERMINACIÓN EN EL LENGUAJE JURÍDICO Y POTESTAD ADMINISTRATIVA.

Capítulo 1.

Teoría general de los conceptos jurídicos

indeterminados.....37

1.1. El lenguaje en el derecho como punto de partida39

1.2. Conceptualización, alcance, características y clasificación de
los conceptos jurídicos indeterminados.....49

1.2.1 Concepto y alcance.....49

1.2.2 Algunos rasgos Característicos de los conceptos
jurídicos indeterminados60

a) Son conceptos generales y abstractos 61

b) Admiten una sola solución Justa.62

c) Su aplicación es pasible de control jurisdiccional65

d) Es una actividad reglada68

1.2.3. Crítica al carácter reglado de los conceptos jurídicos
indeterminados70

1.3 Ideas para una clasificación de los conceptos jurídicos indeterminados	71
1.3.1 Conceptos jurídicos indeterminados de derecho público y de derecho privado	72
1.3.2 Conceptos de valor y conceptos de experiencia	73
1.3.3. Conceptos de uso técnico – científico y conceptos de uso convencional, coloquial y corriente	74
1.3.4 De mayor halo conceptual y de menor halo conceptual	75
1.4 Diversas concepciones sobre la estructura de los conceptos jurídicos indeterminados	76
1.4.1 Estructura Monozonal (Unizonal).....	77
1.4.2 Estructura Bizonal	79
1.4.3 Estructura Trizonal	81
1.4.3.1 Núcleo fijo o zona de certeza (<i>begriffkerm</i>).....	83
1.4.3.2. Zona de penumbra o Halo del Concepto (<i>Begriffshof</i>)	85
1.4.3.3. Zona de certeza negativa	88
1.4.4 Casos de conceptos jurídicos indeterminados en los que se valora la subsunción de un hecho en sus tres zonas	88
1.5 Otras denominaciones o formulaciones teóricas que se aproximan a la misma categoría conceptual	92
1.5.1 Clausulas generales	92
1.5.2 Los Principios generales	99
a) función creativa	101
b) función hermenéutica o interpretativa	101
c) función integrativa	102

1.5.2.1. Breves diferencias entre principios y conceptos jurídicos indeterminados.....	105
1.5.3 Normas de textura abierta	107
1.5.4 Numerus apertus	110

Capítulo 2.

Las potestades administrativas y los conceptos jurídicos indeterminados como una de las técnicas para su atribución. 113

2.1 Potestad y competencia: Desentrañando contrastes	115
2.2 El principio de legalidad como presupuesto de las potestades administrativas	117
2.3 La atribución de potestades a la Administración y reservas de ley	122
2.4 Tipologías de potestades y su relación con los conceptos jurídicos indeterminados	129
2.4.1 Potestad reguladora y potestad reglamentaria	131
2.4.2 Potestad organizatoria, organizativa-autoorganizatoria..	138
2.4.3 Potestad sancionatoria	143
2.4.4 Potestad de planificación o planificadora	146
2.4.5 Potestad tributaria	151
2.4.6 Potestad expropiatoria	156
2.5 Normas de programación final y de programación condicional	162

2.6. Potestades regladas vs. potestades discrecionales. Referencia a los conceptos jurídicos indeterminados y su huida de la dicotomía.....	169
a) Esquema tradicional de típica potestad reglada.....	176
b) Esquema potestad aplicativa de conceptos jurídicos indeterminados	177
c) Esquemas de varias manifestaciones de potestad discrecional	178
2.7. Recolocación de conceptos jurídicos indeterminados en “Escala cuádruple”	178
2.8. Escala cuádruple de ámbitos de libertad decisoria de la Administración.....	184
2.8.1. Primera escala: La potestad reglada.....	185
2.8.2. Segunda escala: Conceptos jurídicos indeterminados.....	187
2.8.3. Tercera escala: Discrecionalidad técnica.....	195
2.8.4. Cuarta escala: Discrecionalidad pura o fuerte.....	200

SEGUNDA PARTE:

TEORIAS, LÍMITES Y CONTROL EN MATERIA DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

Capítulo 3.

Interpretación, argumentación, lógica y aspectos de teoría jurídica en el marco de la técnica de

los conceptos jurídicos indeterminados.	207
3.1 Motivación de las decisiones administrativas	209
3.2 Hermenéutica de los conceptos jurídicos indeterminados	219
3.3 Subsunción silogística o concreción casuística de los conceptos jurídicos indeterminados	230
3.4 Ponderación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados.....	235
3.5 Interpretación legal o constitucional de los conceptos jurídicos indeterminados en el marco de una Constitución democrática	238
3.6 Principios, reglas, subreglas y conceptos jurídicos indeterminados.....	244
3.7 Del "interés general" como concepto jurídico indeterminado y como esencia a su vez del derecho administrativo.....	255

Capítulo 4.

Límites en la aplicación y concreción de

conceptos jurídicos indeterminados, su control judicial

y sustitución.263

4.1. Criterios limitativos de la concreción de conceptos jurídicos

indeterminados en la Administración pública265

4.1.1 La Proporcionalidad.....270

4.1.1.1. Idoneidad o adecuación277

4.1.1.2. Necesidad o indispensabilidad278

4.1.1.3. Proporcionalidad en sentido estricto280

4.1.2 El criterio de legitimidad285

4.1.3 La confianza legítima como criterio limitativo295

4.1.4 La Racionalidad y la Razonabilidad302

4.1.4.1 Cuestiones preliminares comunes302

4.1.4.2 Esbozos concretos sobre racionalidad306

4.1.4.3 Esbozos concretos sobre razonabilidad312

4.1.4.4 Diferencias entre racionalidad - razonabilidad y su aplicabilidad como criterio limitativo de actividad administrativa concretizadora de conceptos jurídicos indeterminados314

4.1.5 La ponderación de intereses en juego..... 320

4.1.5.1 Ponderación lato sensu o acepción amplia.....323

4.1.5.2 Ponderación strictu sensu o acepción restringida330

4.1.5.3 Ponderación y proporcionalidad.

Una espinosa disensión335

4.1.6 La interdicción de la arbitrariedad. Generalidad y función limitadora	340
4.1.7 La técnica de los hechos determinantes. ¿Equivalente de falsa motivación?	346
4.1.8 El balance costo beneficio.....	351
4.2. Control judicial, sustitución y desviación de poder en materia de conceptos jurídicos indeterminados y las otras escalas	355
4.2.1. Síntesis esquemática: intensidad del control y sustitución según ámbito de libertad decisoria.....	367
Conclusiones	371
Bibliografía	395
Jurisprudencia Consultada	424

Omnis definitio in jure periculosa est
Toda definición en derecho es peligrosa

SIGLAS Y ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CE	Constitución Española
Coord./Coords	Coordinador/es
CPACA	Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo
Eds.	Editores
Etc.:	Etcétera
Exp	Expediente
Lit	Literal
Num	Numeral
Núm	Número
Op. Cit.:	Opera Citata
Ord	Ordinario
p. o pág.	Página
Parg	Parágrafo
pp. o págs.	Páginas
Rad	Radicación
Sentencia C-	Sentencia de Constitucionalidad
Sentencia T-	Sentencia de Tutela
Ss.:	Siguientes
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional Español
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
TC:	Tribunal Constitucional Español
TS:	Tribunal Supremo
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia
V. gr.	Verbigracia
v. o vs.	Versus

INTRODUCCIÓN.

El ejercicio y el control de la actividad de la Administración pública representa unos desafíos, retos y dinámicas permanentes en lo que respecta a la solución de los problemas de nuestra sociedad, que de alguna manera se caracteriza por ser tan convulsa y cambiante, como inestable e impredecible. Por estas circunstancias, tal ejercicio y control administrativo debe contar con una serie de herramientas, técnicas e insumos que permitan realizar intervenciones frente a la ocurrencia de fenómenos sociales que escapen a cualquier vaticinio.

En cuanto al ejercicio, las Administraciones públicas han sido dotadas de una serie de potestades en diferentes frentes de acción, que pueden tener un origen constitucional o legal, tales como las potestades reglamentarias, organizativas, sancionatorias, planificadoras, tributarias, expropiatorias, entre otras. Todas ellas con la posibilidad de ser ejercidas con cierta libertad de decisión o con un margen de actuación estrictamente precisado por lo que establezca el contenido legal o constitucional. El primer escenario de libertad decisoria, es lo que la doctrina tradicionalmente ha denominado potestad discrecional¹, mientras que a los ámbitos de actuación en los que la Administración se encuentra predeterminada o condicionada a lo que señale el

¹ Valga aclarar en este punto y en armonía con lo expuesto por RENDÓN HUERTA BARRERA, que no consideramos que exista potestad absolutamente discrecional, en el sentido que las Administraciones puedan adoptar cualesquiera decisiones que a bien tengan, y que frente a estas no puede realizarse un enjuiciamiento de fondo, a efectos de verificar su ajuste con las normas de mayor jerarquía o su acogimiento a los principios generales del derecho. Cfr. RENDÓN HUERTAS BARRERA, Teresita. “La interpretación viciada de los conceptos jurídicos indeterminados”. *Revista Jurídica Derecho*, Universidad Mayor de San Andrés. Volumen 4. Núm. 5 Julio - diciembre, 2016, pp. 111 – 122.

ordenamiento jurídico, sin posibilidades de elección, se le ha considerado de antaño, potestad reglada.

En el marco de esta dicotomía, surgen los conceptos jurídicos indeterminados como una de las aportaciones más importantes de la ciencia jurídica alemana de los últimos tiempos². Pero desde su mismo advenimiento, resulta difícil encontrar tesis pacíficas y unánimes sobre su conceptualización, naturaleza, ubicación epistémica, campo de aplicación, límites y control. Ahora bien, en el desarrollo de este trabajo iremos desentrañando estas cuestiones y las posiciones de la más variada doctrina europea y latinoamericana, sin soslayar algunas referencias de aportes anglosajones.

Entre las discusiones clásicas que han surgido en torno a los conceptos jurídicos indeterminados, encontramos justamente la cuestión de si su aplicación corresponde a una facultad discrecional o una facultad reglada. La tesis mayoritaria, jalonada entre otros, por Eduardo García de Enterría, apuntan hacia su condición como elemento reglado, soportado en concepciones que propugnan por una única solución justa frente a problemas que deba abordar las Administraciones públicas³. Así, conceptos indeterminados como "utilidad pública" o "edificio ruinoso", o "servicio esencial" poseen contornos reglados que se enmarcan bajo una lógica "tertium non datur", en el sentido que lo que debe considerarse es el juicio disyuntivo de si determinada medida adoptada es de utilidad pública o no lo es, o si el edificio se encuentra en condiciones ruinosas o

² Cfr. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)". *Revista de Administración pública*, 1962, No 38, p. 159-208.

³ Ibidem.

no. Bajo estos presupuestos, no es que se predique que frente a un problema deba existir una sola fórmula de solución, sino que la fórmula adoptada debe ubicarse en la categoría disyuntiva positiva, en otros términos, en una solución justa.

Otros sectores doctrinales engloban los conceptos jurídicos indeterminados dentro del espectro de la facultad discrecional⁴, promoviendo cierta suerte de teorías sobre “discrecionalidad aumentada”⁵, que desconoce la posible existencia de una única solución justa y teorizan a favor de converger en un mismo receptáculo -mucho más amplio - a las potestades discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados.

Así, las relaciones entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados pueden resultar diversas dependiendo del enfoque o de la lupa a través de la cual se observe, si son vistos como meros conceptos con cierta vaguedad e imprecisión contenidos en normas jurídicas sin ninguna relevancia práctica, o como una verdadera institución jurídica ubicada en categorías integrantes de la esfera discrecional (tesis unitaristas), o contrario sensu, como categoría autónoma y antagónica de esta, pertenecientes al ámbito de lo reglado (tesis dualistas).

⁴ Entre ellos puede destacarse: MARTIN GONZALEZ, Manuel. “El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos”. *Revista de la Administración pública*. Núm. 54, España, 1967.

⁵ La discrecionalidad aumentada se fundamenta en la eliminación de los juicios disyuntivos (*tertium non datur*), la imposible existencia de una única respuesta correcta y del reconocimiento de un tipo de actuación administrativa que conjuga en una teoría convergente la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados. Cfr. LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Introducción

En este trabajo, se planteará y justificará una tesis innovativa que no inserta propiamente la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados en una de las dos potestades, pero que, en cuanto a funcionalidad y operatividad, se aproxima más a los contenidos de lo reglado, sin estar necesariamente dentro de esta, en consideración a que la Administración contará con cierta libertad - aunque limitada - mayor que aquella que se predica para la actividad reglada propiamente dicha. Esta tesis o propuesta teórica que aquí se esgrime, no se considerará como ecléctica, porque su misión no es la de conciliar extremos, sino de superar la esquematización binaria y formular la existencia de cuatro categorías de facultades que van aumentando en gradas la libertad decisoria, a estas cuatro categorías la acuñaremos bajo la expresión de "escala cuádruple", que empieza por la facultad más restrictiva que es la potestad reglada, siguiendo con la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad técnica como libertades limitadas, y concluyendo la escala con la discrecionalidad propiamente dicha, que es el culmen de la amplitud de decisión, pero sin que esto implique libertad absoluta e inmune a control.

Comoquiera que se ha propuesto una tesis de conceptos jurídicos indeterminados con una relativa maniobrabilidad decisoria, puesto que concretizar un concepto con cierto grado de abstracción implicaría a nuestro juicio, realizar valoraciones en alguna medida volitivas - y esto nos aparta de algún modo de las concepciones que enmarcan los conceptos indeterminados en juicios cognitivos - resultará imperativo en el contexto de estas teorías, proponer - o sistematizar - criterios limitativos de la actividad administrativa dirigida a concretizar o aplicar conceptos jurídicos indeterminados.

Llegados a este punto, resulta de particular interés mencionar que en este trabajo se ha escogido el uso de la expresión "límites" para hacer alusión a todos aquellos criterios que funcionarían como parámetros o barreras de contención de la actividad administrativa en sede aplicativa de conceptos jurídicos indeterminados. Y se hace esta claridad, ya que en muchos sectores de la doctrina, especialmente europea, se hace referencia a la expresión "técnicas de control" con pretensiones más o menos asimilables a la de nuestro trabajo. Ahora bien, se ha preferido la expresión "límites" ya que a nuestro parecer estos representan puntos o líneas inmateriales – pero con fuerte rigor teórico y técnico-científico – que no deben o no pueden sobrepasarse. En este caso, líneas teórico jurídicas que demarcan y enmarcan la actuación de la Administración con la finalidad que no desborden presupuestos de carácter principialísticos, sustantivos o formales, que vienen a constituir la garantía real de sometimiento de la Administración al Estado constitucional de derecho. Bajo ese mismo entendimiento, compartimos con Palacios Ibarra⁶ que los jueces no imponen formalmente límites, sino que actúan contrastando la actuación administrativa con los principios y el ordenamiento jurídico, que si vendrían a ser los límites; esto es, se insiste, las líneas intangibles principialísticas-normativas (sustantivas o adjetivas) que no deben soslayarse.

Las técnicas de control, en cambio, se inscriben más en la categoría de "métodos" que sirven para verificar si la Administración sobrepasó los

⁶ PALACIOS IBARRA, Juan Francisco. "El control de la discrecionalidad administrativa". *Revista Jurídica Online de la Facultad de Jurisprudencia la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, Quito, 2001.

límites aludidos, es decir, hablar de técnicas se asocia a una connotación instrumental, mientras que el vocablo límites posee mayores ribetes sustanciales. De otra parte, las técnicas además de contener – en nuestro sentir - cierto raigambre metodológico formal, se han usado de manera que genera confusión con el mismo vicio o irregularidad administrativa que controlan, como, por ejemplo, cuando se refieren a la técnica de la desviación de poder o a la precedente técnica de exceso de poder. Argüimos que la desviación y el exceso de poder es el defecto en sí mismo, y no el mecanismo en sentido estricto. Ahora bien, en gracia de mermar la discusión, abonaremos que es común en el lenguaje que los instrumentos adopten el nombre de lo que analizan, controlan o verifican, en una especie de sinécdoque.

Otra razón para no acogerse a la noción de “técnicas de control”, es que justamente los conceptos jurídicos indeterminados han sido considerados como tales en ciertas esferas de la doctrina, especialmente como mecanismo controlante de la actividad discrecional. Esto hace caer en cuenta, que los conceptos jurídicos indeterminados pueden tener dos enfoques de relacionamiento con la discrecionalidad administrativa: en primer lugar, aquellos pueden ser vistos como técnica de control de ésta, o desde otra mirada, los conceptos indeterminados vienen a constituir una categoría autónoma y antagónica de la discrecionalidad, que se circunscribe en campos de lo reglado, como es la tesis mayoritaria, o más bien, en lo relativamente reglado como sostendremos en el discurrir de esta obra. De estos dos enfoques que aquí teorizamos, nos adentraremos precisamente en el segundo, esto es, que los conceptos jurídicos indeterminados son concebidos como institución independiente de la discrecionalidad pero que se encuentran dentro del mismo criterio

clasificadorio de las facultades administrativas en relación con su mayor o menor amplitud de decisión. Ahora, si nos vamos al primer enfoque de relacionamiento mencionado, mal podríamos analizar las técnicas de control de las facultades derivadas de los conceptos jurídicos indeterminados, si ellas en sí mismos, las consideramos técnicas controlantes. En suma, son estos argumentos los que justifican en el marco de esta tesis preferir los "límites" como noción paramétrica y delimitadora de la actuación administrativa que aplica y concretiza conceptos con algún grado de vaguedad contenidos en normas jurídicas.

Es vital resaltar que, en los afanes heurísticos e investigativos de este trabajo, no resultó tarea expedita hallar literatura sobre aspectos relacionados con límites o controles a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados por parte de las Administraciones públicas, aunque igual suerte no se corre, cuando se procure construir un Estado del arte sobre limitaciones a la discrecionalidad administrativa, en la que en diferentes latitudes y tradiciones jurídicas sus estudios son más prolíficos y pululan los *papers* sobre la materia. Esta circunstancia implicó que algunos de los planteamientos teóricos sobre conceptos jurídicos indeterminados fuesen examinados por vía indirecta de las disertaciones sobre discrecionalidad, en las que de alguna manera se abordan aquella técnica de manera residual o como componente de la potestad reglada – cuandoquiera que se analiza la potestad opuesta a la discrecionalidad-

Por otra parte, desde el punto de vista de las limitaciones impuestas a partir del control judicial, se ha querido ofrecer una serie de insumos teóricos y metodológicos que tecnifiquen la labor de control, aportando unos criterios básicos que sirvan de parámetros limitativos de la concreción de conceptos jurídicos indeterminados en la esfera de la

Administración pública. De esta manera, todos aquellos círculos vedados al control que han tenido o siguen teniendo los decisores de lo público, permanentemente se vienen cerrando, y aquella tarea propulsada desde García de Enterría orientada hacia una lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo, de algún modo, es continuada con cada uno de los aportes que hacemos desde la academia y la doctrina – para que resuene en la judicatura – con el fin de hermetizar los vacíos o pequeños poros⁷ por los que se pretendan diluir arbitrariedades encubiertas. Y es que, a pesar de que el control a la actuación de la Administración cada día y en la medida que ha evolucionado el derecho, le ha dejado menos espacios de libertad o de inmunidad a la actividad administrativa, ya que a través de códigos sustantivos y adjetivos hasta el último resquicio de los actos políticos y de gobierno ha quedado sellado en la mayoría de Estados que se precien ser democráticos, posibilitando bajo tales condiciones que cualquiera de las actuaciones administrativas pueda ser controlable y, por supuesto, la que nos atañe en esta obra, la actuación concretizadora de conceptos jurídicos indeterminados.

No obstante, valga precisar que no se está proponiendo una tesis de reduccionismo total de las libertades o márgenes de apreciación administrativa, pues somos conscientes que la tarea de administrar debe implicar algún grado de flexibilidad y maleabilidad en sus reglas, que respete la órbita de maniobra independiente de autotutela declarativa,

⁷ Lo que aquí le hemos llamado figuradamente “pequeños poros” se aproximan a los planteamientos que en materia de indeterminación RÓDENAS refiere como “intersticios del derecho”, “haciendo referencia a la zona, de límites borrosos, situada entre aquellas pautas que son inequívocamente reconocidas como derecho y aquellas otras que claramente no lo son”. RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

ejecutiva, conservativa o reduplicativa de la Administración o toda aquella potestad dirigida a cumplir los fines esenciales del Estado.

Ahora bien, en este proceso de seguir ensanchando las fronteras del conocimiento en el campo especial de los límites a la actividad administrativa del Estado, se puede decir que hay muchos temas e instituciones que por su frecuencia en las discusiones del derecho, nos hacen sentir en permanente *déjà vu*, como es el caso de la proporcionalidad, la razonabilidad y la ponderación, - y este trabajo no van a ser justamente la excepción- entre otras figuras jurídicas que abordaremos en calidad de parámetros limitativos. Pero queremos plantear como inédito o novedad, que su enfoque peculiar como límites a la actividad administrativa en sede aplicativa de conceptos jurídicos indeterminados, es una cuestión poco - o nada - tratinada por las sendas de la vertiginosa y la creciente producción científica de las ciencias jurídicas.

Otra cuestión importante, es la referente a los usos de las nociones "aplicación" y "concreción"⁸, visibles en el título de esta obra, que por estar dispuestas en forma de binomio con una "y", sugiere una separación

⁸ KARL ENGISCH desarrolla la idea de la "concreción" en el derecho, pero no la paraleliza con nociones análogas como "aplicación", u otras, sino que plantea el parangón con la idea de lo "abstracto", proponiendo muchos cotejos orientativos como: «Concreto» = *real*; «abstracto» = *ideal*. «Concreto» = *perceptible*; «abstracto» = *no perceptible*. «Concreto» = *determinado*; «abstracto» = *indeterminado*. «Concreto» = *total y material*; «abstracto» = *dependiente o formal*. «Concreto» = *singular*; «abstracto» = *general*. «Concreto» = *individual*; «abstracto» = *general en extensión y comprensión*. Ahora bien, todas estas comparativas nos sirven para soportar nuestra idea de concreción, y más especialmente cuando alude a lo concreto como lo determinado y real, en cambio lo abstracto - que para esta obra serían los conceptos jurídicos - como lo indeterminado e ideal. De hecho, en un apartado aborda la concreción de conceptos jurídicos indeterminados. Cfr. ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Estudio preliminar, epílogo y traducción Juan José Gil Cremades. Granada: Ed. Comares S.L, 2004.

disyuntiva, pero en realidad, a lo largo del trabajo se tratarán de manera indistinta. Y es que, en el algún momento nos habíamos vistos abocados a plantear algunas divergencias conceptuales en su funcionalidad jurídica, planteando ciertas elucubraciones, como que la "aplicación" consiste en llevar un concepto abstracto a un caso que puede también ser aun abstracto (hipotético o imaginado) o a un evento real; en tanto que, en la concreción no se admiten hipotéticos, necesariamente se desciende una categoría abstracta a un plano factual, esto es, con plena ocurrencia en la realidad física. Pero como se ve, a esa bifurcación discursiva semántica, se le había dejado un gran punto de confluencia, en que ambos pueden suponer un aterrizaje en la realidad, y en esa medida, se volvió a la indistinción y, por otro lado, no consideramos de efectos prácticos la diferenciación, sino más bien un intrínquilis innecesario que debía evitarse para dar mayor fluidez al entendimiento de cualquier parte del trabajo.

Lo que, si resulta trascendente en el sentido práctico, es mencionar que respecto de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados puede haber diferentes niveles en sede de Administración pública – para excluir aspectos judiciales-. Un primer nivel que podríamos llamar regulativo (general) se presenta cuando un ente administrativo expide un acto para desarrollar un mandato constitucional o legal contentivo de conceptos indeterminados. Y el otro nivel es el operativo (singular), que puede efectuarse cuando un agente de la entidad, teniendo en cuenta el acto que desarrolla los aspectos constitucionales o legales, toma una decisión que afecta un sujeto en particular. Por ejemplo, el alcalde de un municipio emite un decreto en virtud de una norma constitucional o legal que le señala que para preservar la "tranquilidad pública" "podrá" restringir el consumo de "sustancias que produzcan dependencia". Al emitir ese

decreto el alcalde estable que queda prohibido el consumo de “bebidas alcohólicas” en “espacio público”. Y un agente de esa entidad territorial emite una sanción a un sujeto que supuestamente infringe tal prohibición. En el presente caso, las expresiones entre comillas son conceptos indeterminados, que en un primer momento son aplicadas a nivel regulativo y posteriormente en un segundo nivel operativo. Situación similar puede darse en el campo urbanístico, cuando se profiera un acto general de ordenación urbana y funcionarios con base en tal acto emitan decisiones concediendo, negando o sancionando a sujetos individuales por cuestiones constructivas.

En lo que respecta a la estructura de esta disertación, se encuentra integrada por dos grandes partes, la primera, referida a la indeterminación en el mundo del derecho y sus implicaciones en el marco de las potestades administrativas. Para el abordaje de estas cuestiones, se propone una división en dos capítulos, empezando por uno con cierto contenido de guía-manual en el que se esboza una ilustración amplia de lo que podemos considerar una teoría general de los conceptos jurídicos indeterminados. Aquí discurrimos de manera más precisa, tópicos como concepciones, alcances, características y una propuesta taxonómica de los conceptos jurídicos indeterminados. Siguientemente, resulta muy útil dar cuenta de las diferentes teorizaciones sobre la estructura de este tipo de conceptos normativos, para lo cual fue necesario apoyarnos en ciertas gráficas para ilustrar de mejor manera la colocación de los segmentos estructurantes de los conceptos objeto de estudio. Para dar remate al primer capítulo de la parte inicial, se consideró aconsejable estudiar concepciones afines a los conceptos jurídicos indeterminados, como se suele hacer con ciertas categorías conceptuales en el derecho, que

envuelven siempre dificultades semánticas confundentes, para de esta manera dejar sentado algunos rasgos de distinción con conceptos como principios, cláusulas generales o normas de textura abierta.

En el segundo capítulo de la primera parte, se hace énfasis en las potestades administrativas, su distinción con las competencias y su coto con el llamado ámbito de las "reservas de ley". Se entra a analizar en forma ordenada los principales tipos de potestades administrativas que ha develado la doctrina – desde diferentes criterios clasificatorios - y su punto de anclaje con la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, de igual manera se intenta ubicar – o desubicar- a estos conceptos en el marco de diferentes teorías, como en las reglas de programación final o programación condicional, en las potestades regladas o discrecionales, para culminar con una de las propuestas teóricas de la tesis consistente en la recolocación epistémico-conceptual del ejercicio administrativo de concreción de Conceptos jurídicos indeterminados, lo cual implica una superación de la tradicionales tesis unitaristas y dualistas y de la dicotomía del margen de apreciación y del margen de discrecionalidad.

La segunda parte, relativa a las teorizaciones y los límites concretos de los conceptos jurídicos indeterminados, igual que la parte inicial, se segmentará en dos grandes apartados. El primero está destinado a los aspectos relacionados con la argumentación, la hermenéutica, la lógica y algunas vicisitudes de la teoría jurídica que encuentran puntos de intercepción con los conceptos objetos de nuestro estudio. Para estos afanes, concretamente se abordan las exigencias de la motivación – especialmente la administrativa- la subsunción y su distancia con la concreción, la hermenéutica en clave constitucional de los conceptos que venimos tratando y una mirada por la noción del interés general como

fundamento en que descansa la esencia del derecho de las Administraciones públicas y que provienen en su enunciación desde los mismos postulados constitucionales.

El último capítulo de la parte segunda y final, es en el cual se deposita todo el peso de explicitar y justificar ciertos límites a la concreción de conceptos jurídicos indeterminados, se realiza un abordaje concienzudo de aquellos parámetros, que a bien hemos considerado como criterios limitativos – sin perjuicio de seguir ampliando esta lista en futuras disertaciones- y que además, resulta pertinente aclarar, en obras con temas afines los pueden sistematizar de manera diferente – por ejemplo, englobar varios bajo el concepto de principios generales del derecho⁹-. Todos esos parámetros son analizados a la luz de su funcionalidad como límites de la concreción de conceptos jurídicos indeterminados – y no solo como la doctrina tradicional los ha tratado -. Finalmente se analiza lo concerniente al Control judicial – a través de teorías como la desviación de poder- y la sustitución de la actividad concretizadora de conceptos jurídicos indeterminados.

⁹ De esta manera, por ejemplo, son abordados instituciones como la proporcionalidad, la razonabilidad y la ponderación en MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá D.C: Editorial Universidad Externado de Colombia. 2007.

Introducción

JUSTIFICACIÓN Y METODOLOGÍA EMPLEADA.

La investigación que se acomete en las siguientes líneas poseen elementos sustanciales que la hacen pertinente, vigente o válida en su tiempo y el problema que se aborda resiste plena justificación científica, teniendo en cuenta la necesidad de establecer ciertos postulados y presupuestos limitativos claros a las Administraciones pública, que aun en nuestros días, incurren en comportamientos arbitrarios, sobre todo cuando pretende tomar medidas que soporta con la motivación de concretizar un concepto jurídico indeterminado (por atribución legislativa o por aparición propia y primaria en el acto), como, por ejemplo, el muy recurrente, "conservar el orden público". Es pertinente, además, este estudio, toda vez que permite establecer unos presupuestos o directrices básicas que definan el margen de apreciación administrativo permitido, bajo parámetros que llamaremos criterios limitativos como proporcionalidad, razonabilidad, racionalidad, ponderación, entre otros, y así contribuir con elementos claros que impidan los abusos del poder.

Se pretende con esta disertación investigativa, aportar a la disciplina del derecho constitucional (concretizado) o al derecho administrativo en particular y a la ciencia de la administración pública en general, una serie de insumos teóricos que permitan dar solución frente a problemas en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, o que ayude a escoger la medida más objetiva, razonable y acertada en un contexto de imprecisión normativa. Asimismo, se aportará bases para la técnica

judicial, en el escenario del ejercicio de control a la Administración, cuando se debe revisar las decisiones de ésta, que impliquen llevar a la práctica o al mundo real una norma abstracta o de contenido abierta, como los conceptos jurídicos indeterminados. Aunque como veremos en el tránsito de la obra mucha de la doctrina discute sobre su abstracción.

En cuanto a la metodología elegida para el presente proyecto de investigación es de un enfoque de corte cualitativo, "pues se enfoca en la descripción y comprensión de la conducta de personas"¹⁰, en su sentido natural o como ficciones representadas en personas jurídicas, como los órganos administrativos en el caso de la presente investigación. Así pues, en la investigación con enfoque cualitativo "se obtiene información de manera flexible y se tiene un análisis de la información de manera interpretacional"¹¹, como ha sido el desarrollo de este trabajo. El nivel de la investigación es de carácter descriptivo, con énfasis documental-bibliográfico de corte analítico hermenéutico. Seguidamente se relacionan otros aspectos vitales de la metodología.

En esta investigación tiene mayores aproximaciones a el método inductivo, puesto que a partir de datos particulares con buen grado de certidumbre se establecen conclusiones generales. En ese sentido, a partir de un análisis profuso y prolijo de la literatura uispublicista sobre la materia concreta o sobre temáticas afines, como también sobre algunas aportaciones de la jurisprudencia contenciosa administrativa y constitucional de España, Colombia y un tanto de procedencia francesa,

¹⁰ RODRÍGUEZ BURGOS, Karla. (AAVV) *Metodología para investigaciones de alto impacto en las ciencias sociales*. Editorial Dykinson, S.L: Universidad Autónoma de Nuevo León y Universidad Rey Juan Carlos. Compilador Karla Annett Cynthia Sáenz López. 2012. Pág. 154.

¹¹ Ídem.

aunque valga resaltar que nuestra investigación tuvo mayor focalización en la doctrina. De todos ellos se extrajo una serie de presupuestos, directrices, principios, reglas o criterios que permitan distinguir unos límites precisos a la Administración a la hora de formular medidas o tomar decisiones que se amparen en la supuesta materialización fáctica de un concepto jurídico indeterminado.

El nivel de profundidad de la investigación es, como se indicó, de naturaleza descriptiva, teniendo en consideración que se pretende caracterizar y establecer una estructura conceptual lógica del concepto jurídico indeterminado; asimismo, se intenta describir sus elementos de distinción con la teoría de la discrecionalidad administrativa o de su margen de decisión, proponiendo la superación de la dicotomía reglado-discrecional, para concebir ámbitos de decisión administrativa en una escala que hemos denominado "cuádruple", por estar conformada por cuatro elementos a saber: Potestad reglada, conceptos jurídicos indeterminados, discrecionalidad técnica y discrecionalidad pura o fuerte.

La presente investigación se concibió y orientó metodológicamente bajo un objetivo general, a saber: Establecer criterios que sirvan de límite a la aplicación y concreción de conceptos jurídicos indeterminados utilizados en la actividad administrativa; y bajos tres objetivos específicos como: 1. Precisar características, estructura, teorías y abordajes de los conceptos jurídicos indeterminados. 2. Definir elementos de distinción entre las potestades derivadas de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados frente a las potestades reglada y discrecionales. 3. Identificar presupuestos condicionantes que sirvan de límites a la aplicación y concreción de conceptos jurídicos indeterminados.

En esta investigación las técnicas a utilizadas se enmarcaron en el análisis

documental. El análisis documental se apoya en la recopilación de antecedentes, formales e informales, donde el investigador fundamenta y completa su investigación con los aportes de los diferentes autores. Los instrumentos básicos consistieron en formatos de fichas de recolección de información para sintetizar los datos de la jurisprudencia y doctrina.

PRIMERA PARTE:

**INDETERMINACIÓN EN EL LENGUAJE
JURÍDICO Y POTESTAD
ADMINISTRATIVA.**

Capítulo 1.

Teoría general de los conceptos jurídicos indeterminados.

1.1 El lenguaje en el derecho como punto de partida.

Consideramos pertinente establecer como punto de iniciación para esta tesis doctoral atinente a los límites en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, abordar *prima facie* la relación entre lenguaje y derecho, teniendo en consideración que todo los conceptos, expresiones o palabras de que se sirve la ciencia jurídica, pertenecen indiscutiblemente a un universo más amplio denominado lenguaje.

En términos genéricos podemos entender el lenguaje como un sistema complejo por medio del cual los humanos, y por supuesto los animales se comunican entre sí, sea a través de medios orales, gestuales o escritos; estos últimos en toda su amplia gama de simbologías. El lenguaje con el curso de la historia se ha ido transfigurándose de acuerdo a cada una de las realidades contextuales de la época, de hecho, existe una ciencia especializada en el estudio de la evolución del lenguaje denominada filogenia. Ahora bien, éste puede tornarse diferente dependiendo del ámbito en que se le esté empleando, así pues, encontramos lenguajes diversos, con su propio argot, de acuerdo a cada una de las áreas del conocimiento. En ese sentido, el derecho como disciplina con cierta autonomía científica hace uso de un lenguaje, que le es muy característico, es decir, que existe una particular "lingüística jurídica". A este respecto, Platas Pacheco sostiene la concepción de una dimensión especial del lenguaje del derecho, arguyendo que "diversos conceptos adquieren significados específicamente jurídicos, ya sea por la

inexistencia del mismo en el lenguaje común o por la significación, de manera que existen diferencias relevantes.”¹²

El derecho usando como instrumento al lenguaje tiene la capacidad de regular la vida en sociedad. En ese sentido se expresa Carlos Cano Jaramillo¹³, cuando afirma que “el derecho funciona por medio de la fuerza impositiva de las normas” y a su vez, este mismo autor citando a Mauricio García Villegas en su obra la “La eficacia simbólica del derecho”¹⁴ señala que este también se impone a través de la fuerza legitimadora de sus formas y contenidos sobre las representaciones de los ciudadanos. La incidencia social del derecho depende, en alguna medida, de la capacidad para determinar las conductas por medio de la creación de ideas y no solo por intermedio de la imposición de sanciones. En igual sentido, es dable afirmar que el lenguaje sirve al poder como instrumento de control social, para mantener la unidad social mediante el uso de símbolos. “El lenguaje no es simplemente un instrumento de comunicación, es sobre todo un medio de acción, de persuasión”¹⁵.

Junto con un literato, un músico o un actor, el abogado tiene como una de sus herramientas más importantes al lenguaje, a la palabra escrita o hablada, las cuales son las que le van a permitir transmitir sus ideas para

¹² PLATAS PACHECO, María Del Carmen. *Elementos para una aproximación hermenéutica del lenguaje jurídico*. Red Jurídica/Egg. Septiembre de 2007. P. 3

¹³ CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. *La redacción del texto jurídico. Habilidades requeridas para su construcción. La motivación – estilo jurídico, estructura de providencias y alegatos*. Primera Reimpresión 1997. Bogotá: Editorial Linotipia Bolívar y Cía S. en C.,1997.

¹⁴ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho*. Primera edición. Bogotá: Ediciones Uniandes 1993.

¹⁵ Ibidem. P. 28.

convencer e interactuar con su cliente, con el juez, con el adversario, con su consultante, con los lectores de sus memoriales y disertaciones. En esa misma tesitura, se expresa Cesareo Rodríguez, en un texto muy pertinente para este acápite, denominado "El lenguaje jurídico". En tal obra enseña que en el ámbito del derecho la palabra es de suma trascendencia, arguyendo con citas de Carnelutti, que nuestras herramientas no son más que palabras; que todos empleamos palabras para trabajar, pero para los que ejercen la digna profesión de abogado, son la materia prima, para organizar sus argumentos, discursos, exposiciones. Las leyes están hechas con palabras, como las casas con ladrillos. Y remata Rodríguez con una decorosa frase que da muestra de la importancia en el derecho del empalme inescindible entre habilidades técnicas discursivas e intelectualidad o manejo de un vocabulario fluido y prolífico, "Somos ingenieros de la palabra"¹⁶.

Habíamos señalado que el lenguaje se va moldeando con el transcurrir histórico, y precisamente la lingüística jurídica no ha sido ajena a este fenómeno, ya García de Enterría nos había develado que a partir de la revolución francesa ocurre una suerte de cisma o punto de inflexión en el lenguaje del derecho. Esta revolución produjo un cambio social tan radical que conllevó una profunda transformación que trascendía a una simple variación léxica, surgieron o se sustituyeron las significaciones de conceptos como "poder, Constitución, parlamento, liberal, ley, etc.", así pues, la revolución produjo una verdadera ruptura del lenguaje jurídico para comenzarse a cimentar bajo los propósitos de "rectificar la historia entera de la humanidad y de fundar un orden político y social

¹⁶ RODRÍGUEZ AGUILERA, Cesareo. *El lenguaje jurídico*. Editorial Bosca, Barcelona. Cita tomada de CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. *La redacción del texto jurídico...* Ob. Cit. p. 48.

completamente nuevo capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y de asegurar para el futuro una felicidad segura e inmarchitable”¹⁷. En ese mismo sentido Asensi Sabater¹⁸ haciendo un análisis a la obra “la Lengua de los derechos” de García de Enterría, enseña que precisamente esta lengua del derecho, es como siempre ha sido una “lengua del poder y también la expresión de un poder sobre las lenguas en que aquéllos se expresan; funciona entonces como el presupuesto mismo de la autoridad”, y resalta la siguiente cita categórica de Enterría:

“Así las palabras juegan un papel decisivo a lo largo de todo el proceso revolucionario, prestándole un dinamismo peculiar. Se desarrollan por unos y por otras especiales estrategias del lenguaje... hablar va a ser combatir, en el sentido de actuar, y los actos del lenguaje van a participar, y no en último término precisamente, de una agonística general. Quien gana la batalla de las palabras puede ganar normalmente la posición política dominante, puesto que su discurso pasa a ser el discurso autorizado, o más propiamente el que tiene autoridad”¹⁹.

Ahora bien, Sanz Pérez, por su parte, en una reseña sobre la misma obra de Enterría “la Lengua de los derechos” enseña que en el Antiguo Régimen, esto es, el régimen pre – revolución, “la lengua del Derecho estaba desprestigiada y falta de rigor” y después de ésta, “se produce la

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

¹⁸ ASENSI SABATER, José. “El discurso jurídico europeo y el derecho de lenguas”. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 1997, no 4, p. 47-61. Pág. 51.

¹⁹ *Ibidem*. Pág. 52.

entrada de la lengua jurídica en la lengua general, una lengua nueva impulsada por la aparición de la libertad de imprenta para un hombre nuevo y libre. Esta lengua no es una lengua desideologizada, neutra, tiene un claro significado político, pues explica las relaciones entre los hombres y las relaciones sociales y políticas como materia del derecho”²⁰.

Incluso la misma palabra “revolución” sufrió una metamorfosis semántica, pues pasó de entenderse en el antiguo régimen “como movimiento circular o cíclico”, o “como fenómeno casi natural y repetitivo al que están sometidos tanto los Estados, como la condición humana, cuyas causas son siempre las mismas”, a entenderse a partir del nuevo régimen con un carácter de cambio repentino y popular, con tendencias progresistas, un cambio violento de un Estado de esclavitud o un Estado de libertad, ya la acepción no sería la de algo repetitivo sino de un cambio singular.²¹

El tono en el uso de las palabras contenidas en leyes, también surtió algún tipo de transformación, así pues, según Alicia Martorell²² en el régimen monárquico anterior a la revolución el texto de la ley se exponía en forma preceptiva, en cambio ya en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano no nos encontramos con órdenes o preceptos, sino con la enunciación de verdades universales en una forma “performativa”²³.

²⁰ SANZ PÉREZ, Ángel Luis. *Reseña de: García de Enterría, Eduardo. La lengua de los derechos: La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa* Madrid: Editorial Asamblea de Madrid, 2002, p. 386

²¹ HIRSCHSPRUNG, Nathalie. *El Vocabulario de la Revolución Francesa*. Bogotá: Ed. Departamento de Lenguas Modernas. Universidad de los Andes, 1990.

²² MARTORELL, Alicia. “Apuntes sobre el lenguaje de la Declaración de Derechos de 1789”. *La linterna del traductor. Revista Multilingüe de Asetrad*, Núm. 1, 2009.

²³ La traductora ALICIA MARTORELL en su notable disertación “Apuntes sobre el lenguaje de la Declaración de Derechos de 1789”, deja claridad en el uso de los tiempos verbales en francés y en español para efectos de

Dirigiéndonos a otros aspectos, según ciertas concepciones teóricas, la relación entre el binomio lenguaje y derecho, puede expresarse a través de dos enfoques principales. El primero de estos enfoques es denominado “instrumentalista” en el cual se concibe al lenguaje como una herramienta o un dispositivo del que se sirve la ciencia jurídica para poder llegar a todos sus destinatarios finales, en este sentido el derecho utiliza el lenguaje y por lo tanto la relación es de sujeto a objeto, en el entendido que el sujeto es el derecho, el cual utiliza un instrumento de comunicación llamado lenguaje. El otro enfoque entorno a la relación entre las dos categorías relacionadas es conocido como el “constitutivo”, este considera que el derecho *per se* constituye una forma de lenguaje, en términos más simplistas, el derecho es lenguaje.

demostrar la performatividad del lenguaje en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en los siguientes términos: “En francés, este matiz no tiene una traducción en los tiempos verbales, pues se usa el presente en ambos casos. En español, el cambio de función supone el paso del futuro de obligación (tiempo verbal habitual de los textos normativos) al presente. La mayor parte de los artículos de la declaración son claramente performativos”. Por otra parte, es pertinente exponer el significado de la palabra “performativo” a efectos lograr una mayor comprensión de este texto y su contexto. Por performativo se entiende en este escenario aquellos verbos que su mera enunciación producen un efecto en el mundo real, es lo que los lingüistas han denominado “actos del habla”, es decir, expresiones que no son solo palabras, sino que producen unas consecuencias en la realidad concreta. Verbigracia “os declaro marido y mujer”. En el caso puntual de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano se menciona con un lenguaje performativo lo siguiente: “*En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano*”.

*También puede consultarse a JONH AUSTIN en su obra “Philosophical papers” quien utiliza el concepto “expresiones realizativas” (performatives utterances). Señala que abundan en el mundo de lo jurídico. Son expresiones que tienen un verdadero efecto creador y casi mágico. Cuando alguien expresa su deseo de heredar a una persona, con estas palabras automáticamente se producirán ciertos efectos en el futuro. Estos resultados mágicos se entienden que están previstos en las normas jurídicas. – reseñado por ROJAS ROLDAN, Abelardo. *El lenguaje y los conceptos del derecho*. Biblioteca virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México. Núm. 193-194, 1994.*

El enfoque instrumentalista tiene como centro de análisis y discusión la lexicología y aspectos de orden formal del lenguaje, al paso que el enfoque constitutivo centra su mirada en cuestiones empíricas y ontológicas. Bajo esa tesitura, Aguirre Román, señala que “el enfoque instrumentalista privilegia un enfoque semántico del lenguaje, mientras que el enfoque constitutivo privilegia un enfoque pragmático. Sin embargo, esto no es óbice para que un autor que afirme que el derecho es una clase particular de lenguaje no se preocupe a su vez por asuntos semánticos y lógicos que necesariamente tienen que ver con el uso del lenguaje jurídico.”²⁴

Al margen de los anteriores enfoques y colocando la atención en la excesiva tecnicidad o especialidad del derecho, podemos encontrar ciertos sectores de la doctrina que abogan por la simplificación de lenguaje jurídico para hacerlo más asequible a los ciudadanos comunes, no letrados en derecho, pero que son destinatarios, a la vez que usuarios de las emanaciones decisionales de todos los poderes públicos, incluyendo la justicia. Al contrario de estas tesis hay quienes conceptúan que el derecho y sus principios, normas y decisiones generales deben manejarse en un argot particular y técnicamente propio, lo cual no les resta funcionalidad y practicidad en la comunidad no jurídica, pero si le da el rigor y solvencia científica de una disciplina que defiende su autonomía propia.

Vázquez Miramontes, citando a Karl Olivecrona, acoge la postura de la destecnificación del lenguaje jurídico, al sostener que “no son pocas las ocasiones en que los órganos jurisdiccionales al emitir los fallos que

²⁴ AGUIRRE ROMAN, Javier Orlando. “La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico”. *Opinión Jurídica*, Vol. 7, No. 13, pp. 139 - 162 - Enero-Junio de 2008 / 178 Medellín.

vinculan a las partes en el ámbito de jurisdicción o competencia, olvidan que éstos no van dirigidos a los abogados representantes de quienes se ven en necesidad de acudir al órgano para solicitar se resuelva el conflicto, sino a aquellos en cuya esfera surtirá efectos la sentencia”²⁵.

En el plano concreto de lo académico, esto es, en el escenario de las aulas en las que se están formando los futuros abogados, Coloma y Agüero San Juan²⁶ conceptúan que sobreestimar la formalización del lenguaje (suponiendo que un léxico técnico es una buena evidencia de un alto dominio del tema) por sobre una redacción clara y simple puede impedir que el estudiante aprenda los conceptos y que tome conciencia del proceso que implica el acto de escribir. Añadimos a esto, que es innegable que el derecho tiene y debe tener su propio argot, pero tampoco hay que exagerar en atiborrar los textos jurídico o normativos y las sentencias etc., con criptografías legales que sacrifiquen la comprensión y el entendimiento del mensaje, que es en últimas, el propósito del lenguaje.

Por su parte, Ángel Ossorio y Gallardo²⁷, en su obra “El alma de la toga”, que de alguna forma trae consejos prácticos, éticos y reglas de experiencia para ejercer la profesión, enseña que el estilo del texto, y por supuesto del texto jurídico debe contener precisos elementos de veracidad, claridad, brevedad y amenidad. En ese orden de cosa, es

²⁵ VÁZQUEZ MIRAMONTES, Marco Antonio; OLIVERCONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. 8a reimpresión, México D.F: Distribuciones Fontamara S.A. 2010. 70 p

²⁶ COLOMA, Rodrigo, & AGÜERO SAN JUAN, Claudio. “Los abogados y las palabras: una propuesta para fortalecer competencias iniciales en los estudiantes de derecho”. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 19(1), 39-69.2012

²⁷ OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. *El alma de la toga*. Buenos Aires: Valletta Ediciones. 1997

importante el uso de un lenguaje técnico, pero también lo es, procurar la máxima sencillez.

Para dar ejemplificaciones, podemos decir que en un texto jurídico podríamos optar por escribir sin mayores explicaciones la palabra "enfiteusis", o simplemente decir en forma coloquial "arrendamiento vitalicio o temporal de un inmueble con pago anual". En muchas ocasiones ni el más docto abogado, conoce esas expresiones y le es menester consultar para poder entender el texto. Entonces, surge la disyuntiva si deben ser los contenidos jurídicos demasiados densos y complejos en su lenguaje, o bastante sencillos y coloquiales, teniendo en cuenta que muchas veces, sus destinatarios no son solo abogados.

Por otro lado, Aguirre Román expresa que Von Ihering y Phillip Heck, no han dudado en defender y destacar la importancia de un lenguaje técnico bien articulado del cual dependieran ciertos matices de claridad, eficacia y rapidez del pensamiento jurídico científico²⁸.

No cabe duda entonces, de la relación inescindible entre lenguaje y derecho, sea esta relación con un enfoque instrumentalista o constitutivo o con un lenguaje rigurosamente técnico o destecnificado, pero es menester en este punto, referirnos a un fenómeno del lenguaje jurídico consistente en que algunas palabras, expresiones o conceptos que se utilizan, ofrecen al interprete cierta vaguedad, imprecisión, oscuridad o indeterminación, dando la posibilidad de asumir frente a tales expresiones una pluralidad de exegesis. Estos conceptos según la doctrina jurídica

²⁸ AGUIRRE ROMÁN, Javier Orlando. *La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico...* Op. Cit. P. 17

especializada han convenido en denominarlas “conceptos jurídicos indeterminados”.

Una nota característica que hemos señalados de esos conceptos es que revisten cierta “vaguedad”. Expresión esta última que en la teoría y filosofía del derecho posee algún grado de abordaje. Así pues, Russell (en *Vagueness*) fue quien primero se refirió a la vaguedad y Black (en *Vagueness: an exercise in logical analysis*), quien realizó una descripción sistemática de la misma. Russell enseña que un término vago “es aquel que tiene una zona de aplicación definida, una zona definida de no aplicación y una zona de penumbra en la que no está claro si el término se aplica o no” – de alguna forma compartiendo la estructura trizonal que explicaremos adelante-. Por su parte, en Black la vaguedad de un término “normalmente se describe indicando que hay situaciones posibles en las que su aplicación es dudosa o mal definidas”²⁹.

Pues bien, en este trabajo nos concentraremos en hacer un estudio puntilloso de esas expresiones que hacen parte del lenguaje natural, pero a su vez y de manera más problemática, hacen parte del lenguaje jurídico. Y decimos que, de manera más problemática, porque en el ámbito del derecho es menester de los operadores jurídicos darle aplicación material a esos conceptos, amplios, vagos y ambiguos, que en la mayoría de los casos el legislador no se ha encargado de precisar sus alcances. Y en ese contexto surgen los conflictos para hallar una precisión semántica o para

²⁹ ITURRALDE SESMA, Victoria. *Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2014. Pág. 107 y 108. Cita a RUSSELL, Bertrand. “Vagueness”. *Australasian Journal of Philosophy and Psychology*, N° 1, 1923, pp. 84-92; BLACK, Max. *El laberinto del lenguaje*. Caracas: Monte Avila. 1969.

adecuar esa semántica a una determinada realidad, opción o solución factual.

Expuesto ese escenario de incertidumbre en torno a los denominados conceptos jurídicos indeterminados, será el propósito en las próximas páginas, indagar sobre su conceptualización precisa, sus teorías y doctrinas, taxonomía y alcance, especialmente nos referiremos a los límites que deben tener las Administraciones públicas a la hora de concretizarlos en un determinado caso o en una política de intervención pública en particular.

1. 2. Conceptualización, alcance, características y clasificación de los conceptos jurídicos indeterminados.

1.2.1 Concepto y alcance.

Sea preciso afirmar, antes de entrar en la conceptualización que nos corresponde, que en el derecho encontramos en la mayoría de las veces conceptos determinados³⁰, bien definidos o delimitados para su

³⁰ Un Ejemplo particular de concepto jurídico determinado puede ser “la mayoría de edad”, porque la legislación de cada país define de manera clara y precisa a partir de qué edad se empieza a ser mayor. Así pues, si nos encontramos frente a un sujeto con documento de identificación, es apenas sencillo excluir o confirmar con certeza, si se halla en la categoría semántica legal de ese concepto.

aplicación. Sin embargo, hay otra porción significativa de expresiones que no tienen esa misma precisión conceptual y semántica. A los primeros les podemos llamar conceptos jurídicos determinados y a los segundos conceptos jurídicos indeterminados³¹. La diferencia que estriba entre estos, es que “en los primeros el ámbito de realidad se delimita de una manera precisa e inequívoca, que no admite conjeturas, mientras que en los segundos no”³². La indeterminación es una característica inevitable del lenguaje, y comoquiera que el derecho se sirve del lenguaje, como ya se señaló al informar sobre el enfoque instrumentalista, no queda más remedio que resignarse a la existencia inexorable de los conceptos con matices de indeterminación en el amplio mundo de las ciencias jurídicas.

Entrando en materia, resulta ciertamente problemático establecer una definición pacífica o unívoca de lo que se entiende por Conceptos jurídicos indeterminados. Muchos autores de diversos sistemas jurídicos han puesto sobre el escenario algunas conceptualizaciones que nos darán luces, o en el peor de los casos podrían acentuar la oscuridad que tengamos, respecto a estas figuras de la lingüística jurídica.

Empezaremos con el concepto de Jean Claude Tron Petit que de manera sintética manifiesta que los conceptos jurídicos indeterminados son aquellas “reglas en que el señalamiento de los elementos del supuesto de

³¹ Un ejemplo típico de concepto jurídico indeterminado es “edificio ruinoso”, puesto que el legislador no establece una caracterización y descripción detallada de qué condiciones debe poseer la edificación para considerarla ruinoso. Corresponde al operador jurídico realizar unos juicios de valor, experiencia o técnicos – en este caso el último – para determinar si es ruinoso o no la edificación. Más adelante relacionaremos una lista con mayores conceptos jurídicos indeterminados.

³² ORTEGA GUTIÉRREZ, David, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española*. Madrid: Dykinson, 2009, p. 18-19.

hecho tiene la nota de vaguedad o ambigüedad”³³.

Para Melissa Núñez Pacheco, los conceptos jurídicos indeterminados son “precisamente los que se consignan en los diferentes cuerpos normativos, formulados sin distinguir o fijar los parámetros de aplicación, y pueden considerarse concepciones jurídicas que tienen en algún nivel ambigüedad e imprecisión”³⁴. Y esa imprecisión es en algunas ocasiones atribuida conscientemente por el legislador, para dejar margen de maniobra al operador o para que el concepto perdure con el paso del tiempo. Así pues, con esas funcionalidades, continúa señalando Núñez Pacheco que los conceptos jurídicos indeterminados pueden “admitir aplicaciones diferentes, o ser perfilados de forma distinta, lo que llevará a generar incertidumbre e incluso confusión y, consecuentemente, motivos de duda a la hora de fijar su significado jurídico.”³⁵

Siguiendo con las conceptualizaciones, encontramos que Zamora Guzmán explica que los conceptos jurídicos indeterminados son expresiones normativas con respecto a las cuales “la ley no determina claramente cuál es el límite del concepto, lo que causa que guarde un cierto grado de vaguedad. En alguna medida, esta es una técnica necesaria para el legislador, aun cuando no necesariamente es la más idónea”³⁶. En este punto puede observarse como algunos autores también consideran la

³³ TRON PETIT, Jean Claude. *El qué, cómo y para qué de un concepto jurídico indeterminado del Impuesto sobre la Renta*. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito - México.

³⁴NÚÑEZ PACHECO, MELISSA. *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería Controversias y soluciones*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito: Corporación Editora Nacional., 2013. Pág. 20

³⁵ Ibid. P. 20.

³⁶ ZAMORA GUZMÁN, Vanessa. “Conceptos jurídicos indeterminados: justiprecio o precio justo”. *Revista electrónica de la facultad de derecho ULACIT – Costa Rica, Derecho en sociedad* No 5 , julio de 2013.

utilización de este tipo de conceptos como una técnica legislativa, que en alguna medida ofrece ciertas ventajas al operador encargado de su aplicación o, por el contrario, es arma de doble filo que podría ponerlo en ciertos aprietos al momento de buscar su concreción. Zamora no se detiene a tratar lo que decimos con respecto de su funcionalidad como técnica legislativa, aunque si establece una más fina definición acudiendo a elementos planteados por Enterría: “los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos que no admiten una cuantificación en forma tajante y rigurosa, sino que tienen la dificultad de hallarle una referencia precisa que se ubique en un supuesto de la realidad que admita ser precisado fácilmente en el momento de su aplicación”³⁷, y en forma concluyente remata con una precisión pertinente, en el sentido que manifiesta que el concepto jurídico indeterminado consta de factores objetivos y subjetivos que, dependiendo de esa circunstancia específica, van a determinar su significado y que la indeterminación del concepto, en cierta forma, no es absoluta o total.

En forma metafórica, Serrano Ferrer arguye que “el concepto jurídico indeterminado es, en alguna medida, “un concepto hueco que hay que llenar: no basta con decir que hay interés público, hay que concretar en qué consiste, en ese caso, el interés público”³⁸. Poniéndolo en nuestros términos, lo que da entender es que son expresiones vacías, carentes de ciertos elementos de precisión y concreción, una laguna conceptual

³⁷ *Ibidem*. Pág. 1.

³⁸ SERRANO FERRER, Esperanza. *Motivación de Conceptos Jurídicos Indeterminados: o es Interés Público o es Autonomía Local*, Es-público, Costa Rica. 2007.

jurídica que hay que agregar ciertos ingredientes para darle aplicación. Serrano finaliza sosteniendo que a estos conceptos “han de ser llenados de contenido en cada caso concreto”³⁹

Los conceptos jurídicos indeterminados son ese conjunto de expresiones – se encuentran con relativa frecuencia en los ordenamientos jurídicos – que no establecen una delimitación exacta de sus alcances, y que hallar estándares para su cuantificación o delimitación sería tarea en que se podría incurrir en subjetividades, aunque muchos sectores de la doctrina señalan que estos precisan de un supuesto de hecho concreto y único, siendo labor del operador que aplica el concepto, acertar en la correcta concreción de ese supuesto.

En ese sentido, Rendón Huerta Barrera, sostiene que los conceptos jurídicos indeterminados “se perfilan de imposible definición, en razón de que su contenido sólo puede ser delineado por circunstancias de tiempo, modo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice su valoración”⁴⁰. Ahora bien, la misma autora con relación a las posibilidades de la determinación o exactitud en el derecho, ha sostenido que, en esta disciplina, por supuesto que existen “segmentos deterministas, porque se ha hecho el intento de conformar un sistema que busca la perfectibilidad; sin embargo, este no es cerrado sino abierto, puesto que tiene interacciones con el entorno para su continuo desarrollo”⁴¹.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ RENDÓN HUERTAS BARRERA, Teresita. *Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho administrativo*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2012. Pág. 32.

⁴¹ Ibidem. Pág. 33.

Quizás uno de los autores de habla hispana⁴², que más ha aportado ideas originales y fundamentado teóricamente la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, es el Maestro español Eduardo García de Enterría⁴³, quien en dos grandes obras aborda esta temática con bastante fluidez pragmática. La primera, un artículo que recoge el texto de una conferencia pronunciada en la universidad de Barcelona en 1962, denominado "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)"⁴⁴. Y la segunda obra realizada en compañía de Tomás Ramón Fernández, está vez un tratado de mayor contenido, "Curso de derecho Administrativo"⁴⁵.

En cuanto a la primera de las obras mencionadas, "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo", García de Enterría, empieza por señalar que los conceptos jurídicos indeterminados son una de las aportaciones más importantes de la ciencia jurídica alemana, y que se contienen en lo que también se llaman las normas flexibles, "son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho público". A reglón seguido, realiza una enunciación no exhaustiva, de lo que considera como claros ejemplos de

⁴² Se resalta como en efecto se dirá más adelante, que la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados tuvo sus orígenes en las latitudes germánicas, y que su auge fue produciendo el efecto que en otros países se abordará, profundizará y aportará matices y mayores fundamentos a esta teoría.

⁴³ El 16 de septiembre de 2013 falleció el abogado cántabro en Madrid España, es considerado uno de los juristas españoles más notables del siglo XX, especialmente en el área de derecho administrativo.

⁴⁴ Cfr. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades... Op. Cit. p. 159 y ss.

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T I, 13 ed., Thomsom-Civitas, Madrid, 2006, p. 467.

los conceptos indeterminados, en los siguientes términos:

"El arbitrium boni viri, el «standard» de conducta del buen padre de familia, la buena fe, el orden público o las buenas costumbres como límite de la autonomía de la voluntad, o simplemente los conceptos de fidelidad, respeto, fuerza irresistible, ejemplo corruptor, uso natural de las cosas, etc., todos estos conceptos (unos, conceptos de valor; otros, conceptos de experiencia), bien conocidos en la doctrina general del Derecho , son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata"⁴⁶.

Para el autor que venimos tratando estos conceptos indeterminados, también los encontramos de forma frecuente en el derecho público y especialmente en el derecho administrativo, como régimen especial de la Administración. Y justamente en esta área del derecho, con una lamentable consecuencia para las garantías y prerrogativas jurídicas de los administrados⁴⁷. Y decimos que lamentable, aunque Enterría usa otro

⁴⁶ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades... Op. Cit. p. 159 y ss.

⁴⁷ Vale la pena destacar que autores como FELIX MONTIEL, establecen una diferencia entre un administrado y un ciudadano. El administrado es un ente aparentemente pasivo que persigue que la Administración le satisfaga sus derechos, al paso que el ciudadano, posee unos tintes de ciertos activismos, que procura participar, interactuar, fiscalizar o detentar el poder. El primero tiene una relación más estrecha con los "derechos subjetivos, no políticos" y el segundo se aproxima más a las relaciones de poder. En ese sentido, Feliz Montiel, expresa "El administrado suele ser un personaje más llano, menos retórico, más cerca de los niveles concretos de la vida común. Su fuerza no tiene su origen en el concepto histórico de la soberanía popular, sino en la complicada distribución de facultades y situaciones jurídicas que la Ley establece. (...) Sus

adjetivo que es “penoso”, por considerar que es práctica común en las Administraciones, confundir la utilización de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados con las facultades o potestades discrecionales⁴⁸.

Ubicado especialmente en la órbita del derecho público, en especial el derecho administrativo, el autor en comentario relaciona una lista de conceptos jurídicos indeterminados que se aplican a grandes escalas en esta rama especializada de las ciencias jurídicas, a saber “justo precio, utilidad pública (como concepto legal), urgencia, circunstancias excepcionales, orden público, etc.”⁴⁹

Una nota distintiva que describe Enterría, respecto de los conceptos indeterminados, es que su calificación en un caso en particular no puede ser más que una: la realidad observada se halla o no subsumida en el supuesto de hecho del concepto jurídico indeterminado, no hay puntos

*relaciones con los órganos públicos no tienen la imperiosa tonalidad del partido político, sino el moderado color gris del Tribunal contencioso o de la Notaría. Es el hombre que utiliza un servicio de asistencia municipal o que reclama contra un expediente de expropiación”. Mientras que con relación a la categoría de ciudadano le asigna las siguientes significaciones: “El ciudadano es el que ejerce el tradicional derecho de sufragio; el que se inscribe y actúa en un partido político; el que aplaude o censura al Gobierno en un discurso o en una carta enviada a los periódicos; el que acude a un mitin, participa en un desfile o grita en una esquina sintiéndose titular por derecho propio de la soberanía del pueblo. Es el hombre en su vinculación «política» con el Poder”. Consúltese la referencia completa en FÉLIX MONTIEL, “El ciudadano y el administrado”. *Revista de Administración pública*, 1965 - dialnet.unirioja.es*

⁴⁸ En el Capítulo Dos (2) abordaremos de forma más profusa las diferencias teóricas, prácticas y desde el punto de vista del control jurisdiccional entre las facultades derivadas de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y las facultades derivadas de la potestad discrecional.

⁴⁹ Ob. cit. ⁴⁹ GARCIA DE ENTERRÍA, EDURADO. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo...* Op. Cit. 172.

intermedios⁵⁰. Esta dicotomía que da lugar a excluir o confirmar la realización material del concepto jurídico indeterminado, la expresa con vehemencia el autor cántabro exponiendo que “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”, esto respecto de situaciones que se presentan en la esfera del derecho Privado; o en el campo puntual del derecho administrativo menciona los siguientes ejemplos: “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”, es decir, no se está limitando a la Administración que escoja o adopte un decisión específica, sino que esa decisión tomada, tiene dos posibilidades de encuadre, o se presenta o no se presenta el concepto jurídico indeterminado (Juicio disyuntivo – *Tertium non datur*- ley de tercio excluso)

Pasando a la otra obra que habíamos señalado, “Curso de Derecho Administrativo”, García de Enterría y Fernández⁵¹ señalan en forma un poco más prolija que los conceptos jurídicos indeterminados se refieren a una “esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante, lo cual es claro que se 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

⁵⁰ Esta situación que se presenta en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, que ofrece solo una dicotómica solución, se encuadra en la lógica *Tertium non datur* o del tercero excluido (ley del tercio excluso), que proviene de la lógica clásica aristotélica, en la que no hay lugar para terceras cosas.

⁵¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Y FERNÁNDEZ, T. R. Op. Cit. Pág. 443.

indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación". De esa tesitura, se puede sustraer que un concepto jurídico indeterminado es una expresión jurídica que ofrece cierta vaguedad en su contenido, por lo que de ella es posible extraer una pluralidad de interpretaciones frente a un caso planteado, pero que a la postre solo es admisible una solución justa o correcta a luz de las reglas de la experiencia, reglas técnicas o juicios de valor.

El mismo autor conceptúa que la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, ya que lo que se busca es subsumir una categoría legal (no obstante, su imprecisión de límites con la intención de acotar un supuesto concreto) a unas circunstancias reales determinadas⁵². Siendo la concreción de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la ley para solucionar problemas sociales, los jueces pueden revisar la forma en que se da tal aplicación, haciendo una valoración sobre si la solución a que ella se ha llegado es la única solución justa, o al decir de Aarnio⁵³ la única respuesta correcta.

Otra conceptualización bastante relevante en marco de la teoría jurídica administrativa es la expuesta por Miguel Sánchez Morón, para quien el uso de conceptos jurídicos indeterminados, hace referencia "a los casos en que la ley describe el supuesto de hecho que permite una decisión de

⁵² Citado por BREWER-CARÍAS, A. *la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial en la actividad administrativa*. Ciudad de México: Colección Bibliotecas UNAM, 2009

⁵³ AARNIO, Aulis. "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico". *DOXA* número 8. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 1990. En este artículo de reflexión Aulis Aarnio sostiene que el problema de la única respuesta correcta se plantea no sólo en el ámbito judicial, sino también en el ámbito de las ciencias jurídicas en general.

la Administración (más raramente su consecuencia jurídica) a través de conceptos abstractos, que solo pueden ser concretados en su aplicación práctica”⁵⁴. En esta definición, Sánchez Morón saca a relucir de cierta manera, como elemento consustancial de los conceptos jurídicos indeterminados, su abstracción, solo materializable, descendiéndola del plano ideal del concepto, al ámbito físico de la realidad.

Sánchez Morón, a fin de ilustrar la situación de abstracción y subsiguiente concreción, plantea como ejemplo, la ley del patrimonio histórico español⁵⁵, la cual considera como bienes integrantes del mismo, entre otros, “los parques y jardines que tengan Valor artístico, histórico y antropológico”. Señala el precitado autor que, en este caso puntual, para la aplicación correcta de estos conceptos (Valor artístico, histórico y antropológico) la Administración pública o el órgano decisor que fuere, debe fundarse adecuadamente en rozamientos lógicos y en criterios técnicos⁵⁶.

Hay que aclarar que cuando se aplican estos criterios no se está haciendo uso de facultad discrecional alguna, porque en este escenario el operador jurídico solo debe esgrimir si el bien posee o no valor artístico, histórico y antropológico, no tiene más libertad de opciones. Frente a este tipo de conceptos, señalaremos que pertenecen a la órbita de los conceptos indeterminados, aunque son de carácter técnico, lo cual hace dudar, de alguna manera, si también encasillamos tales cuestiones, en lo que se

⁵⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte general*. Novena Edición. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A) 2013. Pág. 96.

⁵⁵ Ley 16 de 1985, 25 de junio. España.

⁵⁶ *Ibíd.* Pág. 96

llamará “discrecionalidad técnica”, aspectos que abordaremos en apartados posteriores. En síntesis, y como ya hemos reiterado, en materia de conceptos jurídicos indeterminados solo hay dos vías posibles, se configura o no se configura el concepto, y para optar por una de las dos hay que apoyarse en la racionalidad lógica, en ciertas disciplinas técnicas, en las reglas de la experiencia etc.

En consonancia con lo anterior, el autor colombiano Roosevelt Ospina sostiene que el concepto jurídico indeterminado, al no ser aplicado en las condiciones que dispone la norma que lo contiene, entraña una violación al ordenamiento jurídico, que deviene en ilegal y es pasible de ser anulado⁵⁷.

1. 2.2. Algunos rasgos característicos de los conceptos jurídicos indeterminados.

Como ya se ha dicho, en el ordenamiento jurídico de cualquier Estado, es factible encontrar conceptos jurídicos indeterminados de variada naturaleza, en el sentido que algunos obedecen a aspectos técnicos, artísticos, culturales, económicos, sociales, de protección ambiental, de convivencia pacífica, entre otros temas. De igual manera podemos encontrar órganos legislativos de algunos países que realizan mayores

⁵⁷ OSPINA, Roosevelt. “Límites jurídicos y políticos de la decisión de la Administración pública en nuestro sistema constitucional”. *En revista Diálogos de derecho y política*, Numero 2, Año 1, Septiembre – diciembre. Medellín: Ed. Universidad de Antioquia, 2009.

esfuerzos para no dejar tanto margen de apreciación al operador jurídico, como es el caso de la cultura alemana, y otros que son más generosos con ese margen, como son los pertenecientes al mundo anglosajón.

Teniendo en cuenta la variedad de los conceptos jurídicos indeterminados, resultará ciertamente complejo, establecer unas características homogéneas que los engloben a todos - por lo que más adelante también se hará un intento de clasificación - sin embargo, a partir de un análisis metódico de las diferentes teorías sobre esta materia, se pueden extraer ciertos elementos de convergencia que le son comunes. En esa dirección, se hará una relación de características con subtítulos claros y sencillos, para hacer didáctica y comprensible esta selección.

a) ***Son conceptos generales y abstractos:***

La generalidad y la abstracción hacen referencia a que su estructura semántica no permite encuadrar automáticamente una realidad concreta en el concepto. Teniendo en cuenta que este concepto está planteado en términos escuetos y tan amplios, que a cualquier hombre razonable le cabría la duda, si esa realidad se subsume o no en el concepto. El estándar de "conducta de un buen padre de familia" o como ejemplo también "El interés superior del menor"⁵⁸, nos colocan frente a una situación dilemática. ¿Esta conducta de X sujeto es la de un buen padre de familia?, o ¿exigir que a un menor Y se le ofrezcan determinadas condiciones

⁵⁸ Sobre el Concepto jurídico indeterminado de interés superior del menor puede consultarse, Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 11 de octubre de 2016 (23298/12 Iglesias v. España).

corresponde a su interés superior? Ahora bien, si el legislador hiciera la tarea de hacer una relación de requisitos que debe reunir una persona para considerarse un buen padre de familia, facilitaría las cosas, pero por lo general, esta labor no la hace. En algunas ocasiones, es el ejecutivo el que a través de sus labores reglamentarias trata de solventar este vacío, aunque esa misma labor reglamentaria puede ser objeto de control judicial porque se estime que en la descripción y el detalle del concepto indeterminado la Administración desbordó el propio alcance del concepto.

b) Admiten una sola solución Justa.

A pesar de la indeterminación que entrañan este tipo de conceptos, a la hora de ser concretados en la realidad práctica solo admiten una respuesta correcta. En este caso no hay una variedad de opciones posibles y válidas, frente a las cuales el administrador pueda optar por cualquiera de ellas (ello correspondería a la facultad discrecional). En la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados existen dos posibilidades de elección. "Se da o no se da el concepto". Y por tal, existirá una única solución justa.

Bien sustentan esta característica García de Enterría y Fernández, cuando afirman que "al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución"⁵⁹. A esta característica peculiar Enterría le

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Y FERNÁNDEZ, T. R. ... Op. Cit. Pág. 443.

denomina "principio de unidad de solución justa", y enseña además que a ésta se llega mediante una actividad de cognición, objetivable, por tanto, y no de volición. Aunque nuestra posición a lo largo de este trabajo, será que, si existe cierto grado de volición, sobre todo en los conceptos de valor.

Al respecto Villar Palasí y Villar Ezcurra, citados por Alonso Mas⁶⁰, reputan a los conceptos jurídicos indeterminados como "supuestos de potestad reglada porque sólo existe una solución justa". Lo cual es bastante curioso, porque la Administración en todos los casos imperativamente debe elegir la solución más adecuada al interés público (siendo este un concepto indeterminado), entonces también en todas las circunstancias de actuación de la Administración debería haber una única solución justa, y en ese sentido nunca habría casos de potestad discrecional.

Por su parte Sainz Moreno, en su obra "Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa", realiza varias reflexiones en torno a tesis de la única solución justa, en una de ella se refiere en estos términos:

"Con la designación de teoría de los conceptos jurídicos indeterminados se entiende, en el ámbito del derecho administrativo, la tesis según la cual 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 considera conveniente u oportuna ; esta tesis, por el

⁶⁰ ALONSO MAS, María José. *La solución justa en las resoluciones administrativas* (libro). Tirant Lo Blanch: Universitat de Valencia. 1998. Pág. 304.

*contrario, mantiene que la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de su indeterminación, no admite, si la norma no dispone de otra cosa, más que una solución correcta.*⁶¹

Asimismo, Estévez Araujo, en una disertación sobre la crisis del principio de legalidad, reconoce que al emplear una regla que posea un concepto jurídico indeterminado a una situación particular, “existe una única solución justa y es posible encontrarla”. Al tenor de este planteamiento es factible establecer en todos los casos “si nos encontramos ante un supuesto que se subsume dentro del ámbito de referencia del concepto jurídico indeterminado (ante un buen padre de familia, ante un espectáculo que atenta contra las buenas costumbres, ante un juez poco honroso, etc.)”⁶²

En contraposición a la teoría de la única solución justa, Tardío Pato⁶³, niega que, en el caso de concursos y oposiciones, cuando debe concretarse el mérito, pueda determinarse fácilmente una solución justa, puesto que pervive cierto margen de relatividad que hace que varias soluciones sean, sino igualmente justas, sí razonables. Pero eso no es

⁶¹ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid: Civitas, 1976.

⁶² ESTEVEZ ARAUJO, José A. “La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la Administración”. *Anuario De Filosofía Del Derecho VII* (1990) 107-130 Barcelona.

⁶³ TARDÍO PATO, José Antonio. Control jurisdiccional de los concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos, Civitas: Madrid, 1986. Citado y desarrollado en ALONSO MAS, María José. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. (Tesis doctoral en roderic) Universitat de Valencia. 1996 pág. 691.

óbice, para que el juez revise la decisión y determine si es admisible o no la concreción del mérito dada por la Administración.

Se aclara que con el principio de la única solución justa no se está limitando a la Administración para que escoja o adopte una decisión específica, sino que esa decisión tomada, tiene dos posibilidades de encuadre, o se presenta o no se presenta el concepto jurídico indeterminado (Juicio disyuntivo o ley de tercio excluso: *Tertium non datur*⁶⁴)

c) Su aplicación es pasible de control jurisdiccional.

Está claro pues que en los conceptos jurídicos indeterminados las normas utilizan un espectro de alcance abierto e impreciso que corresponde al aplicador de la norma concretar mediante acciones factuales. Ahora bien, el cuestionamiento que haremos en este apartado es si puede un juez intervenir a fin de establecer si la concreción al concepto jurídico indeterminado que realiza la Administración es adecuada y corresponde a la única solución justa expuesta como característica en el punto anterior.

La tendencia actual es que la Administración no posea competencias que sean intocables, desde el punto de vista de espacios vedados para el control judicial, sino que toda la actividad de la Administración esté sometida en alguna medida al escrutinio y revisión de jueces o tribunales

⁶⁴ El *Tertium non datur* o tercero excluido o Ley de tercio excluso (una tercera opción no se presenta), es un principio de lógica clásica de origen aristotélico de acuerdo con la cual la disyunción de una proposición y de su negación es siempre cierta.

independientes. Los mismos actos derivados de facultades discrecionales tienen control, así lo ha señalado recientemente la doctrina moderna, bajo el entendido que dentro de ellos se envuelve una suerte de elementos reglados, como la potestad, la competencia, los fines, los hechos determinantes (motivos), y por supuesto la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados también ha servido como criterio de control⁶⁵. Inclusive, los llamados actos políticos o de gobierno⁶⁶ que, desde ciertas concepciones remotas de origen francés, eran considerados exentos de control, hoy en día, muchas legislaciones en el mundo, establecen la posibilidad de ser susceptibles de revisión judicial⁶⁷. Aunque es verdad sabida, que frente a este tipo de actos – discrecionales y políticos o de

⁶⁵ Por mencionar algunas doctrinas que se refieran al control de la actividad discrecional de la Administración encontramos a FIORINI, Bartolomé. *La discrecionalidad de la Administración pública*, Buenos Aires: Alfa, 1948; SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos. Interpretación y discrecionalidad administrativa*, Op. Cit.; JINETA LOBO, Ernesto. “El control jurisdiccional de la Administración pública”. *Revista Judicial*. Costa Rica. Año XX, N° 63, setiembre 1997; BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T° I, 13° ed., Thomsom-Civitas, Madrid, 2006.

⁶⁶ Son ejemplos de los denominados actos políticos o de gobierno la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública, los cuales corresponden a actos del poder estatal fruto de una función gubernativa o de dirección suprema del Estado.

⁶⁷ En el caso de España el artículo 2 literal “A” de la Ley 29/ 1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y en el caso de Colombia en el Artículo 104 numeral 5 de la Ley 1437 de 2011, código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, contemplan la posibilidad que los actos políticos o de gobierno puedan ser objeto de control por parte de la rama judicial.

Desde el punto de vista doctrinal, se pueden mencionar como autores que abordan el tema del control jurisdiccional de los actos políticos o de gobierno a: DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. “El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno”. *Revista jurídica de castilla y león*. N.º 26. enero 2012.; GARRIDO CUENCA, Nuria, *El acto de gobierno. Un análisis de los ordenamientos francés y español*, 1.ª ed., cedecs, Barcelona, 1998; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*, 4.ª edición, Madrid: Civitas, 1998; ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “Control judicial de los actos políticos. recurso de protección ante las cuestiones políticas”. *Revista Ius Et Praxis* - Año 14 - N° 2, páginas 271 – 307.

gobierno - el juez posee menores elementos de juicio de carácter legal y le corresponde de alguna forma acudir a aspectos considerado por algunos como extrajurídicos, como los test estrictos de racionalidad, proporcionalidad, necesidad, etc. (que se analizarán en capítulos posteriores como límites de los conceptos jurídicos indeterminados).

En ese orden de ideas, si los actos derivados de facultades discrecionales y los políticos del gobierno, que poseen mayores niveles de margen de maniobrabilidad, son objeto de control jurisdiccional, *a fortiori* -con mayor razón- los actos dictados en virtud o con respaldo de los conceptos jurídicos indeterminados también serán pasibles de control, que como expresa García de Enterría pertenecen a la categoría de actos reglados, o con mayor atenuación "reglado-discrecional" o como se sustentará más adelante pertenecen a una categoría autónoma. Concordante con esto, Brewer Carías⁶⁸ arguye que ha sido esencialmente el afianzamiento del principio de legalidad y la "ampliación progresiva de las técnicas de control de la actividad administrativa, la que han conducido a la tendencia de reducción progresiva de campos de actividad administrativa que antaño se consideraban como propios de la discrecionalidad de la Administración," y que hoy se ubican en la esfera más controlable de los conceptos jurídicos indeterminados".

Siguiendo con el mismo Brewer-Carías, este expresa de manera categórica con relación a estos conceptos indeterminados que, en todo caso, "la Administración no dispone en su aplicación, de poder discrecional alguno, por lo que la actividad administrativa que se realice

⁶⁸ Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan. "la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial en la actividad administrativa". *Colección Bibliotecas UNAM*, México 2009.

utilizándoselos, puede y debe estar efectivamente sujeta a control judicial contencioso administrativo”⁶⁹. Así pues, no cabe duda de la justiciabilidad⁷⁰ posible frente a la concreción de conceptos jurídicos indeterminados.

d) **Es una actividad reglada.**

Entendemos por reglado la actividad que se encuentra sujeta a algún precepto superior o a una regla a la cual deba ajustarse, esto es, no hay posibilidades de libertad de elección, sino que la actividad debe realizarse conforme lo establece la regla. En ese entendido, la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados implica que el operador jurídico encargado de aplicar la norma contentiva de un Concepto jurídico indeterminado, no puede tomar cualquier decisión que a bien considere, sino que su decisión debe cumplir o ceñirse estrictamente a lo que condicione el precepto⁷¹. Así, si una ley consagra que deben ser declarados como patrimonio cultural, los bienes que tengan “valor artístico o histórico”, solo le es dable a la Administración después de hacer un examen de cognición técnico (y no volitivo o de volición, como es la concepción tradicional, de la que parcialmente nos distanciamos), hacer

⁶⁹ Ibidem. P. 3.

⁷⁰ La justiciabilidad es la condición o capacidad de que algo se exigible por vía judicial. En ese sentido se expresa: PINTO, Mónica. “La justiciabilidad del derecho a la educación”. *En Revista IIDH* Vol.52. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica.

⁷¹ Esto bajo las teorías que consideran a los conceptos jurídicos indeterminados como parte de la potestad reglada.

tal declaración si el elemento objeto de estudio reúne esa condición, es decir, si se da el concepto se aplica, sino se da, no se aplica; no hay libertad de opción, la regla estricta condiciona la decisión.

Al respecto de los actos reglados Murillo Mena⁷², citando a Sayagués Lasso⁷³, explica que las normas jurídicas al momento de regular la actuación de los entes administrativos, "pueden hacerlo de forma tan meticulosa y detallada, que ante un supuesto de hecho, aquella sólo pueda actuar de una manera determinada; lo que se denomina potestad reglada, puesto que, todo el actuar administrativo está predeterminado por las normas jurídicas aplicables, de forma tal, que ocurrido el supuesto de hecho previsto en la norma, no hay más que una sola decisión jurídicamente aplicable". En estos eventos, el operador jurídico administrativo no es más que un frío y pasivo ejecutor de la normativa que sea objeto de marras.

Insistimos en que la condición de reglado propia de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, coloca a la Administración en una aparente posición de sujeción condicional atrapado en el marco del fin que el concepto persigue, así lo describe Ara Pinilla con las siguientes palabras:

"Los conceptos jurídicos indeterminados se encuentran en las tesis finalistas atrapados por el fin que preside su incorporación al

⁷² MURILLO MENA, Jessica. Las facultades discrecionales en el Estado social de derecho colombiano: una aproximación a la discrecionalidad técnica desde la doctrina y la jurisprudencia. Colegio Mayor De Nuestra Señora Del Rosario Facultad De Jurisprudencia. Maestría En Derecho Administrativo. 2014.

⁷³ SAYAGUÉS LASSO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen 2, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1974

ordenamiento jurídico, impidiéndose de este modo adscripciones de contenido que pudieran alterar la función que el propio legislador les atribuye. Son, en definitiva, conceptos cuya indeterminación semántica se encuentra llamada a extinguirse en el momento en el que quien realiza la aplicación del derecho los considera en su globalidad, como conceptos orientados a un fin concreto, que, por lo demás, ha de conjugarse también con el resto de los fines del ordenamiento jurídico en su conjunto.”⁷⁴

1.2.3. Crítica al carácter reglado de los Conceptos jurídicos indeterminados.

En este trabajo, puntualizamos que los conceptos jurídicos indeterminados no deben ser entendidos como elementos ubicados en la potestad reglada, sino que deben considerarse como categorías con absoluta independencia del esquema reglado, aunque con aproximaciones teórico- conceptuales, es decir, planteamos unos conceptos jurídicos indeterminados con cierta dosis, aunque muy mínima de discrecionalidad.

La potestad reglada es estrictamente cerrada, no hay posibilidad de fisuras para la para actuación volitiva. Mientras que, cuando se está frente a la aplicación de un concepto jurídico indeterminado si se permite ciertas

⁷⁴ ARA PINILLA, Ignacio. *Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados*. Anuario de filosofía del derecho. Universidad de la Rioja. 2004.

posibilidades para la libertad electiva, volitiva o más allá de lo contrastativo, puesto que los conceptos en la imprecisión que poseen ofrecen un escenario para conjeturar u oscilar si la realidad observada se ajusta al concepto.

A efectos de no repetir en la crítica a los conceptos jurídicos indeterminados como categorías regladas, remitiremos al punto 2.8.2 del capítulo 2 sobre “Segunda escala: los conceptos jurídicos indeterminados”. En este acápite, discurrimos de manera más profusa las razones de una identidad propia de los conceptos indeterminados por fuera de la potestad reglada. Para lo cual también se recurre a una definición de García Enterría y a partir de ella, se plantea una postura crítica de la no condición reglada.

1.3 Ideas para una clasificación de los conceptos jurídicos indeterminados.

Es raro encontrar en la literatura jurídica un intento de clasificación de los conceptos jurídicos indeterminados, y de hallarse alguno, no se hace con rigor y profundidad teórica. Teniendo en cuenta ese panorama, resultará un tanto complejo realizar una labor taxonómica con este tópico, sin embargo, trataremos de establecer unos criterios e ideas básicas de una clasificación con sus correspondientes elementos contentivos.

1.3.1 Conceptos jurídicos indeterminados de derecho público y de derecho privado.

Podríamos tener como primer presupuesto para esta clasificación la tradicional y clásica división del derecho, en derecho público y derecho privado. En ese sentido habrá unos conceptos jurídicos indeterminados propios del derecho público y otros que tributan al derecho privado. En la primera categoría encontramos aquellos que buscan regular una relación entre ciudadanos y el Estado, o que persiguen como fines la satisfacción de colectividades, entre estos podemos mencionar: Utilidad pública, moralidad administrativa, justo precio (o justiprecio), urgencia manifiesta, orden público, interés social, buena conducta cívica, prosperidad general, orden justo, error patente, nación amiga, tolerancia⁷⁵, el de "servicio esencial"⁷⁶, entre otros.

En el terreno del derecho privado, podríamos ubicar conceptos como: La conducta de un buen padre de familia, interés superior del menor, animal fiero, las buenas costumbres (como límite a la autonomía de la voluntad).

⁷⁵ El concepto tolerancia entre otros (pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura) como elementos indeterminado es tratado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de 7 de diciembre de 1976. en el caso Handyside o caso libro rojo del colegio-Inglaterra.

⁷⁶ Este último concepto jurídico indeterminado es tratado en FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda. "El concepto jurídico indeterminado de servicio esencial en la Constitución española". *Revista de Administración Pública*, No 170, mayo-agosto. 2006. Págs. 325-338. En igual sentido la Jurisprudencia constitucional española también ha considerado tal noción como concepto indeterminado, en particular puede consultarse las sentencias del Tribunal Constitucional 26/1981, de 17 de julio (FJ 10.º); STC 12/1982, de 31 de marzo (FJ 2.º); STC 53/1986, de 5 de mayo (FJ 3.º).

Ahora bien, categorizar unos conceptos como pertenecientes al derecho privado y otros al público, puede generar críticas y desacuerdos conceptuales, puesto que podrá haber unos que compartan ambas categorías, ante lo cual no queda más remedio que llamarlos mixtos, un ejemplo de este tipo podría ser “la buena fe”.

1.3.2 Conceptos de valor y conceptos de experiencia.

Otra clasificación básica expuesta aquí, y empleada en la doctrina, es categorizar aquellas nociones que corresponden a conceptos de valor y otros a conceptos de experiencia. En los primeros se encuentran los que develan o reflejan una cualidad del objeto analizado. Ejemplos, “buen padre de familia⁷⁷”, “buena reputación”, “de reputada estima”. Ahora, los conceptos de experiencia se refieren a aquellos que incorporan el conocimiento de ciertas habilidades, experticias y comprobaciones para llegar una conclusión, ejemplo, “Casa ruinoso, oferta más conveniente”.

Asimismo, también podemos hacer otra distinción, señalando que los conceptos de valor envuelven juicios de valor, que podrían contener elementos técnicos (v. gr. Impacto ambiental), o políticos (v. gr. Interés general). En cambio, los conceptos de experiencia, se refieren a aspectos de apreciación de hechos. (v. gr. embriaguez habitual)

En los conceptos de valor, la fiscalización jurisdiccional se asume cierta presunción a favor del juicio de la Administración, que se entiende

⁷⁷ Lo que en la doctrina y jurisprudencia anglosajona le denominan “Reasonable Man”

realizado desde un examen formalmente objetivo y apelando a medios técnicos, criterios políticos, económicos, culturales etc., que, de cierta forma, y en la práctica solo cuando se devisa error o arbitrariedad pueden ser controlados jurisdiccionalmente. En lo que respecta a los conceptos de experiencia, el control judicial suele ser más profundo y con mayores posibilidades de "revisibilidad" de aspectos de fondo⁷⁸.

1.3.3. Conceptos de uso técnico – científico y conceptos de uso convencional, coloquial y corriente.

Por otro lado, podemos encontrar aquellos que son de uso técnico, porque requieren a través de una ciencia especial llegar a unas conclusiones, ejemplo "impacto ambiental", "valor arqueológico". Como hay aquellos que son de uso convencional, coloquial y corriente, frente a los cuales se tienen en cuenta son los imaginarios colectivos y las creencias populares, entre estos destacamos "las buenas costumbres", "alta estima", "miedo insuperable"

⁷⁸ Cfr. LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad ...* Op. Cit. Pág. 91.

1.3.4 De mayor halo conceptual y de menor halo conceptual.

Podemos igualmente esgrimir entre los que tienen mayor halo de concepto y menor halo del concepto. Como se explicará más prolijamente al abordar el tema de la estructura de los conceptos jurídicos indeterminados, el halo del concepto es aquella zona de penumbra o incertidumbre, en la cual el operador tiene ciertas dudas sobre la aplicación del concepto, porque le genera mucha ambigüedad. Pero también existe una zona de certeza positiva, en la que no cabe duda sobre la aplicación del Concepto y una zona de certeza negativa, en la que se excluye totalmente el concepto. Así pues, si el concepto jurídico indeterminado es tan amplio que genera grandes dudas sobre su aplicación decimos que tiene mayor halo de concepto (una gran zona de penumbra), pero si el concepto lo podemos ubicar fácilmente en zona de certeza positiva o negativa, decimos que posee menor halo de concepto. En los de mayor halo encontramos, por ejemplo: "El bien del Servicio", "el interés público", "el orden público", "de utilidad pública"⁷⁹. En cuanto a los de menor halo podríamos mencionar "animal fiero", "nocturnidad".

⁷⁹ En GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Lucha contra las inmunidades de poder...* Ob. Cit. 172, cita estos ejemplos, señalando que JESH expresa "dotados de un halo tan extenso" como «el bien del servicio o el interés público», o «el orden público».

1.4 Diversas concepciones sobre la estructura de los conceptos jurídicos indeterminados.

Establecer una estructura sobre algo intangible como un concepto, pareciera una labor de una enorme abstracción, sin embargo, desde la doctrina alemana se han intentado hacer segmentaciones prácticas de los conceptos indeterminados para los efectos de su aplicación. Esta segmentación o estructuración no ha sido pacífica, en el sentido de establecer un modelo ideal. Hay quienes abogan por una estructura compuesta de dos grandes franjas para el concepto (a la cual vamos a llamar "Bizonal"), como también hay quienes propugnan por una estructura con tres divisiones claramente determinadas (que corresponde a la estructura "Trizonal"). Incluso algunos pueden considerar que hay conceptos que solamente contienen una única zona de absoluta penumbra o incertidumbre. Y la discusión no está solo en la composición de las zonas o franjas del concepto, sino en sus posibles y más acertadas denominaciones, como también el alcance que implica la ubicación en determinada franja. En este acápite, abordaremos todos estos aspectos, conforme hemos señalado en sus diferentes y eventuales segmentaciones.

1.4.1 Estructura Monozonal (Unizonal)

Algunos conceptos jurídicos indeterminados pueden tener un grado de indeterminación tal, que resultaría difícil encontrarle un núcleo fijo de certeza y de igual forma una zona de exclusión total. Para cierto sector de la doctrina estos no son conceptos jurídicos indeterminados, sino "clausulas generales" que el legislador o el constituyente mismo ha consagrado, teniendo en cuenta la imposibilidad de prever o predecir circunstancias que puedan quedar por fuera en el futuro.

Así las cosas, aquellos conceptos que poseen un grado de abstracción suficientemente complejo como para poder delimitar franjas de certeza o de exclusión de ésta, pertenecen a otra categoría denominada "clausulas generales"⁸⁰, aunque en el marco de éste trabajo a efectos de comprender las estructuras compositivas de los conceptos jurídicos indeterminados, se le ha ubicado en ésta última noción para resaltar la característica del concepto consistente en carecer de una zona de certeza positiva y una zona de certeza negativa, contando solamente con el halo o franja total de penumbra.

Resultaría un tanto complejo dar ejemplos puntales de conceptos jurídicos indeterminados que contengan una estructura monozonal y a la vez distinguir en qué difieren de los que tengan una estructura bi o trizonal,

⁸⁰ En este sentido se expresan autores como GARCÍA SALGADO, MARÍA JOSÉ, en su obra "Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean", *Anuario de filosofía del derecho*, Nº 20, 2003, págs. 105-130". Así mismo, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M en "Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho, en La vinculación del juez a la ley", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997. Pág. 297-326.

sin lugar a dudas son terrenos de alguna forma especulativos, pero que en el seno de la teoría siempre encuentran soluciones. No obstante, siguiendo la doctrina de Miquel posicionamos como prototipos de este tipo de conceptos a “las buenas costumbres”, “la moral”, “la buena fe” o “el orden público”⁸¹, que son más difíciles de precisar si ante determinadas circunstancias el concepto se halla subsumido o se excluye, cuestión que puede ser fácil de precisar en conceptos como “nocturnidad”.

Esquemáticamente se representaría la estructura unitaria de éste tipo de conceptos jurídicos indeterminados con una sola esfera que no contiene sub-esferas internas, teniendo en cuenta que la zona de penumbra cubriría en forma total al halo del concepto.



Estructura Monozonal

⁸¹ En lo referente al concepto de orden público, RIDAURA sostiene que es un concepto indeterminado, que requiere concreción, debiendo entenderse en un sentido estricto como orden necesario para el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Cfr. RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa. “La seguridad ciudadana como función del Estado”. *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, 2014, vol. 62, Núm. 2, p. 319-346. Pág. 330.

1.4.2 Estructura Bizonal.

Otro modelo estructural que se propone para los conceptos jurídicos indeterminados, es aquel que está compuesto o integrado por dos segmentos bien diferenciados⁸²: 1. El externo, que se denomina "Halo del concepto" o "*Begriffshof*" como lo establece la doctrina alemana, y 2. La parte céntrica, conocida como "núcleo del concepto", que en este caso los germanos han llamado como "*Begriffskern*". Bajo esta formulación esquemática puede entenderse entonces, que los conceptos jurídicos indeterminados no permiten en forma absoluta contestar sobre la certeza (inclusión) o la negación (exclusión) de un supuesto factico en sus dimensiones semánticas, esto es, si el supuesto queda o no comprendido en su campo conceptual o semántico, lo que Koch ha esbozado como los candidatos positivos y los candidatos negativos en el contexto de la filosofía analítica, pues siempre van a tener una franja de penumbra.

A la parte externa del concepto, es decir el "halo", corresponde a una zona de incertidumbre o penumbra, en la que no existe precisión plena de que el supuesto se subsuma en el campo semántico del concepto, en cambio en el núcleo se predica la esfera de certeza positiva que implica que la situación concreta si se circunscribe plenamente a los patrones valorativos que establece el concepto.

⁸² PHILIPP HECK citado por GARCÍA SALGADO, María José, en su obra "Determinar lo indeterminado" ... ob. cit., pág. 107, es uno de los autores alemanes que propugnaba por esta estructura.

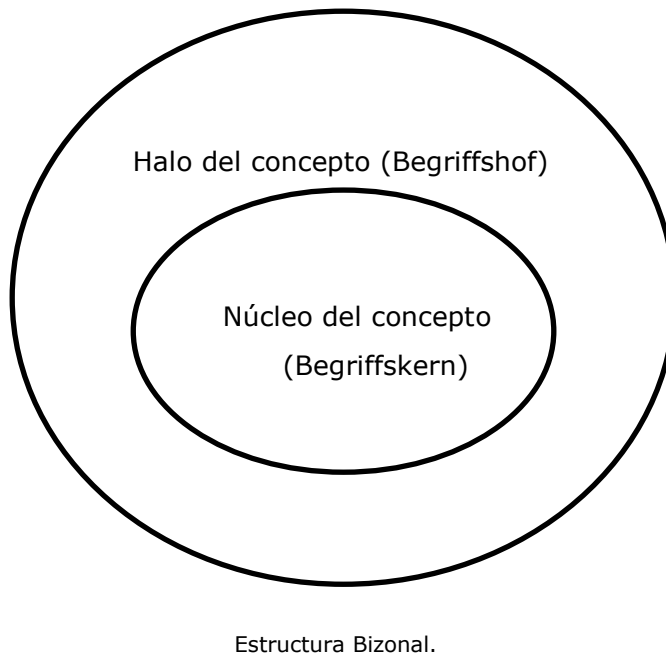
Muños Machado⁸³ siguiendo las ideas alemanas sobre conceptos jurídicos indeterminados acoge la existencia de esta estructura bizonal, como también la trizonal que se explicará más adelante. En ese orden, este autor considera que en la primera estructura claramente se predica “un núcleo” (*Begriffskern*) que corresponde a la parte del concepto donde hay certeza de su configuración, por otro lado, se encuentra el halo (*Begriffshof*) que enmarca la zona en la que hay dubitación, incertidumbre o vacilación sobre la subsunción de las circunstancias fácticas en el concepto.

En el marco de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados estas dos últimas estructuras nos son las más comunes, pero en gracia de discusión se ha aceptado su inclusión para contener una calificación más densa y completa sobre estas teorizaciones, encontrando incluso en estos escenarios de discusiones quienes plantean el esquema en forma inversa, como es el que caso de Torrealba Sánchez, para quien en la estructura bizonal “se distingue entre el núcleo (lo no necesariamente ni comprendido ni excluido) y el halo del concepto (lo indudablemente incluido)”⁸⁴

⁸³ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, III. La organización territorial del Estado. Las Administraciones públicas. Civitas, Madrid, España. 2009

⁸⁴ TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel. “Las potestades discrecionales de la Administración y su control judicial. Panorama actual en la doctrina Hispanoamericana”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Núm. 7, 2016. En esta obra el autor venezolano se refiere a BACIGALUPO como uno de los autores que se opone a la tesis mayoritaria de la distinción entre potestad discrecional y conceptos jurídicos indeterminados, tema que se abordará más adelante en este trabajo, y en referencia a este tópico señala que el autor en mención en lo atinente “al halo (o halo conceptual) de los conceptos jurídicos indeterminados, su determinación por la Administración es de carácter volitivo, pues no cabe juicio cognoscitivo sobre la

Como se realizó con la anterior estructura se intentará dibujar un esquema que dé una idea gráfica de la composición y alcance de esta técnica jurídica que se orienta a una concepción dualista.



1.4.3 Estructura Trizonal.

Una de las estructuras que ha tenido mayor acogida en la doctrina contemporánea y tradicional de los conceptos jurídicos indeterminados es la que instituye un planteamiento en triada, esto es, que adopta una configuración de tres zonas claramente diferenciales. Bajo esa tesitura,

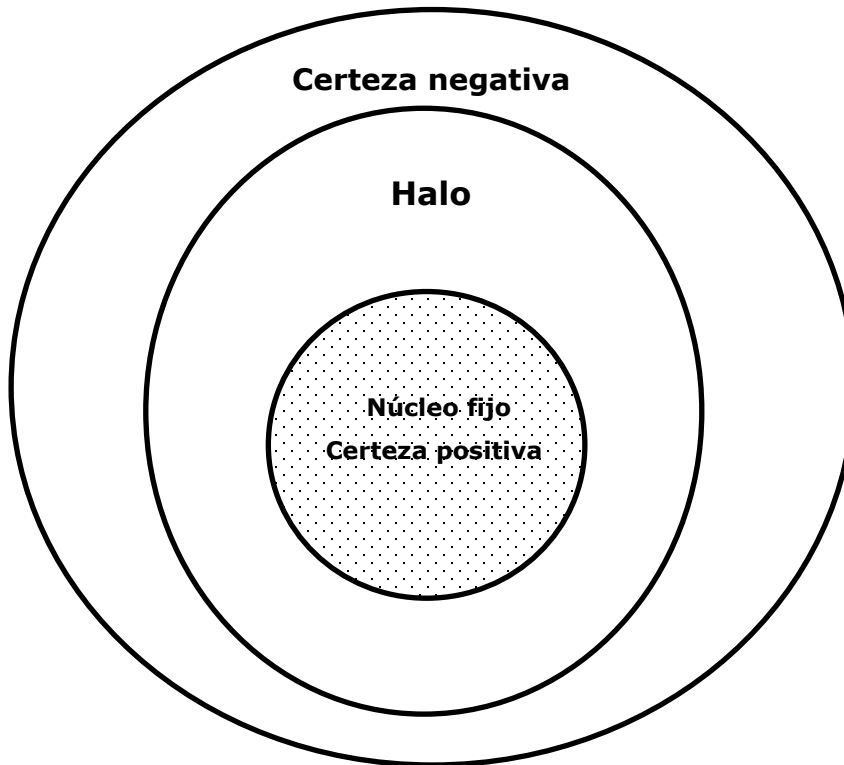
ambigüedad o vaguedades. Por ende, tal diferenciación teórica es más cuantitativa (la intensidad del control jurisdiccional) que cualitativa.”

Koch⁸⁵, sostiene que el esquema trizonal supera el rigor metodológico y conceptual que esboza el diseño bizonal que promueve Philipp Heck.

Las zonas que sustentan la teoría tri-estructural de los conceptos jurídicos indeterminados son en primer lugar el núcleo fijo, zona de certeza positiva o simplemente de certeza (*begriffkerm*), en segundo término, una zona intermedia o de incertidumbre o Halo del Concepto (*Begriffhof*) y por último una zona de certeza negativa. Cassagne lo explica de manera sintética señalando que hay una composición tripartita que se integra de la siguiente manera: "a) un núcleo fijo o zona de certeza positiva, formado por elementos precisos; b) un "halo conceptual" o zona de incertidumbre, de menor precisión, es decir, donde reina cierta ambigüedad; y, por último, c) una zona de certeza negativa, que excluye totalmente la posibilidad de una solución justa"⁸⁶. A continuación, conscientes de las limitaciones en la literatura en la materia, intentaremos explicar en detalle cada una de estas zonas, previo a su exposición gráfica, como se ha realizado con los anteriores modelos estructurales.

⁸⁵ KOCH, H. J. *Das unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, en Koeh, H. J. (ed.), *Juristische Methodenlehre and analytische Philosophie*, Kronberg: Athenäum-Verlag, 1976, pp. 186-213.

⁸⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Editorial BDEF, 2016. Aunque en esta obra se centra principalmente en la discrecionalidad administrativa, realiza unos marcos de diferenciación con la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, y por supuesto alude a su estructura.



Estructura Trizonal.

1.4.3.1 Núcleo fijo o zona de certeza (*begriffkern*):

En esta zona, como su nombre lo indica hay absoluta certidumbre sobre la inclusión de un fenómeno o hecho en el concepto, se trata pues, de un escenario con una significación conceptual segura en la que se entiende que la situación fáctica objeto de análisis se subsume sin lugar a equívocos en el campo semántico que expresa el concepto jurídico indeterminado.

Está conformado, por tanto, por datos previos, seguros y ciertos acerca de cuál es el contenido conceptual de un término jurídico, como lo enseña Núñez Pacheco⁸⁷. Encontrado el encaje perfecto en esta zona de certeza positiva, arguye la precitada autora el operador jurídico debe aplicar el concepto al caso *sub examine*, de manera que pueda hacer que se surtan los efectos expuestos como consecuencias jurídicas que las normas hayan establecido.

En esta zona del concepto la Administración como operador jurídico, se encuentra plenamente limitado por los claros contornos que establece esta franja precisa y segura, por lo que debe adoptar la única solución justa⁸⁸ que se desprende de la aplicación del concepto.

Comoquiera que en esta zona el operador se enfrenta a elementos precisos, no hay oportunidad de aducir ningún tipo de margen de maniobrabilidad⁸⁹ y mucho menos hablar de discrecionalidad, puesto que es justamente en este espacio donde la indeterminación desaparece, pero en el sentido positivo, esto es, que el concepto si se encuadra - como pieza de rompecabezas en su lugar perfecto - en las circunstancias fácticas objeto de examen.

⁸⁷ NÚÑEZ PACHECO, Melissa. *Los conceptos jurídicos indeterminados...* Op. cit.

⁸⁸ Al respecto de la tesis de la única solución justa en el contexto de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados puede consultarse, entre otros, a ALONSO MAS, María José. *La solución justa en las resoluciones administrativas* (libro) Op. Cit. y SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Civitas: Madrid, 1976.”

⁸⁹ O se puede utilizar la expresión “margen de apreciación” que es la que corresponde a la usada en el marco de la zona de penumbra de los conceptos jurídicos indeterminados.

1.4.3.2. Zona de penumbra o Halo del concepto (*Begriffshof*):

Es ésta la zona más interesante en términos de discusión teórica, toda vez que en ella es como expresaba Cassagne donde “reina la ambigüedad”. Metafóricamente y asociándolo con la noción de penumbra, podría señalarse que es la zona más tenebrosa para el operador jurídico, puesto que la significación del término al decir de Núñez Pacheco “no es clara, es dudosa, es indeterminada”⁹⁰. Es en esta franja en la que surge precisamente la duda de cómo, cuándo, en qué condiciones o circunstancias ha de aplicarse el concepto. Ahora bien, aunque existan esos niveles de incertidumbre el operador jurídico siempre va a tener unos mínimos y unos máximos de actuación.

La zona de penumbra implica que no se sabe a ciencia cierta o con total precisión si el concepto se halla incluido o excluido, en este contexto la incertidumbre asecha al operador, pero éste debe dar con la única solución justa, e incluso en el marco de un control judicial se puede definir ésta. Por eso es que se ha dicho que la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es una potestad reglada, aunque a nuestro juicio, el hecho mismo de enfrentarnos a esta zona penumbral permite discrepar de su condición reglada.

Precisamente en la zona de penumbra, la doctrina alemana ha centrado mucho su atención a fin de abrir pasos a la teoría del margen de apreciación que se ha creado justamente para que el operador jurídico

⁹⁰ NÚÑEZ PACHECO, Melissa. *Los conceptos jurídicos indeterminados...* Op. cit. pág. 27

pueda alcanzar, utilizando su propio juicio racional, la solución justa al conflicto que se le plantea. En ese orden de cosas, se le confiere cierto grado de amplitud a la Administración para que adopte la determinación correcta, pero sin que esta determinación se ubique en niveles absolutos de libre volición, sino que corresponda a un proceso concienzudo de cognición o interpretación lógica racional. Y es justamente en este sentido, que se expresa García de Enterría y Fernández, cuando sostienen que el margen de apreciación está muy distante de ser un terreno que la Administración pueda cubrir con amplia autonomía o abierta libertad, sino que es un ámbito que ha de ser cognoscitivo e interpretativo⁹¹, frente a la cual nos hallamos en discrepancia por considerar que si puede predicarse cierto nivel de volición en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados.

Bajo esos parámetros y comoquiera que el margen de apreciación contenido en la zona de penumbra, debe ser aplicado en los términos que prescribe la norma - pese al matiz de ductilidad que sugiere -, la no aplicación en esos términos pre-ordenados por el legislador acarrearán una vulneración al ordenamiento legal y por consiguiente es pasible de anulación.

Por otra parte, Igartua Salaverría estima que la zona de penumbra en el momento de aplicación del concepto no es en términos absolutos una "zona de duda", sino que puede entenderse mejor como una "zona de conflicto". Para este autor, en una controversia por lo general hay dos partes y la Administración en variadas ocasiones es el mediador, observador u operador jurídico que debe resolver la controversia. Ahora

⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón... Op. Cit.

bien, para las partes solo hay dos formas – dos zonas – para solucionar el conflicto, la parte que desea que se aplique el concepto – zona de certeza positiva – y la parte contraria que no quiere que se aplique el concepto – zona de certeza negativa. Pero el servidor a la hora de valorar la aplicación del concepto desde su óptica debe observar más de dos zonas, y es cuando entra en escena una tercera zona que es la de penumbra, en la que el servidor se va a enfrentar a la encrucijada de aplicar o no aplicar el concepto, pues los intereses opuestos válida y legítimamente expuestos, le generan la incertidumbre⁹². Podría pensarse en un caso en el que para los residentes de un barrio, un edificio se encuentra en condiciones “ruinosas” y para el propietario de este inmueble no lo está, para los vecinos del barrio se ubica el acontecimiento en la zona de certeza positiva del concepto, mientras que para el propietario se sitúa en la franja que excluye que el fenómeno se subsuma en el concepto, esto es, en la zona de certeza negativa. Pero para el servidor de la Administración el edificio puede ser ruinoso como no puede serlo, hallándose en estas circunstancias en una visión de penumbra, duda o incertidumbre. En todo caso se debe resolver el conflicto no apoyándose en la mera volición – aunque exista algo de ella-, sino en una correcta interpretación y cognición de la realidad para llegar a la única solución justa⁹³.

⁹² IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. “El indeterminado concepto de los conceptos indeterminados”. En *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 56, enero – abril 2000, pág. 145 – 162.

⁹³ Podría discutirse si en un caso como el anotado puede apelarse a la técnica de la ponderación y si ésta es una técnica diferenciada de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados. Para consultar aspectos fundamentales de la ponderación como técnica de resolución de intereses contrapuestos puede leerse ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana (coords) *ponderación y derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2009.

1.4.3.3. Zona de certeza negativa:

En esta zona no nos detendremos mucho, puesto que al abordar las zonas anteriores se ha hecho referencia a ésta. Pero en forma sucinta se puede señalar que a esta franja corresponde la exclusión certera del concepto porque no hay duda de que el hecho o fenómeno factual no encaja en el campo semántico del concepto, *verbigracia*, si en el caso del edificio ruinoso expuesto precedentemente, se estuviese frente a un inmueble nuevo que cumple con todas las condiciones técnicas de seguridad y por el desprendimiento de un revestimiento de pintura se dice que es ruinoso, en un caso como este el operador jurídico realizando un ejercicio de cognición técnico (sobre todo porque es un concepto de experiencia) puede arribar a la conclusión que el hecho no se subsume en el concepto, por lo que se sitúa en su zona de certeza negativa.

1.4.4. Casos de conceptos jurídicos indeterminados en los que se valora la subsunción de un hecho en sus tres zonas.

A fin de descender el nivel de teorización con que se ha abordado la estructura de los conceptos jurídicos indeterminados, y explicar por medio de situaciones prácticas cuando se está en una zona de certeza positiva o negativa y cuando en la zona de penumbra o halo del concepto, se ha

decidido por traer a cuento, algunos ejemplos puntuales en que se trate de resolver la aplicación o concreción de un concepto jurídico indeterminado. Para lo cual acudiremos a dos conceptos: "horda" y "justiprecio", en los que su operacionalización⁹⁴ se hace en términos más cuantitativos que cualitativos.

En cuanto al primer de los términos arriba señalados, *horda*, se puede entender según el diccionario de la real academia de la lengua española como una comunidad de salvajes o como un grupo de gente que obra sin disciplina y con violencia. García Salgado⁹⁵ citando a Jellinek, proponía como ejemplo que una norma de 1908 prohibía a los gitanos viajar juntos en hordas. ¿Pero que debe entenderse por hordas?, si la norma y ningún reglamento especifica cuantos sujetos constituyen una horda, como puede resolver el problema. Evidentemente 20 sujetos pueden entenderse como horda – zona de certeza positiva – y un solo o dos sujetos se excluyen del concepto – zona de certeza negativa -, pero en el caso que se encontraran 3,4 o 5 sujetos, ¿debía aplicárseles la prohibición?

Si graficamos esta situación la podríamos plantear de la siguiente manera.

Norma: prohibir a los gitanos viajar juntos en hordas.

Concepto jurídico indeterminado: "Horda".

⁹⁴ Método mediante el cual se intenta reducir un concepto general y abstracto a parámetros que sean susceptibles de cuantificación o medida. En el marco de la metodología de investigación se habla en este sentido de operacionalización de variables.

⁹⁵ GARCÍA SALGADO, María José. *Determinar lo indeterminado: ...Op. Cit.* , págs. 105 y ss.

Zona de certeza negativa	1 o 2 sujetos (se excluye el concepto)	No debe aplicar la norma.
Halo o zona de penumbra	De 3 a 19 ⁹⁶ sujetos.	Margen de apreciación. Se resuelve acudiendo a la interpretación o cognición de la realidad.
Zona de certeza positiva (núcleo fijo)	20 o más sujetos. (se incluye el concepto)	Debe aplicar la norma.

Cuadro de ejemplo de aplicación de zonas de los conceptos jurídicos indeterminados.

Otro ejemplo es el del concepto “justiprecio”. Cassagne⁹⁷ señala que es un caso bien elocuente para llevar a la realidad práctica la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados. Propone que si un lote para construir una obra pública y que deba ser expropiado, tiene una valuación mínima que se calcula en un millón de dólares (\$1.000.000), éste precio ya constituye su núcleo fijo, pero cuya valuación máxima se calcula en una cifra que supera dicha estimación en un treinta por ciento, ya estaríamos en el campo de la zona de certeza negativa si se paga más de esa cifra, y la Administración tendría la duda sobre qué suma pagar, desde un millón

⁹⁶ Se coloca el numero 19 pero puede ser más o menos, en todo caso estamos frente a un concepto jurídico indeterminado y en todo caso en terrenos de indeterminación.

⁹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa...* Op. cit.

de dólares (\$1.000.000) hasta un millón trescientos mil dólares (\$1.300.000), lo cual sería su zona de penumbra.

Si graficamos esta situación la podríamos plantear de la siguiente manera.

Norma: El Estado podrá expropiar por motivos de utilidad pública pagando el correspondiente justiprecio⁹⁸.

Concepto jurídico indeterminado: "justiprecio".

<p>Zona de certeza negativa</p>	<p>Más de \$1.300.000 (si el propietario exige por encima de este valor)</p>	<p>No debe aplicar la norma. No hay volición. Si existe este tipo de conceptos de experiencia que permite cuantificar.</p>
<p>Halo o zona de penumbra</p>	<p>De \$1.000.000 a \$1.300.000 (la estimación pericial establece estos rangos)</p>	<p>Margen de apreciación. Se resuelve acudiendo a la interpretación o cognición de la realidad.</p>
<p>Zona de certeza positiva (núcleo fijo)</p>	<p>\$1.000.000 (si el propietario acepta este valor)</p>	<p>Debe aplicar la norma. No hay volición. No hay volición. Si existe este tipo de conceptos de experiencia que permite cuantificar.</p>

⁹⁸ En el caso colombiano el artículo 58 de la Constitución establece la posibilidad de expropiar por motivos de utilidad pública. Y es interesante que este mismo artículo estipula que el precio justo se puede definir por vía jurisdiccional, es decir, que en la determinación del justiprecio pese a que haya una valuación técnica por vía administrativa, puede solicitarse control judicial al respecto. Así pues, el justiprecio es un concepto jurídico indeterminado que el servidor puede definir valiéndose de conceptos técnicos que le arrojen cifras fijas o rangos de oscilación, en este último caso se ofrece margen de apreciación. Pero en todo caso, la última palabra la tiene un juez quien termina realizando la determinación de lo indeterminado.

1.5. Otras denominaciones o formulaciones teóricas que se aproximan a la misma categoría conceptual.

En este acápite se entrarán a estudiar una serie de nociones o conceptos que se confunden entre sí y poseen rasgos similares -por lo menos semánticamente hablando -a los conceptos jurídicos indeterminados. También es dable apuntar que al momento de plantear sus fronteras conceptuales es hasta cierto punto complejo hallar la fina línea que los separa. Se está haciendo referencia a conceptos como clausulas generales, principios, normas de textura abierta, conceptos esclusas, numerus apertus, conceptos inaprensibles, estándares inconclusos, entre otros que presuponen realizar algún grado de teorización y abstracción para encontrar sus diferencias con los conceptos jurídicos indeterminados. Es por ello, que este apartado se dedicará a explicar las significaciones de la mayoría aquellos conceptos y sus rasgos distintivos con estos.

1.5.1 Cláusulas generales.

Las recientes construcciones teóricas entorno a los conceptos jurídicos indeterminados realizan una distinción entre lo que se conoce como clausulas generales y los conceptos indeterminados propiamente dichos.

Realizar esta distinción constituye un reto importante en el marco de la teoría jurídica iuspublicista y en la filosofía del derecho desde algunas perspectivas, siendo necesaria superar algunas meras tesis especulativas y con poco rigor técnico que en ocasiones se relacionan con el tópico objeto de este trabajo de disertación.

En el marco de la teoría jurídica algunos autores como García Salgado⁹⁹ han venido sosteniendo que el estudio sobre las cláusulas generales como conceptos con cierto grado de vaguedad y ambigüedad entrañan el eterno problema o conflicto de la relación entre el derecho y la moral. En lo que respecta a las concepciones iuspublicistas la cláusulas generales han puesto sobre la mesa reflexiones teóricas que intentan dilucidar las relaciones entre los órganos de la rama ejecutiva y el poder judicial, sobre todo, en lo atinente al control jurisdiccional de los actos de la Administración que aplican, interpretan o concretizan un concepto concebido como cláusula general, a efectos de verificar si en la técnica administrativa de aplicación de tales cláusulas generales no se incurrió en arbitrariedades o en vías de hecho.

Antes de entrar a establecer una definición de las cláusulas generales, valga destacar que esta noción es poco usada en la doctrina y en la técnica judicial para asociarlos con "conceptos abstractos, vagos e imprecisos" sino que se prefiere el uso de la expresión "conceptos jurídicos indeterminados".

Una primera definición que se trae a cuento es la sostenida por R Weber

⁹⁹ GARCÍA SALGADO, María José. *Determinar lo indeterminado...* Op. Cit. pag 105

citado por García Salgado¹⁰⁰ en la que expresa que las cláusulas generales corresponden a los preceptos o normas que se establecen utilizando conceptos que no precisan un detallado y claro supuesto de hecho, puesto que contiene un grado de imprecisión que es de tal entidad, que dentro de sí carece de un núcleo de certeza claramente identificable, sino que está compuesto en su totalidad por una zona absoluta de penumbra.

Por su parte el italiano Pierluigi Chiassoni, intentando encontrar una definición acertada para las cláusulas generales, no tuvo más remedio que señalar que en el ámbito de resolución de la semántica de este concepto nos encontramos frente una verdadera "Babel", en este sentido expresó lo siguiente:

"En la cultura jurídica italiana contemporánea (...), el sintagma cláusula general es definido y usado en una pluralidad de modos sincrónicamente diferentes, diacrónicamente inconsistentes, singularmente indeterminados, en algunos casos mutuamente incompatibles -una babel-"¹⁰¹.

Pero ante semejante galimatías, Chiassoni intenta hallar una luz que permita establecer unas alternativas definitorias frente al problema de conceptualización de lo que aquí se acomete, y expresa que una noción preferible, entre tantas otras, podría ser que las cláusulas generales son un "sintagma de naturaleza valorativa caracterizado por la indeterminación, por lo que el significado de tal término o

¹⁰⁰ Ibídem.

¹⁰¹ CHIASSONI, Pierluigi. "Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica". En *Revista de Derecho Privado*, Julio-Diciembre 2011, 89-106. Pg. 90.

sintagma no es determinable (o dicho de otro modo, las condiciones de aplicación del término o sintagma no son individualizables) salvo recurriendo a criterios, parámetros de juicio, internos y/o externos al derecho, entre sí competidores potenciales”¹⁰²

Es importante destacar que el autor que venimos citando, Chiassoni, a su vez toma como fuente para sustentar sus reflexiones a Velluzzi¹⁰³, quien plantea la existencia de varios problemas en el contexto de la teoría de las cláusulas generales, entre ellos una de los más importantes, el problema de determinar una referencia de este concepto. En cuanto a esta problematización Velluzzi arguye que las cláusulas generales no deben ser vistas como normas, disposiciones o principios, sino como simples términos que se utilizan dentro de la lingüística jurídica.

Otro problema que justamente se plantea al interior de la teoría de las cláusulas generales es el relativo a la “*indeterminación semántica*” – aspecto que se ha reiterado en forma exhaustiva con relación a los conceptos jurídicos indeterminados – y esta nota característica deviene de su contenido valorativo, que a su vez implica que la expresión posea una estructura hueca, con ciertos vacíos que deben ser llenados haciendo remisión a parámetros internos al derecho o externos al derecho (parámetros jurídicos, morales, sociales, del arte, de una técnica especial o de una

¹⁰² *Ibidem*. Pg. 90.

¹⁰³ Especialmente Chiassoni realiza un análisis profundo y pormenorizado de los planteamientos que entorno a las cláusulas generales sostiene VELLUZZI en una interesante y profusa obra denominada “Le clausole generali. Semantica e politica del diritto,” publicada en “Quaderni di Filosofia analitica del diritto, 12, Giuffrè, Milano, 2010”

disciplina específica). Este fenómeno que implica realizar una extrapolación a otras fuentes que pudieran ser exógenas al derecho es lo que bien podríamos denominar como “*indeterminación de reenvío*”¹⁰⁴.

La doctrina de Miquel González¹⁰⁵ contiene elementos muy importantes que enriquecen de forma prolífica la teoría y técnica de las cláusulas generales. Desde el punto de vista de las definiciones, este autor acude a gran número de nociones para precisar la semántica y el alcance de las cláusulas generales, entre las características más relevantes que resalta podemos mencionar:

1. Contiene elementos del supuesto de hecho normativo de gran extensión y escasa intensidad.
2. Poseen gran alcance respecto de la cobertura de los objetos afectados.
3. Contienen conceptos muy generales y muy indeterminados.
4. Son expresiones de valores porosas y vagas, a las que les falta precisión.
5. Contienen una directiva que es aplicable a diversas situaciones, sin que determine su necesaria aplicación a un caso concreto de la vida.

¹⁰⁴ VELLUZZI. *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto, Quaderni di Filosofia analitica del diritto*, 12, Milano: Giuffrè, 2010.

¹⁰⁵ MIQUEL GONZALEZ, José María. “Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. 1997.

Miquel enseña, además, que en España – y lo mismo podemos decir de Colombia – el uso de concepto “cláusulas generales” es muy limitado, y entre veces se le ubica en otros contextos, por ejemplo, cuando se habla de la cláusula general del Estado social de derecho o de la cláusula general de responsabilidad del Estado por daño antijurídico¹⁰⁶.

Asimismo, es de advertir que Miquel siguiendo las posturas de Hedeman¹⁰⁷, asegura que normas que abusan de cláusulas generales constituyen un verdadero riesgo para la estabilidad de las democracias y la garantía de los derechos. Aspecto que se pudo observar en la Alemania del tercer Reich, cuando el nacionalsocialismo hizo uso de las cláusulas generales para pervertir el ordenamiento jurídico¹⁰⁸ con principios segregativos y autoritarios.

En lo atinente a las diferencias de las cláusulas generales con los conceptos jurídicos indeterminados podemos señalar que los primeros corresponden a expresiones que poseen un grado de vaguedad y de indeterminación tal que en su estructura están

¹⁰⁶ Es común encontrar la utilización del concepto en tales escenarios como “cláusula general de Estado social” que entrañan una significancia mucha más mayúscula de la que una cláusula general puede albergar. Teniendo en cuenta que se dirá que las cláusulas generales funcionan como términos que hacen parte del discurso jurídico pero que de manera aislada no comportan toda una institución jurídica que a su vez envolvería todo un sistema jurídico.

¹⁰⁷ Hedeman es un autor alemán que publica en 1933, una monografía intitulada “Die Flucht in die Generalklauseln”, la Huida hacia las cláusulas generales.

¹⁰⁸ La expresión la perversión del ordenamiento jurídico (o la subversión) en muchas ocasiones es usada para designar la instrumentalización del derecho para los fines autoritarios o despóticos de quienes detentan el poder.

constituidos en forma integral por zonas de penumbra, en lo que en páginas anteriores asimilábamos a un esquema unizonal, mientras que los conceptos jurídicos indeterminados es apreciable una zona de certeza positiva, una de certeza negativa y otro halo del concepto o zona de penumbra - si nos adherimos a la tesis de la estructura trizonal - lo cual sugiere que en los conceptos jurídicos indeterminados el grado de indeterminación es menor y las cláusulas generales es mayor.

Otra diferencia destacable es que las cláusulas generales no pretenden encuadrar o regular circunstancias fácticas concretas o supuesto de hecho específicos, puesto que se utilizan en ámbitos muy amplios del derecho, y de esta forma los operadores jurídicos pueden ir adaptándolos a las transformaciones sociales. En tanto que los conceptos jurídicos indeterminados si poseen la virtualidad de regular supuestos de hechos con cierto nivel de concreción y precisión, lo cual hace más probable que pueda llegarse a la única solución justa que tanto se propugna en esta materia.

Así pues, conceptos como "buena fe" y "buenas costumbres" se aproximan más a la órbita de las cláusulas generales, y nociones como "nocturnidad" "reconocido prestigio y experiencia" se enmarcan más en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados. Pero valga destacar que hay conceptos que, dependiendo de las coyunturas, el lugar y el contexto normativo en que se ubiquen pueden funcionar bien como clausula general, bien como concepto jurídico indeterminado, es el caso del concepto

“orden público”¹⁰⁹ que en función del caso concreto por su más particular determinación podría entenderse como concepto determinado. También es necesario aclarar que alguno de los ejemplos que hemos expuesto aquí como cláusulas generales, los hemos señalado atrás como conceptos jurídicos de valor o similares, y es que, como se ha insistido, encontrar líneas de distinción entre ambos no resulta una tarea sencilla.

1.5.2. Los principios generales.

Abordar aspectos relativos a principios o para ser más concretos a principios generales del derecho, por si solo es una enorme empresa, pero no es la intención de las líneas venideras ser exhaustivos en esta materia, pues se pecaría con alejarse del foco central de este trabajo. Más bien, se señalarán algunas definiciones, alcances, tipologías funcionales y fundamentos sobre principios generales, además de sus diferencias con los conceptos jurídicos indeterminados.

El estudio de los principios generales del derecho de alguna manera ha conseguido ubicarse como disciplina autónoma, con

¹⁰⁹ Ejemplo de ambivalencia en cuanto a posibilidades de pertenecer a las dos categorías conceptuales expuesto por GARCÍA SALGADO, María José. *Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean...* Op. cit.

denominaciones como Principialística jurídica o Nomoárquica¹¹⁰, que abarcan todo un sistema sobre la filosofía, génesis, teoría, fundamentación y las más variadas funciones que puedan atribuirse a los principios.

Los principios generales del derecho en realidad corresponden a una categoría conceptual polisémica, frente a la cual no hay concepciones univocas – como es natural para muchas instituciones jurídicas -, sin embargo, se intenta realizar una breve definición del concepto. Así pues, los principios generales que informan a la disciplina jurídica son unas máximas, axiomas, proposiciones o enunciados de carácter normativo que dan sentido a normas más específicas, lo cual indica que los principios son las bases axiológico-normativas sobre las que se sustenta y soporta el resto del ordenamiento jurídico. En ese sentido, son parte importante dentro del sistema fuentes del derecho, con independencia si el sistema se aproxima más hacia una tendencia de *common law* o de *civil law*¹¹¹.

Acosta Alvarado por su parte, sostiene que los principios se refieren a una serie de valores propios e intrínsecos del ordenamiento jurídico. Esta misma autora también admite una concepción adjetiva de los principios, pues considera que además del enfoque anterior, los principios corresponden a procedimiento mediante el cual se descubren los valores intrínsecos del derecho, un proceso de

¹¹⁰ VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomoarquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1993.

¹¹¹ Para profundizar sobre las diferencias sobre los sistemas del Common law y el Civil Law, abordado con un lenguaje claro y sencillo, puede consultarse, LEGARRE, Santiago & RIVERA, Julio César. “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N0 1, pp. 109 – 124, año 2006.

integración y/o deducción adelantado por el operador jurídico, quien los convierte en normas¹¹².

Es posible ofrecer una definición de los principios generales del derecho utilizando un enfoque funcional, esto es, conceptualizándolos a partir de sus funciones tradicionales. En este orden de cosas, se pueden concebir como apotegmas generales e iluminadores que procuran apoyar la labor de creación, interpretación e integración del derecho. De esta definición se puede extraer, que las tres funciones básicas de los principios son:

a) función creativa: puesto que sirve de guía, parámetro y fundamento al momento de generar una regulación nueva que hará parte del ordenamiento jurídico, por lo que legisladores y administradores en ejercicio de potestad reglamentaria, deben tener en cuenta como marco límite e inspirador de nuevas normas a los principios generales del derecho.

b) función hermenéutica o interpretativa: Dado que todo operador jurídico que tenga la misión de aplicar y/o ejecutar el derecho puede hacer uso de los principios para esclarecer el sentido y alcance de las normas cuando su interpretación ofrezca ciertos niveles de exigencia, sea porque la norma sea oscura, imprecisa o

¹¹² ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. "Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el ordenamiento internacional". *Revista Derecho del Estado*, Núm. 25. Julio-Diciembre, pp. 193-219.

vaga o porque ofrezca varias formas de interpretaciones con fines de posterior concreción.

c) función integrativa: Esta función se refiere a la posibilidad de llenar o colmar un vacío jurídico con elementos principialísticos, es decir, que en caso de surgir lo que conocemos como lagunas del derecho – y teniendo en cuenta que el juez no puede denegar justicia ante esta circunstancia - el operador jurídico debe suplir esa omisión tratando de encontrar una respuesta a través de los principios generales del derecho, los cuales proveen de reglas generales que pueden servir para resolver casos concretos que no poseen norma clara para aplicarles.

Para Norberto Bobbio¹¹³, quien no discute la naturaleza normativa que entraña a los principios generales derecho, estos poseen además de las funciones interpretativas e integradoras que señalamos – no hace alusión en sentido directo a la función creativa - las funciones directivas y limitativas. En cuanto a la primera, en razón a que sirven para direccionar - como faro – el resto del ordenamiento jurídico pues están destinados a orientar la actividad del legislador y de los órganos inferiores de producción jurídica, y en relación a la segunda ya que funcionan como líneas que demarcan el ámbito de actuación en el ejercicio del poder o en el goce de los derechos.

El autor clásico mexicano de filosofía del derecho y teoría jurídica,

¹¹³ BOBBIO, Norberto. *Principi Generali di Diritto*, en *Novissimo Digesto italiano*, XIII Torino, 1966.

García Máynez¹¹⁴, argumenta que determinar “qué debe entenderse por principios generales del derecho es una de las cuestiones más controvertidas en la literatura jurídica”, arribando que el método para descubrirlos “consiste en ascender, por generalización creciente de las disposiciones de la ley a reglas cada vez más amplias, hasta lograr que el caso dudoso quede comprendido dentro de alguna de ellas”¹¹⁵.

En lo que atañe a Azúa¹¹⁶, éste conceptúa que los principios jurídicos no asumen la condición de “reglas concebidas de forma muy general, bajo las cuales pudieran subsumirse hechos, asimismo de índole muy general. Más bien precisan, sin excepción, ser concretizados”. El autor en comento continúa arguyendo, que los principios pueden poseer diferentes escalas o grados de concretización, señala que en el nivel más alto – debe estar refiriéndose a nivel de abstracción - los principios carecen de especificación clara respecto de un supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, sino que solo poseen una idea jurídica general. De esta naturaleza son, por ejemplo, el principio de dignidad humana, el del Estado social o del Estado de derecho. Los principios que poseen una estructura con posibilidades de concreción menos problemáticos, porque de alguna manera dejan entrever un supuesto de hecho y consecuencia jurídica, se

¹¹⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del derecho*. Bogotá: Editorial Skla, trigésima novena edición, 2010. Pg. 283.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ AZÚA REYES, S. “Los principios generales del derecho y su impronta en la cultura de la legalidad”. *Congreso Nacional Cultura de la Legalidad e Informática Jurídica y Derecho Informático*, 22 y 23 de octubre de 2007, Secretaría de Gobernación México.

encuentran entonces en una escala diferente a la de los anteriores, como es el caso de los principios de “prohibición de la retroactividad de la ley” o “a trabajo igual, salario igual”.

Expresado algunas concepciones sobre los principios, incluyendo algunas ideas sobre sus diferentes grados de concreción, vale la pena cuestionarse sobre cuál es el tipo de norma que los contiene. ¿Los principios solo están contenidos en normas superiores?, como las constituciones o aquellas que integran el llamado bloque de constitucionalidad¹¹⁷, ¿o también en pueden encontrarse en normas de un nivel jerárquico inferior?, como es el caso de reglamentos locales. Este problema puede entrar al escenario del debate de la “interpretación constitucional” como un aspecto dentro del amplio espectro de la hermenéutica con un método propio distinto al de la “interpretación legal” – en contraposición a un criterio unitario de interpretación de textos jurídicos -.

Para resolver el problema planteado, referido al tipo de normas que deben contener principios jurídicos, Martínez Dalmau, justamente en el marco del debate sobre dualidad o unitarismos de métodos de

¹¹⁷ Con relación al sentido o significación de bloque de constitucionalidad DE CABO DE LA VEGA expresa que puede concebirse de cuatro formas. 1. Como equivalente de las “normas interpuestas”, que según la doctrina italiana corresponden a aquellas normas que no figurando, en el texto constitucional, sirven de parámetros para determinar la constitucionalidad de otras normas; 2. Comoquiera de la Constitución no incluye toda la “materia constitucional” en la Constitución formal, el bloque de constitucionalidad estaría integrado por todo lo que es “Constitución material”; 3. Bloque de constitucionalidad “como conjunto concreto de normas que sirve para enjuiciar la constitucionalidad de otra norma específica”. No se hablaría de un bloque general, sino de bloque en caso concreto de enjuiciamiento de una norma, es decir, un bloque aplicable a...; 4. El bloque depende de un ordenamiento complejo, como el español, en el que se establece una determinación aceptable las normas de referencia o parámetros susceptibles de regular el reparto de competencias entre el Estado y comunidades autónomas. Cfr. DE CABO DE LA VEGA, Antonio. “Nota sobre el Bloque de constitucionalidad”. *En Jueces para la democracia*. Núm. 24. pp. 58.64. 1994.

interpretación constitucional y legal, establece que “las Constituciones no sólo están compuestas por reglas, sino que también incorporan principios y valores, aunque tampoco se trata de una exclusividad de los textos constitucionales por cuanto algunas normas generales, como los códigos civiles o penales, también formulan principios y valores”.¹¹⁸

1.5.2.1. Breves diferencias entre principios y conceptos jurídicos indeterminados.

Para finalizar este apartado sobre los principios, es menester arribar al punto por el que se realizó su previa conceptualización, y es, identificar algunas claras diferencias con los conceptos jurídicos indeterminados. A este respecto, valga señalar que la literatura jurídica “iuspublicista” poco se ha detenido a realizar reflexiones sobre los rasgos de distinción entre los dos conceptos que ahora nos ocupan, por lo que no resultará sencillo establecer unas marcadas diferenciaciones. Es ese intento planteemos las siguientes:

1. Los conceptos jurídicos indeterminados funcionan como meras expresiones que hacen parte del discurso jurídico y que aislados de sus contextos normativos pueden perder su sentido, alcance y capacidad valorativa. Mientras que los principios actúan o funcionan

¹¹⁸ MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. “La interpretación de la Constitución Democrática”, en AA.VV., *Costituzione, Economia, Globalizzazione. Liber Amicorum in Onore di Carlo Amirante. Università della Calabria*, 2013. Pg. 438.

como "instituciones jurídicas", dentro de las cuales se desentraña todo un complejo sistema jurídico con determinada autonomía funcional, que lo hace susceptible de ser aislado de un contexto normativo sin perder sentido y alcance. En este orden de ideas podemos postular "acreditada experiencia" como un concepto jurídico indeterminado, que por sí solo y aislado de su contexto, no nos dice nada. En cambio, "buena fe" o "dignidad humana" pueden aproximarse más al concepto principio, pues por si solos representan toda una institución jurídica, con autonomía propia, con vastas y complejas teorizaciones.

2. Los conceptos jurídicos indeterminados como ámbitos de libertad decisoria deben arribar a una única solución justa para la solución de un caso, al paso que los principios generales como técnica de control pueden ofrecer diversas posibilidades de solución dependiendo de los diferentes criterios de interpretación que se adopten. En relación a ello, Botero Bernal, plantea que esa flexibilidad mayor en los principios encarna cierta peligrosidad, en el marco de la denominada jurisprudencia de los valores, sosteniendo que:

*"Los peligros de la jurisprudencia de valores y del principialismo son, fundamentalmente, su indeterminación de contenidos (no necesariamente de su enunciación), la dificultad de aplicabilidad al caso concreto que genere cierta seguridad en el propio sistema con respecto a las líneas asumidas"*¹¹⁹.

¹¹⁹ BOTERO BERNAL, Andrés. "Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: (formalismo versus principios y/o valores)". *Opinión Jurídica*. 2006, 5(9), 33-61. Pág. 52.

3. Los conceptos jurídicos indeterminados son relativamente rígidos - como se ha propuesto, con un mínimo grado de volición -, mientras que los principios son más dúctiles y de mayor amplitud. Esta rigidez relativa de los primeros implica cierto grado de libertad, integrando así, los conceptos jurídicos indeterminados en una escala que comparte con la discrecionalidad, y no como técnica de control de esta.¹²⁰.

1.5.3 Normas de textura abierta.

Tratar de textura abierta en el derecho, produce de cierto modo, la necesaria remisión a las teorías de H.L.A Hart¹²¹, quien no es ajeno a los planteamientos relativos a la vaguedad del lenguaje jurídico, dada la estructura interna que caracteriza al derecho. Al respecto de estos planteamientos sobre la doctrina de la textura abierta, Real Alcalá citando justamente las posiciones Hartianas, enseña que la precisión del derecho para ciertas corrientes ideológicas es un "ideal puro" que, de darse, derivaría en una teoría jurídica "mecánica", que se sustenta en la máxima de que "todo puede ser conocido". Lo cual a la vez implicaría que el

¹²⁰ En el capítulo siguiente sostendremos la tesis de que las esferas de libertad o restricción de actuación de Administración oscilan en cuatro categorías: 1. Discrecionalidad, 2. Discrecionalidad técnica, 3. Conceptos jurídico indeterminados, 4. facultad reglada. Siendo la primera la más amplia y la ultima la más restrictiva. Y las otras dos intermedias con más aproximación a su extremo.

¹²¹ HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*, traducción de CARRIÓ, Genero. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

sistema jurídico “se tendría por capaz de elaborar reglas que decidieran por adelantado la resolución de cualquier caso dado y cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera de ninguna elección adicional; aun cuando dicha elección puede ser necesaria si a veces la cuestión de la aplicación o no de una ley a un caso particular ha planteado soluciones abiertas”¹²².

Siguiendo con Real Alcalá, este plantea la existencia de varios enfoques o concepciones frente a la vaguedad del derecho, un primer enfoque que denomina la “concepción negativa”, en que la vaguedad de la ley es vista como un “defecto” del derecho¹²³. Otro enfoque, que intitula como “la concepción imparcial”, expresa que es una irremediable condición la vaguedad a causa de la textura abierta del ordenamiento normativo. Y otra tercera, es la concepción que denomina “positiva”, como una “necesaria” característica que optimiza el derecho. Como es de notar, el autor posiciona la condición de textura abierta dentro del enfoque intermedio de imparcialidad, como una situación que inevitablemente va a presentarse en el derecho¹²⁴.

Hasta este punto no se ha explicado, que debe entenderse por normas de textura abierta en sentido estricto, y en este propósito contribuye enormemente la doctrina anglosajona del “*open texture of law*”, que hace

¹²² DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto. “El problema de la vaguedad en la legislación”. En *papeles de teoría y filosofía del derecho*. Instituto de derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. 2010.

¹²³ En este primer enfoque apunta a L.L. FULLER como uno de sus principales propulsores, en el sentido que estima que la precisión y la certeza jurídica deban comprenderse como un habitual ideal que debe perseguir toda legislación.

¹²⁴ *Ibíd.*

parte de una concepción más sofisticada acerca de cómo funciona el derecho en términos prácticos y que tiene como uno de sus principales exponentes, como se ha venido mencionando a Hart, este ilustre autor caracteriza las normas de textura abierta como un tipo de lenguaje normativo impreciso con el que a veces se escribe la ley, produciéndose zonas precisas y zonas imprecisas en el contexto de la significación de las reglas provenientes del legislador.¹²⁵

Para Clifford Pannam, Hart de alguna manera considera que la textura abierta del lenguaje jurídico debe ser un fenómeno que debe conservarse en el mundo del derecho, toda vez que resultaría no muy aconsejable tener un ordenamiento jurídico que trate al extremo de detallar todas las soluciones a los casos concretos de manera predeterminada.¹²⁶

Como se ha hecho con las anteriores categorías conceptuales afines a los conceptos jurídicos indeterminado, se intentará establecer unos rasgos distintivos entre estos y las normas de texturas abierta, aunque valga destacar la complejidad que entraña este ejercicio intelectual.

¹²⁵ DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto. "Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho: Hart-zagrebelsky-endicott". *Boletan mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 131 mayo-agosto del 2011, pp 675-700.

¹²⁶ PANNAM, clifford. "El profesor Hart y la filosofía analítica del derecho". *Academia, Revista sobre enseñanza del derecho*. año 6, Número 12, 2008, P 67-98.

Las normas de textura abierta corresponden a una naturaleza, condición o formato normativo, es decir, representa una tipología de normas en especial, al paso que los conceptos jurídicos indeterminados son piezas que hacen parte de las normas que poseen la naturaleza antes descrita. Al utilizar la metafórica figura de "piezas", se enseña que los conceptos jurídicos se incorporan como elementos característicos dentro de las normas con texturas abiertas, lo cual indica que aquellas son el género y estas son la especie.

1.5.4. Numerus apertus

Esta expresión que propiamente no encaja de manera estricta dentro de las anteriores categorías que se vienen tratando, pero que de alguna manera corresponden a una noción jurídica que da la posibilidad de vaguedad e incertidumbre en la aplicación o concreción en el mundo jurídico. Todo esto partiendo desde su etimología latina, la cual debe traducirse como "lista abierta" o un conjunto de elementos relacionados en una norma, pero que no se agota en esa misma norma, sino que tal lista se puede completar en otro documento normativo o por autoridad judicial en la resolución de casos concretos.

La expresión *numerus apertus* se utiliza cuando se requiere manifestar con una intención no exhaustiva una determinada relación de elementos que no termina en el contenido que se está exponiendo, sino que se

encuentra abierta y que por tanto admite adición, inclusión o acumulación de nuevos sujetos, elementos, fenómenos o comportamientos dependiendo del caso.

De acuerdo con Ortegón Garavito¹²⁷, los *numerus apertus* dan la posibilidad de que el operador jurídico que pretende aplicarlos determine si una conducta concreta es de naturaleza dolosa o culposa sobre todo en el marco del derecho disciplinario, lo cual no debe confundirse con lo que en la teoría del derecho penal se le denomina tipos en blancos. La teoría de los *numerus apertus* tiene mayor uso en el contexto del derecho administrativo sancionatorio, teniendo como uno de sus referentes principales al derecho disciplinario.

Por otra parte, esta posibilidad de *numerus apertus* dentro de los contenidos normativos es una facultad que detenta el legislador en ejercicio de su potestad de configuración legislativa dado que este decide si permite una interpretación y aplicación amplia y genérica en virtud de la cual no se señale que conductas requieren para su tipificación que sean realizadas con culpa o con dolo, dejándole esa atribución concreta al operador jurídico que resuelva las controversias.

La relación que existe entre *numerus apertus* y conceptos jurídicos indeterminados es que dentro de las listas abiertas pueden contenerse estos conceptos con rasgos de imprecisión. Y la diferencia fundamental es que los *numerus apertus* corresponden a un elemento normativo más complejo compuesto son una relación de comportamientos, mientras que los conceptos jurídicos indeterminados hacen referencia a un concepto

¹²⁷ ORTEGÓN GARAVITO, Anny. *Numerus apertus Vs principio de legalidad en Colombia*. Bogotá: universidad militar nueva granada. especialización en derecho sancionatorio. 2015.

concreto de naturaleza ambigua, que en algunas ocasiones se pueden encontrar dentro de un contenido jurídico sustancialmente abierto.

Capítulo 2.

Las potestades administrativas y los conceptos jurídicos indeterminados como una de las técnicas para su atribución.

Capítulo 2. Las potestades administrativas y los conceptos jurídicos indeterminados como una de las técnicas para su atribución.

2.1 Potestad y competencia: Desentrañando contrastes.

Para el cumplimiento de las tareas del ejecutivo, debe desplegarse una variedad de sub-poderes, si se nos permite tal definición, que de forma genérica se les conoce como potestades y dentro de esas potestades hay unas funciones concretas, que vienen hacer las competencias. Surge aquí una cuestión, que puede engrosar la lista de las discusiones semánticas en el derecho: ¿Es lo mismo competencia que potestad? Para resolver este problema propio de la técnica lingüística del derecho no se ofrecen muchas soluciones en la teoría o doctrina, sino por el contrario, a veces lo que ocurre es que se agudizan.

Muñoz Machado¹²⁸ menciona que el caso de España se tratan estas dos categorías conceptuales con bastante imprecisión y que habitualmente se usan como términos intercambiables (con un régimen jurídico unitario). El mismo maestro ibérico, arguye que en otros escenarios se les trata como instituciones distintas, colocando a la competencia como un concepto más amplio que potestad y otras veces se emplea el término potestad como el más genérico. Acogiéndonos a la segunda postura, podríamos decir que los órganos de las Administraciones públicas se

¹²⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, t. I, Madrid: Ed. iustel 2ª ed. 2006.

reparten las potestades, y subsiguientemente de manera más concreta y específica, se determinan las competencias.

Nos mostramos más de acuerdo con que las competencias hacen parte de la potestad, y por consiguiente la potestad es el género y la competencia la especie. De manera ilustrativa podemos decir que todas las superintendencias en Colombia tienen potestad de control y/o sancionadora (como la Agencia española de medicamentos y productos sanitarios), pero no todas tienen competencia para investigar y sancionar a un banco o una entidad financiera. La competencia en nuestro concepto delimita el ámbito de la función de manera especial, jerárquica o material, al paso que la potestad se refiere a un asunto del poder más amplio. Pero insistiendo que esto admite divergencias, que se pueden profundizar se agregamos al fuego de la discusión otros conceptos que usan las normativas como "función, facultad, atribución".

De todas maneras, esas potestades – genéricas o más específicas – se manifiestan de diferentes modos y con variados matices que pueden dar lugar a una taxonomía compleja, aunque en este texto la pretensión no fue profundizar en todas, solo en unas que generan recelos como la sancionatoria y reglamentaria, y otra que si se entiende perfectamente ubicada en cabeza de la Administración como es la organizatoria, dejando incluso por fuera otras que han servido para bastantes desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales, como es la potestad discrecional o la innovativa. A cualquiera de ellas revisando las normas que atribuyen las potestades a las autoridades administrativas, se les pueden desprender unas competencias concretas.

2.2 El principio de legalidad como presupuesto de las potestades administrativas.

El principio de legalidad puede ser entendido desde un enfoque reduccionista, como la sujeción de tanto autoridades como ciudadanos en general a las normas que expide el órgano legislativo de un Estado. Se dice reduccionista justamente porque si se habla de legalidad podría considerarse sometimiento solo a la ley *strictu sensu*, excluyendo de esta categoría conceptual al resto de normas del ordenamiento jurídico que no tiene como fuente de producción los entes de la rama del poder legislativa. Por esta razón, algunos autores prefieren el uso de la dicción “juridicidad”, que implica que toda actividad administrativa debe estar sometida al derecho en su conjunto o integralidad como sistema, que incluye todas las fuentes formales del derecho. Con ocasión de la distinción entre juridicidad – o juricidad – y legalidad, Majus de Paz¹²⁹ sostiene que la primera es el género y la segunda es la especie. Este mismo autor citando a Castillo González¹³⁰ conceptualiza que el enunciado del principio de legalidad implica que toda la actividad administrativa estará sometida a la ley. Y que el enunciado del principio de juridicidad corresponde a que toda actividad y decisión administrativa debe someterse a la ley y a los principios jurídicos, y hasta cierto punto se

¹²⁹ MAJUS DE PAZ, Victor Hugo. *Estudio jurídico del ente verificador del envío de libros a bibliotecas estatales –caracterización–* Universidad De San Carlos De Guatemala Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. 2008

¹³⁰ CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. *Derecho administrativo*. Tomo I, parte general. 13ª edición, Guatemala: Ed. Impresiones Gráficas de Guatemala. 2002.

puede entender incluida la doctrina. “Las actividades y decisiones administrativas deben someterse al derecho en el entendido que el “derecho” comprende la ley, la doctrina y los principios jurídicos”.

En realidad, esta discusión puede resultar una cuestión que no desborde el ámbito de lo meramente semántico, y que de alguna forma no tenga ningún tipo de efecto práctico realizar un uso diferenciador tanto de una como de otra locución, por lo que no se profundizará en lo concerniente y se tratará en estas líneas indiferentemente como principio de legalidad o juridicidad.

El advenimiento del principio de legalidad lo podemos situar en la Carta Magna del rey Juan Sin Tierra en el siglo XII¹³¹, en la que se planteó conceder una serie de prerrogativas a un sector especial de la población, esto es, a la clase noble, consistente esas prerrogativas en temas como abolir las detenciones que sin una causa justificativa ordenaran las autoridades reales, y que los nobles no deberían ser juzgados por funcionario distinto a quien tuviera su misma condición de nobles, es decir, debían ser juzgados por jueces pares. Así poco a poco el Rey fue otorgando algunas garantías más, que por lo general la nobleza o alta burguesía le exigía para tratar de limitar el abuso del poder por parte de un Estado representado por un rey con amplísimas potestades.

Acaecida la revolución francesa, se promulgaron una serie de principios y garantías, especialmente recogidos en la declaración de los derechos del

¹³¹ Al respecto se puede leer en: QUISEPE REMÓN, Florabel. *El Debido Proceso en el Derecho Internacional y en el Sistema Interamericano*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, pág. 35 y ss.; y LÓPEZ PÉREZ, Luis. “El principio de legalidad penal”. *En Revista Sapere, revista virtual de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres*, Perú, 2011-2012.

hombre y del ciudadano de 1789¹³², en la que cabe mencionar su artículo 16, puesto que consagra positivamente la delimitación de potestades, dejando a la administrativa en un puesto de privilegio, aunque respecto de la función judicial existió cierta polémica sobre su sentido, alcance y limitaciones. A tenor literal el artículo 16 de la mencionada declaración categóricamente preceptuaba: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes definida, no tiene Constitución”. Se pasa en esta etapa por supuesto de un sometimiento de las órdenes del rey (ley del imperio) a un acatamiento irrestricto a las normas soberanas de un Estado (imperio de la ley).

Ya fundamentado y afincado la concepción del sometimiento de la Administración a la ley, surgieron diversas formas de interpretar y aplicar esa suerte de sujeción normativa. En primer lugar, se planteó la tesis o la teoría de la vinculación negativa de la Administración al principio de juridicidad – o legalidad-. Esta primera tesis puede ser entendida como la posibilidad con que cuenta los actores de aparatos administrativos del Estado, de hacer, incluso lo que no esté prohibido, lo cual indica que si ante una duda para desarrollar una potestad se encuentra que no hay una norma que regule la cuestión, se entendía que la Administración estaba habilitada para actuar, porque se predicaba en el marco de la función pública o ejercicio del poder (potestades en sentido amplio) la clásica máxima latina “*qua non sunt prohibita, permissae, intelliguntur*” (lo que

¹³² La revolución francesa tuvo entre sus prioridades la reducción de la pobreza y el mejoramiento de las condiciones de vida del pueblo, a través de una lucha por equidad social. “Pero, también hay que decir que aun con los logros de esta lucha, los pobres, las mujeres y los sirvientes estaban excluidos”. Cfr. SÁENZ LÓPEZ, Karla, GORJÓN GÓMEZ, Francisco y RODRÍGUEZ BURGOS, Karla. “Democracia, origen y perspectiva”. *En Democracia y Políticas Pública*. San Nicolás de Hidalgo, México: Universidad Michoacana. Editorial Deciso. pp. 51-64. 2008. Pág. 54.

no está prohibido, está permitido). Ahora, esta tesis que se aplica sin tantos reparos en las relaciones entre particulares - entiéndase en el derecho privado -, si encontró límites posteriormente en el derecho público, justamente para evitar el ejercicio arbitrario de la potestad administrativa.

Surge con posterioridad una tesis contrapuesta en materia de sujeción a la norma, denominada teoría de la vinculación positiva, consistente ésta, en que la Administración solo puede actuar hasta donde la norma lo habilite, toda la actuación de la Administración debe estar de alguna manera pre-ordenada en la ley, con la implicación que solo puede realizar lo que previamente el orden jurídico establecido le autorice, incluyendo la posibilidad de actuar de manera discrecional, que también debe estar preordenado. En este caso el aforismo que se ajusta a este modelo de pre-ordenación normativa con ribetes claros de vinculación estricta, es el aforismo latino "*quae no sunt permissae, prohibita intelliguntur*". (Lo que no está permitido, está prohibido.)

Galán¹³³ refiriéndose a estas tesis y de manera excelsamente sintética, sostiene que la doctrina de la vinculación negativa considera que la Administración está vinculada negativamente a la ley: "puede libre y válidamente realizar cualquier actuación, sin necesidad, por tanto, de contar con una previa habilitación legal, con la única condición de no contradecir las leyes existentes"(...) "en definitiva, la Administración puede hacer todo aquello que no le esté prohibido, y no únicamente lo

¹³³ GALÁN GALÁN, Alfredo. "La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local". *Revista CEMCI (centro de estudios municipales y de cooperación internacional) Barcelona*: Núm. 8. Julio – septiembre de 2010. Pg. 3.

que le esté permitido". (teoría o tesis no predicables hoy en día en el marco de las actuaciones de la Administración pública)

Siguiendo con Galán en lo que tiene que ver con la doctrina de la vinculación positiva, señala con puntualidad práctica, que ésta se fundamente en que "la Administración solo puede hacer aquello que la ley le autorice" y revela además, que se está frente a "una manifestación más rígida y exigente del principio de legalidad, en efecto la actuación del ente podrá ser válidamente realizada si cuenta con una cobertura legal previa: si la ley le habilita a realizarla, y solo, en la medida que la ley le habilite. Sin la previa habilitación legal la actuación debe considerarse prohibida"¹³⁴ Esta teoría de la vinculación positiva es la que prima en las democracias modernas del mundo.

Haciendo un análisis de las potestades administrativas a luz del ejercicio, protección y garantía de los derechos fundamentales, estas teorías de vinculación positiva o negativa se tornan con un enfoque y concepción un tanto diversa. Para explicar este enfoque heterogéneo, pero que no se escapa del marco de actuación administrativa, se trae a cuento la doctrina de Gavara de Cara¹³⁵, que para su entender la vinculación negativa a los derechos fundamentales consiste en el deber de abstenerse de cualquier conducta que transgreda la carta constitucional, incluyendo por supuesto tales derechos fundamentales¹³⁶, "y que obliga tanto a los poderes

¹³⁴ *Ibídem.* Pg. 3

¹³⁵ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. "La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales". *UNED. Teoría y Realidad Constitucional, Barcelona: Núm. 20, 2007, pp. 277-320.* 2007 pg. 277 y 278.

¹³⁶ DE CABO y PISARELLO en el prólogo de la obra "Los Fundamentos de los derechos fundamentales" señalan que FERRAJOLI establece una definición estructural o formal de los derechos fundamentales, como "aquellas expectativas de prestaciones o de no lesiones que se atribuyen de manera universal e indisponible, a todos

públicos como a los ciudadanos. En segundo lugar, la vinculación positiva a los derechos fundamentales obliga exclusivamente a los poderes públicos, y se traduce en un deber general de realizar las funciones de acuerdo con la Constitución y un mandato de desplegar con eficacia los derechos fundamentales en el sentido de establecer su realización plena”.

Las actividades exclusivas derivadas de las potestades públicas que tienen una vinculación positiva frente a los derechos fundamentales, corresponden a todas aquellas acciones positivas específicas de cumplimiento, protección y dotación de eficacia a los derechos fundamentales previstos por la Constitución y el ordenamiento jurídico.

2.3 La atribución de potestades a la Administración y reservas de Ley.

Para el ejercicio de las potestades administrativas, los órganos de las Administraciones públicas deben tratar de hacerlo con cierto detalle y análisis de rigor, para evitar incurrir en una usurpación o invasión de competencias, ya que algunas facultades pueden tener reserva de ley (facultad de órgano legislativo) o ser funciones propias de un órgano coadministrador¹³⁷.

en cuanto personas, ciudadanos y/o capaces de obrar”. Cfr. DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (Eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, 3952001. Pág. 10 y 11.

¹³⁷ Como es el caso de los ayuntamientos en España y los Concejos municipales o distritales, Asamblea departamentales en el caso de Colombia

Las potestades deben ejecutarse teniendo como parámetros o guías fundamentales los fines que persigue la norma que atribuye la potestad, el interés general y por supuesto la eficacia de la Administración pública (principio de buena Administración). Pero cuando esa potestad viene atribuida por la ley, debe entenderse que la potestad no se encuentra dentro de la órbita o esfera de lo que se denomina "principio de autonomía administrativa" – como esencia de poder inherente a determinado organismo – sino que es una potestad atribuida que no es estrictamente de su esencia, y así como es atribuida también puede ser despojada. Lo que debe entenderse que, si es de la esencia de la Administración, es lo que el constituyente primario en la Constitución atribuyó a este sector del poder público. – aunque lo cierto es que el constituyente secundario (congreso o parlamento) podría hacer reformas constitucionales que cambien el enfoque primigenio de distribución y atribución de potestades. Ahora bien, como contrapeso de esto puede esgrimirse que si tal reforma constitucional no supera un estricto test de sustitución de la Constitución¹³⁸, deberían mantenerse incólume esas bases fundantes que dieron esencia (elemento definitorio que da identidad a la Constitución) al principio de autonomía administrativa.-.

La actividad de la Administración debe estar sujeta a dos grandes tipos de controles, el primero por parte del legislador que de manera previa condiciona su accionar atribuyendo de manera específica las potestades correspondientes (control desde la atribución legal), y el segundo por

¹³⁸ Para hacer un estudio más detallado o profundo del test de sustitución de la Constitución pueden consultarse las sentencias C-551 de 2003, C-249 de 2012, C-397 de 2010, C-084 de 2016 de la Corte Constitucional, a fin de verificar si existe un vicio de competencia (o potestad) por parte del congreso, en el entendido que este puede reformar la Constitución, mas no remplazar o sustituir sus elementos definitorios, pues el único autorizado para esto es el constituyente primario.

Capítulo 2. Las potestades administrativas y los conceptos jurídicos indeterminados como una de las técnicas para su atribución.

parte de las autoridades judiciales cuando revisan la actuación administrativa a partir de mecanismos contenciosos administrativos que se impetren (Control al ejercicio administrativo).

En este segmento haremos referencia especial al ejercicio de la actividad administrativa derivado de la atribución de potestades que realiza el legislador o el constituyente para que puedan lograrse los cometidos estatales¹³⁹. Así pues, la Administración para cumplir su finalidad de servir a la comunidad persiguiendo los supremos intereses generales debe someterse a la ley y a la Constitución, lo cual es una característica propia de los Estados de derecho y más concretamente de un principio básico que es de su esencia, esto es, el principio de juridicidad - o legalidad en sentido restringido -, como se había señalado precedentemente.

Dicho lo anterior, es menester precisar de qué manera el legislador o el constituyente atribuye potestades concretas a las Administraciones públicas, y cuales atribuciones deja reservadas especialmente para el legislador, que es lo que se denomina "reserva de ley". Ahora bien, se analizará que tales potestades pueden clasificarse de acuerdo a diferentes criterios, y entre uno de ellos está la posibilidad que la norma atributiva de potestad contenga conceptos jurídicos indeterminados, sea porque de manera deliberada así lo dispuso el legislador – para dar amplitud al

¹³⁹ Respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, RENDÓN HUERTA BARRERA, señala que no deben considerarse como una atribución que la ley o reglamento confieran a una autoridad, sino un contexto para su actuación, que hacen parte indefectible del lenguaje jurídico. En cambio, desde el mismo título este capítulo, se plantea la posibilidad que, en algunos casos, estos conceptos resulten una técnica atributiva deliberada del legislador para otorgar potestad administrativa. Cfr. RENDÓN HUERTAS BARRERA, Teresita. *Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho administrativo...* Op. Cit. Pág 71.

ejercicio administrativo -, sea porque de manera inconsciente se colocó como rasgo inevitable del lenguaje.

En cuanto al primer punto mencionado en el párrafo precedente, la técnica de atribución de potestades por parte del constituyente y el legislador consiste en realizar una lista de funciones o competencias precisas para los diferentes órganos de la Administración pública. Puede encontrarse en ocasiones, que la Constitución asigne unas potestades generales y amplias, y el legislador termine de detallarlas a través de competencias específicas.

Como ejemplo de la atribución de potestades mencionadas pueden señalarse los artículos 300 y 305 de la Constitución política colombiana en los cuales se relacionan las atribuciones que corresponden a las asambleas departamentales y a la gobernación como órganos de la Administración pública local. En igual sentido, el artículo 148 de la Constitución española de 1978 realiza un listado de las competencias de las Comunidades Autónomas. Estas competencias de los anteriores órganos son mencionadas únicamente a título de ilustración de atribución de competencia puesto que existen órganos de la rama ejecutiva del poder público del nivel central o del nivel local con otro tipo de competencias concretas.

Las potestades de las Administraciones públicas como se ha visto pueden estar contenidas en la Constitución y de forma más concreta en la ley. Ahora bien, es necesario distinguir esas potestades de las que corresponden al legislativo, teniendo en cuenta que la función ejecutiva y legislativa pueden poseer elementos afines sobre los que es difícil demarcar claramente una línea divisoria; es el caso de la función

reglamentaria, en la cual es de crucial importancia establecer con precisión meridiana el marco de competencia.

Comúnmente se ha definido la reserva legal como una garantía jurídica que procura resguardar ciertas regulaciones en torno a materias trascendentales como la propiedad, los derechos fundamentales, la libertad y la tributación a competencia exclusiva del legislador, y una consecuencia de ello es que no se dé la posibilidad a actos de reglamento del ejecutivo para que regulen tales materias. Desde este enfoque se concibe la reserva de ley como una garantía “para el legislador democrático”¹⁴⁰. Ahora bien, pueden existir constituciones donde de manera diáfana y detallada se precisan y delimitan en una lista exhaustiva las funciones de las Administraciones públicas y del órgano legislativo, para que no existan confusiones en cuanto a lo que hemos venido denominando reserva legal.

En el caso de la Constitución española a partir del título III que corresponde a los artículos 66 y subsiguientes se establece la organización de las Cortes Generales, la potestad legislativa y el control de gobierno, aunque no se encuentra una disposición que de manera detallada y rigurosa establezca las competencias precisas que corresponden a tales Cortes Generales de España, por lo que su detalle debe verificarse en el código parlamentario (compendio de funciones de Cortes Generales). Ahora, el artículo 53.1 de la Constitución española señala expresamente que los aspectos de derechos fundamentales y las garantías de las libertades deben regularse “solo por ley”. Por su parte, en el caso

¹⁴⁰ CAZOR, Kamel y GUILOFF, Matías. “La reserva de ley y la necesidad de redefinir su función en el Estado constitucional chileno”. *Anuario de derecho público UDP*. 2016.

colombiano el artículo 150 de la Constitución se enlista una serie de funciones que corresponden al Congreso Colombiano, lo que permite establecer los contenidos que son de reserva de ley, por lo menos a partir de los preceptos constitucionales, sin perjuicio de que tales atribuciones se hagan por vía legal en la ley 5° de 1993 o reglamento del Congreso.

Otro aspecto que hace parte de la reserva legal es definir qué tipo de contenidos regulativos corresponden en función a la clase o naturaleza de la una ley. Así señalar las materias que deben regularse por ley orgánica o estatutaria, es una manifestación especial de la reserva legal. En esta dirección el artículo 81 de la Constitución española señala cuales son los asuntos que corresponden a las leyes orgánicas¹⁴¹, y la Constitución colombiana en el artículo 151 expresa que asuntos son de reserva de ley orgánica y el artículo 152 cuales corresponden a leyes estatutarias.

En los párrafos siguientes se intentará realizar una clasificación de las potestades que se atribuyen a la Administración pública, pero antes de ello se hará una breve descripción sobre la potestad administrativa de acuerdo a su grado de sujeción o vinculación con la ley. Así pues, se pueda hablar de una vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico a través de normas con un grado de programación condicional que resulta de alta densidad regulatoria. Esta característica corresponde a potestades

¹⁴¹ Lo que en el derecho español se denomina constitucionalmente leyes orgánicas, en el derecho Colombiano se conoce como leyes estatutarias, esto es, las que desarrollan directamente aspectos estructurantes de una Constitución como son los derechos fundamentales, las libertades públicas, entre otros, aclarando que en Colombia también hay las leyes orgánicas, pero que regulan otro tipo de aspectos como las competencias normativas de las entidades territoriales, presupuesto etc. (artículo 151, Constitución de Colombia) y en España la ley orgánica asimismo regula aspectos similares como los estatutos de autonomía.

Capítulo 2. Las potestades administrativas y los conceptos jurídicos indeterminados como una de las técnicas para su atribución.

regladas, en la cual el margen de maniobrabilidad de la Administración es reducido, limitando prácticamente a una ejecución mecánica de la ley.

Por otra parte, la Administración puede ejercer potestades que impliquen una vinculación al ordenamiento jurídico más atenuadas, entre estas descuellan las atribuciones que contienen conceptos jurídicos indeterminados, así como las que otorgan el ejercicio de una actividad por vía de lo que se conoce como discrecionalidad administrativa o cuando la Administración se le da la opción de optar por una mera programación finalista o teleológica de su actividad. Lo antes expresado encaja en las concepciones doctrinales de Mariano Bacigalupo Saggese¹⁴², que como se ha descrito ubica las potestades derivadas de conceptos jurídicos indeterminados por fuera de la categoría de potestades regladas y les da una condición de vinculatoriedad al ordenamiento atenuado, posición que dista esencialmente de los postulados de Eduardo García de Enterría quien señala que los conceptos jurídicos indeterminados, en el entendido que ofrecen una única solución justa, deben entenderse como pertenecientes a las potestades regladas.

¹⁴² BACIGALUPO SAGGES, Mariano. “Las potestades administrativas y la vinculación de su ejercicio al ordenamiento jurídico. potestades regladas y discrecionales”. Tomado de: *El control de la Actividad Estatal 1* / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

2.4 Tipología de las potestades y su relación con los conceptos jurídicos indeterminados.

Una vez definida la potestad como el conjunto de poderes que la ley otorga a la Administración para cumplir fines de interés general, y con los que puede hacer que coercitivamente se vinculen terceros, o más bien, quienes queden bajo la cobertura de esa esfera de dominio. Pasamos a realizar un intento de clasificación de las potestades atendiendo a los más diversos criterios, pero solo a título enunciativo respecto de algunos, para centrarnos exclusivamente en las potestades reglamentarias, organizatorias, sancionadoras, planificadora, tributaria y expropiatoria. Hacemos claridad que no es la finalidad de este texto, tratar a profundidad cada uno de estas tipologías de potestades, pues cada una contiene elementos, características, desarrollos doctrinales y jurisprudenciales que podrían dar lugar cada una, a un concreto análisis prolijo en obras independientes.

Así pues, Las potestades administrativas se clasifican según diversos criterios:

A) Según su contenido:

- Potestad reguladora y reglamentaria.
- Potestad organizatoria u organizativa.
- Potestad sancionadora.
- Potestad de planificación.
- Potestad tributaria.
- Potestad expropiatoria.

B) Según su incidencia en el ordenamiento jurídico:

- Innovativas: generan nuevas situaciones jurídicas.
- No Innovativas: no generan nuevas situaciones jurídicas o de simple autotutela administrativa.

C) Por la forma de atribución de la potestad:

- Expresas o implícitas:
- Específicas y por cláusulas generales.

D) De acuerdo al mayor o menor amplitud de libertad decisoria

-Regladas y discrecionales:

Respecto de estas dos últimas, nuestra propuesta teórica - más adelante desarrollada - consistirá en que se debe desvanecer esta dicotomía, y más bien hablar de un cuadrinomio integrado por un extremo de nula libertad, que es potestad reglada, dos categorías intermedias de libertad limitada o condicionada, que son los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad técnica, y finalmente, otro extremo de libertad amplia, que es la discrecionalidad pura o fuerte.

En el punto siguiente se desarrollará de manera más detallada, las potestades que corresponden al litera A) arriba mencionado, y por otra parte, de manera concreta, las potestades regladas y discrecionales, para empezar por la división tradicional, y así establecer cómo se aplican y donde tienen mayor proximidad los conceptos jurídicos indeterminados en el marco de tales potestades, no con ello se quiere decir que las potestades que no van a ser objeto de desarrollo son menos importantes

y no poseen relevancia jurídica, el argumento para solo utilizar las mencionadas estriba en que estas poseen la virtualidad de conectarse teórica y prácticamente con las vicisitudes propias de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados que entrañan el ejercicio operativo de la actividad administrativa.

2.4.1 Potestad reguladora y potestad reglamentaria.

Al empezar este acápite, su mismo título suscita una inquietud básica, ¿es lo mismo regular que reglamentar?, o ¿son equivalentes regulación que reglamentación?, ¿puede la Administración producir regulaciones y reglamentaciones?, y por supuesto, relacionándose con el tema que nos atañe, ¿se regulan o reglamentan conceptos jurídicos indeterminados?

Para entrar a responder, partimos por señalar que regular es crear de manera originaria o primigenia una norma jurídica de carácter general, impersonal y abstracto, a efectos de responder a una necesidad de la sociedad que requiere un marco comportamental para ese momento. Ahora bien, las regulaciones pueden estar en la misma Constitución, cuando de manera más o menos detallada intenta fijar un marco de actuación frente a situaciones particulares, de igual forma también puede haber regulaciones de orden legal y las Administraciones públicas están

Capítulo 2. Las potestades administrativas y los conceptos jurídicos indeterminados como una de las técnicas para su atribución.

en la posibilidad, en este mismo sentido, de regular un fenómeno, respetando la Constitución y la ley¹⁴³.

En este trabajo nos concentraremos en la regulación administrativa, sin entrar a realizar análisis sobre la constitucional y legal, advirtiendo como se ha mencionado que esta facultad administrativa se envuelve una noción amplia que puede ser entendida como posibilidad de expedir una norma jurídica con unas connotaciones especiales. En ese orden de ideas, cuando una autoridad ejercita la potestad reguladora, está estableciendo mediante normas generales y abstractas un comportamiento o actividad en busca de satisfacer intereses generales. Pero valga aclarar que una norma superior previa (ley o Constitución) deben habilitar a esa autoridad para proferir esa reglamentación, y ésta en todo caso debe satisfacer unos fines para ajustarse enteramente a normas superiores.

En cuanto a la potestad reglamentaria, sin vislumbrar mayores matices diferenciadores Mejía y Almanza¹⁴⁴ haciendo alusión a la obra de Flórez¹⁴⁵, arguyen que la potestad reglamentaria consiste en “La facultad otorgada, en primer lugar al jefe del ejecutivo para emitir toda especie de órdenes, encaminadas a satisfacer, en la amplitud de su proyección, la

¹⁴³ Al respecto de este tema puede consultarse la obra Ibáñez Najar, quien enseña que en materia de la potestad normativa del Estado se comprende tanto la regulación constitucional, la regulación legal y la regulación administrativa en general como la reglamentación legal y la reglamentación administrativa en particular: IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. *Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria: la división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario*. Universitas Núm. 106, Diciembre 2003.

¹⁴⁴ MEJÍA TURIZO, Jorge. y ALMANZA IGLESIAS, Maury. *Legitimidad de las potestades reglamentarias y jurisdiccionales de las superintendencias*. En Revista Justicia, No. 19 - pp. 70-80 - Junio 2011 - Barranquilla, Colombia. 2011.

¹⁴⁵ FLORES RIVAS, Juan Carlos. (2000.) *Límites constitucionales de las facultades interpretativas de los organismos de la Administración*. Bogotá: Universidad de los Andes. Pg. 74

vastísima tarea que le entrega la Carta y que no tiene más limitaciones que la de someterse a la Constitución y a las leyes y la de no dictar normas que pertenezcan a la función legislativa” (reserva de ley)

Pero en virtud de la potestad reglamentaria es menester distinguir lo que es, en sentido estricto un reglamento y lo que es un acto administrativo general. En primer término, reglamento es un acto por el cual se termina de completar el cuadro regulativo que establece una norma superior, y es susceptible de tener una pluralidad indeterminada de cumplimientos, hasta que no pierda vigencia por derogación expresa o tácita, es decir, el reglamento no se agota con su mero cumplimiento. En cambio, el acto administrativo general no tiene como fin establecer una normativa regulativa de carácter general y abstracto, sino con efecto preciso y concreto y que puede agotarse con su mero y simple cumplimiento. Hay que destacar que estas distinciones entre reglamento y acto administrativo general, tiene mayor auge en España, donde existe una consolidada doctrina en la materia¹⁴⁶, pero en Colombia aún no es recurrente hacer esas diferenciaciones, cuando se habla de acto administrativo general se puede tratar de manera indistinta tanto al que lleve tal denominación, como el que concretamente puede ser un reglamento.

¹⁴⁶ V. gr. puede consultarse en la doctrina de GARRIDO FALLA 1989; BACIGALUPO SAGGESE, Mariano 2002; MUÑOZ MACHADO, Santiago 2006; COSCULLUELA MONTANER 2015; PARADA VÁSQUEZ, 2015.

El Consejo de Estado colombiano ha realizado una aproximación a las mismas categorías diferenciales arriba planteadas, cuando en Sentencia del 15 de diciembre de 1993, preciso que “una cosa es la potestad de reglamentar la ley, cuando ello es necesario para que ésta sea cumplida, cometido que corresponde al presidente de la República, y otra muy diferente, son las competencias legalmente atribuidas a determinadas autoridades para que cumplan o ejecuten determinadas funciones”.

Como ejemplos en Colombia de atribución de este tipo de potestades se encuentra la contemplada en Constitución política en el artículo 189 numeral once (11) en el que se señala expresamente que corresponde al presidente de la república como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa: *“Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”*. Por otra parte, y a nivel territorial, concretamente en los municipios, la ley 136 de 1994 en artículo 91 literal A) numeral 6° establece que los alcaldes tienen la potestad de *“reglamentar los acuerdos del concejo.”* Así, podemos encontrar estas potestades en otros organismos de los diferentes sectores y niveles de la rama ejecutiva del poder público. En estos escenarios se hace referencia a la potestad reglamentaria, no reguladora.

En síntesis, la potestad reglamentaria consiste en terminar de complementar detalles normativos de reglas generales que otras autoridades han expedido, es decir, se requiere de ley previa¹⁴⁷, en cambio la potestad reguladora hace alusión a expedir una norma que

¹⁴⁷ Por ejemplo, cuando el ejecutivo complementa aspectos que el legislativo ha dejado en abstracto o con cierto vacío técnico o procedimental. Lo mismo ocurre a nivel local con órganos administrativos y sus co-administradores (con poder o sin poder legislativo)

Capítulo 2. Las potestades administrativas y los conceptos jurídicos indeterminados como una de las técnicas para su atribución.

organiza, encuadra o delimita situaciones generales. Una forma de expedir regulaciones podría ser a través de la potestad que se derivan de lo que en España se denomina “la delegación legislativa o la legislación delegada¹⁴⁸”, que consiste en que el órgano legislativo confiere facultades al órgano ejecutivo para expedir normas con fuerza de ley. En España a las normas expedidas por el administrador producto de esta delegación se les conoce como “decretos legislativos”¹⁴⁹ y tienen su fundamento constitucional en los artículos 82¹⁵⁰, 83, 84 y 85 de la Carta superior del país ibérico. En tanto que, en el caso colombiano, a este tipo de normas se les conoce como decretos extraordinarios o decretos-leyes que corresponden a los establecidos en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Colombiana¹⁵¹.

¹⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria, en Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1970.

¹⁴⁹ Así lo señala el artículo 85 de la Constitución española al expresar que “las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos”.

¹⁵⁰ Especialmente el Artículo 82 al respecto de esta potestad señala “1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior” (el artículo anterior se refiere a las leyes orgánicas que homologándolas con las colombianas corresponden a las estatutarias). “2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.”

¹⁵¹ A su tenor literal señala: “Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: numeral 10- Revestir, hasta por seis meses, al presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias. Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos”.

En cuanto a la potestad reglamentaria en España, la Constitución ha sido clara en que este tipo de facultades no está exenta de control jurisdiccional, y en ese orden lo expresa el Artículo 106 -1 que los jueces pueden revisar los contenidos derivados la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Alonso Mas, de acuerdo a la usanza española, distingue entre reglamento ejecutivo y reglamento independiente. En cuanto al primero se atribuye una función de complementación necesaria de lo que señala una norma legal previa que, en ese sentido, es concretamente desarrollada. Este autor, señala que la STC 83/84 de 24 de junio, conceptúa que los reglamentos ejecutivos son aquellos que se encargan de precisar los preceptos de la ley “que sean vagos e incompletos (...) e incluso paliar las deficiencias” de esas normas¹⁵². Bajo estos supuestos, los reglamentos ejecutivos derivan de una habilitación legal – salvo de alguna manera, los organizativos que tienen características sui generis -

En el caso de los reglamentos independientes, son los que no desarrollan alguna ley en especial, puesto que son expedidos para abordar aspectos que no son de reserva legal o que se encuentren regulados por las mismas leyes (ni reservados ni regulados por ley). Esto quiere decir que, frente a estos, no se predica alguna suerte de habilitación o delegación legal, lo cual, aunque resulte una obviedad decirlo, no implica que no estén sujetos a la ley.

¹⁵² ALONSO MAS, María José. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. (Tesis doctoral en roderic) Universitat de Valencia. 1996 pág. 83 y ss.

Capítulo 2. Las potestades administrativas y los conceptos jurídicos indeterminados como una de las técnicas para su atribución.

En lo que atañe al uso de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados en el marco de las potestades reguladoras y reglamentarias, resulta importante aclarar que frente a estos dos tipos de facultades puede presentarse un tratamiento diferente. Así pues, cuando se precise de los conceptos jurídicos indeterminados en el contexto de las regulaciones será en la mayoría de veces para dejar un margen de actuación al operador que corresponda aplicar la norma abstracta, por ejemplo, si en una norma se establece que ocurrida una "calamidad pública" se debe actuar de determinada forma o se habilita para contrata de manera distinta, se estaría usando un concepto jurídico indeterminado en una regulación. Ahora, puede que esa regulación implique de una reglamentación, esto es, una norma inferior que la detalle o complemente para afinar o especificar aspectos técnicos o procedimentales. En este último evento, se puede hacer uso del concepto indeterminado en el acto reglamentario a efectos de precisar, describir o puntualizar que circunstancias exactas constituyen "calamidad pública", esto es, que la potestad reglamentaria puede en algunas eventualidades ser utilizada para delimitar el alcance conceptual de los vocablos de contenido indeterminado.

2.4.2 Potestad organizatoria, organizativa o auto-organizatoria.

Podemos decir, apoyados en Recio Sáez¹⁵³ que la potestad organizatoria (potestad de organización) consiste en “la facultad de las Administraciones públicas para diseñar y modelar su propia organización”, ésta que es una auténtica potestad administrativa según el mismo autor y citando a García de Enterría, podemos entenderla en la misma dirección, “como la atribución por el ordenamiento jurídico a la Administración pública de un poder para crear, modificar y extinguir situaciones jurídicas de los terceros con efectos organizacionales para el cumplimiento de un interés de carácter público”¹⁵⁴.

Esta potestad que corresponde a toda la actividad encaminada a organizar, diseñar, distribuir o establecer su estructura, a efectos de crear, modificar, suprimir o fusionar organismos con la atribución respectiva de competencias o funciones precisas o debidamente delimitadas es la denominada por un amplio sector de la doctrina como potestad organizatoria.

¹⁵³ RECIO SÁEZ DE GUINOA, José M. “Potestad organizatoria de las Administraciones públicas, ordenación de puestos de Trabajo y Control Judicial”. *Gobierno de Aragón: Revista Aragonesa de Administración pública*, Instituto Aragonés de Administración pública. 2008.

¹⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón Op. Cit.

Capítulo 2. Las potestades administrativas y los conceptos jurídicos indeterminados como una de las técnicas para su atribución.

Para el ejercicio de esta potestad, en el caso colombiano, las Administraciones públicas deben tratar de hacerlo con cierto detalle y análisis de rigor, para evitar incurrir en una usurpación o invasión de competencias, ya que algunas facultades organizatorias pueden tener reserva de ley (facultad de órgano legislativo) o ser funciones propias de un órgano co-administrador (como Concejos municipales o distritales, Asamblea departamentales), que eventualmente podrían conceder facultades extraordinarias para temas organizacionales.

Las potestades organizatorias deben ejecutarse teniendo como parámetros o guías fundamentales los fines que persigue la norma que atribuye la potestad, el interés general y por supuesto la eficacia de la Administración pública. Pero cuando esa potestad viene atribuida por la ley, debe entenderse que la potestad no se encuentra dentro de la órbita o esfera de lo que se denomina "principio de autonomía administrativa" – como esencia de poder inherente a determinado organismo – sino que es una potestad atribuida que no es estrictamente de su esencia, y así como es atribuida también puede ser despojada. Lo que debe entender que si es de la esencia de la Administración, es lo que el constituyente primario en la Constitución atribuyó a este sector del poder público. – aunque lo cierto es que el constituyente secundario (congreso o parlamento) podría hacer reformas constitucionales que cambien el enfoque primigenio de distribución y atribución de potestades. Ahora bien, como contrapeso de esto puede esgrimirse que si tal reforma constitucional no supera un estricto test de sustitución de la Constitución¹⁵⁵, deberían mantenerse

¹⁵⁵ Para hacer un estudio más detallado o profundo del test de sustitución de la Constitución pueden consultarse las sentencias C-551 de 2003, C-249 de 2012, C-397 de 2010, C-084 de 2016 de la Corte Constitucional, a fin de verificar si existe un vicio de competencia (o potestad) por parte del congreso, en el

incólume esas bases fundantes que dieron esencia (elemento definitorio que da identidad a la Constitución) al principio de autonomía administrativa.-.

Para ilustrar en el ordenamiento jurídico colombiano dónde podemos hallar algún tipo de potestades de esta naturaleza, nos remitimos, como hicimos en el ítem anterior al artículo 189 de la Constitución política, que establece en los numerales 1,13,14,15,16 y 17, funciones que pueden considerarse dentro de la órbita de la potestad organizatoria, toda vez que en términos generales, tales funciones van orientadas a nombrar y separar funcionarios, crear, fusionar, suprimir empleos, o eliminar y fusionar entidades administrativas, modificar la estructura interna de organismos administrativos y distribuir las competencias según la naturaleza de los negocios. Todas estas funciones implican organizar la estructura de la rama ejecutiva del nivel central, aunque la facultad de nombrar y remover, específicamente puede entenderse como potestad independiente, que podríamos denominarle "potestad nominativa", pero en realidad, esta atribución persigue finalmente posicionar unos funcionarios en unos cargos que el presidente tuvo la libertad de estructurar.

En cuanto a las atribuciones de un alcalde municipal puede denotarse que la Constitución en el numeral 3 del artículo 315, consagra la facultad de nombrar y remover funcionarios bajo su dependencia, así mismo el artículo 4 *ibidem*, establece que a este funcionario le corresponde suprimir

entendido que este puede reformar la Constitución, mas no remplazar o sustituir sus elementos definitorios, pues el único autorizado para esto es el constituyente primario.

o fusionar entidades del orden municipal. Adicionalmente el numeral 7 de la carta política instituye en cabeza del burgomaestre las funciones de crear, suprimir o fusionar empleos y fijar sus competencias.

Como es de advertirse, tanto en las facultades del presidente como las del alcalde, (para hacer el parangón entre estos, sin perjuicio de funciones afines de otros altos funcionarios administrativos) en materia de potestad organizativa hay que distinguir entre la discrecionalidad creativa de empleos y la carencia de esta facultad creativa frente a entidades y dependencias, puesto que en materia de empleos o cargos públicos, estos dos funcionarios, pueden crear, suprimir o fusionar, al tanto que en relación con las entidades solo puede suprimir o fusionar.

En lo que respecta a la facultad de escindir entidades públicas con relación al presidente o al alcalde, podríamos enfrentarnos a una cuestión problemática. Ya es claro, que estos funcionarios pueden suprimir o fusionar las entidades a su cargo, pero ¿tendrían la facultad de escindir? Podríamos partir, para solucionar este interrogante partiendo de dos enfoques de argumentación. El primero sería estimar que, si un funcionario puede fusionar una entidad, tendrá igualmente la posibilidad de separarlas o dividir las. Otra lógica que podría esgrimirse, es que escindir implica crear dos o más nuevas entidades, y como el funcionario no tiene facultad de crear, ergo, mucho menos de escindir. De estas dos tesis, la acogida mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia¹⁵⁶, ha sido la que conceptúa que estos funcionarios administrativos no tienen

¹⁵⁶ Para analizar el aspecto relativo a la escisión de entidades administrativas puede consultarse la sentencia C-366/12 de la Corte constitucional colombiana, Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil doce (2012)

facultad de escindir entidades, puesto que esta atribución es reservada para otros organismos, en este caso particular para el congreso y concejos municipales o distritales, quienes eventualmente podrían otorgar facultades extraordinarias pro tempore a aquellos organismos unipersonales.

En lo que respecta al control jurisdiccional de la potestad organizativa, suele señalarse que este es uno de los escenarios de mayor libertad para la Administración y frente a los cuales las posibilidades de fiscalización judicial se ven más reducidos. Justamente en la mayoría de ordenamientos jurídicos, cuando se otorgan este tipo de potestades se atribuyen mediante expresiones más a menos asimilables a: "La entidad organizará su estructura y servicios del modo que estime más conveniente para el interés público". Como puede observarse, en esas expresiones se hallan conceptos jurídicos indeterminados como "conveniente" o "interés público". La concreción de tales conceptos puede ser controlado por jueces y tribunales a fin de determinar si la Administración en su margen cognoscitivo – o bien en este trabajo discutimos que también podría predicarse cierto margen volitivo – se ha ubicado en una opción que corresponda a una solución justa. De igual modo, el aparato jurisdiccional puede efectuar un control afincado en el vicio de la desviación de poder, en la vulneración de normas sustanciales y en los elementos reglados de los actos administrativos¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Cfr. ALONSO MAS, María José. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. (Tesis doctoral en roderic). Op. Cit. Pág. 982.

2.4.3 Potestad sancionatoria.

La potestad sancionatoria de la Administración pública es una manifestación del *Ius puniendi*, esto es, la capacidad del Estado de punir o de sancionar, la cual no debe circunscribirse únicamente a los asuntos criminales, sino que también cobija otra serie de faltas o conductas cometidas por los servidores públicos o por los particulares.

Esta potestad, como quiera que entraña limitaciones a derechos esenciales de las personas, como aspectos patrimoniales, de libertades públicas o incluso el buen nombre requiere que el legislador cuando atribuya esta facultad lo haga bajo un marco de actuación regulado o ciertamente reglado. Así mismo y atendiendo a la posible afectación de derechos a partir de la atribución de esta potestad en ciertas legislaciones se ha consagrado que tal facultad debe estar cobijada por el principio de reserva legal, lo cual quiere decir que es legislador y no la Administración quien debe precisar las normas que contengan las faltas, el procedimiento y las sanciones como elementos propios de disposiciones sancionatorias.

Por su parte, el propósito del legislador y del constituyente¹⁵⁸ al admitir que ciertos hechos punibles, sean conocidos y resueltos por autoridades

¹⁵⁸ En cuanto a la idea de que las intenciones iniciales del legislador o constituyente se respeten, existe una concepción denominada el "originalismo", según la cual para interpretar la Constitución o la ley ha de ser tenida primordialmente en cuenta la intención original que animó a los constituyentes o al legislador, concepciones de esta naturaleza son sostenidas por RAZ, MARMOR y FISH. Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria. *Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2014. Pág. 92 y 93.

administrativas, es desarrollar una especie de misión conciliadora que busca resolver controversias que por su menor entidad no requieren poner en movimiento al aparato de justicia; “además, según se afirma, se busca descongestionar la ya sobrecargada judicatura” – como se encuentra en Colombia y muchos países de Latinoamérica- “permitiendo una solución alterna, rápida y justa a las partes en conflicto”¹⁵⁹.

Ahora bien, las normas que atribuyen potestad sancionatoria a la Administración puede que contengan conceptos jurídicos indeterminados que impliquen realizar un ejercicio interpretativo dado la naturaleza de esos conceptos. Pero en materia sancionatoria cobra especial relevancia el hecho de que exista un sujeto que puede ser objeto de una sanción, y frente al cual debe existir la garantía de que la duda en la aplicación o interpretación de una norma debe favorecerle. En ese sentido debe acogerse la posición hermenéutica que más convenga al investigado en virtud del principio *In dubio pro disciplinado*, en el caso del derecho disciplinario, o en forma genérica *In dubio pro administrado* en el contexto del derecho administrativo sancionatorio general.

Suarez Tamayo, Mejia Londoño y Restrepo Citando una sentencia de la corte constitucional colombiana¹⁶⁰ señalan que la potestad sancionadora de la Administración posee unas características que le son propias, a saber: a) Que persigue la realización de principios constitucionales o legales que gobiernan la función pública como moralidad, publicidad, imparcialidad, economía, eficacia y celeridad b) Que se distingue de la

¹⁵⁹ BOTERO BERNAL, Andrés. “El Órgano Ejecutivo como ente Administrador de Justicia”. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, Núm. 95, 1995; pp. 45- 69. Pág. 57.

¹⁶⁰ Sentencia C-506 de 2002- Corte constitucional colombiana.

potestad sancionadora de los jueces c). Que esta potestad encabeza de autoridad administrativa está sujeta a control jurisdiccional d). Que debe cumplir con las mínimas garantías de un proceso justo y sin dilaciones.¹⁶¹

Para el tribunal constitucional colombiano es admisible que en materia administrativa sancionatoria y en particular en asuntos de materia disciplinaria existan normas que contengan conceptos jurídicos indeterminados, siempre y cuando la forma típica del concepto pueda tener un carácter determinable al momento de su concreción para lo cual es necesario que la misma norma establezca unos criterios objetivos que permitan de manera razonable y proporcional concretizar la hipótesis normativa. Tal postura puede deducirse claramente de la sentencia C-530 de 2013 en la que corporación constitucional declara ajustado al ordenamiento jurídico e, uso de la expresión “maniobras peligrosas e irresponsables” consagradas en el código nacional de tránsito. (Artículo 131 ley 769 de 2002)

Por su parte, el tribunal constitucional español ha permitido la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados en las normas sancionadoras siempre y cuando su concreción sea razonablemente factible bajo criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan colegir con suficiente seguridad jurídica la conducta a regular. ¹⁶²

Una de las manifestaciones de la potestad sancionatoria, se halla en la posibilidad de disciplinar la función de los servidores públicos, aspecto que

¹⁶¹ SUAREZ TAMAYO, David; MEJIA LONDOÑO, Paulina y RESTREPO, Laura. “Procedimientos administrativos sancionatorios. Inventario normativo y de la sentencia de la corte constitucional”. *Revista opinión jurídica* universidad de Medellín volumen 13 Num 25 de 2014.

¹⁶² SSTC 133/1987 (LA LEY 93446-NS/0000). 69/1989 (LA LEY 1265/1989) Y 149/1991 (LA LEY 58074-JF/0000)

el derecho tiene cierta autonomía en el marco de un derecho disciplinario. Roa Salguero¹⁶³, justamente aludiendo a los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho disciplinario, señala que estos figuran en las normas por falta de tecnicismo en su elaboración¹⁶⁴, generando inseguridad jurídica en ámbitos de derecho sancionador. Asimismo, el autor arguye que los conceptos jurídicos indeterminados en esta disciplina especial del derecho constituyen un aspecto problemático en la tipificación de las faltas disciplinarias, debido a la dificultad en detallar los comportamientos. En igual sentido, expresa que, si se concede facultad a las autoridades disciplinarias para definir e interpretar este tipo de conceptos vagos en cada caso concreto, puede que se llegue a la toma de decisiones adversas y contrarias frente a un mismo punto, lo cual insiste, cercenaría la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad.

2.4.4 Potestad de planificación o planificadora.

La literatura jurídica *Ius publicista* desarrolla de manera difusa esta potestad especial de la Administración, por lo que resultan un tanto dispersos los planteamientos de la doctrina especializada que aborde el tema en profundidad. No obstante, Vega Arnáez Arce en su obra la potestad planificadora de las Administraciones públicas resalta lo

¹⁶³ ROA SALGUERO, David Alonso. *Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho disciplinario*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018.

¹⁶⁴ Aspecto con el que se discrepa en el sentido de que al ser una técnica legislativa implica una intención deliberada del legislador con fines de elasticidad normativa para que puedan quedar en eventuales casos futuros situaciones impredecibles para el momento.

trascendental que resulta esta potestad en todo el universo de facultades que pueden tener los órganos ejecutivos. Para este autor la potestad de planificación debe concebirse como un proceso de previsión de objetivos, o la estructuración de lineamientos o directrices de comportamientos y pautas de actuación, así como de los recursos materiales, técnicos y personales disponibles y necesarios para alcanzar los objetivos propuestos. En ese sentido Arnáez manifiesta que en la planificación influyen una serie de factores políticos, culturales, técnicos y económicos que hacen difícil precisar su conceptualización científica como una categoría jurídica autónoma produciendo dada esas condiciones que se califique a la planificación como un verdadero concepto jurídico indeterminado.¹⁶⁵

La potestad de planificación de la Administración tiene una naturaleza de facultad con menor rigor de vinculación con el ordenamiento jurídico, puesto que se deriva de las denominadas normas de programación final o por objetivos, esto es, aquellas que no poseen un supuesto de hecho concreto y mediante las cuales se tiende a programar una actividad futura de la Administración. En este sentido la potestad planificadora dista en cuanto a su origen de las normas de programación condicional, que cierran el margen de actuación administrativa, y justamente la planificación requiere ámbitos de actuación flexibles.

Una manifestación de la potestad planificadora es la estructuración de los planes de desarrollo en los inicios de los gobiernos nacionales y locales, los cuales debe concebirse como instrumentos de gestión y ejecución de

¹⁶⁵ ARNÁEZ ARCE, Vega M. *La potestad planificadora de las Administraciones públicas*. Bilbao: Editorial Gomylex. S.L 2013.

políticas públicas para la satisfacción de las necesidades de la comunidad y la promoción del desarrollo para lo cual se debe asegurar el uso eficiente de los recursos y el desempeño adecuado de las funciones asignadas a los órganos de la Administración pública. En estos planes de desarrollo las Administraciones públicas fijan sus metas, estrategias, objetivos, indicadores, plan de inversiones a mediano y a largo plazo. Así pues, puede observarse que el plan de desarrollo como manifestación de la potestad planificadora debe derivarse de normas que den amplitud de maniobra y así mismo el contenido de los planes debe otorgar esa misma amplitud, bajo esos presupuestos tanto las normas de atribución de potestad planificadora como los actos administrativos que se expiden en virtud de esa potestad pueden contener conceptos jurídicos indeterminados.

La potestad de planificación también hace alusión a las posibilidades con que cuentan las Administraciones públicas para concebir el modelo de desarrollo urbano que se proyectan para una ciudad o población en concreto, esto es, la planeación urbanística en términos de dirigir el crecimiento físico, regular la construcción edificaciones, vías de transporte, espacios públicos, mobiliarios urbanos etcétera, a fin de propender por un adecuado ordenamiento del territorio y los usos eficientes equitativos y racional de los suelos urbanizables.

Marín Hernández respecto de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en el derecho urbanístico -como manifestación de potestad planificadora-, señala que estos de alguna forma son fuente de discrecionalidad, empotrando en una misma categoría ambos conceptos – circunstancia con la que discrepamos en el sentido que son posibilidades de poder administrativo distintas-. Señala que en materia urbanística –

en textos normativos colombianos – se recurre a a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados como:

"especiales condiciones de urgencia" que deben invocarse para ordenar la expropiación por vía administrativa, el de "inconveniencia para la ciudad" como fundamento de la excepción a la obligación de efectuar cesiones obligatorias gratuitas o el de "valor urbanístico, arquitectónico, documental, ambiental, histórico y/o afectivo" de un bien, que justifica su declaratoria como patrimonio urbano-arquitectónico-, (...)¹⁶⁶

Y remata, como se ha dicho, con su categórico apartamiento a la tesis de que conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa deben entenderse como concepciones ubicadas en extremos opuestos – o por lo menos, ciertamente alejados – en el campo del derecho urbano, o del derecho en general:

en manera alguna hace desaparecerla discrecionalidad que el ordenamiento atribuye a la Administración para ejercer las correspondientes atribuciones, pues lejos de lo que sostiene las tesis de conformidad con las cuales la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados constituyen

¹⁶⁶ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. "Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano". *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 2009, (2), 161-193. Pág. 167.

Capítulo 2. Las potestades administrativas y los conceptos jurídicos indeterminados como una de las técnicas para su atribución.

*nociones antagónicas, en realidad éstos se constituyen en fuente de aquélla.*¹⁶⁷

Una cuestión de crucial importancia en materia urbanística, son los documentos con carácter normativo y técnico a través de los cuales se organiza los usos del suelo, zonas urbanizables, el paisaje, equipamientos urbanos, ocupación racional del territorio, el espacio público, proyecciones de expropiación, entre otros temas. En Colombia a este tipo de instrumentos se le denomina “planes de Ordenamiento Territorial P.O.T.”, y los municipios que es la célula básica de la división política administrativa, tienen competencia para expedirlos. Una ley general para todo el territorio del Estado, ley 388 de 1997 establece la estructura y el procedimiento que se debe seguir para su elaboración. En España, a este tipo de instrumento de planeación se le conoce como “Plan General de Ordenación Urbana P.G.O.U.” que organiza en forma integral el territorio de los municipios. En este país a partir del año de 1997, por pronunciamiento del Tribunal Supremo¹⁶⁸, cada comunidad autónoma tiene atribución propia para establecer su régimen urbanístico, por solo mencionar un ejemplo, la comunidad Valenciana a través de ley 5/2014, de fecha 25 de julio, de la *Generalitat*, se expide una norma sobre ordenación del territorio, urbanismo y paisaje.

¹⁶⁷ *Ibíd.* Pág. 168.

¹⁶⁸ En materia urbanística, algunas sentencias relacionadas con decisión discrecional o derivada de conceptos jurídicos indeterminados, del tribunal Supremo español, la STS 1650/2017, 31 de octubre de 2017 y STS 22 de mayo de 2012.

De alguna manera, las normas que habilitan la expedición de este tipo de instrumentos van a otorgar facultades amplias para ordenar el territorio y resultaría inevitable que no contemplen en algún aparte conceptos jurídicos indeterminados.

El Tribunal Supremo de España, ha mencionado en sentencia Núm. 2.688 del 21 de septiembre de 1993, FJ 3¹⁶⁹, que existe amplia libertad decisoria al momento inicial de estructurar los planes urbanísticos, pero una vez elaborado tan plan, la misma Administración va reduciendo su margen de maniobra, como consecuencia de su planificación, hasta el punto que, calificaciones urbanas y usos del suelo solo impongan criterios que conduzcan a una única solución, en síntesis, su *quantum* de libertad se va menguando por sus propias decisiones en materias como las reglamentaciones urbanas, las cuales empiezan con una fase regulativa (expedición de normas) y siguen con fases operativas (intervenciones urbanas).

2.4.5 Potestad tributaria.

La potestad tributaria puede ser entendida como la capacidad que tienen las Administraciones públicas para decretar, imponer y exigir forzosamente tributos en el sentido lato de la expresión.¹⁷⁰ Sin embargo

¹⁶⁹ STS Núm. 2.688 del 21 de septiembre de 1993, FJ 3.

¹⁷⁰ Cuando se señala en el sentido lato o en sentido amplio deberá entenderse que esta es una categoría conceptual que dentro de sí engloba otra serie de elementos conceptuales. Así pues, los tributos se clasifican, de acuerdo a determinadas legislaciones y para ciertos sectores doctrinales en impuestos, tasas y

es importante aclarar, que en virtud del principio de reserva legal pueden existir determinadas competencias en la esfera de la tributación que correspondan al órgano legislativo, o que la Constitución defina la delimitación competencial en esta materia de acuerdo a criterios sustanciales o materiales (clases de tributos), o por criterios de carácter territorial (regional o local).

León Cottin citando a Villegas, sostiene que la potestad tributaria implica la posibilidad que tiene el Estado de crear de manera unilateral unos gravámenes pecuniarios cuyo pago será exigido a los individuos sometidos a su competencia tributaria espacial. Para lo cual es Estado puede hacer ejercicio de su poder coercitivo, que le permite compeler a estas personas para que entreguen una proporción de sus rentas o patrimonios cuya finalidad es la de cubrir gastos relativos al cumplimiento de los intereses y necesidades públicas.¹⁷¹

La potestad tributaria se ampara en principios de carácter constitucional o legal como son los de legalidad, equidad, eficiencia, progresividad, irretroactividad, no confiscación, entre otros. Los anteriores conceptos corresponden a principios en sentido estricto y no a conceptos jurídicos indeterminados, de lo cual en el capítulo primero de esta tesis se realizó sus diferenciaciones por lo que no se relacionará o se centrará a realizar un análisis de estos principios frente a la potestad tributaria sino frente a

contribuciones. Lo cual indica, en aras de evitar confusiones que el tributo es el género y el impuesto es la especie, dicho de otra forma, todo impuesto es un tributo, pero no todo tributo es un impuesto.

¹⁷¹ COTTIN, León Enrique. *La incidencia de los principios constitucionales en el ejercicio de la potestad tributaria del Estado venezolano*. Caracas: Universidad católica Andrés bello. Especialidad en derecho financiero 2015.

conceptos jurídicos indeterminados que se encuentran en el marco normativo de una competencia de esta naturaleza.

Se ha dicho pues, que las normas de carácter tributario pueden contener dentro de sí conceptos jurídicos indeterminados lo que genera cierto grado de abstracción e incertidumbre, colocando a las normas tributarias en la misma posición de no plenitud o de certeza absoluta. Ahora bien, “la Administración pública puede disipar ese nivel de incertidumbre a la hora de aplicar o concretizar esa norma tributaria”¹⁷² contentiva de conceptos jurídicos indeterminados, existiendo siempre la posibilidad del control jurisdiccional frente esa concreción. Es importante cuestionar si el nivel de certidumbre o abstracción en materia tributaria debe ser de menor grado o mayor grado como se ha dicho respecto de la potestad sancionatoria, en la que se debe reducir el nivel de incertidumbre. Planteado este escenario, se abogará por la tesis de menor abstracción en materia de tributación toda vez que en estos asuntos están en juego derechos patrimoniales de los individuos que consecuentemente pueden afectar derechos fundamentales como el mínimo vital y la dignidad humana en ese sentido se sostendrá que en materia tributaria los conceptos jurídicos indeterminados deben ser reglamentados por órganos ejecutivos superiores a fin de evitar abusos en su concreción.

La atribución de la potestad tributaria se otorga principalmente a través de norma constitucional, sin perjuicio de que la ley reglamente algunos aspectos básicos. Así pues, y entrando a realizar una comparación normativa puede observarse que el artículo 133 de la Constitución

¹⁷² GARCIA NOVOA, Cesar. “La discrecionalidad en materia tributaria”. I congreso internacional de derecho tributario, Panamá 6 a 8 de junio de 2012.

española señala en primer lugar que “la potestad originaria para establecer tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley”, lo que indica, que en principio consagra en estos asuntos una reserva legal irrestricta, cuando expresa que solo corresponde “exclusivamente al Estado mediante ley”. Pero tal exclusividad en el numeral 2 del artículo 133 de la citada ley se ve atenuada cuando establece que las comunidades autónomas y las corporaciones locales pueden exigir tributos de acuerdo con la Constitución y la ley. En Colombia la atribución de la potestad tributaria es similar teniendo en cuenta que el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución de este país estipula que al congreso por medio de ley corresponde “establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente contribuciones parafiscales”.¹⁷³ En la misma orientación los artículos 300-4 y 313-4, otorgan competencias tributarias a órganos locales (asambleas departamentales y concejos municipales, respectivamente) pero siempre supeditados a su conformidad con la ley. Así pues, bajo esa tesitura, es importante clarificar que de la lectura del artículo 338 de la Constitución colombiana no debe interpretarse que las entidades territoriales gozan de autonomía tributaria absoluta incluyendo la concreción, aplicación o interpretación de conceptos jurídicos indeterminados relativos a estos asuntos.

Como ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados en el marco de normas que atribuyen potestad tributaria, se pueden mencionar las expresiones “paraíso fiscal” y “jurisdicciones de menor imposición”

¹⁷³ Es preciso aclarar que la Constitución colombiana realiza un uso anti técnico del concepto contribución fiscal puesto que en realidad se quiso hacer alusión a la noción amplia de tributo, aclarado como se ha hecho anteriormente, que las contribuciones es una de las diferentes manifestaciones en que pueden clasificarse los tributos. Tal defecto terminológico puede denotarse en el artículo 338 de la misma Constitución.

contenidos en la ley 788 del 2002 (Colombia). Justamente la corte constitucional colombiana en sentencia C690 del 2003, señaló que estos conceptos poseen una indeterminación que los hace incompatible con el principio de compatibilidad en sentido amplio, toda vez que no se ha desarrollado un criterio para establecer los ámbitos de los conceptos y que la ley no fija parámetros para establecerlos, haría falta ese mínimo de materialidad legislativa que resulta necesario como fundamento de la actividad reglamentaria del gobierno. Así pues, existe un nivel de inseguridad e incertidumbre, ya que nadie sabría si una determinada operación se realiza con persona ubicada en paraíso fiscal, por lo que habría una determinación ad hoc, a partir de una apreciación discrecional fundada en criterios extrajurídicos a pesar que la Administración debe precisar lo que debe entenderse como paraíso fiscal la precisión de tal concepto obedece a criterios económicos, de política fiscal, de política exterior, que no se encuentra consagrados en la norma jurídica¹⁷⁴.

En el caso español, García Quintana¹⁷⁵, enseña que el maestro Pérez de Ayala es uno de los pocos autores que se ha ocupado de los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho tributario de este país¹⁷⁶, especialmente cuando realiza un análisis del artículo 155.1 de la ley general de tributo LGT. En esta norma un concepto indeterminado que puede destacarse es el de "valor del mercado", que según Ferreiro

¹⁷⁴ Corte constitucional colombiana sentencia C-690 del 2003, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil,

¹⁷⁵ GARCIA QUINTANA, Cesar Albiñana. *Las actas con acuerdo de la inspección de los tributos y los conceptos jurídicos indeterminados*. Revista crónica tributaria NUM. 120/2006 (9-17)

¹⁷⁶ Se pueden mencionar como algunas sentencias en aspectos tributarios que mencionan temas de discrecionalidad e indeterminación del Tribunal supremo español la STS 1999/2017, 18 de diciembre de 2017 y STS 1650/2016, 6 de Julio de 2016.

Lapatza¹⁷⁷, cuando se utilizan con más frecuencia de la necesaria se deja en mayor o menor grado en manos de la Administración su valorativa y hasta caprichosa determinación. Para el autor señalado en vez de utilizarse el concepto indeterminado valor del mercado puede sustituirse por datos reales con que se cuente o reglas de valoración más precisa como, por ejemplo, cotización media, o valor catastral.

2.4.6 Potestad expropiatoria.

La potestad expropiatoria es una de facultades que en cabeza de las Administraciones públicas, resulta en algunas eventualidades más coercitivas, impositivas, fuertes, y de alguna manera más traumáticas, puesto que implica obligar forzosamente a los administrados a entregar bienes patrimoniales a cambio de su equivalente económico, justificándose tal medida en motivos de utilidad pública, interés general o el bien común, es decir, que la atribución de esta potestad esta soportada en el cumplimiento de un concepto jurídico indeterminado.

Desde la época del feudalismo, de cierto modo, el rey ejercía potestades de dominios territoriales superiores a las de los señores feudales, a ese poder más abstracto que tenía el rey sobre la tierra se le llamaba "dominio eminente", y al que ejercía los señores feudales, que representaba un

¹⁷⁷ FERREIRO LAPATZA. *Ensayo sobre metodología y técnica jurídica en el derecho financiero y tributario*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1998.

poder más concreto y de explotación directa, se le podía denominar “dominio útil”. Aunque el rey en cualquier momento podía concretizar ese dominio eminente y exigir el uso de los fondos para las necesidades del reino. No es por consiguiente exótico que se entienda desdibujada una clara distinción entre el Derecho privado y el Derecho público, y aparezca una motivación de la potestad expropiatoria sostenida sobre una peculiar “cosificación del Poder”¹⁷⁸

Otra argumentación que surgió para expropiar por parte del rey, sin prácticamente ninguna limitación – aunque la idea de una justa causa y una indemnización comenzaría a aplicarse - era el principio de “*princeps letus ley solutus*” (el príncipe estaba desvinculado de la ley), en la que al rey no se aplicaba la ley y estaba instituido para observar el derecho natural, ahora bien, como la creencia consistía en que el derecho a la propiedad era un instituto propio del derecho natural, si el rey a bien tenía desposeer a una persona de un bien, debía entenderse que esa determinación era apropiada porque el rey hacia ejercicio de su observación del derecho natural.

Hoy en día la potestad expropiatoria viene señalada como una atribución de orden constitucional o legal que se le otorga por fines sociales, ecológicos, urbanísticos etc., que debe tener un claro sustento de utilidad pública y debe pagarse el justo precio del bien. Es de advertir que el marco de esta potestad se pueden derivar claramente dos conceptos jurídicos indeterminados que son imprescindibles aplicar o concretizar para efectivizar en la práctica ese poder, a saber: Utilidad pública y justo

¹⁷⁸ BLANQUER, David. “La titularidad de la potestad expropiatoria”. Capítulo incluido en la obra de compilación *La ley de expropiación forzosa. Análisis y perspectivas de reforma*. Ministerio De Hacienda Edición Centro de Publicaciones. Coord. Julia Marchena Navarro. Pg. 40.

precio. Aunque frente a ambos podemos encontrar diferencias diametrales en tanto sus naturalezas heterogéneas (Recuérdese en el primer capítulo la Clasificación), puesto que el primero implicaría realizar un juicio o valoración que se aproxime más a las apreciaciones legítimas socialmente aceptables en relación a lo que resulte de utilidad pública, al paso que el segundo concepto, es más de orden técnico y su valoración corresponde a un juicio experto o de autoridad en el cual el halo conceptual se reduce.

En la doctrina se discute si la potestad expropiatoria es una potestad que solo ejerce el ejecutivo, o el legislador por vía de creación normativa puede concretizar, o de otro lado cuales son los límites en el marco del control jurisdiccional de esta potestad, como también si es una facultad de órganos estatales o territoriales.¹⁷⁹A estos efectos, sea menester precisar, que en primer lugar el constituyente puede establecer esta potestad en las disposiciones constitucionales cuando expresa que el Estado le está permitido "expropiar", pero en el mismo esquema regulativo deberá precisar unos límites mínimos, que justamente pueden ser los conceptos de "utilidad pública" y con pago de un "justiprecio". El legislador, en virtud de su potestad creativa-reglamentaria e interpretadora de la Constitución puede precisar el alcance de los conceptos jurídicos, pero no es menos cierto, que el ejecutivo también podría con ocasión de su potestad reglamentadora (no regulativa) definir los parámetros factuales y técnicos de los conceptos aludidos. Ahora, que sea el legislador o el ejecutivo, dependerá de la atribución de la potestad que haya quedado establecida en la misma Constitución y del margen

¹⁷⁹MÍGUEZ BEN, Eduardo. "Potestad expropiatoria de las entidades locales, consignación presupuestaria y control jurisdiccional". *Revista española de derecho administrativo*, Núm. 92, 1996, págs. 633-639

competencial señalado en las reservas de ley. Por su parte el ejecutivo, tiene en su cabeza la operatividad (ejecutivo nacional o territorial, depende de la envergadura del proyecto) de esa potestad y a la jurisdicción el control de esa actividad. Este control puede asumir diferentes matices o manifestaciones, puesto que podría ser un control en abstracto, es decir desvirtuando la posibilidad de la misma potestad, o un control más concreto, esto es, en el que se discuta que si existe o no utilidad pública o si hay o no un justo precio. Otro punto que se lidiará en el último capítulo es si la definición de estos asuntos por parte del juez constituye una sustitución de la actividad administrativa.

El fundamento constitucional de la actividad expropiatoria en el derecho español se encuentra en el artículo 33.3 de la Carta, en el que se expresa que "Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes". Valga destacar que la norma que regula la expropiación en este país, es la ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, que es la "única de las grandes leyes administrativas anteriores a la Constitución que todavía queda en pie"¹⁸⁰. Para el caso colombiano, la disposición 58 de su Constitución establece que "Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse

¹⁸⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. "Uso y abuso de la potestad expropiatoria en la jurisprudencia reciente del tribunal supremo". *Revista de Administración Pública*, Núm. 192, Madrid, septiembre-diciembre (2013), págs. 257-267.

por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.”

Como puede observarse en el párrafo precedente, ambos cánones constitucionales, tanto el español como el colombiano, hacen mención a conceptos jurídicos indeterminado que ya hemos mencionado en el marco de la potestad expropiatoria, estos son: “utilidad pública o interés social”. Frente a estos conceptos se presentan las siguientes circunstancias: 1. ¿El legislador debe previamente definirlos para que la Administración pueda ejercer esta potestad?, Según lo que se desprende de una rápida lectura de los dos preceptos constitucionales, pareciera que sí. 2. ¿Pueden los jueces limitar la potestad expropiatoria justificando que no se cumplen los presupuestos de utilidad pública e interés social que hayan fijado el legislador?, como ya se había cuestionado en párrafo anterior, ahora siendo presurosos podríamos responder que, como la Administración en las democracias modernas no poseen espacios de inmunidad en materia de control jurisdiccional de sus actos, la respuesta sin aspavientos sería que sí.

La utilidad pública e interés social como conceptos jurídicos indeterminados, son de esa naturaleza de conceptos que requieren de cierta reglamentación para su aplicación, toda vez que lo que se discute es un asunto sensible para los ciudadanos, como lo es, el derecho a la propiedad. De esta forma, el legislador español en el artículo noveno (9º) y subsiguientes de la ley de 17 de diciembre de 1954, establece que debe haber una previa declaración de utilidad pública, y da unas luces de qué debe entenderse por ella cuando expresa “se entiende implícita, en relación con la expropiación de inmuebles, en todos los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio. En los demás casos en que por

Ley se haya declarado genéricamente la utilidad pública, su reconocimiento en cada caso concreto deberá hacerse por acuerdo del Consejo de Ministros, salvo que para categorías determinadas de obras, servicios o concesiones las Leyes que las regulan hubieren dispuesto otra cosa.”

La ley 388 de 1997 expedida por el congreso de Colombia, en su artículo 58, realiza una lista de literales de la “a)” a la “m)”, en el que señala cuales son los motivos específicos para declarar de utilidad pública e interés social la adquisición de inmuebles por parte del Estado. Pues bien, a pesar que estas normas hagan el esfuerzo de reglamentar y hacer más precisos los conceptos utilidad pública e interés social, tales reglamentaciones vuelven e incurren en imprecisiones en el lenguaje - ratificando entonces que la textura abierta de norma es una circunstancia irremediable -, por ejemplo, cuando en unos de los literales mencionados que utilizan expresiones como “sectores de alto riesgo”, “riesgos físicos inminentes”, o cuando más adelante en el artículo 65 sobre criterios para la declaratoria de urgencia, se haga referencia a “elevación excesiva de los precios”, “el carácter inaplazable”, “excesiva dilación en las actividades de ejecución del plan”.

Otro concepto jurídico indeterminado muy importante que también habíamos aludido en el marco de la potestad expropiatoria es el referido al “justiprecio o justo precio”, que en las leyes mencionadas se realiza la tarea de establecer criterios y procedimientos para llegar a la determinación del valor económico justo para el bien objeto de expropiación. Así, los artículos 24 y siguientes de la ley española de 17 de diciembre de 1954 y los artículos 67 sucesivos de la ley 388 de 1997

colombiana, establecen las reglas y directrices que deben tenerse en cuenta para concretar el precio real del fundo.

2.3 Normas de programación final y de programación condicional.

En este acápite, se intentará conceptualizar y distinguir las categorías de normas de programación final y de programación condicional, su relevancia en el marco de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y como encajan dentro de ellas diferentes tipos de potestades administrativas o actuaciones administrativas particulares derivadas de tales potestades. En primer término, sea preciso acotar materialmente las conceptualizaciones propuestas. Así pues, entendemos por normas de programación final – o también denominada normas de programación por objetivos - aquellas que carecen de supuestos de hecho formalmente definido y por medio de los cuales tiende a programarse la actividad planificadora y conformadora de las Administraciones públicas. En este tipo de normas conscientemente el legislador, habilita a la Administración para que en sede operativa o aplicativa determine los elementos configurativos facticos de su propia actividad, como se ha dicho, conscientemente indeterminados, abstractos, contentivos de

conceptos jurídicos indeterminados en la norma de atribución de potestad¹⁸¹.

Para López Peña¹⁸², las normas de programación final, conducen indefectiblemente a un aumento de la discrecionalidad, en la medida que los supuestos de hecho que contiene la norma se encuentra indeterminados, por lo cual es indispensable que la Administración realice tal determinación, apoyada en criterios objetivos, a fin de que el ente no incurra en arbitrariedades, permitiendo tales criterios el ejercicio de un control jurisdiccional con previos elementos que ayudan a soportar la decisiones judicial controlante.

Siguiendo con los aspectos de conceptualización y aclaratorios, es de anotar que la programación final, está relacionada con la incorporación en la normas de disposiciones que establecen cuales son los objetivos, metas o finalidades que debe alcanzar la Administración, pero sin entrar a definir las condiciones mínimas operativas o aplicativas para llegar a tal fin, esto es, la norma no condiciona a la Administración en el ejercicio de lo que corresponde al detalle de la actuación administrativa, solo dispone de unos propósitos gruesos como fines en sí mismo de la actividad. Es por ello, que a este tipo de normas también se les puede llamar como reglas de programación teleológica o finalista.

¹⁸¹ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. "Naturaleza jurídica de las facultades de la Administración para confeccionar pliegos de condiciones". *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Núm. 1, Universidad Externando de Colombia. 2009.

¹⁸² LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *Discrecionalidad aumentada. Efecto del concepto jurídico indeterminado en la discrecionalidad administrativa*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia Facultad de Derecho. Maestría en Derecho Administrativo: 2013.

Por su parte Mariano Bacigalupo Saggese¹⁸³ enseña que entre menor sea la intensidad en la programación normativa, de igual manera, será menor la intensidad en el control jurisdiccional. Y justamente las normas de programación final poseen una intensidad regulatoria menor, a diferencia de las de programación condicional, como se explicará más adelante. Pero esto no quiere decir que la actividad administrativa se desarrolle en un entero ámbito de libertad, puesto que justamente los principios y los conceptos jurídicos indeterminados sirven de dique de contención frente al ejercicio del poder expansivamente ilimitado, eso desde el enfoque de tales conceptos como técnicas de control, pero en este trabajo se analizan como ámbitos de decisión que también puede ser atribuidos por una norma de programación final contentiva de un concepto indeterminado.

Como es sabido, los cometidos estatales de orden constitucional o legal están dirigidos a alcanzar los supremos intereses generales – esto expresado en términos de programación teleológica¹⁸⁴ – pero tales cometidos no los podría alcanzar la Administración si se viese limitada en su ejercicio por un conjunto de normas que intenten regular hasta el más mínimo detalle su actuación. La circunstancias sociales, económicas, políticas, culturales, entre otras, a que se enfrenta la Administración son vertiginosamente cambiantes, por lo que esta requiere ser dotada de potestades con cierto nivel de ductilidad o flexibilidad, para que se hagan

¹⁸³ BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. “Las potestades administrativas y la vinculación de su ejercicio al ordenamiento jurídico. potestades regladas y discrecionales”. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, T. III, Vol. I, Madrid: Iustel, Coord. Cano Campos, T. 2009

¹⁸⁴ *Ibidem*.

adaptables a contextos factuales según cada situación, a fin de poder acometer las medidas pertinentes y necesarias para el logro de las finalidades estatales, y de esta manera, aproximarse a las condiciones que impone un Estado social y democrático de derecho.

Por oposición a las normas de programación final, encontramos las normas de programación condicional. Estas poseen la característica de condicionar, como su nombre lo indica, la actividad de la Administración, en el entendido de que "Si acontece un supuesto de hecho Z, el operador jurídico administrativo deberá adoptar la consecuencia jurídica A o B", como lo ejemplifica Marín Hernández¹⁸⁵. Bajo estos parámetros, es menester en el marco de actuación de la Administración, esperar que ocurran ciertas circunstancias o confirmar el cumplimiento de determinado criterio, para acto seguido, proceder a ejecutar una forma comportamiento conforme al condicionamiento normativo que ha establecido el legislador, o el constituyente.

Como es de notarse en el ejemplo arriba expuesto por Marín Hernández, frente a la ocurrencia del supuesto de hecho Z, se abre la posibilidad de aplicar dos consecuencias jurídicas¹⁸⁶, lo cual da sensaciones de que hay cierta suerte de redefinición frente a la tesis de la única solución justa como elemento esencial de los conceptos jurídicos indeterminados¹⁸⁷,

¹⁸⁵ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Naturaleza jurídica de las facultades de la Administración...* Op. Cit.

¹⁸⁶ Aunque también podrían ser una sola consecuencia jurídica, pero se trae a cuento un ejemplo doctrina en que se predicen dos, y sobre la base de la existencia de dos posibles consecuencias jurídicas se expresará un rasgo característico que rompe con la teoría de la única solución justa de Eduardo García de Enterría.

¹⁸⁷ Esto abrigando una postura de pertenecía de los conceptos jurídicos indeterminados a la esfera de las normas de programación condicional, lo cual es una tesis que se debatirá en las líneas que siguen.

quebrando el viejo paradigma de que en el ámbito de la discrecionalidad es donde existen la oportunidad de escoger entre varias posibilidades de actuación, al paso que, en la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados esa posibilidad desaparecía. Ahora bien, detengámonos en este punto y aclaremos, que la única solución justa, no quiere decir una sola fórmula "X" de solución, implica en realidad, que la que se escoja finalmente tiene que ser justa. En esa dirección, López Peña aclara y precisa su teoría de que en el "juicio disyuntivo entre las dos categorías referidas, se desvanece como componente básico de los conceptos jurídicos indeterminados y diferenciador de la discrecionalidad administrativa, pues, al entenderse una aproximación de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad desde la óptica lógica-normativa, se rechaza la tesis de la única respuesta correcta, y se reconoce que en la aplicación de estos conceptos opera un proceso volitivo y no cognitivo de la Administración"¹⁸⁸. La verdad sea dicha, y este planteamiento tiene mucha resistencia ya que a partir de García de Enterría la tesis de la única solución justa en el marco de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, es la que ha tenido mayor acogida.

Uno de los autores que desarrolla con meridiana diafanidad las normas de programación condicional es Mariano Bacigalupo, quien en forma mucho más amplia y comprensiva, les denomina "Normas de programación condicional de alta densidad regulatoria", dicha denominación deja entrever que tal tipo de normas poseen una estructura orientada a no dejar campos vacíos de regulación normativa en la actuación de la Administración, esto es, que lo que pretenden es que la Administración

¹⁸⁸ LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *Discrecionalidad aumentada. Efecto del concepto jurídico indeterminado en la discrecionalidad administrativa*. Op. Cit. Pág. 116.

ya tenga previamente establecido cada uno de los pasos que debe seguir una vez se enfrente a determinadas realidades, esto obviamente sin pretender absoluta plenitud regulatoria, la cual se ha dicho resultaría un imposible jurídico y un imposible factico puesto que el legislador no ostenta la virtud de vaticinar todas las circunstancias que pueden envolver los hechos en el ejercicio administrativo.

Siguiendo el planteamiento de Bacigalupo¹⁸⁹, el ideal europeo en la Posguerra fue una Administración intensamente vinculada a la ley – lo cual a su parecer dota de garantías al sistema -, lo que implica un relativo status óptimo de actuación de la Administración por un buen diseñado Estado de derecho que tiene como piedra angular el principio de legalidad. En este contexto, existirán normas de programación condicional de alta densidad regulatoria que permitirán que el principio de legalidad pueda cumplirse a plenitud, y de este modo, la actuación de la Administración puede resultar altamente previsible, y como otra consecuencia ventajosa resultante de esto, es que el control jurisdiccional puede ser más intenso, menos subjetivo para los jueces, y por contraste más objetivizado, profundo, incisivos y con previas reglas claras.

Hecha ciertas precisiones respecto de las normas de programación final y las normas de programación condicional de alta densidad regulatoria, es pertinente como aspecto relevante para este estudio, establecer en cuál de estos dos tipos de categorías normativas ubicamos a los conceptos jurídicos indeterminados. En torno a esto, pueden existir diferentes

¹⁸⁹ BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. *Las potestades administrativas y la vinculación ...* Op. Cit.

posturas doctrinales, pero vamos a señalar la tesis mayoría, para ofrecer nuestra postura ante ella.

Podemos señalar que la tesis mayoritaria resuelve la anterior disyuntiva siguiendo la siguiente lógica: primero, que los conceptos jurídicos indeterminados pertenecen a la esfera de la potestad reglada, y segundo, que la programación condicional es un atributo de la potestad reglada, ergo, los conceptos jurídicos indeterminados deben ser ubicados en las normas de programación condicional. Pero la lógica planteada no debe expresarse en términos absolutos, puesto que se puede matizar entendiendo que los conceptos jurídicos indeterminados, en vez de reglar de manera estricta, son una forma de atenuación de la vinculación normativa de la Administración. Y esto es así, ya que cuando una norma de programación condicional contiene un concepto indeterminado, este pese a su estructuración relativamente cerrada, la Administración goza de un "margen de apreciación que, para algunos, como Bacigalupo, no es muy distinto del margen de decisión del que indiscutiblemente se dota a la Administración cuando se le atribuyen legítimas potestades discrecionales.

A la postre, estas normas de programación condicional de alta densidad regulatoria que pueden ser contentivas de conceptos jurídicos indeterminados – atenuados o no según la amplitud del margen de apreciación – pueden estar presentes en cualquiera de las tipologías de potestades que desarrollamos en capítulos precedentes, y si se quiere dependiendo de la tipología, se pueden hacer más intensos o de más densidad, por ejemplo, en la potestad planificadora las normas de programación condicional deberían contener conceptos indeterminados

con mayor margen apreciativos, no así, frente a la potestad sancionatoria, o incluso la tributaria, en que ese margen debería reducirse.

2.6. Potestades regladas vs. potestades discrecionales. Referencia a los conceptos jurídicos indeterminados y su huida de la dicotomía.

En un acápite precedente se estudiaron algunas tipologías o clasificaciones de potestades administrativas, desde un punto de vista material o sustancial, esto es, referidos a los asuntos del resorte o contenido de las potestades. En esta oportunidad, se abordará otra naturaleza de potestades, esta vez, categorizadas desde la óptica de la mayor o menor amplitud de poder decisorio de la Administración, o dicho de otra forma, desde el ángulo de las posibilidades con que cuenta el operador administrativo para escoger, crear y ejecutar las decisiones que le competen. Así pues, se tratarán las potestades regladas y las potestades discrecionales, realizando unas sucintas diferencias, para finalmente señalar a que esfera de estas dos categorías pertenecen los conceptos jurídicos indeterminados, aclarando que la pertenencia de estos, a una u otra categoría, no se predica en términos apodícticos, sino que, como muchas cosas en el derecho, admite cierta relativización o matización. De hecho, nuestra propuesta será bien, disruptiva, en el sentido de no encasillar a los conceptos jurídicos indeterminados en alguno de ambos extremos.

En cuanto a la primera de las potestades referidas, entiéndase por las de carácter reglado, según el maestro Agustín Gordillo¹⁹⁰, las facultades de un ente de la Administración pública que una norma jurídica predetermina en forma precisa, condicionándolo a un comportamiento específico, que necesariamente el administrador debe realizar, esto es, que cuando el ordenamiento jurídico instituye de antemano qué es taxativamente lo que la entidad debe efectuar en una situación concreta, nos encontramos en presencia de una potestad reglada.

Ramos Barrera¹⁹¹ enseña respecto de la potestad reglada, que ésta consiste en una función ejecutiva de aplicación normas, "efectuada en forma mecánica, luego de haber subsumido el hecho en el supuesto normativo". Como caso peculiar de potestad reglada "se puede mencionar la potestad de la Administración de otorgar una pensión a un funcionario público cuando éste alcance la edad y otros requisitos que la norma prevé para este efecto".

Así pues, la potestad reglada son todas aquellas actividades administrativas, cuyas condiciones de ejercicio se encuentran normadas jurídicamente de un modo puntilloso y exhaustivo, de tal suerte que la Administración no pueda inclinarse entre la adopción de dos soluciones igualmente justas, y los jueces que ostenten la competencia pueden confrontar si la Administración ha optado por la única decisión que en el

¹⁹⁰ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: primeros manuales*. - 1a ed. - Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014.

¹⁹¹ RAMOS BARRERA, Luis Felipe Andrés. *Lo reglado y lo discrecional en la potestad tarifaria. La determinación del valor agregado de distribución en el servicio público de distribución eléctrica de los sistemas eléctricos cuya capacidad instalada de generación es igual o superior a 200 megawatts*. Universidad De Chile, Facultad de Derecho Departamento de Derecho Público. Santiago, Chile 2012.

caso concreto resultará ajustada a Derecho. Bajo esta idea, se expresa el profesor Doménech Pascual¹⁹², quien a través de una muy didáctica obra titulada “El principio de legalidad y las potestades administrativas”, muestra con ejemplos – casos reales del Tribunal Supremo Español - y explicaciones, cómo operan en la práctica judicial conceptos como potestades regladas y discrecionales.

Como ilustración de la potestad reglada, Doménech Pascual trae a cuento una sentencia del Tribunal Supremo Español de Sala 3.^a, Secc. 6.^a aditada el 5 de junio de 1990, en la que se expone que el Ayuntamiento de Vilamacolum negó una licencia urbanística para la construcción de una obra, arguyendo que tal obra se realizaría sobre otras que se levantaron sin la correspondiente licencia urbana y no legalizables por suponer la reconstrucción de un edificio fuera de alineación. Pero a la postre, el Tribunal Supremo declara la ilegalidad del acto denegatorio, argumentando que se estaba al frente de una potestad reglada, y en este caso, el ente administrativo no podía denegar la licencia, si se reunían todos los requisitos legalmente establecidos para su autorización. Para el Tribunal la aparente infracción legal anteriormente consumada, no configura impedimento alguno para otorgar la nueva licencia, en la que se solicitaba autorizar la construcción en la propia casa de obras distintas de las supuestamente efectuadas sin licencia, teniendo en consideración que las potestades en asuntos urbanísticos son de naturaleza reglada, y el operador en el caso objeto de marras, no tenía otra función que verificar que el *ius aedificandi* se ejercitará dentro de los parámetros que se establecen para tal fin, sin perjuicio que la Administración haga uso

¹⁹² DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *El principio de legalidad y las potestades administrativas*. Lección No 4. Universitat de València. 2014.

de sus facultades de restauración de la legalidad en lo que tiene que ver con los actos de construcción sin licencia urbanística, los cuales podrían implicar incluso, la reestructuración o demolición de las obras, independientemente de las consecuencias sobre las obras posteriormente efectuadas con la correspondiente licencia¹⁹³.

Pasando a la otra potestad, objeto de estudio, esto es, la potestad discrecional, Beltrán De Felipe¹⁹⁴ enseña que esta corresponde a un espacio de decisión que no se encuentra regulado, o solo se encuentra parcialmente regulado, y que el legislador ha otorgado a la Administración para su actuación con un radio de acción mayor. Pero agregaremos en este punto que, en virtud de la tesis de vinculación positiva, la Administración solo puede actuar en esos espacios no regulados cuando de alguna forma la ley así se lo permita. Pues bien, para aclarar las nociones del autor citado, se precisa que, a nuestro juicio, el hecho que no haya regulación en un aspecto, no quiere decir que ello, le dé automáticamente potestad discrecional a la Administración, pues debe haber una norma habilitante del actuar discrecional. En concreto, no se predica una discrecionalidad al margen de la ley, sino más bien, en virtud de la ley, y en la medida y contextos que esta haya dispuesto.

Un clásico como Forsthoff, citado por el mismo Beltrán De Felipe, plantea que las potestades discrecionales equivalen a esferas de actuación y decisión en las que la Administración tiene la posibilidad de elegir entre varias formas de comportamiento que son igualmente válidas y

¹⁹³ *Ibíd.*

¹⁹⁴ BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos. 1995.

posibles¹⁹⁵ (lo que se conoce en la doctrina mayoritaria como indiferentes jurídicos: libertad de elección entre opciones todas ellas válidas). Bullinger¹⁹⁶ por su parte, vislumbra la discrecionalidad como el margen de autonomía decisoria encabeza de entidades públicas y que ejerce cuandoquiera que su actuación no está plenamente predeterminada, de tal suerte que la Administración cuenta con un gran margen de autodeterminación, a efectos de resolver aspectos de la vida administrativa.

Algunos autores relacionan la potestad discrecional, como la posibilidad de concretar, valorar o apreciar el interés público, entre ellos, Giannini¹⁹⁷. De esta concepción, puede observarse que se utiliza un concepto indeterminado como “interés público” para señalar que su intento de materialización por la Administración constituye una manifestación de discrecionalidad. En ese mismo sentido, Marín Hernández¹⁹⁸ señala que la potestad discrecional constituye un margen de libertad para decidir que la normatividad le concede a las Administraciones públicas y con ella puede apreciar o integrar el interés público frente cada situación particular que deba resolver. En Reynaldo Mora¹⁹⁹, encontramos que la potestad discrecional no debe entenderse como la “extensión” de un abuso – o

¹⁹⁵ Ibidem.

¹⁹⁶ BULLINGER, Martín. “La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 4 de 1987.

¹⁹⁷ GIANNINI, M. *Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 1991.

¹⁹⁸ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.

¹⁹⁹ MORA MORA, Reynaldo. “El concepto de discrecionalidad en el quehacer de la Administración pública”. *Revista Justicia juris*, 2012, vol. 8, Núm. 1, p. 92-105.

exceso de poder, sino el establecimiento e institucionalización de un mandato de orden constitucional y legal para la prosecución de los intereses públicos contemplados como fines del Estado social y democrático de derecho.

En cuanto a la ubicación de los conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido si pertenecen a la potestad reglada o a la potestad discrecional, las posiciones doctrinales son dispares y vacilantes. Por un lado, como referente, mencionamos a García de Enterría²⁰⁰ para quien los conceptos jurídicos indeterminados hacen parte de la potestad reglada, toda vez que cuando la Administración los aplica se halla en un margen cognoscitivos, que permite encontrar la una única solución justa frente a problemas que deba abordar²⁰¹. Así, conceptos indeterminados como "utilidad pública" o "edificio ruinoso", poseen contornos reglados que se enmarcan bajo una lógica "tertium non datur", en el sentido que lo que debe considerarse es el juicio disyuntivo de si determinada medida adoptada es de utilidad pública o no lo es, o si el edificio se encuentra en condiciones ruinosas o no. Estas situaciones implican que estos conceptos si pueden ser precisados al momento de su aplicación, por que poseen condiciones para ser considerados reglados.

En la otra orilla Marín Hernández²⁰², sostiene que los conceptos indeterminados se constituyen en fuente y manifestación de la discrecionalidad, que cuando la Administración aplica conceptos jurídicos

²⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. Cit.

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto., *Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa* ... Op. Cit. Pág. 167.

indeterminados de alguna manera, se encuentra en el marco del ejercicio de una potestad amplia o abierta, ya que estos conceptos permiten escoger entre diferentes posibilidades de concreción o interpretación. En igual sentido, López Peña²⁰³ planteando una tesis de convergencia entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, enseña que estos surten el efecto de que la discrecionalidad tenga otro campo de acción y posibilitan establecer cierta suerte de “discrecionalidad aumentada”.

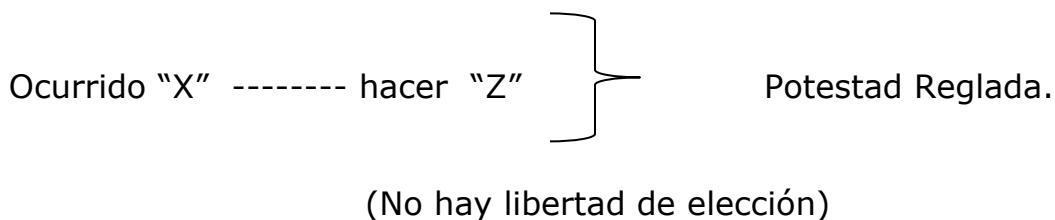
En este trabajo, no nos acogeremos a ninguna de estas dos posiciones, lo que comporta literalmente una huida de los conceptos jurídicos indeterminados de la vieja dicotomía reglado-discrecional, y por lo contrario, sostendremos que estos se hallan dentro de una escala de potestades que vamos a llamar “cuádruple”, ya que se encuentra integrada por cuatro ámbitos de decisión y acción de la Administración. se plantea entonces, una tesis transformativa de las tradicionales posturas, que no incrusta la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados en una de las dos potestades, pero que, en cuanto a sus posibilidades de actuación, se acerca más estrechamente a los contornos de la potestad reglada, sin estar necesariamente dentro de esta, en consideración a que la Administración contará con cierta libertad - aunque moderada - mayor que aquella que se predica para la actividad reglada en sentido estricto. Esta tesis proposición aquí planteada, no se considerará como ecléctica - o en esencia intermedia -, porque su misión no es la de conciliar extremos, sino de superar la esquematización binaria y formular la existencia de cuatro categorías de facultades, “escala cuádruple”, que van aumentando en gradas la libertad decisoria,

²⁰³ LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *Discrecionalidad aumentada*. ... op. Cit. Pág. 144 y ss.

empezando por lo más restrictivo que es la potestad reglada, siguiendo con la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad técnica como libertades limitadas, y concluyendo la escala con la discrecionalidad propiamente dicha, que es culmen de la amplitud de decisión, pero sin que esto implique libertad absoluta e inmune a control.

Dicho lo anterior, se procede a esquematizar como operan en la práctica administrativa la potestad reglada, discrecional y la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. En el título que continua se explicará los cuatro categorías de ámbitos de acción y decisión de la Administración, igualmente en un esquema, que ilustra lo que a bien, hemos llamado la escala cuádruple de ámbitos de libertad decisoria en la Administración pública.

a) Esquema tradicional de típica potestad reglada.



b) Esquema potestad aplicativa de conceptos jurídicos indeterminados.

Ocurrido X --- aplicar C.J. I. "Z" --- que conduce a hacer: "A" o "B", incluso "C". (v. gr. Declarar o no como patrimonio a ...)



pero la opción tomada debe ajustarse a:

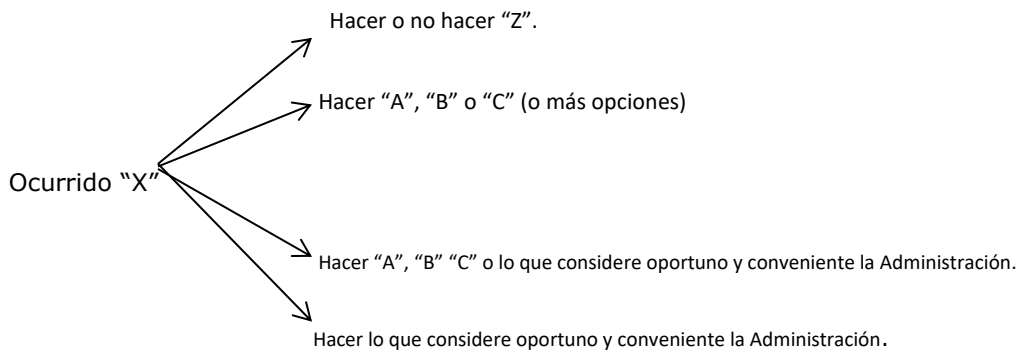


la solución justa.

(hay una libertad relativa de elección condicionada a escogencia de una solución justa, en oposición a las múltiples teorías que niegan libertad de elección²⁰⁴)

²⁰⁴ De cierta forma Cassagne asume a la posición análoga cuando referido a la discrecionalidad, enseña que esta, en ocasiones se puede ver limitada por un concepto indeterminado que si bien, en principio, sólo admite una solución justa puede aparejar un cierto margen de valoración en algunos supuestos para optar entre varias soluciones igualmente justas. Y lo asimila a la discrecionalidad débil o atípica. (en este trabajo, es simplemente la categoría de Conceptos jurídicos indeterminados) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *La discrecionalidad administrativa*. Foro Jurídico, 2009, no 09, p. 82-91. Pág. 21; por otra parte, este precitado autor haciendo mención de BACIGALUPO, expresa que, cuandoquiera que un concepto indeterminado incluya "los márgenes de valor" se debe hablara de una subcategoría de la discrecionalidad bajo la denominación de "discrecionalidad atípica". Cfr. BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 32.

c) Esquemas de varias manifestaciones de potestad discrecional.



(hay libertad de elección amplia)

Fuente: Creación propia.

2.7 Recolocación de Conceptos jurídicos indeterminados en "escala cuádruple".

Desde el punto de vista de la mayor o menor amplitud de la decisión, tradicionalmente se han distinguido dos tipos de potestades, como ya se ha venido señalando, las potestades regladas y las discrecionales. En el ámbito de las primeras, el ordenamiento jurídico pre-ordena las rutas y formas de comportamiento de la Administración en determinados contextos, lo cual quiere decir, que el censor encuentra reducido, limitado o condicionado su margen de maniobra, o, en otros términos, su posibilidad de escoger la solución frente al caso que se le presente. Así

Capítulo 2. Las potestades administrativas y los conceptos jurídicos indeterminados como una de las técnicas para su atribución.

pues, en las potestades regladas la ley le señala el camino que inexorablemente se debe transitar en el marco de su ejecución administrativa, desconocerlo sería prevaricar –depende de los ordenamientos de cada Estado ello implicaría ciertas consecuencias sancionatorias -. En suma, en este tipo de potestad la norma señala claramente el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica que indefectiblemente debe aplicarse.

En la potestad discrecional, sucede todo lo contrario que en la anterior, el ordenamiento no ata a la Administración para que adopte una decisión específica, si se dan determinados presupuestos facticos o jurídicos, justamente porque la ley no ha predispuesto una solución frente a determinadas circunstancias, y es el censor que en marco de libertad vigilada o guiada debe encontrar la mejor respuesta para conjurar una crisis o sencillamente para adoptar una resolución en el tráfico ordinario de las cuestiones administrativas. También básicamente, es considerado parte de la discrecionalidad administrativa que los entes públicos decidan abstenerse de actuar, o decidan en qué momento concreto actuar, sobre todo cuando las normas habilitantes de esta potestad señalan expresiones con función de copula²⁰⁵ como “podrá”, entre un sujeto que es el

²⁰⁵ En estos escenarios debemos entender la copula como el factor de enlace o unión entre un antecedente y un consecuente (elemento conectivo). En ese sentido MOREA citando a MOZO SEOANE, expresa que justamente, en esa funcionalidad conectiva “entre el supuesto y la consecuencia, donde se define la existencia típica de la discrecionalidad”. En la medida que “el consecuente quede conectado con el antecedente de forma facultativa - de modo tal que la norma jurídica asigne validez a por lo menos dos consecuencias igualmente justas-, estaremos frente a norma jurídica atributiva de discrecionalidad”. Tal unión potestativa entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica permita que exista elección frente a actuar o no y, en tal sentido, brinda la posibilidad de elegir entre diferentes opciones de comportamiento. Cfr. MOREA, Adrián. *La discrecionalidad en el ordenamiento jurídico*. Primera Parte. Buenos Aires: Microjuris.com, 2017. Pág. Única.

administrador y un predicado que es una eventual consecuencia jurídica²⁰⁶. En este sentido, una norma contendría enunciados como "El alcalde **podrá** ordenar *x situación*". Ahora bien, Podría decirse, que cuando no se señala concretamente sujeto en la norma, ese sujeto vendría a ser el supuesto de hecho.

Atendiendo a los anteriores presupuestos, puede observarse que en materia de amplitud de poder se ha consolidado o conservado una concepción binaria, "bifurcativa", de blanco o negro, entre potestad reglada y potestad discrecional. Y al surgir fenómenos, circunstancias, teorías o técnicas sobre ámbitos de libertad decisoria de la Administración, tratan de encajarse en el uno o en el otro tipo de potestad.

De hecho, aunque pareciera una contradicción, no siempre debemos ver lo reglado y lo discrecional en posiciones extremas de la una frente a la otra, puesto que la potestad discrecional – que no es absoluta- contiene dentro de sí unos elementos reglados²⁰⁷, como por ejemplo, la habilitación previa de la potestad (existencia), la extensión, la competencia material, temporal o territorial para ejercer la potestad, formas y procedimientos, su respeto a derechos fundamentales, la finalidad con que se otorga la potestad, que siempre va a estar direccionada hacia la consecución del interés público.

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ De hecho, García de Enterría plantea que la discrecionalidad consiste en una suerte de "un compositum de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración". Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Y FERNÁNDEZ, T. R. ... Op. Cit. Pág. 461.

Esta última circunstancia de elementos reglados dentro de la potestad discrecional, es una condición que, de algún modo, lo que intenta es acercar estas potestades que por algunos se consideran opuestas. Pero nuestra propuesta en este trabajo, no será ni acercarlas, ni alejarlas, sino plantear la autonomía de otras facultades administrativas (potestades) que han venido subsumiéndose en estas dos tradicionales categorías, y que de esta forma coexistan como instituciones jurídicas que pertenecen al mismo globo epistemológico, pero con independencia funcional de las que hemos llamado potestades tradicionales.

En ese orden de ideas, se plantea la asunción con nítida independencia de la potestad aplicativa de conceptos jurídicos indeterminados y la potestad discrecional técnica, que no deben ser vistas como simples grises o como gamas acentuadas o atenuadas de las habituales y típicas potestades regladas y discrecionales, ni como técnicas de control a algunas de estas. Es decir, proponemos estas dos categorías, a saber, "la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados" y "la discrecionalidad técnica", no como integrantes de las potestades base, sino como categorías que viene hacer parte de un cuarteto o cuádruplo de opciones que denominamos "escala cuádruple de ámbitos de libertad decisoria de la Administración".

Pese a que la discrecionalidad puede encontrar algunos tipos de clasificación como lo son la discrecionalidad reglamentaria, planificadora, de iniciativa, política, táctica, técnica, de gestión etc., o desde otro

ángulo, se habla de discrecionalidad débil y fuerte²⁰⁸. Según Cassagne²⁰⁹ citando a Desdentado Daroca, a la débil también le podemos llamar "instrumental", y ocurre cuando la Administración debe realizar una "operación de discernimiento"²¹⁰ que se encuentra limitada por unos "estándares", por ejemplo, "edificio que amenaza ruina". En lo que atañe a la discrecionalidad fuerte no hay acotamiento del margen de maniobra de la Administración por un estándar. Pero puede entreeverse que, lo que ellos asocian con discrecionalidad débil de alguna manera equivale a conceptos jurídicos indeterminados, de hecho, en el ejemplo que se expresa hay un concepto indeterminado.

De todas esas clasificaciones, en el presente trabajo, como ya se había anticipado, tomaremos la discrecionalidad técnica para que se constituya en parte de lo que hemos osado en denominar la "escala cuádruple de ámbitos de libertad decisoria de la Administración". Los otros tipos de discrecionalidad, a nuestro juicio, pertenecen al núcleo de la discrecionalidad en sentido estricto o discrecionalidad pura.

De hecho, Muñoz Machado²¹¹, alude que la doctrina italiana distingue entre discrecionalidad pura y discrecionalidad técnica, como los ámbitos más relevantes de estas posibilidades de actuación administrativa.

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. traducción de Marta Guastavino, prólogo de A. Calsamiglia, ed. Ariel, Barcelona, 1984.

²⁰⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. "La discrecionalidad administrativa". *Foro Jurídico*, 2009, Núm. 09, p. 82-91. Pág. 20.

²¹⁰ DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico*. Navarra: Aranzadi, 1999. Pág. 52.

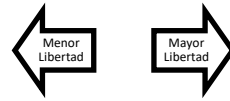
²¹¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I, Madrid, Ed. iustel 2ª ed. 2006.

Capítulo 2. Las potestades administrativas y los conceptos jurídicos indeterminados como una de las técnicas para su atribución.

Además, en el apartado sobre clasificación de potestades desde el punto de vista de su contenido- que abordamos precedentemente -, estudiamos esos tipos de discrecionalidad, en realidad y como pensamos que debe ser, como clases de potestades.

Hechas las anteriores precisiones, se dará cuenta de un esquema, en el cual se ilustran los ámbitos de libertad decisoria de la Administración ubicados en una escala cuádruple. Con esta escala explicitamos nuestra propuesta de seccionar los ámbitos de mayor o menor libertad de decisión de la Administración en cuatro categorías que se dispondrán en columnas con sus respectivas sucintas explicaciones. A posteriori analizaremos más detallada y concretamente cada una de estas categorías.

2.8 Escala cuádruple de ámbitos de libertad decisoria de la Administración.



Potestad reglada.	Conceptos jurídicos indeterminados	Discrecionalidad técnica.	Discrecionalidad Pura o fuerte
La norma predetermina detalladamente la actuación de la Administración.	La norma señala un concepto impreciso que debe ser concretado por Administración.	Una norma o parámetro técnico sirve de amparo para tomar una decisión.	La norma permite que la Administración actúe como considere frente a un contexto determinado.
No hay posibilidad de elección.	Limitada o condicionada posibilidad de elección.	Relativa libertad para seleccionar los mecanismos idóneos para llevar a cabo sus tareas de naturaleza científica o técnica.	Libertad de elección.
carácter cognoscitivo.	Carácter relativamente volitivo o relativamente cognoscitivo.	Depende de contexto: relativamente volitivo o relativamente cognoscitivo	Carácter volitivo.
Negación de amplitud decisoria.	Amplitud decisoria media baja.	Amplitud decisoria media alta.	Máxima amplitud decisoria.
Única y exclusiva solución justa.	Varias soluciones, pero la escogida debe ajustarse a criterios de solución justa.	Varias soluciones, pero la escogida debe ajustarse a criterios técnicos de corrección, pertinencia y validez.	Varias soluciones igualmente válidas y justas. (indiferentes jurídicos)
Margen cerrado.	Margen de apreciación.	Margen técnico discrecional.	Margen discrecional.

2.8.1. Primera escala: Potestad reglada.

Esta categoría ya la hemos venido explicando ampliamente en los acápite precedentes, por lo que nos concentraremos en su funcionalidad como primer nivel de la escala cuádruple de ámbitos de libertad decisoria de la Administración.

Esta primera segmentación, corresponde a aquellos tipos de decisiones frente a la cuales la Administración no cuenta con posibilidad de optar por una solución, ya que la solución ya viene dada en la misma ley. Esta contempla el supuesto de hecho - que debe ser claro y carente de imprecisiones - y la consecuencia jurídica. Así pues, la norma predetermina detalladamente la actuación de la Administración, sin dejar espacios para subjetivismos o matizaciones de la acción concreta a efectuarse.

En el marco de estas facultades la Administración carece de posibilidades de moverse entre varias opciones, ya que si se dan determinadas circunstancias que señala el ordenamiento legal debe cumplirse en la forma prevista. No hay, por tanto, posibilidad de elección, y en esa medida el juicio que realiza la Administración es un examen cognoscitivo, más no volitivo. Debe con objetividad aplicar una solución a una realidad dada que, una vez valorada en términos de real ocurrencia, no queda otro remedio más, que efectivizar la correspondiente consecuencia jurídica.

Es justamente en este escenario decisional, en el que una tesis de única respuesta correcta o única solución justa cobra mayor relevancia, puesto resultaría fácil arribar a esa respuesta o solución deseable, en el sentido que la misma norma la contiene. De igual forma, al momento realizar control o fiscalización jurisdiccional, el juez tendría que hacer una labor aparentemente más simple, toda vez, que su función será contrastar actuación de la Administración y el estricto apego a los postulados normativos reglados.

Un ejemplo ilustrativo, podría ser, las normas que consagran el derecho a una pensión, sus requisitos, trámites para reconocimiento y pago, entre otras. En estas normas -propias de potestad reglada – encontraremos en alguna medida, conceptos determinados, *verbigracia*, que la norma señale “65 años de edad” y “25 años de servicios”. En estos eventos, si el solicitante de pensión cumple con todos los requerimientos debidamente comprobados, la Administración no tiene posibilidad entre hacer o no, o escoger entre varias alternativas. Debe otorgar la pensión en las condiciones que señale la norma respectiva. Las reglas son cerradas y no dan ningún margen valorativo. Dentro de la escala es el extremo de no libertad, representa sujeción estricta en el detalle operativo de actuación administrativa.

2.8.2. Segunda escala: Los conceptos jurídicos indeterminados.

La novedad que proponemos en el marco de esta escala cuádruple, es que los conceptos jurídicos indeterminados no deben ser concebidos como categoría perteneciente a la potestad reglada, sino que deben reputarse como elementos con total autonomía e independencia. Y es que, como vimos en el acápite anterior, lo reglado es herméticamente cerrado, no hay resquicios o intersticios para actuación volitiva. En cambio, cuando se está frente a la aplicación de un concepto jurídico indeterminado si se abre una pequeña ranura para la libertad electiva, puesto que los conceptos en la imprecisión que poseen ofrecen un escenario para conjeturar, dudar, oscilar o reconsiderar si la realidad observada se ajusta al concepto – o a la inversa, si el concepto se ajusta a una determinada realidad-.

Ahora bien, así como sostenemos que los conceptos jurídicos indeterminados deben poseer un lugar diferente al de la potestad reglada en la escala cuádruple, también reconocemos que su lugar debe ser lo más próximo a dicha potestad. Y esto es así, porque los conceptos jurídicos indeterminados pese a su indeterminación, se refieren a un supuesto de la realidad que realizando un ejercicio de discernimiento pueden ser precisados en sede aplicativa. Pero no implican una solución que se obtenga mecánicamente con solo observar realidad y norma, fíjese que hay que realizar un ejercicio de discernimiento, y en ese

sentido, no resulta tan mecánico y “contrastativo”, como sí lo reglado, pero es lo más próximo a lo reglado porque el solo concepto de por sí-*per se-*, envuelve ciertas limitaciones de adecuarse a su contenido, y el quid del asunto se encuentra en que no siempre todos vamos a tener el mismo entendimiento de cómo hacer esa adecuación, y se podrían pensar en alternativas que surgen productos de cierto ejercicio volitivo.

En el mismo concepto de García de Enterría, osaremos en decir, que hay elementos que lo alejan medianamente de lo reglado, en cuanto señala que se refieren:

a una esfera de la 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 determine con exactitud los límites” de esos conceptos, porque se trata de términos que “no admiten cuantificación o determinación rigurosa”, 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”²¹²

De tal definición podemos extraer los siguientes elementos que hemos subrayado:

1. *“Límites no precisados” y “ley no determina con exactitud límites”*: Lo cual implica que el concepto no posee contornos exactos, y que varias realidades pueden contenerse en él. Y a nuestro juicio, cuando se está en ejercicio de la potestad reglada la ley de manera expresa realiza la delimitación, y si

²¹² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Y FERNÁNDEZ, T. R. ... Op. Cit. Pág. 443.

no lo hace no es una potestad reglada, sino una potestad aplicativa de conceptos jurídicos indeterminados. y en el sentido, es menester, darles un tratamiento diferente.

2. "Intento de delimitación": una cosa es "delimitar" y otra diferente, es "intentar delimitar", así pues, en el marco de una potestad reglada no deben ofrecerse "intentos", sino delimitaciones reales, expresas y concretas, porque si tal delimitación queda inconclusa o a mitad de camino, *ergo*, el administrador tiene licencia para completar esa delimitación, pudiendo encasillar realidades, no necesariamente perseguidas por el legislador. Mas allá de intentar, una verdadera potestad reglada, realiza una determinación explícita, rigurosa y detallada de un concepto, en cambio en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados se ofrece un término ambiguo que apenas va a ser precisado. En gracia de discusión, puede suceder, que el mismo legislador, o el administrador reglamentario²¹³, como también los tribunales, posteriormente terminen de hacer la delimitación mediante sus decisiones, evento en el cual, ahora sí, es posible hablar que hay reglas cerradas, esto es, esfera de potestad reglada.

²¹³ incluso el mismo administrador en el nivel aplicativo operativo a partir del momento de concreción del concepto se auto impone un precedente administrativo para próximas aplicaciones.

3. *"No admiten cuantificación o determinación rigurosa"*: como se ha señalado en otras oportunidades un concepto determinado es "mayoría de edad" – cuando ley previamente señaló edad -, pero uno indeterminado puede ser "joven", "adulto mayor", "edad senil", aunque si una norma señala unas edades para estos conceptos deja de ser indeterminado y se convierte en determinado. Lo mismo puede suceder con "exceso de velocidad", "elevado grado de alcoholemia" etc. que son cuantificables y efectivamente se hace su cuantificación para evitar abusos de autoridad, entre otras cosas. Habrá conceptos, que no son cuantificables, sino más bien "cualificables", como "buen padre de familia", "buena reputación", "error irresistible", estos últimos son lo que más se aproximan a los que no admiten "cuantificación o determinación rigurosa". Asimismo, "grave peligro", "causa justificada" son conceptos que no son encuadrables en reglas precisas, y en cada caso su aplicación puede cambiar, por lo que seguimos justificando, que resulta mejor, ubicar los conceptos indeterminados en una categoría diferencial en esta escala cuádruple que venimos proponiendo.

4. *"Admiten ser precisados en el momento de la aplicación"*: Diremos que esta es la condición, por la que se intenta incluir a los conceptos jurídicos indeterminados en la esfera de lo reglado con mayor acentuación. Pero frente a esto, planteamos varios cuestionamientos. Si la abstracción solo se resuelve hasta el momento mismo de la aplicación del

concepto en un caso concreto, que garantía tienen los ciudadanos de seguridad jurídica y derecho a la igualdad, en el evento de facultades que apliquen un concepto indeterminado, por ejemplo, que para algunos ciudadanos se consideré que se acreditó (o acreditaron) una "causa justificada" (de algo) y otros no (planteando "causa justificada" como un concepto indeterminado). Las realidades de estos sujetos, serán distintas, pero ¿Dónde se hallan criterios precisos – reglados – que señalen que esta causa es justificada y esta otra no?. Es bien sabido, que van a ser precisados, de alguna o otra forma, pero ¿a qué precio para el ciudadano? Creería que, con todo, y precisión en el momento de la aplicación, y que las resoluciones previas se convierten en criterios para la Administración, sigue habiendo ámbito de libertad y, por tanto, los conceptos jurídicos indeterminados, enteramente no deben estar en la esfera de lo reglado.

En cuanto a la libertad decisoria o posibilidades de elección, señalamos que la Administración en materia de conceptos jurídicos indeterminados no tiene su campo de acción completamente cerrado – como cuando se adopta un acto que debe reconocer o negar una pensión de jubilación-, puntualizamos que hay cierta libertad, aunque limitada por un concepto que ofrece posibilidades de elección, y porque además la tesis de la única solución justa, no es que límite la posibilidad de escoger, sino que establece que lo que se escoja debe adecuarse al concepto. En esa

medida, si hay posibilidad de elección, aunque limitada, no se podría predicar, derivación de potestad reglada, sino más bien, un acercamiento.

Tampoco, negamos que la concreción de conceptos jurídicos indeterminados se encuadre en la tesis de la solución justa, porque entre las posibilidades de escogencia que aparecerán habrán unas justas y otras no, y puede ser perfectamente exigible que el resultado final se ubique entre las opciones justas, lo que no se comparte, es concebir que los conceptos jurídicos indeterminados hagan parte de la potestad reglada, pues esto si implicaría, que se exija una sola formula de solución, una sola forma de concebir y valorar la realidad.

Además, al ámbito de decisión o de maniobrabilidad que tiene la Administración cuando se enfrenta a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, se le denomina "margen de apreciación", que como se ha sustentado es mayor que en la potestad reglada, pero menor con relación a la discrecional. En el marco o espacio de ese margen, hasta cierto punto, tiene la oportunidad de actuar con voluntad, escogiendo una alternativa que se ajuste a la solución justa, por lo que ese margen ofrece un carácter de acción volitivo.

Por otra parte, ubicar a los conceptos jurídicos indeterminados bajo el manto de la discrecionalidad, o como categoría perteneciente a potestad reglada, ha hecho surgir ciertas discusiones, y concretamente tesis, que bien podríamos llamar, tesis unitaria y tesis dualista. O como es acuñado por López Peña²¹⁴, teorías Convergentes o teorías divergentes. En el extremo de la divergencia encontramos al maestro español García de

²¹⁴ Cfr. LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad ...* Op. Cit. Pág. 51.

Capítulo 2. Las potestades administrativas y los conceptos jurídicos indeterminados como una de las técnicas para su atribución.

Enterría como su principal exponente, en Latinoamérica con acercamientos conceptuales en Agustín Gordillo²¹⁵, Juan Carlos Cassagne²¹⁶, Gustavo Penagos²¹⁷. La postura de este extremo concibe básicamente que la concepción de la técnica de conceptos jurídicos indeterminados es totalmente alejada de la discrecionalidad, en ese orden de cosas, los conceptos indeterminados implican un proceso de verificación y constatación en sede aplicativa. Así, consideran a los conceptos jurídicos indeterminados como fenómeno propio de lo reglado, que son aplicables mediante un método "subsuntivo", lo que de alguna manera implica que revistan un carácter cognoscitivo, debiendo descender en términos de concreción a través de un juicio disyuntivo (Ley de tercio excluso o tercero excluido = *tertium non datur* = se da o no se da el Concepto) que conlleva a la prosecución de una única solución justa.

En el otro extremo, de la convergencia, o que también llamamos tesis unitaria, que intenta hacer confluir a la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados en el mismo receptáculo – o por lo menos lo más próximo conceptualmente a aquel – encontramos a Marín Hernández²¹⁸, para quien los conceptos jurídicos indeterminados son fuente de la discrecionalidad, porque permiten algún grado de maniobra administrativa. Volviendo a López Peña, es en igual sentido, un fuerte propulsor de convergencias, en tanto defiende una técnica de conceptos indeterminados que admita más de una solución justa, que puedan

²¹⁵ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: primeros manuales... Op. Cit.*

²¹⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. "La discrecionalidad administrativa" ... Op. Cit.

²¹⁷ PENAGOS, Gustavo, *El Acto Administrativo*, Tomo II, 6ª ed., Bogotá: Ed. Doctrina y Ley, 1997

²¹⁸ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa...* Op. Cit. Pág. 167.

concretarse acudiendo a factores volitivos, que goza de un amplio margen de decisión, sin que ello implique arbitrariedad. En Sesín²¹⁹, también encuentra soporte una tesis de acercamiento a la discrecionalidad, cuando discurre que es un grave error aceptar que la concreción de conceptos jurídicos indeterminados sea solo un juicio intelectual, ya que también puede ser volitivo. El peligro que a juicio del autor se cierne, es que siendo solo intelectual acarrea pasos para la eliminación de la discrecionalidad y se promueve un control judicial absoluto o total.

Como hemos venido señalando, en este trabajo, acogemos de la tesis convergente que los conceptos jurídicos indeterminados si implican cierta libertad de elección, de lo cual se depende un carácter volitivo – o relativamente volitivo- y de las teorías de divergencia, adherimos que es posible llegar a una solución justa, no en sentido estricto que haya una “única” solución justa, sino que la escogida, debe reunir condiciones de ser justa.

También acercamos la técnica de los conceptos indeterminados a la potestad reglada, pero no la incluimos dentro de ella. Y esto se debe, como ya hemos sostenido, a que el concepto *per se* ya impone una restricción a la libertad de elección – aunque no lo cierra totalmente – que es propio de las facultades discrecionales. Todas estas circunstancias hacen ubicar a los conceptos jurídicos indeterminados, en una escala especial dentro del cuádruple de los ámbitos de decisión administrativa.

²¹⁹ SESIN, Domingo. “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”. Buenos Aires: Documentación administrativa, No. 269-270 de 2004. pág. 96.

2.8.3. Tercera escala: La discrecionalidad Técnica.

En este apartado, no intentaremos agotar de forma exhaustiva lo que corresponde al tópico de la discrecionalidad técnica, como categoría diferencial de una discrecionalidad pura, sino que puntualizaremos de manera somera sus presupuestos fundamentales, y por sobre todo, justificaremos las razones de su ubicación en esta tercera escala del cuádruple de ámbitos de decisión administrativa, y esto debido a que, nuestro foco de atención corresponde a los conceptos jurídicos indeterminados como otra escala u otra categoría.

Entrando en concreto, en esta materia, lo primero que hay que señalar es que nos encontramos frente una noción que no es fácil hallarle una concepción univoca en la doctrina especializada. De hecho, Destentado Daroca, ha señalado que la discrecionalidad técnica corresponde ciertamente a “una noción de fisionomía precaria y escasa operatividad científica”²²⁰. En atención a ello, ilustraremos sobre algunas posturas jurídicas y plantearemos nuestro particular criterio conceptual. En primer término, Sánchez Morón²²¹, alude a esta como, una forma especial de ámbito de poder decisonal a través de la cual la Administración pública – o lo que se conoce como Administraciones independientes²²² – adoptan

²²⁰ DESDENTADO DAROCA, Eva. “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”. *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 84, 2009, págs. 113-114.

²²¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994.

²²² RODRÍGUEZ BURGOS, se refiere a las Administraciones independientes, en los términos en que mayormente son conocidas en la Latinoamérica, esto es, como “organismos autónomos”, señalando que “dentro de los sistemas de gobierno presidenciales, los organismos autónomos ofrecen un mejoramiento a la gobernabilidad democrática al otorgarles mayor peso y credibilidad al no estar bajo la tutela de los poderes

resoluciones aplicando soluciones derivadas de parámetros técnicos o empleando conocimientos, saberes, técnicas o artes especializadas.

En sentir de Cosculluela Montaner²²³ la discrecionalidad técnica presupone la virtualidad o condición de existencia de unidad de solución justa, dado que al amparo de reglas técnicas es factible hallar una respuesta objetiva frente a un problema, resultando contrario a derecho aquellas decisiones administrativas que desconozcan los fundamentos técnicos, supliéndolos por valoraciones subjetivas o políticas.

Arribamos también en conceptualizar, que la discrecionalidad técnica debe ser concebida como una esfera especial en el ámbito de la decisión administrativa en la que un órgano con funciones especializadas²²⁴ puede adoptar una decisión utilizando basamentos técnicos, ya que la cuestión por ser peculiar a un área de conocimiento específica, requiere de una fundamentación o motivación con exigencias técnico- científicas o artísticas.

Ahora bien, ubicamos la discrecionalidad técnica en esta tercera escala y más próxima a la discrecionalidad pura, porque consideramos que ambos ámbitos de decisiones tienen características que no los hacen del todo equiparables. Y como habíamos dicho en otra oportunidad, la

ejecutivo, legislativo y/o judicial". Cfr. RODRÍGUEZ BURGOS, Karla. *Percepciones y valores asociados a la democracia*. Monterrey, México: Tesis doctoral: Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública, 2010.

²²³ COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, 19° Edición. Navarra: Editorial Arazandi S.A., 2008.

²²⁴ O puede que no tenga funciones especializadas, pero se apoye en técnicos para adoptarlas, como el caso de un Municipio o departamento (en Colombia) o provincia o la generalitat de la comunidad autónoma (en España.)

discrecionalidad puede tener otras modalidades (reglamentaria, táctica, política etc.), pero es la discrecionalidad técnica justamente la que marca unos elementos verdaderamente diferenciadores. Incluso hay quienes se atreven a sostener que este tipo de discrecionalidad ronda más por los pasillos de lo reglado, así Buenaño Aguayo²²⁵, citando a Desdentado Daroca, esgrimen que esta categoría de facultad implica hacer juicios objetivos con conocimientos científicos técnicos que proporcionan resultados precisos y estrictos, por lo que los rasgos de los discrecional se difuminan, aunado a que la aplicación de criterios técnicos no permite el despliegue de volición, de hecho, en la discrecionalidad técnica “se realiza una actividad de mero juicio” en la que no se vislumbra en modo alguno visos de voluntad, haciendo a este ámbito de actuación más susceptible a un control judicial de mayor rigor, menos volátil.

En gracia de discusión y contrariando las líneas precedentes, concretamente en materia de discrecionalidad técnica en calificaciones de exámenes y pruebas de actitud en concursos y oposiciones, Tomás-Ramón Fernández²²⁶ señala que por mucho tiempo el Tribunal Supremo Español excluyó el control judicial en este tipo de asuntos decididos por comisiones juzgadoras de evaluación, por considerar que se trataban de juicios eminentemente técnicos que los órganos judiciales no podían revisar, ni mucho menos, corregir. Pero que ya la jurisprudencia ha virado un tanto, y hoy se exige manifestar las razones y no enunciar meramente

²²⁵ BUENAÑO AGUAYO, Karla. “La discrecionalidad técnica de los tribunales calificadores en el procedimiento selectivo de ingreso en la función pública”. *Universidad de la Laguna. Santa Cruz de Tenerife – España*, 2015. Pág. 15.

²²⁶ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”. *Revista de Administración pública*, 2015, no 196, p. 211-227.

las puntuaciones, incluso, arguye que los jueces se atreven hasta sustituir los veredictos emitidos cuando sea patente el error.

Por su parte, Igartua Salaverria, precisamente en esta materia de control judicial de la discrecionalidad técnica (en el caso de concursos y oposiciones) discute que “bajo ningún concepto el uso de la sana crítica” por parte del juez, “entraña el riesgo de sustituir la opinión del técnico por la opinión de quien no lo sea”. El ente administrador y “el órgano judicial asumen tareas diferentes y sobre objetos disímiles. Al uno le toca decidir en un proceso de selección; al otro le corresponde controlar la racionalidad de lo argumentado por el primero a favor de su decisión. No hay miedo, pues, de que el segundo suplante (sustituya) al primero”²²⁷.

La discrecionalidad técnica, al margen de los temas de calificaciones en concursos de méritos u oposiciones, también encuentra cabida en muchos aspectos de la vida administrativa, que en realidad son más frecuentes de lo que parece, como, por ejemplo, la decisión que se tomó en Colombia por parte de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV)²²⁸ que expidió el Acuerdo 008 de 20102 , por medio del cual se adoptó para Colombia el estándar europeo de Televisión Digital Terrestre (TDT) DVB-T 3, pudiendo haber optado por el estándar Japonés o Estadounidense – u otros-. Aquí justamente, tomando este ejemplo, se suscitan una serie de dudas: ¿Es controlable este tipo de decisiones por jueces?, ¿pueden los jueces argüir que el criterio técnico asumido por un ente experto no es el correcto? Nuestra opinión, será que sí, en concordancia con la convicción de que no

²²⁷ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. “Control judicial de la discrecionalidad técnica: error manifiesto, inmediatez, sana crítica”. *Revista de Administración Pública*, 204, 2017 pp.11-39. Pág. 35.

²²⁸ Hoy Autoridad Nacional de Televisión ANTV.

debe haber círculos de inmunidad de la Administración, pero en todo caso, los tribunales deben ser cautelosos para realizar un verdadero control técnico, y no usar criterios metajurídicos que no correspondan.

Con todos estos presupuestos, propugnamos por una recolocación de discrecionalidad técnica, como categoría aparte de la discrecionalidad pura, ya que aquella, a diferencia de esta, implica un margen de libertad, pero limitado por parámetros objetivos de la ciencia en la cual se circunscriba la cuestión, lo que coloca al actor no en una posición de abierta voluntad, sino en un contexto volitivo relativamente limitado. – en cambio en la discrecionalidad la libertad es más amplia -. El margen de decisión no es el mismo que en la discrecionalidad, es un margen técnico discrecional que comparte un espacio intermedio en la escala cuádruple con los conceptos jurídicos indeterminados. siendo que estos últimos se aproximan un poco más a lo reglado, pero comparten halos conceptuales similares, sobre todo en el caso de los “conceptos de experiencia” como “edificio ruinoso”, que podría precisar al momento de su concreción de criterios técnicos.

2.8.4. Cuarta escala: La discrecionalidad pura o fuerte.

La discrecionalidad pura o fuerte, de algún modo, es la que hemos venido tratando a lo largo de este trabajo, excluyendo a la discrecionalidad técnica, que en el acápite precedente se le ha dado un tratamiento especial pues contempla un menor margen de maniobrabilidad. En ese orden de ideas, y resumiendo muchos aspectos ya tratados, la discrecionalidad en sentido estricto, es la que implica libertad de elección y que las diferentes alternativas que a bien disponga la Administración sean igualmente válidas, esto es, se predica la existencia de una pluralidad de soluciones justas²²⁹, contando con capacidad volitiva, valorativa y de amplia apreciación, sobre todo, porque muchos de los aspectos sobre los que trata la decisión corresponden a criterios de oportunidad y conveniencia o criterios extrajurídicos o metajurídicos.

Ahora bien, postularemos esta discrecionalidad en la escala más alta de amplitud de decisión y en ella deben entenderse algunas clasificaciones hechas en la literatura iuspublicista distinta de la "técnica".²³⁰ Así, a este

²²⁹ ALONSO MÁS discrepa de una noción de discrecionalidad administrativa con pluralidad de soluciones justas, postulando que tal teoría debe revisarse. Sostiene que la opción por una u otra solución previstas en las normas nunca podrá ser indiferentes – negación de los indiferentes jurídicos -. El ente administrativo debe adecuarse a los principios de buena Administración (art. 103.1 C.E.) y los tribunales podrán fiscalizar su acatamiento. Cfr. ALONSO MAS, María José. *La solución justa en las resoluciones administrativas (libro)*... Op. Cit. Ver contraportada.

²³⁰ Por ejemplo, Gustavo Penagos, citando a Sánchez Morón, expresa que se puede hablar de discrecionalidad reglamentaria, planificadora, de iniciativa, política, táctica y de gestión. Como se ha dicho, en esta obra, discrecionalidad técnica ha merecido un cupo dentro de las escalas. Por ello, aunque el autor la relacione en lista se hace su mención independiente. Cfr. PENAGOS, Gustavo, *El Acto Administrativo*, Tomo II, 6ª ed., Bogotá: Ed. Doctrina y Ley, 1997, pp. 22 –23

ámbito de potestad decisonal le podemos llamar simplemente discrecionalidad o rotularla categóricamente como “fuerte o pura” para diferenciarla de la “técnica”. Aunque bien, el concepto “fuerte” ofrece una connotación de “más poder”, por lo que en las siguientes líneas preferiremos referirnos con ese término.

Para Dworkin²³¹, la discrecionalidad fuerte es aquella que se presenta cuando la Administración no se encuentra vinculada por algún tipo de estándar que guíe la toma de decisión. Lifante Vidal²³², justamente citando al prenombrado autor norteamericano, enseña que este pone como ejemplo, al Sargento que le dan la orden para que escoja a los cinco hombres más experimentados, en este caso no habría discrecionalidad fuerte, porque dentro de los términos de la orden ya hay un límite, empero, si le dan la orden que escoja los cinco hombres que considere, entonces, si estaríamos en presencia de discrecionalidad fuerte.

Cuando las normas de alguna manera permiten que la Administración adopte “la medida que estimen más conveniente para el interés público”. Podríamos plantear dos hipótesis: primero que, si contiene justamente la expresión “interés público”, por lo que el tema pertenece a la órbita de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pero en su sentido más amplio de halo de concepto porque está usando un concepto de valor. Segundo: Pero si la norma, solo dice “la medida que estime más conveniente”, entonces si habría discrecionalidad propiamente dicha,

²³¹ Dworkin es justamente quien plantea una dicotomía entre discrecionalidad débil y fuerte, sustentando que la primera exige discernir respecto de estándares jurídicos y en la segunda hay carencia de estos. Cfr. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio ...* Op. Cit. Pág. 83 yss.

²³² LIFANTE VIDAL, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”. *Doxa* – 25. 2002. Pág. 418.

aunque en gracia de discusión, también sigue con un concepto indeterminado, "conveniente", pero si es, así prácticamente no habría discrecionalidad, y solo en los eventos que las normas señalen, por ejemplo, "la medida que considere" será entonces discrecionalidad fuerte. En realidad, tal cuestión resulta bastante problemática, pues planteado de esa manera, casi todos los términos en el derecho serán indeterminados.

Algunos²³³, estableciendo un opuesto, le llaman discrecionalidad débil a la que se deriva de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. tesis que no se comparte, puesto que ya hemos venido sosteniendo que tal campo de decisión pertenece a otra categoría en la escala cuádruple.

A la postre, que la discrecionalidad sea más o menos fuerte tiene que ver con el grado de densidad de la programación normativa, y en ese orden, la fiscalización jurisdiccional será más fuerte cuando la densidad de la programación sea mayor, en otras palabras, si la discrecionalidad es más débil hay mayor presión del control y si la discrecionalidad es fuerte, el control se ve más diluido, y esto es así, porque en "la débil" la norma otorga criterios y directrices para ejercer la potestad que permiten verificación.

²³³ Por ejemplo, en VILLOSLADA GUTIÉRREZ, María. *El control de la discrecionalidad*. Universidad de la Rioja. 2013.

Capítulo 3. Interpretación, argumentación, lógica y aspectos de teoría jurídica en el marco de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados.

SEGUNDA PARTE:

TEORIAS, LÍMITES Y CONTROL EN MATERIA DE CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS.

Capítulo 3. Interpretación, argumentación, lógica y aspectos de teoría jurídica en el marco de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados.

Capítulo 3.

Interpretación, argumentación, lógica y aspectos de teoría jurídica en el marco de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados.

Capítulo 3. Interpretación, argumentación, lógica y aspectos de teoría jurídica en el marco de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados.

3.1 Motivación de las decisiones administrativas.

Motivación es la “acción y efecto de motivar”. Así mismo, motivar según la Real academia española se define como “dar causa o motivo para algo” o como “dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo”. En la esfera de las decisiones y actuaciones administrativas estas deben ceñirse al principio de derecho que se centra en la debida motivación en el marco de los procedimientos administrativos.

La obligatoriedad de motivar las decisiones administrativas²³⁴, como principio axial, se erigió desde la Constitución francesa de 1791. Este principio nace con el objeto de desplegar un control democrático en el ejercicio del poder, específicamente, para evitar las arbitrariedades y limitar su discrecionalidad en el marco de las decisiones tomadas para el cumplimiento de los supremos fines estatales²³⁵.

Desde el punto de vista deóntico, es decir, desde el “deber ser”, la motivación de las decisiones constituye un deber jurídico, guiado por la

²³⁴ Como también las decisiones jurisdiccionales en sentido general y en forma particular las que conciernen al control de la Administración, aunque esta última se dio mucho tiempo después, dada las limitaciones como las que imponía la Ley 16-24 de agosto de 1790 en Francia, que señalaba que Los jueces “no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos, ni emplazar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”

²³⁵ PÉREZ, Jorge. *La motivación de las decisiones tomadas por cualquier autoridad pública*. En revista de Derecho y Cambio Social. 2012.

norma de máxima jerarquía dentro del ordenamiento jurídico²³⁶. En esa línea, se afirma entonces que todas las resoluciones judiciales deben seguir unos parámetros esbozados en normas fundamentales para la emisión de las mismas. Parámetro que se extiende a las decisiones administrativas.

Al respecto, las resoluciones administrativas, específicamente, el pronunciamiento en cabeza de órganos del Estado luego de tramitarse un procedimiento de naturaleza administrativa, se materializa a través de un acto administrativo. Según León²³⁷, este es una declaración de una entidad pública, mediante la cual se afectan positiva o negativamente los derechos e intereses de los administrados. "Positivamente cuando, por ejemplo, se concede una autorización, permiso o licencia o se declara fundado un recurso impugnativo, y negativamente si, entre otros supuestos, se impone una multa, se clausura un establecimiento o se deniega una solicitud"²³⁸.

Entonces, las entidades e instancias judiciales están obligadas a expedir actos administrativos conforme a las normas contenidas en la norma de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, puesto que, al seguir las directrices consagradas en esta, estos estarán debidamente fundamentados. Así pues, la motivación se endilga indudablemente como

²³⁶ MIXÁN, Florencio. "La motivación de las resoluciones judiciales". *En revista Debate Penal*, Número 2, Mayo-agosto. 1987. Trujillo- Perú: Ed. Universidad Nacional de Trujillo. p. 1-6.

²³⁷ LEÓN, Luis. "¡Exijo una explicación!... La importancia de la motivación del acto administrativo". *En revista Derecho & Sociedad*. Número 45. 2015. p.315-319.

²³⁸ *Ibidem*. p.136

requisito de validez de las decisiones administrativas y de ser inobservado, acarrea la nulidad del acto²³⁹.

Pérez Benech ha expresado que la motivación del acto administrativo emitido por cualquier entidad e instancia judicial del Estado “es la expresión concreta de la causa o motivo del mismo, es decir, la manifestación de las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan”²⁴⁰. En el mismo sentido, García De Enterría, citado por Pérez Benech ha afirmado que “motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto”²⁴¹.

Este principio de motivación no es solamente fuertemente defendido en la doctrina, sino que también está consagrado en múltiples normas procedimentales, tal es el caso de Colombia y España. En la norma colombiana, específicamente, en la Constitución, se fijan diversos preceptos que sustentan el deber constitucional de motivar los actos

²³⁹ *Ibídem.* p.136.

²⁴⁰ PÉREZ BENECH, Viviana. “Motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones”. *En revista La justicia uruguaya: revista jurídica*, 2009, Núm. 139, p. 37-54.

²⁴¹ *Ibídem.* p.38.

administrativos, así lo ratifico la Corte Constitucional colombiana en sentencia SU- 917.

Al respecto, la sentencia precitada menciona elementos constitucionales que sostienen el deber de motivar los actos administrativos tales como: la Cláusula de Estado de Derecho, fijada en el artículo 1º de la Constitución Colombia puesto que esta encierra el principio de legalidad de las actuaciones de los entes públicos, eliminando así la arbitrariedad en las actuaciones judiciales y administrativas. El Debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Carta Magna, como presupuesto para hacer efectivo el derecho de contradicción y de defensa. El principio democrático, en virtud de los artículos 1º, 123 y 209 de la norma de normas puesto que el deber de motivación materializa la obligación que tienen las autoridades de rendir cuentas a los administrados acerca de sus actuaciones. Por último, consagra el principio de publicidad, contemplado en el artículo 209 de la Carta puesto que este garantiza la posibilidad de que los administrados conozcan las decisiones de las autoridades, y así ejerzan el derecho de contradicción²⁴².

En lo que se refiere a las normas españolas, la motivación de los actos administrativos es exigible legalmente en los casos del artículo 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común del 26 de noviembre de 1992. En referencia a esta consagración y pese a que no tenga más consagración jurídica, este principio debe incorporarse en todas las decisiones

²⁴² Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU.917 de 2010.

administrativas y judiciales puesto que la motivación es según Rodríguez-Arana el correlato, la otra cara de la moneda de la discrecionalidad²⁴³.

En Colombia, la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones se ha pronunciado frente a la discrecionalidad y la motivación en la toma de decisiones administrativas, expresando que son necesarias para determinar la voluntad de la Administración sobre el administrado y los particulares. Es entonces como se tiene que todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por una norma legal y/o constitucional deben motivarse, así sea sumariamente, debido a que no es posible que un acto administrativo carezca de motivación, y a falta de esta, habrá invalidez del acto como se señaló en líneas anteriores, esto, sin perjuicio de la falta disciplinaria, civil o penal en la que pueda incurrir el funcionario materializador que representa la Administración²⁴⁴.

Lo anterior, se traduce en la necesidad de motivar los actos administrativos, no simplemente como un requisito formal de argumentación en la actuación o providencia, sino como una "razón suficiente" donde la motivación del acto se encuentra centrado en una serie de argumentos descritos claramente, detalladamente y precisamente, en aras de salvaguardar los derechos constitucionalmente establecidos, como el debido proceso. Es decir, a falta de motivación, el acto no resulta válido, dada la existencia de un defecto sobre la sustancia y la forma, por lo que procede de carácter objetivo la solicitud jurídica

²⁴³ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. "Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo". *En revista Derecho PUCP*. Núm. 67. 2011. pp.207-229.

²⁴⁴ Corte Constitucional De Colombia. Sentencia T-204 de 2012.

aplicable que busque la declaratoria de la nulidad de la decisión, revocándose entonces lo manifestado y pretendido por la Administración.

En ese sentido, en Colombia la Ley 1437 de 2011 por el cual se establece el Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dicta en su artículo 137 las razones por las cuales una persona, en uso de sus facultades legales y como ciudadano, posee la competencia para solicitar la declaración de nulidad de los actos administrativos que sean expedidos de carácter general, esto fundamentado principalmente en que la decisión proferida por la Administración debe fundarse sobre una motivación concreta y precisa, ahondando incluso en la falsa motivación como elemento imperativo y taxativo para la declaratoria de nulidad.

Sobre el mismo caso, el Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que es un deber motivar las decisiones administrativas, argumentado principalmente por preceptos convencionales, constitucionales y legales, pues la Administración debe exponer detalladamente las causas de la decisión contenida en el acto administrativo, lo que en efecto, se traduce en exteriorizar una justificación razonable que deviene una conclusión en derecho, es decir, una providencia, justa, intrínseca a los principios democráticos de publicidad y debido proceso. Luego entonces, la carencia de este elemento generará un vicio del acto²⁴⁵.

²⁴⁵ Consejo De Estado, Colombia. Sentencia 76001233100020010346001(35273) Nov 27/2017; Sentencia 25000-23-26-000-1997-03809-01(17661), julio 26 de dos mil once (2011). sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección c.

Luego entonces, es menester que se entienda que la motivación no sólo debe observarse o aplicarse conforme a lo sucinto y sumario, pues debe determinarse la correcta decisión administrativa, para lo cual, se requiere que sea a través de un análisis justificado y discrecional, cumpliendo de manera suficiente con especialidades consistentes en transparencia, publicidad y claridad, conllevando esto a que logre evidenciar una construcción lógica-jurídica en cuanto a las razones en que se encuentra fundada la decisión mediante la actuación de su tipo²⁴⁶.

Ahora bien, en España se cuenta con un gran marco jurídico donde desarrolla la motivación frente a la toma de decisiones administrativas, se logra observar en la Ley 39 de 2015, donde se establece cuáles son los actos administrativos que deben ser motivados, teniendo en cuenta los hechos que son jurídicamente relevantes, pues guardan íntima relación con las pretensiones, al determinarlas; por otro lado, es menester que se tengan en cuenta los fundamentos de derecho sobre los que se basan tales pretensiones, esto producto de la relación armónica que debe existir en la motivación, a partir del hecho, las pretensiones, los medios de prueba y sus fundamentos jurídicos.

De tal forma, el Artículo 35 de la ley en comento, establece qué actos administrativos deben ser motivados, así, encontramos entonces que los actos administrativos deben ser motivados con sucinta referencia y fundamentos de derecho cuando se esté en presencia de:

²⁴⁶ MILKES S, Irit. "Buena Administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales". *En Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia*, Núm. 21, primer semestre/2019, pp. 153-178.

Actos que imponga un límite sobre derechos subjetivos e intereses legítimos. Actos que resuelvan procesalmente revisiones de oficio de disposiciones, actos administrativos, recursos, arbitraje. Actos que no asuman un criterio seguido en actuaciones precedentes, así como de dictámenes de cuerpos consultivos. Acuerdos que suspendan actos y la adopción de medidas provisionales. Acuerdos de aplicación en trámites urgentes, que amplíen plazos y actuaciones complementarias. Actos rechacen pruebas propuestas por las partes. Actos de terminación de procedimiento por ausencia de material para continuarlo, en los que desista la Administración y hayan sido iniciados de oficio. Propuestas resolutivas en los procedimientos sancionatorios, los que resuelvan procedimientos sancionatorios o de responsabilidad patrimonial. Actos dictados en el ejercicio de una potestad discrecional, de una disposición legal o reglamentaria expresa. Actos que finalicen procedimientos de carácter selectivos y de concurrencia competitiva según la resolución que les sea aplicable.

Sigue la legislación española ahondando en la motivación frente a las actuaciones administrativas, esto a través de la jurisprudencia, donde en la Sentencia Constitucional No 77 de 2000 el Tribunal Constitucional expresa que la motivación no es simplemente una mera declaración de conocimiento, ni expresa una manifestación de voluntad, pues implica una conclusión argumentada de una decisión administrativa orientada al objeto del litigio, con la finalidad de que las partes y los ciudadanos en general, puedan conocer el sentido y el fundamento de la providencia. Lo que determina una garantía de justicia frente a la discrecionalidad del juzgador, entendiendo la existencia de una correcta valoración probatoria,

racionalidad y exégesis del ordenamiento jurídico, y no una decisión infundada ni arbitraria²⁴⁷.

Es entonces como resulta necesario tener en cuenta la motivación en la toma de decisiones administrativas para determinar elementos que puedan centrar criterios de valoración en las actuaciones, donde los conceptos indeterminados adquieran una condición de norma que debe justificarse su forma de aplicación.

Sostiene Mozo Seoane, citado por Rodríguez- Arana²⁴⁸ que las preposiciones normativas a aplicar tanto en la jurisdicción como en las decisiones administrativas presentan reiteradamente elementos jurídicos indeterminados, que en ocasiones resultan imprecisos debido a la interpretación que le da el administrador, incidiendo en la motivación de la autoridad dentro de sus facultades a la hora de proferir una decisión, la cual debe cumplir con unos criterios precisos, conducentes y pertinentes, a través de elementos como el interés público, la urgencia, justo precio, idoneidad, conveniencias de la economía nacional, probidad, competencia profesional, necesidades del servicio, orden público, entre otras.

En el mismo texto, García de Enterría, citado por Rodríguez²⁴⁹ señala que existen amplias peculiaridades respecto del concepto jurídico

²⁴⁷ Tribunal Constitucional De España. STC 77/2000.

²⁴⁸ RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOZ, Jaime. “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo”. Lima: Derecho PUCP, núm 67, julio-noviembre, 2011, pp. 207-229, Pontificia Universidad Católica del Perú.

²⁴⁹ *Ibidem*.

indeterminado, no obstante, el objeto que persigue concretamente se manifiesta a partir de la unificación, es decir, según la capacidad de dirimir lo justo sobre lo característico frente a una potestad discrecional. Sobre lo anterior, la existencia de diferentes soluciones justas son producto del ejercicio de estos conceptos, luego entonces, la valoración que se lleve a cabo en un evento en concreto no debe trascender de uno solo, pues, o se tiene una utilidad pública o no se tiene; hay una perturbación del orden público o no lo hay; el precio es justo o no. Esto incide en la discrecionalidad correspondiente a la libre elección y determinación de la motivación en el interior de una decisión administrativa.

Lo anterior, da muestra de la incidencia jurídica constituida por la hermenéutica, en consonancia con los conceptos jurídicos indeterminados, lo cual, mediante la motivación, da origen a la interpretación jurídica de una norma a aplicar, partiendo de la comprensión de tanto el juez, la jurisprudencia y las actuaciones de la Administración desde las decisiones administrativas frente al deber ser; lo que representa así un punto de partida a partir de la discrecionalidad hacía una tendencia de vestigios discrecionales con matices positivos, pues, pese a que la motivación no alcanza a manifestarse de manera taxativa, sí alcanza a dejar conforme a las reglas de la experiencia y de la sana crítica, el cómo debe ser la aplicación de una disposición y actuación de la Administración como autoridad al momento de efectuar una determinación, traducida en la decisión administrativa.

3.2 Hermenéutica de los conceptos jurídicos indeterminados.

Los conceptos jurídicos indeterminados cumplen un rol importante en sistema jurídico, la justicia y lo tendiente a la materialización del derecho, teniendo como fundamento las implicaciones que logran representarse a través del entendimiento y la interpretación. Por lo tanto, para el caso que nos ocupa, debe ser abordado conforme a los planteamientos jurídicos, iusfilosóficos y filosóficos que derivan el sentido de la hermenéutica, y especialmente la hermenéutica jurídica, desde el sentido abstracto que obedece a esta clase de conceptos indeterminados.

Señala Schleiermacher citado por Santiago G., que la hermenéutica debe ser entendida como un arte de comprender partiendo del diálogo²⁵⁰. En el mismo sentido infiere Mora, al definir la hermenéutica como una reconstrucción histórico-adivinatoria de un discurso, dado que necesita ser interpretada conforme a la realidad del texto²⁵¹. Para Arráez la

²⁵⁰ SANTIAGO GUERVÓS, Luis Enrique. “La hermenéutica metódica de Friedrich Schleiermacher”. *Revista de Estudios Críticos Otros Logos, Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político, Decolonialidad e Interculturalidad*, Universidad Nacional del Comahue. (s.f).

²⁵¹ BONILLA, Camilo. *Contribución a las relaciones interpersonales en el aula de clase mediadas por las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)* [En línea]. Trabajo de grado como requisito parcial para optar al título de Magister en Educación. Ibagué, Tolima. Universidad del Tolima. Facultad de ciencias de la educación. Maestría en Educación. 2017.

hermenéutica corresponde a la comprensión y entendimiento de lo total, según sus partes, elementos, lo general y lo preciso, el objeto, el sujeto y el ámbito²⁵². Entonces, de conformidad a lo anterior, la hermenéutica es lo que se vuelve comprensible o se alcanza a comprender.

Definir la hermenéutica inicialmente debe mantener convergencia con el entendimiento de su origen, siendo así deriva de la *Hermenéia*, la palabra y la realidad, con sus complementarias y raíces *hermeneutés*, *hermeneutiké*, *herméneusis*²⁵³, juntas se encuentran orientas al entendimiento, la verdad, lo comprensible y el alcance de la iluminación, partiendo del conocimiento y la realidad. Es así, a partir de lo anterior, como se considera la *hermenéia* como la eficacia de las expresiones lingüística, es decir, el alfa y el ómega de la hermenéutica como lo señala Kerényi, citado por Ferraris²⁵⁴.

Por otro lado, la hermenéutica parte a nivel filosófico de una teoría sobre la verdad, a través de un método en el que se expresa el fenómeno universal de la interpretación históricamente. A su vez, expresa una particularidad frente a la comprensión desde lo sustantivo singular, ello se encuentra ligado a la aplicación coherente, sea objetiva o subjetiva de lo que es interpretado y entendido. Luego entonces, la hermenéutica se

²⁵² ARRÁEZ, Morella. "La Hermenéutica: una actividad interpretativa". *Revista Universitaria de Investigación*, vol.7, Núm.2, diciembre, 2006, pp.171-181. Caracas: Universidad Pedagógica Experimental Libertador.

²⁵³ ZÚÑIGA GARCÍA, J.f. *El diálogo como juego. La hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer*. Granada: Ed. Universidad de Granada, 1995.

²⁵⁴ FERRARIS, Maurizio. *Storia dell'Ermeneutica*. R.C.S Libri S.p.A. Milán, Bo, piani, 1988.

asocia a la percepción del contexto literario, es decir, de lo que está escrito y es menester que se entienda.

A partir de la historia, diferentes iusfilósofos y pensadores han propuesto y abordado desde sus campos de estudio la alta relevancia que representa en el estudio normativo la hermenéutica, partiendo de lo teleológico, lo cual no será abordado a mayor profundidad dado el sentido y objeto de este abordaje en específico; hasta los pensamientos marcados por Scheleirmacher, Heidegger, Ricoeur, Eliade y Beuchot, entre otros.

El pensamiento hermenéutico de Friedrich Scheleirmacher es profundizado y analizado durante el romanticismo, una época de grandes reformas sociales, políticas, económicas; en un contexto de fuertes discusiones intelectuales en la Europa de aquel entonces de cara a la modernidad²⁵⁵. Esto es recogido, analizado y descrito por Scheleirmacher, viendo un proceso de reconstrucción espiritual, así como propone una formula frente a la efectiva interpretación de textos, lo cual debe contener para él, una dimensión objetiva, convergente con la construcción contextual del autor; además, abarcando una dimensión desde lo adivinatorio y subjetivo que corresponde al entendimiento físico del autor, es decir, estar o ir al lugar del autor. De esto se tiene entonces que para Scheleirmacher lo hermenéutico debe dejar de lado el imperativo de la teoría, para centrarse en su aplicación práctica, con praxis y técnicas definidas, propendiendo por la efectividad interpretativa de los textos²⁵⁶.

²⁵⁵ RUTT, Jessica. *Scheleiermacher: The Father of Modern Hermeneutics and Theology*. On Hermeneutics, E-logos. 2006.

²⁵⁶ SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermeneutics: The Handwritten Manuscripts*. Trans. James Duke and Jack Forstman. Ed. Heinz Kimmerle. Missoula: Scholars Press, 1977

Posteriormente, Wilhelm Dilthey, se interesa por la filosofía con base en los profundos abordajes teórico-filosóficos naturalistas de Kant. Dilthey considera que la hermenéutica debe atender a una interiorización en detalle de los sentidos del ser humano, es decir, sostiene que los sentidos deben armonizarse frente a lo histórico y científico; lo que deviene en la comprensión de textos y documentos –para lo que nos interesa, jurídicos– por parte del interprete²⁵⁷.

Ahora bien, frente a lo estrictamente hermenéutico Dilthey sostiene que la comprensión se constituye mediante manifestaciones de lo vivido, es decir, de la vida en el contexto de la escritura, lo que puede interpretarse con un carácter histórico. Por lo que la experiencia representa un orden cronológico en el que el hombre recuerda, comprende e interpreta, según la reconstrucción de las palabras y textos en la respectiva época a analizar y entender²⁵⁸.

Con la llegada del siglo XX, los avances sociales se tornaron evidentes, esto marcó nuevas reflexiones y análisis intelectuales, así como amplios debates académicos, lo que no fue lejano para el estudio de la hermenéutica, derivando en la posición de Martin Heidegger²⁵⁹, quien desde sus planteamientos la concibe como un *aleph interpretativo* que, para tener capacidad de comprensión, requiere comprender aquello que será sujeto de interpretación. Heidegger en su obra, *el ser y el tiempo*

²⁵⁷ MAKKREEL, R. *Wilhelm Dilthey*. Stanford Encyclopedia of Philosophy. 2016.

²⁵⁸ DILTHEY, Wilhelm. "Hermeneutics and the Study of History". *Selected Works*, Vol. IV. Ed. Princeton University Press. 1996.

²⁵⁹ NAESS, Arne & WOLIN, Richard. *Martin Heidegger, German Philosopher*. 2019.

para explicar lo anterior, denomina el concepto del *círculo hermenéutico*, que se expresa como un recurso con carácter explicativo a través del dialogo que tiene por objeto explicar los caracteres que componen el entendimiento y la comprensión, generando la retroalimentación que deviene que un proceso hermenéutico discursivo afín al entendimiento²⁶⁰, es decir, la interpretación está fundada en el intelecto.

Heidegger marca un antes y un después en lo que respecta a la hermenéutica, pues, deja de pensarla frente al espíritu, cambiando su enfoque hacía la comprensión existencial, más directa y auténtica²⁶¹. En lo sucesivo, la hermenéutica empieza a tener un cambio de postura con preponderancia hacía lo fáctico, con marcadas posturas cercanas al antipositivismo, argumentando que no puede ser aplicado el mismo método científico empleado al estudio de las ciencias de la naturaleza, pues tergiversa la esencia de la realidad, constituida en lo social, determinante en la experiencia de la comprensión²⁶².

No obstante, lo planteado por Heidegger es superado por la *hermenéutica de la distancia*²⁶³, propuesta, reflexionada y argumentada por Paul Ricoeur, quien sostiene que la interpretación es un hecho que encuentra una distancia de dos partes, una denominada emisor y otro receptor,

²⁶⁰ DE LA MAZA, Luis Mariano. "Fundamentos de la filosofía hermenéutica: Heidegger y Gadamer". *Teología y Vida*. Vol. XLVI. 2005.

²⁶¹ HEIDEGGER, Martin. *Being and Time*. Harper and Row. 1962.

²⁶² LEÓN, Eduardo Alberto. "El giro hermenéutico de la fenomenológica en Martín Heidegger". *Polis 22* | 2009.

²⁶³ AGÍS VILLAVARDE, Marcelino. "La hermenéutica de Paul Ricoeur en el marco de la Filosofía contemporánea". *Biblid*. 2003. pp. 75-97.

partiendo de un paradigma encontrado en un texto, mediante el discurso que puede visualizarse en la escritura.

Ahora bien, este tipo de discurso se desliga del ánimo del autor de conformidad a la independencia que toma respecto de este una vez es generada la emisión hacia el receptor, por lo que se presenta una separación entre mensaje-emisor, originándose una transformación evidente que para quien busca interpretar el texto, le resulta una comprensión de carácter discrecional, la cual debe extraerse mediante herramientas hermenéuticas. Es por ello, que Ricoeur manifiesta que la interpretación corresponde a la extracción ontológica del mundo contenido en un texto, y para lo que interesa en la presente, lo contenido en un texto jurídico²⁶⁴.

Otro tipo perteneciente en la clasificación hermenéutica, es la hermenéutica analógica expuesta por Mauricio Beuchot en su texto "*Tratado de hermenéutica analógica*, donde expone la preponderancia de la interpretación abierta, es decir, la inexistencia de objetividad desde una interpretación no solamente posible o válida, ni completamente dada a la infinidad interpretativa²⁶⁵. Como sustento académico para mayor profundidad en el debate intelectual Beuchot se influencia y retoma ideas de autores Enrique Dussel y Charles Sanders Peirce en cuanto a la analogía. Luego entonces, Beuchot adopta desde la analogía una estructuración intermedia entre lo equívoco y lo unívoco, siendo lo

²⁶⁴ COVARRUBIAS, Allan. "La hermenéutica de la recuperación según Paul Ricoeur Lonergan". *Sig. Fil vol.19* Núm.37. México ene./jun. 2017.

²⁶⁵ BEUCHOT, Mauricio. *Tratado de hermenéutica analógica*. México: Ed Ítaca. 1997.

equivocidad la diferenciación de significado y aplicación tendiente a lo relativo y lo subjetivo, lo cual, es observable desde la filosofía de pensadores como Richard Rorty²⁶⁶. Cosa distinta, representa la univocidad, que representa el positivismo, a través de la identidad entre el significado y su aplicación, implicando la objetividad, sin lugar para el relativismo, como plantean intelectuales como Emilio Betti²⁶⁷.

Ahora bien, se presenta desde la hermenéutica analógica un análisis a los conceptos anteriormente abordados, a lo cuales les da un alcance interpretativo, que tiene que ver con evitar un postulado totalmente objetivo o totalmente subjetivo, es decir, se pretende que exista una un margen interpretativo con jerarquía, que ordenadamente resuelva la comprensión aplicando un análogo principal u otro secundario, con una postura moderada que no se encuentra sólo hacía lo equívoco o lo unívoco.

La hermenéutica al no ser lejana, sino, por el contrario, íntimamente relacionada al espectro jurídico, resulta menester sus implicaciones en cuanto a la interpretación. Por ello, desde la hermenéutica jurídica se orienta al derecho a aplicar un método de carácter técnico-científico que tenga por finalidad la comprensión de textos que resulten poco claros, ambiguos o de difícil entendimiento, por razón de la complejidad que abordan, lo cual, únicamente es entendible desde la órbita del derecho y

²⁶⁶ BEUCHOT, Mauricio. "Hacia una pragmática analógica". *Acta poét*, vol.33 Núm. 1. México ene. 2012.

²⁶⁷ MASSINI, Carlos. Betti Emilio. "Teoría de la interpretación jurídica. Compilación y traducción A. Vergara Blanco, Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2017, 240 pp. *Philosophia* vol.75 Núm.2. 2015. pp. 137 a 140.

de quienes estudian este, no escapando a la premisa objetiva, pues puede existir el entendimiento en la interpretación de textos jurídicos, incluso sin formación jurídica. No obstante, sí constituye un objetivismo, el hecho por el cual siempre será mejor aplicado el derecho a partir del entendimiento del abogado, con experticia frente a la interpretación de textos jurídicos²⁶⁸.

Lo que lleva a la aplicación del derecho como ciencia básica y como ciencia aplicada, lo que marca un método de aplicación jurídica a través de la hermenéutica. Ello incide en la relación existente del entendido de la norma jurídica con la hermenéutica jurídica, que deviene en un concepto que es emitido y recibido por un emisor y receptor respectivamente, compuesto de una generalidad u objetividad según fuese el caso, así, se introducen los conceptos jurídicos indeterminados como elementos compuestos de normas jurídicas únicamente entendibles, reconocibles y explicables general o abstractamente²⁶⁹.

Así como lo plantea Hans Kelsen, frente a la dogmática jurídica, el derecho se manifiesta partiendo de realidades e imperativos categóricos, los cuales logran formularse mediante la razón, por el hombre, por lo teológico, o por el medio que constituye al hombre como un ser social, de conformidad a la búsqueda de normas fundamentales, que ponderativamente adquieren mayor relevancia sobre la norma de carácter

²⁶⁸ LIFANTE, Isabel. "Interpretación jurídica" *Cap. 37. En: Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol.2.* México D.F. UNAM. 2015. pp.1349-1387.

²⁶⁹ VILLOSLADA, María. *El control de discrecionalidad.* Universidad de la Rioja. 2013.

positivo o exegético²⁷⁰. Visto esto, el concepto jurídico indeterminado requiere de un estudio con elementos específicos, como los aplicables al método hermeneuta, para determinar el sentido y alcance de una norma aplicable que, para lo “convocable”, recae sobre la decisión administrativa derivada de la práctica de tal concepto.

Resulta así, que los conceptos jurídicos indeterminados desde la hermenéutica jurídica si bien provienen del sentido abstracto o general, para la solución jurídica no se escapan de una respuesta única del caso en concreto en debate. Esto quiere decir que se parte de una aplicación e interpretación de la ley, donde se lleva a cabo un control normativo a procedencia y viabilidad conforme a las reglas de la experiencia y la sana crítica, manteniendo alta diferencia en cuanto a la aplicación discrecional de la norma, dado que el fallador que tiene en cuenta desde lo hermenéutico el resultado de lo jurídicamente relevante no puede extralimitarse respecto del juicio ya empleado para el concepto jurídico indeterminado, interpretado y valorado conforme a la norma jurídica²⁷¹.

Un aspecto fundamental en el marco de la hermenéutica de los conceptos jurídicos indeterminados es que, en su aplicación, concreción e interpretación, poseen rasgos de la estructura del *Common law* – familia jurídica que comprende casi una cuarta parte de las naciones del planeta– a pesar de su origen germánico. Y esos rasgos son justamente, la

²⁷⁰ AMSELEK, Paul. “El paradigma positivista de la Dogmática jurídica”. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol.7 t.1. 2006.*

²⁷¹ CLAVIJO, Joel. “Los conceptos jurídicos determinados e indeterminados y la decisión judicial. En Derecho y cambio social”. Núm. 51, Lima, 2018.

igualdad, universalidad, seguridad jurídica – estabilidad del sistema- y sobre todo la coherencia como valor que busca “una interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, en tanto resulte obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar, cuando en el pasado se ha decidido conforme a derecho”²⁷².

Debe tenerse en cuenta que la interpretación jurídica desde su carácter funcional y normativo parte del problema interpretativo general, que puede encontrarse en la inquietud que se genera a partir de la racionalidad controlada, el cual es investigado desde el procedimiento intersubjetivo²⁷³. Lo que implica la interpretación del intérprete, la interpretación como procedimiento reproductivo o la interpretación como procedimiento productivo²⁷⁴. Por ello, debe inferirse que la comprensión manifestada a partir del acto racional hermenéutico, aplicado al concepto jurídico indeterminado deviene en la representación del contenido normativo orientado a la regulación del hombre en sociedad, esto, pese al supuesto por el cual da lugar al subjetivismo respecto de tales conceptos, que han sido parte de la voluntad legislativa, y que constituyen parte sustancial y procesal del ordenamiento jurídico.

Así pues, es menester que, para el plano normativo, la hermenéutica jurídica sea abordada al momento de la aplicación normativa, en este caso especialmente al aplicar los conceptos jurídicos indeterminados, conforme

²⁷² RENDÓN HUERTAS BARRERA, Teresita. *Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho administrativo...* Op. Cit. Pág. 30 y 31.

²⁷³ ALFLEN DA SILVA, Kelly. *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*. Bogotá: Temis, 2006.

²⁷⁴ BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, pag. 47 y 48.

a que la ley es producto de su propia subsunción, partiendo del reconocimiento de una conciencia colectiva, y que es de cuestión valorativa según la norma ligada a tal hecho jurídico²⁷⁵.

El ente administrador debe concebir la existencia de diferentes métodos de interpretación para en cada caso concreto, saber cómo descender el concepto jurídico indeterminado que se halla en un plano abstracto a lo concreto. Así pues, debe armonizar las diferentes herramientas que ha venido construyendo la hermenéutica para llegar a una corrección o una solución justa en términos de interpretación, teniendo en su haber, los métodos sistemático, sociológico, evolutivo, incluyendo el exegético.

Como colofón de este acápite, nos permitimos señalar que, en el ejercicio de la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, pueden existir razonamientos de la Administración que desborden la intención inicial del productor del lenguaje jurídico, y en ese sentido, Rendón Huerta Barrera sostiene:

"Que en el orden jurídico se da cabida a conceptos indeterminados y la regla general es que entorno a su interpretación, haya un juicio íntegro en ejercicio de la inteligencia, la reflexión el conocimiento y la experiencia, conducentes al discernimiento de la verdad, al criterio justo, imparcial, de buena fe, desinteresado, desapasionado, neutral y ecuánime, aunque no puede descartarse que por excepción, exista quien llegue a torcer el sentido de la ley por motivos extrajurídicos, situando a los gobernados y a los justiciables en un terreno de total incertidumbre; por eso, la

²⁷⁵ Ibidem, pag 19.

*interpretación y aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados requiere de consistencia, coherencia, pericia jurídica y acatamiento a los límites que imponen la lógica y el orden jurídico en su conjunto*²⁷⁶

3.3 Subsunción silogística o concreción casuística de los conceptos jurídicos indeterminados.

Para abordar la presente temática, es menester definir inicialmente cada uno de los conceptos aplicables, estos son subsunción, silogismo de subsunción, concreción, concreción jurídica y concreción casuística.

En una parte inicial, la *subsunción* se define de manera genérica según la Real Academia de lengua española como la “acción y efecto de subsumir”, a su vez, subsunción deriva de la acción de *subsumir*, la cual alcanza su definición más cercana a lo que nos compete en “incluir algo como componente en una síntesis o clasificación más abarcadora. O considerar algo parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general”. Por lo que, a efectos de exponer una definición propia, se puede precisar la subsunción como una relación lógica con respecto a una situación peculiar, lo que, atiende a un hecho de la Ley entendible a través del razonamiento deductivo.

²⁷⁶ RENDÓN HUERTAS BARRERA, Teresita. *Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho administrativo...* Op. Cit. Pág. 40.

Ahora bien, la subsunción en lo que se refiere a la esfera jurídica, implica una relación lógica de la norma. Esto es, a partir de la operación mediante la lógica deductiva, de conformidad a la declaración de un hecho jurídicamente relevante que guarda relación precisamente con la norma que así lo determina y que, de no ser así, se estaría en presencia de un mero hecho indicador y no de hecho con relevancia jurídica. Del mismo modo, parte en su objeto como herramienta de identificación y pertenencia de un elemento miembro del ordenamiento jurídico; es decir, en el caso por el cual una norma jurídica es aplicable frente a un caso en concreto, entendiéndose que esta hace parte del ordenamiento jurídico, lo que representa la validez de la solución normativa practicada por el operador jurídico al momento de realizar la evaluación de procedencia y aplicabilidad, que siendo válida, constituye una norma jurídica parte del sistema jurídico²⁷⁷.

Aunado a lo anterior, debe entonces determinarse que existe una metodología aplicable al derecho. Esto es mediante la esquematización lógica, donde se es posible hallar un silogismo, conteniendo la capacidad de determinar una norma jurídica respecto de su sustancia, forma, ejercicio y consecuencia; desde la premisa menor, la que se traduce en el método de subsunción²⁷⁸. En ese sentido, adquiere una norma de carácter general viabilidad respecto de un caso concreto, a su vez, tratándose de casos difíciles se presenta la posibilidad de emplearse el

²⁷⁷ AGUDELO, Óscar. "Subsunción y aplicación en el derecho. Lógica aplicada al razonamiento del derecho". *Jusfilosofía*, Núm. 3. 2017.

²⁷⁸ LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ed Ariel. 1980.

método desde su lógica alternativa, la cual se orienta de conformidad a los tópicos jurídicos desde la aplicación del razonamiento dialéctico²⁷⁹.

Lo anterior, sienta las bases del silogismo de subsunción, que para efectos de esta tesis se aborda como *subsunción silogística*, que es definida por Garrone en su texto como una operación lógica que establece una dependencia de especie o género, de hecho o Ley, o de afirmación singular o plural; donde el razonamiento deductivo suele extenderse como una operación ligada a la subsunción, al ir de lo general a lo particular; luego entonces, para la órbita jurídica atiende al sentido estricto de la relación lógica de una situación particular, que resulta concreta y específica conforme a una previsión jurídica abstracta e hipotética²⁸⁰.

Es así como podríamos definir la subsunción silogística como un procedimiento lógico que busca afirmar la tipicidad de un hecho, partiendo de una premisa menor que deviene un hecho jurídicamente relevante, hacía una premisa mayor que contiene una norma aplicable que guarda relación con el hecho, para concluir en la subsunción como el silogismo que produce el hecho jurídicamente relevante y el tipo descrito en la norma. La cuestión problemática en nuestro tema objeto de estudio, es si el proceso de aplicación de un concepto jurídico indeterminado implica un ejercicio de subsunción, o el proceso aplicativo se realiza por otras técnicas.

²⁷⁹ AGUDELO, Oscar. “Dos dilemas judiciales en Ronald Dworkin”. *Novum Jus*, Vol.8 Núm. 2, 2014.

²⁸⁰ GARRONE, José. *Diccionario Jurídico – Tomo IV*. Ed. LexisNexis, Buenos Aires. 2005. P. 538.

Para efectos de explicar en mejor modo lo anterior, es preciso señalar que la subsunción silogística compone unos elementos que son: la persona, los hechos, la norma; al contar con estos tres elementos integrados, se realiza un análisis de presupuestos para la procedencia que deviene en una decisión con elementos jurídicos, contenidos en una providencia con carácter judicial y aplicable tanto en sede administrativa como contenciosa²⁸¹.

Esto lo explica Karl Larenz desde sus postulados iusfilosóficos que denominó "*silogismo de determinación de la consecuencia jurídica*", donde la premisa mayor la constituye una proposición jurídica concreta y/o declarativa que repite el contenido de una proposición jurídica; la premisa menor está dada por la subordinación de un hecho concreto de proposición jurídica; para concluir sobre la producción de una consecuencia jurídica concreta, aplicable objetivamente al hecho concreto²⁸².

En lo que respecta a la concreción, el diccionario de la Real Academia Española la define como "Acción y efecto de concretar", teniendo en cuenta que su definición en sentido general se remite a la expresión *concretar*, es pertinente definirla, abarcando cuatro acepciones posibles y aplicables a la esfera jurídica, dado su sentido general parte de "Hacer concreto algo. Combinar o concordar especies o cosas. Reducir a lo más esencial y seguro sobre lo que se habla o escribe. Reducirse a tratar o hablar de una sola cosa, excluyendo otros asuntos"

²⁸¹ ITURRALDE, Victoria. "Sobre el silogismo judicial". *Anuario de Filosofía del Derecho* VIII. 1991. Pag. 239-272.

²⁸² LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*...Op. Cit.

En un su sentido estricto de conformidad a lo jurídicamente relevante, la concreción puede definirse a través de la comprensión e interpretación de la norma en su punto más específico y puntual, de ahí parte la concreción jurídica, esto es, mediante la hermenéutica jurídica hacia la materialización de una norma, con base en unos hechos determinados de interés para el derecho al encontrarse descritos y/o positivizados²⁸³. A renglón seguido, la concreción jurídica alcanza a consolidarse gracias a la aplicación hermenéutica de un silogismo, dicho de otro modo, llevando a cabo una subsunción silogística frente a un concepto jurídico que es analizado desde su sentido general para determinar una aplicación particular, correspondiente a la materialización de un concepto jurídico indeterminado, dadas las condiciones del paso a paso seguido en función de la subsunción como método de aplicación y entendimiento normativo.

Por ello, pensar en la aplicación jurídica sobre un hecho específico, concreto y determinado resulta de un proceso lógico, concatenado y dado desde la subsunción, partiendo de lo general a lo particular, reconociendo las atribuciones dadas de quien crea la norma y materializando esta, con base en la adecuación típica que deviene de la valoración de los hechos jurídicamente relevantes, guardando relación con lo positivizado, que a su vez concluye con un efecto o consecuencia jurídica, también contenido a nivel normativo²⁸⁴.

²⁸³ BAYÓN, Juan Carlos. "Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico". *Isonomía*, Núm. 13. México, oct. 2000.

²⁸⁴ GADAMER. "*Hermenéutica e historicismo*", En *Verdad y Método*. I Salamanca; sígueme, 1996.

Luego entonces, la concreción casuística es la determinada por la aplicación concreta en el ordenamiento jurídico, materializada a partir de la jurisprudencia o en las providencias de tipo administrativo y judicial, lo cual, para la presente investigación implica la decisión administrativa. Esto quiere decir que la concreción casuística se encuentra orientada hacia el razonamiento derivado del estudio de los hechos jurídicamente relevantes, factor clave para hallar según principios y reglas la respuesta y eventual solución a un problema jurídico, cuya solución consiste en reglas teórico-normativas o instancias²⁸⁵.

Bajo los anteriores presupuestos, nuestra consideración es que los conceptos jurídicos indeterminados se aplican mediante concreción casuística y no por la subsunción, método este último que corresponde una lógica deductiva forma que implica que la norma precise supuesto de hecho y consecuencia jurídica, como en la potestad reglada.

3.4. Ponderación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados

Luego de entender y abordar los conceptos jurídicos indeterminados como aquellos – valga redundancia- con indeterminación de conceptualización, pero con trascendencia jurídica en el hecho fáctico a regular. Es menester

²⁸⁵ UNIVERSITY OF VIRGINIA. *Casuistry*. Dictionary of the history of ideas.

señalar la utilización, aplicación y alcance legal de conformidad a la valoración de lo jurídicamente relevante, traducido en la ponderación incidente de la precisión normativa, que provoca la impartición de justicia en una providencia de tipo administrativa. Y que, no obstante, parecería que careciere el concepto jurídico indeterminado al tener un sentido general, por ello en lo sucesivo, tales conceptos deben comprenderse a partir de su contenido con un supuesto de hecho, el cual, se ve manifiesto en la providencia administrativa, es decir, de acuerdo a la precisión fundamentada latente en él que ha categorizado o definido la casuística o el legislador frente al alcance.

Con base en lo anterior, sugiere Martín Hernández luego de citar a García de Enterría que los conceptos jurídicos indeterminados no son una construcción teórica, esto debido a que se encuentran orientados hacia la técnica y la aplicación normativa, por lo que son prácticos y procedimentales, es decir, de características procesales, aplicando normas contenidas en el ordenamiento jurídico sobre el hecho fáctico que guarda relación de *acción – pretensión – consecuencia*²⁸⁶.

Haciendo un análisis de aplicación y ponderación de los conceptos jurídicos indeterminados, si bien estos anteriormente se les equiparaba a la discrecionalidad, posteriormente fueron adquiriendo una naturaleza distinta. Esto dado que la discrecionalidad implica múltiples aplicaciones normativas con base en varios supuestos de hechos jurídicamente relevantes que pueda interpretar la Administración conforme a lo planteado²⁸⁷. Cosa distinta corresponde al hecho jurídico indeterminado,

²⁸⁶ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa...* Op. Cit.

²⁸⁷ Ibidem.

al guardar una connotación abstracta o general de interpretación, pero con mayor objetividad, al ajustar la ley a un caso en concreto, sin distingo de la existencia de otras posibles soluciones, que pese a tener cierto grado de semejanza, no alcanzan a ser susceptibles de aplicación en la decisión administrativa devenida, ajustándose entonces la ponderación del concepto jurídico indeterminado²⁸⁸.

Tal evaluación para la aplicación del concepto jurídico indeterminado es llevada a cabo a través de la subsunción conforme a las reglas, y mediante la ponderación conforme a los principios. En lo que interesa para esta investigación, que es la ponderación, debe expresarse la ponderación de principios.

La ponderación de principios consiste en establecer una balanza para pesar y decidir conforme al de mayor peso, es decir, mayor relevancia; evaluando los principios, derechos, intereses, bienes jurídicos y demás supuestos fácticos conforme al caso en particular que entran en colisión, analizando la viabilidad aplicativa de la norma que se pretende emplear. Esto teniendo como fundamento la realidad sobre los hechos, por los cuales se presentan conflictos o tensiones entre principios y valores, por ello la necesidad de ponderar, buscando el equilibrio de justicia y equidad en la decisión administrativa²⁸⁹.

²⁸⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Y FERNÁNDEZ, T. R. ... Op. Cit.

²⁸⁹ TRON PETIT, Jean Claude. El qué, cómo y para qué de un concepto jurídico indeterminado .. Op. Cit.

Lo anterior es expresable a partir de lo expuesto por el precitado Jean Claude Tron Petit²⁹⁰ quien señala que hay dos principios a ponderar, representados en $P1$ y $P2$, respecto de un caso concreto representado en C , para obtener un resultado representado en R ; por lo que la fórmula a aplicar corresponde a: $P1 \times P2 \times C > R$.

3.5 Interpretación legal o constitucional de los conceptos jurídicos indeterminados en el marco de una Constitución democrática.

El abordaje teórico-jurídico de los conceptos jurídicos indeterminados desde la filosofía, hermenéutica y su concreción, manifiesta una conexión entre tales conceptos indeterminados y la teoría jurídica general y la teoría constitucional en particular. Y es especialmente relevante el estudio de estas figuras en el ámbito de la interpretación de las constituciones democráticas, puesto que de alguna manera tales constituciones han incorporado, como forma de derecho positivo, un conjunto de principios y cláusulas genéricas que, al mismo tiempo, constituyen el derecho supremo al que indefectiblemente debe someterse la actuación de los poderes públicos²⁹¹. Esto en función de su relación sobre la aplicación del sentido general y abstracto, que determina el sentido de los conceptos,

²⁹⁰ *Ibíd.*

²⁹¹ MORESO, Juan José. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Lima, Perú: Palestra Editores, 2014.

al establecer la necesidad de positivizar en *stricto sensu* su alcance jurídico respecto de la voluntad de la Administración de justicia, partiendo desde el caso que nos compete la decisión administrativa, que a partir de la teoría de la *Administración-juez*, regula y conoce por factor de su competencia de las actuaciones de la Administración, así como conocer y decidir de fondo de las peticiones interpuestas por los ciudadanos²⁹².

El debate que existe en cuestión de la interpretación que deberían tener los conceptos jurídicos indeterminados recaen sobre su práctica en la decisión administrativa, esto de conformidad a la costumbre que, al ser fuente de derecho confiere un alcance consuetudinariamente establecido sobre tales conceptos, siendo empleados conforme a su sentido hermenéutico, deviniendo en la positivización de estos como términos de trascendencia jurídica, al guardar relación con el espectro jurídico. Lo que deriva en su consolidación como figuras jurídicamente relevantes, logrando armonizarse con la sustancia y la forma del derecho, es decir, a partir del hecho que requiere ser probado, manifiesto de pretensiones y con consecuencias jurídicas²⁹³.

Martínez, citando a García de Enterría señala que los conceptos jurídicos indeterminados parten de una esfera de la realidad, con límites que no se encuentran totalmente precisados respecto de su enunciado, pero se

²⁹² BAÑO LEÓN, José María. "La Administración frente al juez en el Estado constitucional: La evolución del derecho administrativo". *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 72, Septiembre/Diciembre. 2004. Pág 349-366.

²⁹³MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. "Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial" ... Op. Cit.

delimitan un supuesto con capacidad de concreción jurídica²⁹⁴. De lo anterior se infiere que, si bien la Ley no alcanza a determinar objetiva y específicamente un concepto, dadas sus condiciones abstractas, insta y admite una precisión respecto de su aplicación en la oportunidad correspondiente.

Lo anterior, podría tener que ver con las reglas de la experiencia y la sana crítica, llevándose a cabo un juicio de valor, el cual responde interrogantes que se encuentran presentes en una actuación jurídico-administrativa, que deviene en un alcance discrecional en cuanto a la complejidad en el interior del supuesto, ello implica que estas realidades no admiten una regulación más compleja, pero sus realidades contienen un supuesto concreto capaz de encontrarse en el mismo nivel de un elemento fáctico, correspondiendo a una solución sobre la vaguedad misma del concepto²⁹⁵.

García de Enterría destaca a su vez, la capacidad del concepto jurídico indeterminado para expresar una única solución, con el lleno de criterios y requisitos de sustancia y forma en cuanto a la aplicación e interpretación, con el objeto de una efectiva aplicación de la decisión administrativa, atendiendo a los postulados constitucionales y legales establecidos. Luego entonces, es menester analizar la implicación constitucional que posee el concepto desde su carácter general aplicable, es decir, atendiendo a no contener una interpretación que se encuentre

²⁹⁴ MARTÍNEZ, Santiago. "Una aproximación teórica al concepto de discrecionalidad jurídica en el Derecho Administrativo". *Revista Derecho* [online]. 2017, Núm. 15

²⁹⁵ *Ibidem*.

fuera de la legalidad de la norma al no desviarse o sustituir el criterio contenido en él²⁹⁶.

Curioso resulta el pensamiento de Salaverría, citado por Fernández García, quien no concibe una única solución sin distingo al concepto jurídico indeterminado, pues esto convierte al administrador de justicia en un *garante de su objetividad*, lo que significa que, en efecto, existe una solución, así como la Administración tiene la capacidad de acreditar si procede o no tal solución; lo que sería contrario a la Administración Hércules, conforme a lo planteado por Dworkin. En tal sentido, es preciso señalar que el entendido constitucional producto de la aplicación del concepto jurídico indeterminado se cubre de razonamiento circular, constituyendo un círculo vicioso²⁹⁷.

Ahora bien, dada la relación constitucional del concepto jurídico indeterminado, debe señalarse que existe un alcance respecto de su aplicación, el cual se caracteriza por tener un carácter definido, preciso y categórico frente a un caso en particular. Lo cual sugiere que estos preceptos constitucionales al contener supuestos de hecho o intereses con posibilidad de definición, aun cuando su naturaleza conceptual sea indeterminada, deben orientarse a poseer viabilidad de concretar el valor sustancial o procesal del concepto²⁹⁸. Lo que quiere decir que tal indeterminación está sujeta a una solución, sin haber lugar para un

²⁹⁶ Ibidem, pág. 451 y ss.

²⁹⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda. "El concepto jurídico indeterminado de servicio esencial en la Constitución española" ... Op. Cit.

²⁹⁸ SAINZ MORENO, citado por FERNÁNDEZ GARCÍA. Ibid.

equivoco, provocando un error de hecho o derecho, esto de conformidad a la pertinencia de una interpretación desde la hermenéutica jurídica, lo que se encuentra en estricto sentido sometido a reglas y principios que sirven de lineamientos frente a la discrecionalidad, respondiendo efectivamente a una solución jurídica, contenidas en una decisión administrativa sin perjuicio de una vulneración legal o constitucional²⁹⁹

El uso del lenguaje desde la óptica constitucional responde a los intereses de un Estado Social de Derecho para el caso colombiano, lo cual manifiesta la necesidad de orientar la norma hacía conceptos de aplicación normativa tendientes al mayor alcance posible. Luego entonces, surge la generalidad de expresiones de carácter constitucional con sentido general que, pese a su naturaleza, determinan la posibilidad de configurar una solución de trascendencia jurídica que parte de un supuesto o un hecho de la realidad. Tales conceptos, contienen términos que devienen en el alcance y sentido de una decisión administrativa, sin mayor agravio de postulados constitucionales, dada la prevalencia de principios rectores que someten el criterio de la autoridad administrativa, al prever la fijación del caso concreto, interpretándolo y estabilizando el fin jurídico perseguido, conforme a la perdurabilidad del derecho³⁰⁰.

Es entonces como se hace notoria la trascendencia que poseen conceptos jurídicos indeterminados dentro de los conceptos constitucionales, al producir una determinación material ligada al deber ser desde la

²⁹⁹ NAVARRO, María. "Discrecionalidad administrativa". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 3, septiembre 2012 – febrero 2013. 2013. pp. 200-205.

³⁰⁰ HART, Herbert. *El concepto del derecho*. Traducido por CARRIÓ, G.. Op. Cit.

deontología hacia la norma, lo que constituye un contenido o criterio fijo, de libre discreción, ello sin posibilidad lógica de negar el concepto, su procedencia y aplicabilidad respecto del sentido difuso constitucional.³⁰¹

Al respecto, Martín Retortillo citado por Fernández García sostiene que la indefinición de un concepto constitucional tiene la capacidad en su esencia de tratarse de un concepto jurídico indeterminado dadas las cláusulas generales contenidas todo el articulado de la Constitución Política, las cuales manifiestan un entendido en el ámbito de aplicación de esta, asegurando la correcta conceptualización en su sentido amplio. Cosa distinta representa el sentido estricto del concepto jurídico indeterminado de naturaleza constitucional, pues es menester precisar técnicamente si la actuación o decisión administrativa contiene manifiesta la hipótesis constitucional, entendiéndola que esta no se sitúa en contravía al ordenamiento legal y constitucionalmente establecido. De lo cual se tiene que las actuaciones tanto particulares como singulares frente al estudio de la solución jurídica procedente es obligación lógica la concreción de entendido constitucional.

Ariño en cuanto al concepto jurídico indeterminado y su relación legal-constitucional no se aparta mucho de los dos autores anteriores, dado manifiesta que el sentido de estos se encuentra la naturaleza jurídica que contienen como concepto abierto, con un estándar jurídico-político no susceptible de control. En ese entendido, Ariño se enfoca en la solución del hecho jurídicamente relevante en concreto al hecho indicador, no

³⁰¹ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces., 1988.

permitiendo una interpretación unívoca sino de trascendencia casuística³⁰².

3.6 Principios, reglas, subreglas y conceptos jurídicos indeterminados.

Para Hart, el derecho tiene la particularidad de manifestarse a partir de dos clases de normas, las cuales son primarias y secundarias, las primeras son aquellas que ordenan una obligación respecto de su destinatario, las segundas establecen el espectro de supuestos fácticos bajo los cuales las normas primarias nacen, se modifican o mueren a la luz del derecho, y a su vez, poseen la facultad de determinar el control estricto del cumplimiento mediante las normas de reconocimiento, cambio y adjudicación³⁰³.

De lo anterior se desprenden otras clasificaciones normativas de amplia importancia para el derecho, dada la naturaleza de la norma jurídica a partir del ordenamiento de las conductas humanas, manifiestas sobre la forma de aplicación legal -para lo pertinente- de la decisión administrativa. A renglón seguido, es entonces menester, que se tenga en cuenta la importancia de las reglas y principios, partiendo desde su

³⁰² ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. "El enigma del contrato administrativo". *Revista de Administración Pública*. Núm. 172, 2007.

³⁰³ HART, Herbert. *El concepto del derecho*. Traducido por Carrió, G. Op. Cit.

esencia filosófica hacia su sentido práctico, ello con la materialización de la norma jurídica, bien sea originando, modificando o extinguiendo una decisión³⁰⁴. Al respecto de las reglas y principios señala Zagrebelsky que regularmente las reglas corresponden a normas de carácter legislativo, así como los principios se orientan preponderantemente frente a las normas constitucionales, estableciendo derechos e impartición de justicia³⁰⁵.

En lo que se refiere al término principio, en su sentido común se entiende como "causa, origen de algo", "base, origen o razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier momento". En lo que se refiere al término como plural se define como "norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta". Así mismo, la real academia de la lengua española define el principio de conformidad al derecho propiamente, sobre el que conceptúa que el este hace alusión a la "*norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales*"³⁰⁶.

Dado lo anterior, en sentido amplio se entiende el principio como una proposición, la cual es clara y evidente, a su vez no susceptible de demostración, lo cual no implica que no haya lugar a una valoración de justicia, pues, por el contrario, produce una valoración del hecho a

³⁰⁴ RUÍZ RUÍZ, Ramón. "La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho". *Derecho y Realidad*, Núm. 20, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UPTC. II Semestre 2012.

³⁰⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducido por GASCÓN, M. Trotta. Madrid, 1995.

³⁰⁶ *Ibidem*.

concretar a partir de conceptos jurídicos indeterminados o determinados, ello con base en la sociedad y las instituciones jurídicas. En tal sentido, es viable señalar que el principio también resulta de una aspiración, esta como una guía u orientadora que goza de un hecho jurídicamente relevante centrado.

En ese orden, para el Estado constitucional los principios son de alta relevancia, de conformidad a la necesidad de integrar en los textos constitucionales lineamientos e indicadores con la fuerza de producir una directriz de estricto cumplimiento, sin dejar de ser un concepto indeterminado con una o varias soluciones posibles frente a los hechos generados. Del mismo modo, al entenderse los principios desde el plano hermenéutico se tiene que resultan determinantes en un ordenamiento jurídico, estos como valores superiores de trascendencia jurídica, sin dejar de lado las realidades sociales, económicas y políticas³⁰⁷.

Para Dworkin, los principios conforme a su naturaleza representan un punto de conexión del espectro jurídico con la moral pensada, es decir haciendo tránsito a la ética, dos conceptos que juntos, determinan el plano deontológico de aplicación jurídica en el ordenamiento jurídico. Por tal razón, permanecen en el interior del entendido de la norma, sin dar lugar para un supuesto sin solución normativa³⁰⁸. Lo anterior parte del famoso debate entre Hart y Dworkin, donde el último considera el derecho

³⁰⁷VALENCIA HERNÁNDEZ, Javier. "Los principios y valores del Estado social de derecho como marco jurídico político para la resolución de los conflictos". *Gestión y ambiente Vol.10, Núm.1*. 2007. Pág. 105-1112.

³⁰⁸BARTH, José Francisco. "Principios y normas en la concepción del derecho de Dworkin (comentarios a las observaciones críticas de Luis Prieto Sanchís)". *Revista de Ciencias Jurídicas*, Núm.108 septiembre-diciembre. 2005. Pág.11-32.

como un sistema compuesto por principios y no meramente de reglas, es decir, desestima el dogma del positivismo jurídico de naturaleza formal, dando prevalencia a la naturaleza material que constituyen los principios³⁰⁹.

De alguna forma en el núcleo del debate Hart-Dworkin subyace implícitamente la idea del problema de los conceptos jurídicos indeterminados, puesto que al responder a la cuestión si el derecho es norma (reglas) o principios, es necesario, en el marco de este fuego cruzado, definir la naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados, más como reglas o como principios. Si nos orientamos a las posiciones que vinculan a estos conceptos indeterminados como fundamentos de la potestad reglada, tendrían más aproximación a reglas, pero si, ubicamos a los conceptos indeterminados como potestad discrecional, sus ribetes tendrán más connotaciones de principios. – aunque acá se ha aclarado que principios es otra categoría afín y más compleja-

Así, siguiendo en el centro del debate, en el pensamiento positivista de Hart en la llamada jurisprudencia analítica, el análisis del lenguaje resulta un elemento fundamental para llegar a una mejor comprensión del derecho, de hecho, para encontrar la esencia del derecho plantea una construcción lingüística – sociológica pues enseña que es importante centrar atención en cómo actúan las personas en las situaciones reguladas por el derecho y el lenguaje de que se valen para esa interacción. En cuanto al lenguaje en particular, Hart da cuenta que este

³⁰⁹ PÉREZ JARABA, María Dolores. *Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart*. Revista de Estudios Jurídicos No.10 segunda época. 2010.

tiene la particularidad de ser vago o tener textura abierta, y justamente en este punto es donde los conceptos jurídicos indeterminados van a encontrar punto de conexión con las teorías de Hart, pues este propone que para solucionar los casos en los que hay palabras con textura abierta (vaguedad como en los conceptos indeterminados), hay que diferenciar entre núcleo duro del significado y una zona de penumbra. En núcleo duro se refiere a aquella interpretación en la que hay gran consenso entre los intérpretes y usualmente ocurre en un caso fácil. En cambio, el área de penumbra es donde se encuentra los casos difíciles de interpretación, en los que es controvertible si se aplican el concepto indeterminado (expresión de textura abierta) en el los hechos objeto de análisis³¹⁰. Así, agregamos el administrador o juez, en caso de textura abierta, debe escoger prudentemente la alternativa que estime idónea.- sin llegar a apoyar la posibilidad de poderes abiertamente discrecionales en los jueces-

En Guastini, por su parte, no comparte el concepto de derecho dado desde el normativismo, concepción que identifica derecho con conjunto de normas y más bien, se refiere a problemas del lenguaje jurídico más allá de las normas, que tiene que ver justamente, con la concreción de principios, que implicará transformar principios en reglas precisas, lo cual para el autor es una operación en grado sumo discrecional, puesto que este razonamiento para arribar a una regla, no puede concebirse como deductivo, siendo su única premisa el principio en cuestión, sino que de

³¹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ GARAVITO, César, *La decisión judicial: el debate Hart- Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre. Universidad de los Andes, 2005.

alguna manera implica ciertos juicios de valor³¹¹. Desde este panorama, podemos señalar que estos postulados también tienen aplicación en materia de conceptos jurídicos indeterminados, puesto que también implican la realización de un ejercicio de concreción, y que ese ejercicio no es dable a través de criterios lógico-deductivos, debiendo acudir a los márgenes de volición que se asocian a plantear juicios valorativos.

Por otro lado, autores como Atienza y Ruiz-Manero, sostienen la existencia de una clasificación de principios, compuestos conforme al estudio doctrinal y jurídico devenido de autores como Carrió y Guastini; donde dada la naturaleza de cada principio responde a una aplicación o solución según su esencia³¹². Es menester mencionar algunos, los cuales son:

1. Principio en el sentido de norma muy general: regular supuestos de hecho de naturaleza predominantemente general. *2. Principio en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos:* implican conceptos abiertos y vagos en su descripción. *3. Principio en el sentido de la norma programática:* determina una obligación bajo un fin perseguido. *4. Principio en el sentido de norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico:* Manifiestan una determinada forma de vida, hechos sociales, económicos y políticos, es decir, frente al contexto. *5. Principio en el sentido de norma especialmente importante:*

³¹¹ Cfr. GUASTINI, Ricardo. Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Ciudad de México: Editorial Trotta- UNAM, 2008.

³¹² ATIENZA, Manuel & RUÍZ MANERO, Juan. *Sobre principios y reglas*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. 2001.

contienen una baja generalidad y en ocasiones se podría entender una determinación. 6. *Principio del sentido de norma de elevada jerarquía:* Todas aquellas, sean generales o de alta trascendencia y connotación positiva. 7. *Principio en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídica:* Frente a la interpretación y aplicación de la norma. 8. *Principio en el sentido de regula iuris:* De alta generalidad, permite la sistematización del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, los principios alcanzan a constituirse como herramientas discursivas y argumentativas, con un objeto de hallar una solución jurídica correcta, pese a la amplitud de sus sentidos al no ser reglas. No obstante, alcanzan resolver vacíos y lagunas de tipo axiológico y normativo, lo cual deviene en el ordenamiento de posibilidades fácticas y jurídicas³¹³. Luego entonces, de los principios se tiene que han presentado una revalorización, conforme a postulados más actuales como los de Zagreblesky, por lo que el valor de los principios compone una solución frente al debate iusnaturalista vs. positivista, ello, dado que en su mayoría los principios permanecen enunciados en la norma positiva, lo que le da un sentido y valor jurídico, sin dejar de lado la valoración natural esencial en la concepción de un Estado democrático.

Visto el debate doctrinal entre Hart y Dworkin³¹⁴ respecto de la discrecionalidad, junto a la materia de las reglas y la naturaleza de los

³¹³ VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime. "Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del ius novus ecuatoriano". *Iuris Dictio* Vol.13. 2010.

³¹⁴ GONZÁLEZ COVARRUBIAS, María de la Luz & ASPE DE LA ROSA, Miguel Ángel. *El debate "Hart-Dworkin": Una introducción a la discusión*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2015

principios, lográndose determinar la existencia a su vez de una antítesis del iusnaturalismo, ello traducida en reglas, lo que implica la valoración prevalente de la norma en su sentido estricto, lo anterior, gracias a las teorías de Dworkin y Robert Alexy donde las constituciones poseen tres diferentes clases de normas, correspondientes a *principios, reglas y directrices*³¹⁵.

Regla en su definición más general conforme corresponden a aquello que ha de cumplirse por estar acordado en una sociedad, organización o grupo, en el mismo sentido en acepciones de la Real Academia, modo establecido de ejecutar algo” y “en sentido moral, razón a que han de ajustarse las decisiones y las acciones”. De lo anterior, logra observarse que las reglas contienen desde su sentido más general un *stricto sensu*, es decir, abordan el cumplimiento de un supuesto de hecho, con una solución y un modo de aplicación específico, el cual, para el área del derecho, parte del estricto cumplimiento de lo sometido al imperio de la ley, ello conforme al derecho positivo³¹⁶.

A la luz del derecho las reglas corresponden por su naturaleza a ser normas de mandato o meros mandatos, los cuales tienen un resultado inequívoco, que es, cumplir o no cumplir, es decir, no hay lugar a un intervalo medio o múltiples soluciones, menos hay lugar conciliación o

³¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. segunda edición, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

³¹⁶ CIANCIARDO, Juan. “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*. Núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 891-906.

negociar lo postulado. Pues bien, las reglas constituyen pautas de comportamiento, siendo policivas o directrices, determinando un objetivo respecto del comportamiento, sea social, político o económico, conforme a nada o todo.

Por lo tanto, las reglas se definen en su concepto jurídico como la forma de direccionamiento de las acciones humanas, creando o definiendo derechos y deberes conforme a lo óntico, así mismo desde la técnica revestida de directrices procesales para la aplicación de la norma, y deónticas con referencia al deber ser con implicaciones jurídicamente relevantes, cumpliéndose o no. Ello con base al positivismo jurídico planteado por Bobbio, al explicarlo desde un enfoque metodológico positivo, viendo la regla como una exigencia³¹⁷, como ideología frente a la actitud valorativa: conforme al cual se obedece y cumple una norma; y como teoría: aplicando el estudio teórico de la visión de Estado, las fuentes del derecho, el ordenamiento jurídico y al fallador o administrador de justicia.

Hart en el concepto del derecho plantea el derecho a partir de reglas primarias, revestidas de mandatos y órdenes generales de estricto cumplimiento, del cual su incumplimiento deviene una sanción; así mismo señala la existencia de reglas secundarias, las cuales dan certeza y organizan las reglas primarias³¹⁸. Las reglas secundarias, Hart las clasifica en:

³¹⁷ Cfr. BOBBIO, Norberto. *Sobre el positivismo jurídico*. Debate, 1998.

³¹⁸ Cfr. H.L.A Hart, *El concepto de derecho...* Op. Cit.

Reglas de reconocimiento: Tienen como objeto el reconocimiento de las reglas primarias y secundarias que integran el ordenamiento jurídico, estas tienen la capacidad de observarse en las leyes expedidas por el órgano legislativo competente de un Estado, o en las normas que consuetudinariamente han adquirido fuerza de estricto cumplimiento al ser aceptadas por la sociedad, gozando de validez por lo que deben ser cumplidas³¹⁹. *Reglas de cambio o modificación y de derogación:* Manifiestan un carácter estático respecto de las reglas primarias, esto es, otorgando facultades a un sujeto con el objetivo de introducir e implementar reglas nuevas frente a la convivencia de una sociedad sin perjuicio de reglas previas, estas reglas son simples y complejas por su naturaleza limitadas o ilimitada, de lo que es dable inferir la menor rigidez encontrada en una regla³²⁰. *Reglas de autorización o adjudicación:* Son aquellas que facultan a un sujeto para la creación de normas, siendo de naturaleza pública o privada, así mismo, asignan competencias para el ejercicio de una potestad –en la presente: la decisión administrativa– imponiendo o adjudicando una consecuencia o solución jurídica, mediante una determinada actuación o proceso. De lo anterior se colige que las reglas partiendo de su naturaleza conllevan a una aplicación de todo o nada, ello dada la imposición de su disposición normativa, cuya solución se representa en hacer o no hacer como se ha señalado previamente.

³¹⁹ GÁRCIA HIGUERA, Rubén. “Papeles de teoría y filosofía del derecho: La regla de reconocimiento de H.L.A. Hart”. *Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid*. 2010.

³²⁰ MORALES VELÁSQUEZ, Andrés. “La regla del reconocimiento de H.L.A Hart: ¿Innecesaria reduplicación de las reglas de cambio o concepto con autonomía explicativa?”. *Pensamiento Jurídico*, Núm. 39. enero. 2014.

Al llevarlo al plano hermenéutico tal diferenciación de criterios entre principios y reglas se encuentran relacionado al tratamiento de la norma al momento de aplicar la concreción jurídica desde la distinción de Alexy, siendo conforme al tipo de validez normativa, esto es a partir de la validez moral, la validez social y la validez jurídica; conllevando la validez de la norma sea moral o jurídica. Lo que hace preciso enfatizar en el hecho por el cual los principios y reglas requieren de la validez de la norma.

La validez de la norma implica el análisis del principio o regla conforme a su tipo, naturaleza y objeto, lo cual se traduce en la legalidad, procedencia y viabilidad de la norma para ser aplicable en un hecho jurídicamente relevante concreto, estando acorde al ordenamiento jurídico o de acuerdo a una justificación de connotación moral³²¹, lo que implica una complementación, donde desde la argumentación jurídica es posible que haya lugar a una providencia pensada y sustentada de manera racional, dando respuesta la necesidad de permanecer y aplicarse tanto reglas como principios en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, desde la óptica de los conceptos jurídicos indeterminados los principios a partir de su carácter moral implican una abstracción social respecto de la aplicación normativa; así mismo, en cuanto a su graduación o ponderación frente a la realidad que resultare de interés para el derecho. Cosa distinta, sucede en las reglas, que desde su visión materializadora del derecho positivo, es decir, con base en lo estricto, determina la orientación normativa que debe llevarse a cabo, sin lugar a una adecuación discrecional, ni una valoración conforme a la realidad. No

³²¹ RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Londres: Hutchinson., 1975.

obstante, los principios y reglas que se encuentran manifiestos en los conceptos jurídicos indeterminados están sometidos al imperio de la Ley tal como lo expone Ara Pinilla³²², quien señala que la descripción que presenta una norma con un grado de generalidad u objetividad es producto de un fenómeno jurídico, el cual sea la circunstancia fáctica debe ser resuelto conforme a las diferentes voluntades contenidas por el legislador, sin perjuicio de las interpretaciones que puedan devenir de la discrecionalidad y la valoración por parte del juzgador a partir de la ponderación.

3.7 Del “interés general” como concepto jurídico indeterminado y como esencia a su vez del derecho administrativo.

El interés general se presenta como un concepto de amplia trascendencia, que resulta especial y esencial para el derecho, la ciencia política, y en general para las ciencias cuyo objeto abarcan la sociedad y su vida en el interior de esta. Este concepto surge aproximadamente durante el siglo XVIII, partiendo de las nociones de la iusfilosofía fuertemente arraigadas

³²² ARA PINILLA, Ignacio. *Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados...* Op. Cit.

y promulgadas a la luz de la revolución francesa y del derecho administrativo francés propiamente³²³.

Franch³²⁴ aborda el interés general bajo dos enfoques: por un lado, el interés general entendido como una suma de intereses que tienen los particulares, por otro lado, el interés expresado como una misión cuya responsabilidad recae sobre el Estado, representado a través de unos fines que deben ser impuestos a los individuos, lo que determina la voluntad de un conglomerado mayoritario de carácter general.

Del mismo modo, este concepto nació asociado a fuertes debates morales y religiosos que fueron de interés para la ciencias políticas y jurídicas, cambiando la concepción anterior, que recaía sobre el bien común, es decir, aquello que era mejor para todos de manera sucinta, lo anterior con base en postulados teológicos, los cual para el caso del interés general responde a la razón bajo un paradigma material y subjetivo.

Dada la caída de las monarquías en Europa por su despotismo, desconociendo sobremanera intereses superiores para con los cohabitantes de un territorio, entra a llenar tal vacío diversas teorías orientadas al interés general, marcándose una nueva época donde el derecho, la política y la iusfilosofía marcaron la instrumentalización que

³²³ FRANCH I SAGHER, Marta. *El interés público: la ética pública del derecho administrativo*. Universidad Autónoma de Barcelona. 2006.

³²⁴ Ibidem.

unificó el naciente concepto de ciudadano, atendiendo los intereses preponderantes para una vida en sociedad³²⁵.

Con el auge de la democracia bajo unos supuestos de hechos realistas³²⁶, prevalentes de la razón y con adecuados usos de las facultades conferidas bajo la concepción del poder³²⁷ surgen dos vertientes frente al interés general, las cuales han representado alta relevancia aplicativa a lo largo de la historia, que son: la teoría utilitarista³²⁸ del interés general, basada en la no intervención del Estado en las relaciones de los particulares o entre los ciudadanos, es decir, cada ciudadano debe satisfacer sus intereses personales para alcanzar el interés general, esto es a través de la prosperidad económica, cuyo principal teórico es Adam Smith³²⁹. Por otro lado, se encuentra la teoría liberal frente al interés general³³⁰, la cual señala la inexistencia de la satisfacción y valoración de los intereses

³²⁵ MARTÍNEZ GÓMEZ, Jesús Armando. "El poder, el bien común y los intereses individuales y sociales". *Contribuciones a las Ciencias Sociales*. Mayo de 2011.

³²⁶ RODRÍGUEZ BURGOS señala que a nivel internacional se vinieron a alcanzar niveles simétricos o equilibrados de democracia en las naciones en los años ochenta del siglo pasado, cuando en algunos países "de Europa, Asia y América Latina, se consolidaron regímenes democráticos, puesto que ciertos Estados, pusieron fin a los regímenes autoritarios que habían perdurado por largos periodos, al tanto que para otros fue el comienzo de liberalización de estos regímenes para cambiar a un gobierno democrático". Cfr. RODRÍGUEZ BURGOS, Karla. *Percepciones y valores asociados a la democracia... Op. Cit. Pág. 33*.

³²⁷ AGUILÓ BONET, Antoni Jesús. "El concepto de poder en la teoría política contrahegemónica de Boaventura de Sousa Santos: Una aproximación analítico-crítica". *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* núm.24. 2009.

³²⁸ FRANCH I SAGHER, Marta. *El interés público*. Op. cit

³²⁹ SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones*. Traducido al español por RODRÍGUEZ BRAUN, Carlos. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

³³⁰ FRANCH I SAGHER, Marta. *El interés público*. Op. Cit.

comunes cuando la ley desconociera los intereses personales; traducido lo anterior en la necesidad de la intervención del Estado en los asuntos que regulan la vida en sociedad, a través del denominado contrato social, expuesto por Rousseau, quien sugiere que el interés general únicamente puede establecerse a partir del contrato social, permitiéndole a los ciudadanos alcanzar tanto intereses personales como comunes, lo que consolida un orden social³³¹.

Con base en la priorización del orden social el interés general se constituye como el factor determinante que justifica el acto y la actuación administrativa³³², por ello su amplia participación en las nociones públicas, es decir, de acuerdo a los servicios públicos y las funciones públicas. De lo que se tienen los sentidos que se constituyen a partir del entendido del concepto del interés general frente a las decisiones administrativas, visto tal concepto, de conformidad a su naturaleza hermenéutica como concepto jurídico indeterminado.

El interés general como concepto jurídico indeterminado – concepto inaprensible - busca brindar cobertura a las actuaciones administrativas, así como limitar el poder detentado por la Administración en el ejercicio de sus funciones públicas³³³, lo anterior pese a que por su naturaleza práctico-jurídicas son imprecisas, indeterminadas y equívocas³³⁴.

³³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social* [1762]. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

³³² FRANCH I SAGHER, Marta. *El interés público*. Op. Cit.

³³³ WOLTERS KLUWER. *Concepto de interés público*. Guías jurídicas. 2019.

³³⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Y FERNÁNDEZ, T. R. ... Op. Cit.

Entender el interés general o el interés público como concepto jurídico indeterminado puede llevar a concebir en el desaparecimiento de la discrecionalidad, ya que este concepto posee una dosis muy fuerte de componentes valorativos y un extenso halo de incertidumbre, siendo el interés público el fin o la esencia de la actividad administrativa, teniendo en consideración que las normas en la mayor de veces no especifican que debe entenderse por interés público o interés general³³⁵. En ese sentido, es menester resaltar el dinamismo del concepto del interés general, esto de conformidad a los cambios sociales, políticos y jurídicos, los cuales se adaptan al momento y situaciones en particular respecto del espectro territorial en el que deba declararse la prevalencia del interés general³³⁶.

Dicha declaratoria al interés general se produce bajo unos parámetros con un rigor lógico y hermenéutico, es decir, mediante la definición del concepto, a través de lo dispuesto por el legislador, siguiendo por el entendido que debe llevar a cabo la Administración de acuerdo a la aplicación del concepto analizado, aunado a la ponderación de los supuestos de hechos jurídicamente relevantes para determinar el sentido de mayor prevalencia, que es menester dictar respecto del interés general. Bajo ese abordaje el Consejo de Estado Francés determina el interés general como un concepto de carente de definición única que resulta altamente invocado, lo que resulta por un lado ventajoso para la satisfacción de las necesidades del conglomerado social a través de decisiones administrativa, no obstante, también puede operar en sentido

³³⁵ ALONSO MAS, María José. *La solución justa en las resoluciones administrativas (libro)*... Op. Cit. Pág. 312.

³³⁶ FRANCH I SAGHER, Marta. *El interés público*. Op. Cit.

adverso a los intereses particulares, dada la indeterminación y ausencia de exégesis de su aplicación a nivel normativo sustancial y procesal³³⁷.

Ahora bien, al representar tanta importancia el interés general en cuanto al derecho administrativo, desde la contratación administrativa a las facultades de sede administrativa, entre las que se encuentran las decisiones administrativas, las cuales convierten este concepto en un garante de las responsabilidades administrativas que pueden devenir en fallas del servicio, es decir, en acciones u omisiones. Bajo tal entendido, se asevera una relación de ponderación en los conceptos jurídicos indeterminados, cercanos a la actividad administrativa con la ética como concepción del conglomerado y las autoridades, lo que supone una garantía de la correcta materialización del poder³³⁸.

Resulta imperante señalar que en los casos en los que la jurisdicción de lo contencioso administrativo evalúa el proceder de la Administración con respecto a una determinada actuación, prevé como primera medida, la legalidad conforme a la acción u omisión del ente, así mismo, si se actuó conforme a los intereses generales dispuestos en las normas o no. Por lo que se determina la preservación del concepto o vulneración, teniendo en cuenta el grado de discrecionalidad al que se enfrenta tal análisis, para el cual, se aplican los entendidos dejados por el legislador en el derecho positivo o en la jurisprudencia a partir de fallos proferidos por las altas cortes que frente al caso resulten aplicables.

³³⁷ RAPPORT DE CONSEIL D'ÉTAT. *Jurisprudence et Avis*. Núm.59. 1999.

³³⁸ DEGUERGUE, M. *Le contentieux et la responsabilité: politique jurisprudentielle et jurisprudence politique*. Ajda. 1995.

Capítulo 3. Interpretación, argumentación, lógica y aspectos de teoría jurídica en el marco de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados.

Capítulo 4.

Límites en la aplicación y concreción de conceptos jurídicos indeterminados, su control judicial y sustitución.

Capítulo 4. Límites en la aplicación y concreción de conceptos jurídicos indeterminados, su control judicial y sustitución.

4.1 Criterios limitativos de la concreción de conceptos jurídicos indeterminados en la Administración pública.

En este último capítulo que se irrumpe, después de haber trasegado por algunas concepciones teóricas –dogmáticas de los conceptos jurídicos indeterminados y su punto de anclaje con las amplias potestades que despliegan las Administraciones públicas, se abordará una cuestión axial de esta disertación, esto es, el planteamiento de unos criterios que puedan servir como parámetros limitativos a la actuación administrativa cuandoquiera que interprete, aplique o concretice los conceptos indeterminados para el cumplimiento de su función a través del ejercicio de sus potestades. Tales criterios podrían utilizarse en dos grandes fases o momentos: Una primera fase correspondería al segmento de la sede de actuación propia de la Administración, vale decir, la “sede administrativa”, en la que los criterios que se van a plantear, actuarían como “posibilidades de autocontrol” y otra fase que correspondería a la jurisdiccional, caso en el cual, estaríamos en presencia de un “hetero-control”. Esta última entendida, como la situación en la cual un órgano externo cuenta con facultad para revisar, modificar, anular e incluso sustituir una decisión – en este caso administrativa-. Y en la materia de conceptos jurídicos indeterminados analizaremos que esta revisibilidad externa como noción de hetero-control es plenamente practicable.

De alguna manera las Administraciones públicas tienen la potestad de autocontrolar su actuación, cuandoquiera que en su ejercicio público de manera autónoma usen de modo anticipado todos los criterios que se van a exponer. Incluso en la misma sede administrativa los ciudadanos sin acudir a jueces pueden pedir que reconsideren sus decisiones. En todas estas esferas será un ejercicio de autocontrol, porque es la misma Administración la que decide enmendar sus actuaciones. Pero cuando sus actos son llevados a un órgano jurisdiccional para pasarlos por el tamiz de los criterios limitativos que se sustentarán, y el juez en el ejercicio del control revisa, anula o incluso sustituye su decisión, nos encontramos en el escenario de hetero-control.

Así pues, hemos planteado dos cuestiones fundamentales: primero, que desarrollaremos teóricamente – con factibilidad de aplicación práctica – unos criterios limitativos al ejercicio de la aplicación o concreción del concepto jurídico indeterminado; segundo, que esos criterios pueden emplearse en dos fases de control (sede administrativa de “auto-control” y sede jurisdiccional de “heterocontrol”). En cuanto a la primera cuestión, resulta imperioso aclarar qué entenderemos o bajo qué prisma se debe observar, lo que aquí llamamos, criterios limitativos de la actividad concretizadora de conceptos jurídicos indeterminados. En ese orden, un criterio limitativo en el marco de nuestra tesis debe comprenderse como un canon axiomático o una pauta de regulación general, que funcionan como un tamiz entre un concepto jurídico abstracto y un concepto jurídico material, y si en la aplicación del concepto abstracto se logran traspasar los finos tejidos del matiz-control, para unirse con la realidad que se pretende representar, el concepto se encuadra adecuadamente en la realidad y por tanto supera el filtro – el matiz-, *verbigracia*, si una

Administración pública pretende aplicar una medida para enfrentar un problema social determinado, puede sustentarse o apoyarse en el concepto jurídico indeterminado "interés general", y argüir que para satisfacer el interés general de la comunidad se requiere adoptar una concreta medida, que incluso puede consistir en una restricción. Ahora bien, el quid del asunto está, en que lo que la Administración ha entendido como interés general como concepto abstracto, lo haya logrado descender, materializar o llevar a un plano real o vivencial para que se armonice con lo que en la realidad viva de todos los ciudadanos representa un irrefutable interés general.

Bajo ese esquema planteado, los criterios limitativos que corresponde también a algunos principios generales del derecho, servirían para constatar, por ejemplo, si la medida con la que se pretende solucionar un problema es "proporcional", es "racional", es "necesaria", y tales cánones – entre otros-, representan lo que exponemos aquí como filtros o el tamiz-control, que podrán dejar pasar o no, por sus poros la materialización del concepto indeterminado. Pero quien realiza el juicio de si es el tamiz es superado, es en primer término, la Administración y en segunda fase los tribunales, aunque frente a determinados conceptos, se puede discutir si los jueces pueden imponer su visión sobre la correcta concreción o materialización³³⁹ comoquiera que determinadas medidas no deben ser analizadas solo desde la perspectiva jurídica, sino desde la óptica política

³³⁹ En un sentido Similar, pero acudiendo a otro concepto jurídico indeterminado, FERNÁNDEZ GARCÍA se cuestiona si es controlable por los Tribunales Constitucionales las decisiones legislativas - aunque también podría predicarse de las administrativas - de dar la condición de "esencial" a un concreto servicio que se esté prestando o se prestará, o si, a contrario sensu, se está frente a una decisión ostensiblemente política, no susceptible de revisión jurídica por los Tribunales. Ver: FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda. "El concepto jurídico indeterminado de servicio esencial en la Constitución española" ... Óp. Cit.

de las conveniencias que incumbe a la Administración, pero este tópico, se desarrollará más adelante en el contexto del control jurisdiccional.

Como ya hemos adelantado en el párrafo precedente, algunos criterios limitativos que vamos a desplegar como cánones o tamiz control – como se le aludió figuradamente – son la proporcionalidad, la necesidad, la racionalidad, la razonabilidad, la coherencia sistémica, entre muchos otros. Estos criterios que desarrollaremos a continuación y que en la práctica corresponden muchos de ellos a principios generales del derecho, no implicarán un análisis exhaustivo de todo principio que pueda tener esa función limitadora, de hecho, quedarán muchos por fuera, como la igualdad, la equidad, la justicia material etc. o institutos como el “patente error”, o la teoría de la única solución justa, que también podrían argumentarse como métodos de contención ante una concreción viciada de conceptos indeterminados.

Valga recalcar que algunos de los criterios que se expondrán son de origen doctrinario, otros de raigambre jurisprudencial, como también plantearemos redefiniciones a algunos de ellos, en el marco de la producción científica de esta tesis. De unos a otros es posible que sus fronteras epistémicas conceptuales prácticamente se hallen desvanecidas, pero se intentará realizar el esfuerzo para deslindarlos en unas autónomas teorías.

Tenemos así, allanado la perspectiva conceptual de lo que en este capítulo se abordará, presentando una pequeña lista de criterios limitativos, insistiendo que tal lista no es de ninguna manera un cuerpo exhaustivo, sino por el contrario meramente enunciativo, y siempre estará abierto a

la posibilidad de agregar, reforzar o redefinir sus contenidos, como cualquier conocimiento de las ciencias en general que debe entenderse sujeto a su falsabilidad o refutabilidad.

Como puntada final del apartado, es preciso aclarar que se ha seleccionado el empleo del vocablo "criterios limitativos" o simplemente "límites" para hacer alusión a todos aquellos parámetros que funcionaran como freno razonado a la actividad administrativa en sede aplicativa de conceptos jurídicos indeterminados. Y se hace esta claridad, ya en muchos sectores de la doctrina, especialmente europea, se hace referencia a la expresión "técnicas de control" con pretensiones más o menos asimilables a la de nuestro trabajo. Ahora bien, se ha preferido la expresión "límites" ya que a nuestro parecer estos representan puntos o líneas inmateriales – pero con fuerte rigor teórico y técnico-científico – que no deben o no pueden sobrepasarse. En este caso, líneas teórico jurídicas que enmarcan la actuación de la Administración con la finalidad que no desborden presupuestos de carácter principialísticos, sustantivos o formales, que vienen a constituir garantía real de sometimiento de la Administración al Estado constitucional³⁴⁰.

³⁴⁰ VICIANO PASTOR y MARTÍNEZ DALMAU, señalan que el marco del neoconstitucionalismo, es posible diferenciar entre el concepto formal y material del Estado constitucional. La diferencia se encuentra en que "no es un Estado constitucional aquél que cuenta con un texto que se autodenomina Constitución (concepto formal), sino el que cuenta con una Constitución en sentido propio (concepto material), es decir, fruto de la legitimidad democrática y que cuenta con instrumentos que garantizan la limitación del poder y la efectividad de los derechos contemplados en el texto constitucional". Estos autores insisten que el Estado constitucional es una noción, no anquilosada, sino en permanente evolución, ya que en todo momento se debe "estar luchando por hacer efectivos sus dos elementos fundamentales: el de legitimidad democrática y el de normatividad". Teniendo en consideración que la Constitución "es el elemento de enlace entre política y derecho y el mecanismo de legitimación democrática de éste". VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano". *En el nuevo*

4.1.1. La Proporcionalidad.

La mayoría de estudios sobre la proporcionalidad como principio o como herramienta metodológica para la solución de problemas jurídicos, sitúa el origen de este criterio o método limitativo en la jurisprudencia y doctrina alemana, especialmente en el contexto de la posguerra, y de allí se fue expandiendo y ensanchando sus alcances teóricos a un gran número de Estados de la Europa continental y siguió su marcha hasta penetrar con solvencia en los países latinoamericanos, con mayor acentuación en las decisiones de los tribunales constitucionales y contenciosos administrativos³⁴¹. De igual forma, cortes internacionales encargadas de la protección supraestatal de derechos humanos fundamentales como la Corte Europea y la Corte Interamericana de derechos humanos, han echado mano de este criterio para solucionar casos planteados, vislumbrándose mayor fundamentación con rigor teórico y con justicia material.

Para Cárdenas Gracia³⁴², citando a Pavel Höllander, la proporcionalidad hunde sus raíces a partir de un entronque entre la teoría de los principios

constitucionalismo en América Latina. Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. 1 ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. Pág. 15.

³⁴¹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado 2014, XLVII (Enero-Abril).

³⁴² *Ibíd.*

de Dworkin³⁴³ y las teorías de la argumentación jurídica y de los derechos fundamentales de Robert Alexy, argumento que acompañamos por los nexos manifiestos que se dejan notar en la teoría resultante de la proporcionalidad.

Ya habiendo posicionado la génesis de la proporcionalidad en el marco espacial y temporal de la Alemania de la posguerra, ahora, desde el punto de vista de la disciplina jurídica particular, también es importante destacar que este criterio tuvo sus cimientos en el derecho penal, de manera que, era una directriz fundante que las sanciones debían ser ajustadas conforme a la gravedad de la ofensa, atendiendo a la relevancia social del fenómeno constitutivo de agravio y los bienes jurídicos que se pretenden tutelar³⁴⁴, esto es, se precisaba de un escrutinio puntilloso a fin de establecer una proporción entre pena-delito teniendo en cuenta factores sociales y derechos en juego. En ese sentido, Sapag menciona que del derecho penal clásico se extrapoló la idea de la "prohibición de exceso"³⁴⁵, como un criterio que impedía aplicar penas demasiado drásticas a

³⁴³ Por lo que autores como Pavel Höllander sostienen que la proporcionalidad alemana resultó influenciada en una especie de enlace con aspectos del derecho anglosajón, principalmente posturas sobre enfrentamiento de principios o derechos según visiones de Ronald Dworkin. HÖLLANDER, Pavel, "El principio de proporcionalidad: ¿variabilidad de su estructura?", en Sieckmann, Jan-R. (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid: Marcial Pons, 2011.

³⁴⁴ SAPAG, Mariano A. "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado". *Revista Dikaion*, Núm. 22, diciembre 2008.

³⁴⁵ Respecto a esta expresión Sapag, trayendo a cuento la obra de José López González, "El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo", esgrime que fue en la jurisprudencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia entre los años de 1875 y 1941, en la que se comenzó a plantear un límite de la actividad punitiva del Estado, fundado en la prohibición de exceso. *Ibidem*.

comportamientos que no generaban un grado de reproche elevado ni en la víctima individualmente considerada, ni en la sociedad en general.

Del derecho penal clásico la doctrina sobre la proporcionalidad se lleva a la escena del derecho administrativo, primero al derecho administrativo policivo - sancionatorio y posteriormente a la teoría general de los actos de la Administración. Sentando allí la concepción que, dentro de los límites a la actividad de la Administración, se encuentra que las medidas que pretenda adoptar para solventar determinadas necesidades, deben ser proporcionales a los fines que se persigan e invadir en los más mínimo las garantías y libertades de los ciudadanos, de tal suerte que las restricciones que se deriven de las medidas se ajusten a la magnitud de las realidades imperantes.

Pasando a una necesaria conceptualización de la proporcionalidad, encontraremos que no existe en la doctrina una tesis unitaria o pacífica de lo que debe entenderse por este criterio. Aunque podemos englobar las nociones en dos grandes categorías teóricas. Las que apuntan a que es una herramienta para resolver colisiones de principios o derechos y las que se orientan a establecer que es un método para determinar si ciertos medios se ajustan para cumplir un fin constitucionalmente válido y no restringe libertades comparativamente superiores al fin perseguido.

Conforme al primer supuesto categórico planteado, Martínez García y Leal Holguín expresan que el principio de proporcionalidad es un dispositivo fundamental para garantizar la coexistencia de los principios del ordenamiento jurídico. Partiendo de la concepción de que no hay principios absolutos, así pues, este mecanismo permite garantizar que los

principios se materialicen en la mayor medida posible, teniendo consideración las condiciones de hecho y de derecho bajo las cuales se encuentren, de modo que, la proporcionalidad permite la coexistencia de los principios en colisión³⁴⁶.

Los autores mencionados de alguna manera, cuando justifican el uso de la proporcionalidad en el derecho administrativo también se circunscriben a la segunda concepción. Puesto que plantean que la proporcionalidad implica que la Administración se encuentra en la capacidad de determinar qué medidas se deben tomar para alcanzar los fines propios de su potestad³⁴⁷. En ese orden de ideas, es dable establecer si la medida adoptada por la Administración es o no proporcional³⁴⁸. Aunque sostienen que este método solo opera respecto del ámbito de las actuaciones discrecionales, punto frente al cual, como lo dejaremos expuesto más adelante, nos mostramos en desacuerdo, ya que en materia del ejercicio de actividades derivadas de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados también es posible aplicar este criterio como límite a la concreción de tales conceptos indeterminados.

³⁴⁶ MARTÍNEZ-GARCÍA, Juan Diego, LEAL-HOLGUÍN, Antonio. “Arbitrariedad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado. El principio de proporcionalidad como protección contra la arbitrariedad”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Núm. 19, Julio-diciembre, 2011, Pág. 237.

³⁴⁷ En esta misma orientación también se expresa, MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Sello editorial Universidad Externado de Colombia. 2018. Pág. 39 y ss.

³⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 244.

Por su parte para Yanira Zúñiga, el criterio de proporcionalidad “es una forma específica de ponderación o de balanceo entre política legislativa” – agregaría entre decisiones administrativas - “y respeto de derechos fundamentales”³⁴⁹. Así pues, la proporcionalidad actuaría, también, como parámetro de control de los actos de la Administración y, como parámetro de control genérico de las actuaciones del legislador.

Coincidiendo en mayor grado con la segunda concepción arriba esgrimida, Díaz García argumenta que con frecuencia las autoridades establecen una serie de restricciones o limitaciones al ejercicio de ciertos derechos o libertades con la finalidad de satisfacer otros intereses. Este autor enseña, que dado este escenario el examen de proporcionalidad es un instrumento utilizado por los jueces – agregaría que también por la Administración para su autocontrol - que tiene como función ofrecer soluciones prácticas para resolver correctamente los enfrentamientos “entre los derechos fundamentales y otros derechos fundamentales o bienes constitucionales”³⁵⁰ por medio de una metodología racional que contrapone intereses jurídicos enfrentados a fin de establecer si una medida de restricción es adecuada, justa, no excesiva respecto del fin perseguido. Siguiendo estas mismas orientaciones conceptuales, Carrillo de la Rosa y Pereira Blanco arguyen que la proporcionalidad debe concebirse como “la justa medida que debe existir entre las diferentes acciones que se adopten para contrarrestar el orden perturbado y la

³⁴⁹ ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira. “El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno”. *Ius et Praxis*, Núm.16 (Sin mes): Pág. 260, 2010.

³⁵⁰ DÍAZ GARCÍA, L. Iván. “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, Sin mes, 2011.

situación que se pretende restablecer. Esto quiere decir que la proporcionalidad es la razonabilidad que debe mediar entre la medida y la gravedad de los hechos”³⁵¹.

La anterior conceptualización, nos permite señalar que cierto sector de la doctrina ha dado un tratamiento indistinto a las nociones proporcionalidad y razonabilidad, incluso algunos tribunales constitucionales no distinguen entre los test de proporcionalidad y los test de razonabilidad. Esta situación la podemos constatar en la doctrina de los profesores Coviello³⁵² y Sapag³⁵³ en el caso de Argentina o Tirado Barrera³⁵⁴ y Torres Zúñiga³⁵⁵ en lo que respecta a ciertas aportaciones desde el Perú, países donde mayoritariamente se ha tratado como concepciones homogéneas. En el marco de este trabajo, nos apartaremos de esta posición unitarista, toda vez que se concebirán las categorías proporcionalidad y razonabilidad como elementos con cierta delimitación conceptual, aunque en realidad, separados por una línea fronteriza muy fina, pero en nuestro esfuerzo por

³⁵¹ CARRILLO DE LA ROSA, Yezid & PEREIRA-BLANCO, Milton. “Principio de proporcionalidad, argumentación jurídica y potestad discrecional de la Administración pública: análisis desde los límites a los derechos y garantías fundamentales”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Núm. 18, Julio -Diciembre, 2017.

³⁵² COVIELLO, Pedro José Jorge. “El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo”. *Derecho PUCP*. Núm.67, Julio-Noviembre, 2011.pp. 139-152.

³⁵³ SAPAG, Mariano A., *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado...* Op. Cit.

³⁵⁴ TIRADO BARRERA, José Antonio. “Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional”. *Derecho PUCP*, Núm. 67, Julio-noviembre, 2011. pp. 457-467.

³⁵⁵ TORRES ZÚÑIGA, Natalia. “Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina”. *Derecho PUCP*, Núm. 75, Julio-Diciembre, 2015. pp. 95- 117.

construir teorizaciones autónomas, abordaremos esta empresa con pretensiones de divergencia en acápite siguientes.

Un aspecto de suma trascendencia sobre el criterio de la proporcionalidad, es la pauta metodológica que se debe agotar para poder aplicarse a fin de resolver problemas jurídicos. Esta pauta para llevarse a cabo, integra una secuencia acumulativa y eliminatoria de pasos, que la doctrina ha denominado subprincipios. Acumulativa indica que deben irse agotando los pasos en el estricto orden en que se encuentren, y eliminatoria implica que, si no supera el análisis en uno de esos pasos, hasta allí llegaría la evaluación de la proporcionalidad, ya que es necesario superar todas las etapas para que se considere que una determinada decisión ha superado el criterio referido.

Los subprincipios que se deben superar son subprincipio de idoneidad o adecuación, el subprincipio de necesidad o indispensabilidad, y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto³⁵⁶. Pasamos brevemente a desarrollar cada uno de estos:

³⁵⁶ Estos han sido desarrollados tanto por la jurisprudencia constitucional española como la colombiana, aunque es posible encontrar diferenciaciones en términos semánticos, conceptuales o terminológicos.

4.1.1.1. Idoneidad o adecuación:

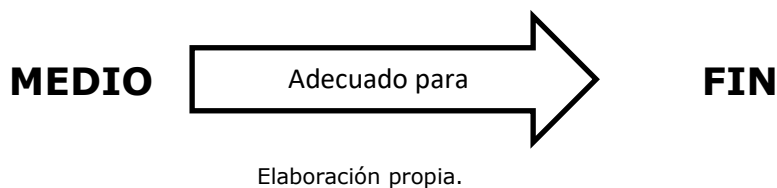
Este Subprincipio tiene en cuenta dos elementos fundamentales. Los medios (medidas empleadas) y el fin perseguido (finalidad de la medida). Y básicamente en este examen, lo que se busca es determinar si los medios sirven o son eficaces para alcanzar el fin pretendido. Pero es necesario antes de realizar este ejercicio constatar cual es la naturaleza de los medios y cual la de los fines, esto es, se debe buscar el medio coherente y pertinente con lo que se persigue y un fin constitucionalmente legítimo³⁵⁷. Así, toda medida, acción o intervención de las autoridades en las libertades y garantías de los particulares debe ser adecuada para obtener un fin legítimo a la luz de Constitución o del bloque de constitucionalidad³⁵⁸.

La adecuación tiene que ver entonces, con la capacidad de que el medio sea idóneo para alcanzar el fin. Estos fines deben tener correlación con las metas del Estado social y democrático de derecho como núcleo esencial en todo fundamento de acciones administrativas. En cuanto al análisis específico de las medidas o medios, deben ser los más adecuados,

³⁵⁷ BERNAL-PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. No 36. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales CEPC, 2003.

³⁵⁸ MARTÍNEZ-GARCÍA, Juan Diego, LEAL-HOLGUÍN, Antonio, *Arbitrariedad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado...* Op. Cit pág. 245.

no superfluos o ineficaces³⁵⁹ para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo. Esto nos da entender que frente a un evento concreto las autoridades cuentan con un abanico de opciones para intervenir, pero estas deben realizar un juicio sopesado o puntilloso para arribar a una medida de estas características, descartando las que no las cumplan o sean eficaces para llegar al fin.



4.1.1.2. Necesidad o indispensabilidad:

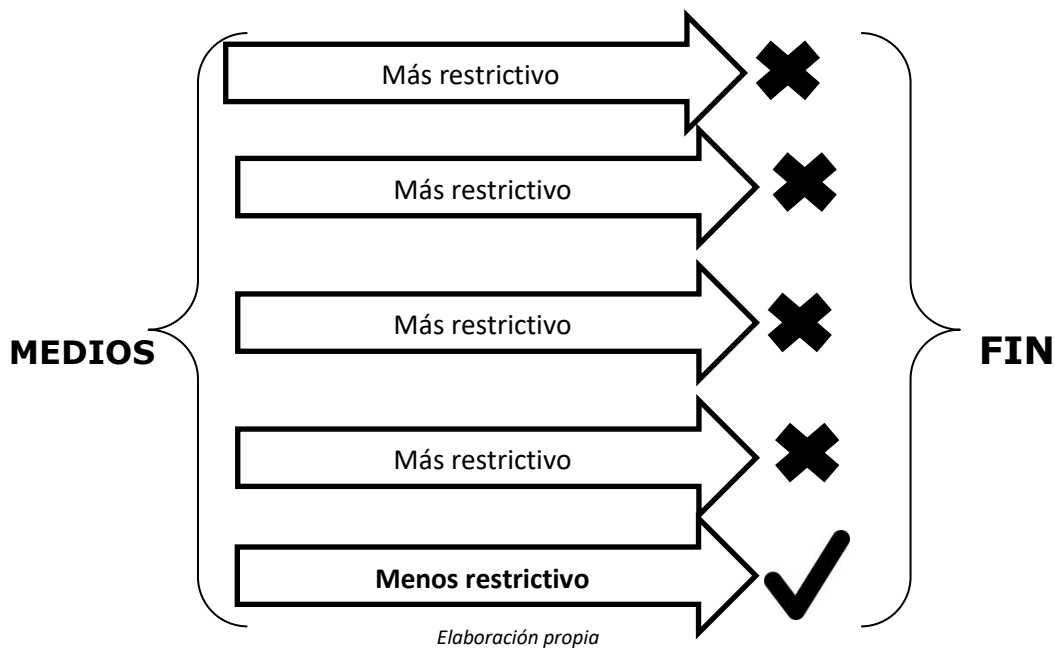
Este Subprincipio se fundamenta en que, para alcanzar determinado fin constitucionalmente legítimo, la Administración puede contar con varias alternativas de solución, esto es, con varias opciones de medidas o medios a emplear. El problema radica en que estas medidas afectan en mayor o menor magnitud los derechos y libertades de los particulares que ya puede provocar de manera directa o indirecta una intervención o invasión en aspectos diversos de sus vidas. Pues bien, esta evaluación implica escoger de todas las medidas que de acuerdo al examen anterior han resultado idóneas, la menos restrictiva, lesiva, invasiva o

³⁵⁹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad...* Ob. Cit Pág. 74.

intervencionista en la esfera vital de los ciudadanos, aclarando que todas estas medidas deben tener el mismo nivel de idoneidad.

En esta etapa valorativa entonces, se busca escoger la alternativa menos gravosa o más benévola, entre todas aquellas que tengan el mismo rango de adecuación o idoneidad para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo. Respecto al Subprincipio de necesidad o indispensabilidad Cárdenas Gracia de manera certera, hábil y precisa señala:

Si existen medidas de intervención o afectación a los derechos fundamentales menos gravosas y se escoge una alternativa más gravosa a las existentes, la intervención o afectación en los derechos fundamentales no es correcta, a menos que quede acreditado que existen imposibilidades técnicas o costos económicos exorbitantes que impidieron escoger una alternativa menos gravosa que la escogida³⁶⁰.



³⁶⁰ Ibídem. Pág. 74-75.

4.1.1.3. Proporcionalidad en sentido estricto:

Una vez verificado que la medida es adecuada para cumplir el fin y que resulta la menos gravosa para los ciudadanos, se pasa a un tercer examen, que para algunos es un típico ejercicio de ponderación³⁶¹. En este tercer escalón, se van a dimensionar comparativamente dos elementos cruciales: i) el grado de afectación o restricción a derechos o libertades, que sería el costo o el sacrificio que hace la Administración, y ii) la ventaja o mayor bienestar que reporta la intervención administrativa, que en este caso sería el beneficio. Estos dos elementos son puestos en una balanza valorativa, objetiva y racional, y si de la comparación de ambos se obtiene que las afectaciones son mayores a la satisfacción que se pretende alcanzar como fin legítimo, se llegará a la conclusión entonces, que determinada medida administrativa no es proporcional y por tanto deviene en inconstitucional.

En cuanto al primer elemento, este grado de afectación, restricción o intervención puede ser categorizado en diferentes matices de intensidad, como leve, medio o grave, y en lo que respecta al segundo elemento se determina su importancia o peso abstracto con relación a grado de afectación. Así, cuanto mayor sea la afectación, mayor siempre debe ser la satisfacción o beneficio.

³⁶¹ BERNAL-PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad ... Op. Cit.

En ocasiones los dos elementos descritos, se reducen a plantearse como colisión entre principios o derechos, así, por ejemplo, si la Administración pretende prohibir en un lugar las ventas estacionarias tradicionalmente permitidas, podemos decir que aquí, nos encontramos frente a una medida que produce una afectación (derecho al mínimo sustento de los vendedores) pero que persigue un fin legítimo amprado constitucionalmente (garantizar el disfrute del espacio público). Bajo este escenario, la pregunta que intentan resolverse haciendo un ejercicio de proporcionalidad ¿si es mayor la afectación a derechos que se produce frente al beneficio o satisfacción que se pretende alcanzar?, ¿se justifica constitucionalmente restringir el derecho X por satisfacer el derecho Y?³⁶² Como vemos, a pesar que se ha llegado a este tercer escalón, responder la pregunta no consiste en una mera fórmula matemática o aritmética que te arroja un resultado siempre igual y correcto. La evaluación de cada caso concreto dependerá de factores internos (subjetividades de cada evaluador) y externos (circunstancias sociales, económicas, geográficas, culturales).

En síntesis, compartimos con Garro Parra, que la proporcionalidad en sentido estricto, como tercer reglón valorativo del criterio que se estudia, consiste en que la autoridad realice el ejercicio de "expresar y explicar: i) los derechos resguardados con la medida, ii) la restricción de derechos para los ciudadanos que deben soportar la medida y iii) sopesar si es mayor el beneficio obtenido o mayor el perjuicio causado; si el beneficio

³⁶² Y no plantear un método reduccionista de resolución de los conflictos, con el simple apotegma de la prevalencia del interés general sobre el particular, ya que frente a teorías modernas de contra-mayoritarismos de derechos, las minorías no deben ser simplemente aplastadas por una mayoría matemática, sino que un juicio serio de proporcionalidad es el que está llamado a encontrar una solución justa.

es mayor la medida se justifica por ser proporcional, por el contrario, si la restricción de derechos o beneficios es superior a los beneficios obtenidos la medida será desproporcional”³⁶³. A la postre, en forma simple y hasta gráfica, nos atrevemos a señalar que la Administración como persona - jurídica, pero al fin persona- también tiene reacciones frente a hechos que le ocurren, si esas reacciones que son las medidas que adoptan, son más graves o impactantes que los mismos hechos, podemos decir que la Administración tomó una reacción desproporcionada.

En este punto, ya habiendo analizado el origen, concepto, alcance y etapas (subprincipios) de la proporcionalidad como criterio y juicio para resolver problemas en el marco de la actividad administrativa en general, es necesario dilucidar como opera la proporcionalidad como límite del ejercicio de concreción y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, desplegado por la Administración pública.

La proporcionalidad funciona como criterio limitativo de la concreción de conceptos jurídicos indeterminados, de acuerdo al siguiente planteamiento argumentativo que vamos a exponer: En primer término, se ha señalado que realizar un juicio de proporcionalidad implica en su escalón preliminar verificar si un medio es idóneo para alcanzar un fin. Ahora bien, ese fin perseguido puede estar representando en un concepto jurídico indeterminado³⁶⁴, en el entendido que la Administración señala

³⁶³ GARRO PARRA, Álvaro. “Principio de proporcionalidad como límite material para la imposición de la medida preventiva en materia ambiental de suspensión de obra, proyecto o actividad”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Núm. 46, Julio-diciembre, 2016.

³⁶⁴ Representado desde la óptica de la potestad atribuida a la Administración, ya que el mismo legislador puede delimitar su accionar o representando en por un concepto indeterminado que la misma Administración escoge para justificar una medida que desee adoptar.

como justificativo para aplicar una medida el logro de un fin constitucionalmente legítimo que puede tener contornos semánticos ambiguos, vagos, abstractos o imprecisos. Así, por ejemplo, las autoridades administrativas podrían esgrimir que para alcanzar la “convivencia pacífica”, “el orden justo”, “el interés general”, “la sana convivencia”³⁶⁵ – entre otros que podrían aplicarse - se adopta la medida de restringir el acompañante – o parrillero como se conoce en Colombia - de conductor de vehículo-motocicleta, trayendo a consideración razones documentadas en estadísticas e informes sobre cantidad de delitos que comenten conductores de motocicletas en colaboración con sus acompañantes en determinado periodo de tiempo, conforme denuncias recibidas³⁶⁶.

En el ejemplo antes planteado, se presenta una actividad administrativa, consistente en un acto administrativo – puede ser decreto, resolución, reglamento, acuerdo, ordenanza etc. - que impone una medida, a saber, restringir una libertad (transportar un acompañante en motocicleta), lo cual constituye el medio que la Administración utiliza para alcanzar un fin: “la convivencia pacífica”, que, de manera más concreta, se relaciona con reducir los hechos de criminalidad perpetrados con ese tipo de vehículos. Como se observa, el fin general se expresa con un concepto jurídico indeterminado, el fin más concreto, es disminuir una tasa delictual – no necesariamente todos los actos expresan fines concretos -. Ese concepto

³⁶⁵ Entre muchos otros conceptos jurídicos indeterminados que podemos encontrar en los textos constitucionales. Al respecto de una lista no exhaustiva puede verse: ROA SALGUERO, David Alonso. *Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho disciplinario*. Bogotá D.C: Grupo editorial Ibáñez, 2018. Pág. 15.

³⁶⁶ Es decir, las que corresponden a criminalidad aparente, esto es, delitos que llegan al conocimiento de las autoridades competentes.

jurídico indeterminado lo puede haber considerado por muto propio la Administración o puede que sea el producto de una atribución o potestad legal en la que por técnica legislativa se precisó de permitir a la Administración que concretice en los casos particulares que se le presente el concepto jurídico indeterminado.

La proporcionalidad entra como criterio limitativo porque la Administración debe analizar si el medio que está empleando es proporcional para alcanzar el fin, expresado como concepto jurídico indeterminado, y de alguna manera, cuando la Administración busca medidas para llegar a ese fin, lo que está haciendo es justamente concretizar el concepto indeterminado. En este mismo escenario, Puede suceder que este juicio valorativo lo realicé un juez (hetero-control) y llegué a la conclusión que la afectación a derechos (medio) es desproporcionada frente al fin, entendiéndose entonces que hay un límite en cuanto a la forma que la Administración pretende concretizar ese concepto general. En ese sentido, si no se supera el juicio de proporcionalidad se ha colocado una limitación a la manera que la Administración ejerce su actividad concretizadora de conceptos jurídicos indeterminados. (Si las restricciones o afectaciones a derechos son mayores - pesan más- que los beneficios generales, la medida sería desproporcionada.)

4.2. Criterio de Legitimidad.

Es preciso antes de realizar una aproximación teórico conceptual sobre la espinosa noción de "legitimidad" o que también podríamos extender como "legitimidad democrática", dejar en claro las diametrales diferencias con el concepto de "legalidad". Para resolver el problema semántico, se empieza por decir que por ésta última noción debe entenderse la condición o circunstancia de que un comportamiento, hecho o situación se encuentran ajustados a lo señalado en una ley en su sentido lato. Según voces de Legas Lacambra³⁶⁷ en una disertación de hace algún tiempo, 1958 siendo exactos, expresa que la legalidad es la existencia de normas y la conformidad a las mismas de los actos de quienes a ellas están sometidos. Estas definiciones, en apariencia básicas, ponen de manifiesto la connotación formalista que entraña la legalidad, sea desde su visión dogmática o desde un enfoque principialístico, puesto que implican un ejercicio intelectual de contrastación de un elemento factico con otro formal, que en este caso en la ley.

Otro concepto con cierta aproximación fonética y conceptual, que puede dar lugar a confusiones con el vocablo legitimidad es el de "legitimación", este en realidad, genera posiciones encontradas en la órbita del derecho, puesto que en el mismo ámbito de las ciencias jurídicas puede usarse en

³⁶⁷ LEGAS LACAMBRA, Luis. "Legalidad y Legitimad". Ponencia presentada al Congreso Noción de la legalidad, recogida en el volumen de Ponencias españolas editado por el Instituto de Derecho comparado de Barcelona. 1958.

múltiples contextos con distintas semánticas. Una de las posibilidades que ofrece este vocablo es que puede entenderse como la potestad que tiene una persona natural o jurídica para acudir ante los órganos jurisdicciones para hacer valer un derecho u oponerse a éste, ya que por tener una relación jurídica o porque de alguna manera el tema a debatir le afecta directa o indirectamente, puede comparecer como parte. Sin ánimos de mermar el rigor técnico, pero sí de aclarar y proporcionar mayor comprensión general, es dable decir que cuando una persona "carece de legitimación procesal", es porque "*no tiene velas en ese entierro*", o al decir de los americanos "*Not Have dog in this fiight*", esto es, no es el verdadero llamado por la ley para reclamar el derecho u oponerse a él. Pero éste no es el sentido al que nos aproximaremos, y por consiguiente no haremos profundidad en tal orientación, siguiendo con otras acepciones.

Otro sentido en que comúnmente es utilizado el concepto legitimación en la arena jurídica, es para hacer referencia a la demostración de la veracidad o autenticidad de piezas documentales, situaciones o incluso de parentescos filiales. Esta tampoco será la acepción a que atañe esta disertación o ponencia.

Arribamos en este punto, a la legitimidad como una noción de connotaciones más sociológicas y políticas, referidas a gobiernos o de medidas de un gobierno que desde el punto de vista valorativo es aceptado por la mayoría de la sociedad que es gobernada o sobre la que recae la medida. En términos más simples y según Max Weber³⁶⁸ es la

³⁶⁸ Al respecto de MAX WEBER y sus posiciones respecto al concepto puede consultarse: i) WEBER, Max. El político y el Científico. Madrid: Alianza Editorial. 2005; ii) WEBER, Max. La Ciencia como profesión, la política como profesión. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A. 2007; iii) WEBER, Max. Wirtxhaft und GeseU.schafr (...),

“Aceptación social” frente a unas políticas concretas del gobierno o frente a todo el gobierno. Esta última acepción es el enfoque que se aplicará en este trabajo como criterio limitativo de la actividad concretizadora de conceptos jurídicos indeterminados, que se diferencia de legitimación procesal o simplemente legitimación, como ya quedó expuesto. La expresión “legitimidad”, aunque dé la sensación de ser equivalente a legitimación y son usadas en muchas veces de forma indistintas, contiene ciertos matices diferenciadores, como se ha dejado ver. La legitimidad también puede ofrecer enfoques divergentes dentro de sí, en primer término, se asocia de cierta manera con legalidad, aunque referida a el cumplimiento del procedimiento político democrático de un gobierno para llegar al poder, en ese entendido, si un mandatario llega a una posición de poder cumpliendo cabalmente con el trámite establecido en las respectivas normas del Estado, podemos decir que ese gobierno posee legitimidad. El otro enfoque tiene más aproximación a la noción weberiana que habíamos señalado, es el relacionado con los gobiernos o instituciones, y sus medidas o acciones que son reconocidos, respaldados y de alguna manera asumidos como correctos por una masa social, gremial o política, y frente a los cuales no se observa una sensación generalizada de rechazo por la mayoría popular o cívica, gremial o empresarial, política o partidita, entre otros segmentos.

Un elemento importante para propiciar legitimidad es la participación genuina, efectiva y transparente de la colectividad en la asunción de un nuevo poder o que un grupo social afectado o impactado con una decisión política o administrativa haya podido participar directa o indirectamente

_____ puede encontrarse en español como: WEBER, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. J. Medina Echavarría, ed. J. Winckelmann, FCE, México, 1964.

en el proceso de toma de decisión, lo cual genera que tales decisiones tenga cierto blindaje que le da solidez, permanencia, estabilidad en el tiempo y por supuesto mayores índices de cumplimiento por parte de sus destinatarios. A este respecto Rodríguez Burgos, señala que, en las sociedades que se hagan llamar democráticas, deben existir una diversidad de formas de participación en la que "los ciudadanos deben ser más activos, informados y racionales no sólo para elegir a sus representantes, sino también para participar en la toma de decisiones. Esto se da en función de una mejor educación ciudadana, desarrollo de una cultura política e incluso en debates públicos que permitan discutir las diferentes opciones."³⁶⁹

Un poder o un gobierno en concreto tienen un primer momento de legitimidad, que corresponde a los momentos más inmediatamente cercanos a su elección por mecanismos populares de representación como es el sufragio. En este primer momento los medios de comunicación se encuentran expectantes y su crítica se reduce a esperar qué cambios tenga el nuevo gobierno, los ciudadanos hacen un "break" con relación a sus apasionamientos políticos y comprenden que en el ejercicio democrático hubo un triunfador legítimo³⁷⁰. Es lo que algunos politólogos han llamado "politic Honeymoon"³⁷¹, pero después de este letargo los

³⁶⁹ RODRÍGUEZ BURGOS, Karla. "Democracia y tipos de democracia". En *Ciencia Política. Perspectiva Multidisciplinaria*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch. pp. 49-66, 2015. Pág. 53.

³⁷⁰ A menos que los cuestionamientos por el proceso electivo fuesen a tal punto escandalosos que generen de comienzo una crisis de legitimidad.

³⁷¹ Esta expresión como fenómeno socio-político es utilizada en obras como: i) BRODY, Richard A. *Assessing the President: The Media, Elite Opinion, and Public Support*. Stanford, CA: Stanford University Press. 1991; ii) NORDHAUS, w. the political business cycle. *Review of economic studies* year 1975 42, pp. 169-190 ii) NORDHAUS, w. *Alternative approaches to the political business cycle*, brookings papers on economic activity, vol. 20(2), year 1989 pp. 1-68. Estas dos últimas obras citadas por MANCHA NAVARRO, Tomas & GALLO

ciclos de aceptación pueden ir variando, y en ese orden de ideas, la legitimidad frente a un gobierno se puede ir transfigurando³⁷² haciendo más compleja su gobernabilidad.

Frente a este tipo de problemas institucionales de crisis y dificultades gubernamentales, Botero Bernal³⁷³ señala que las Administraciones suelen intentar conjurarlas con la expedición de nuevas normas, que pueden ser una sucesión de varias sobre el mismo punto – como una especie de rosario-, que poco a poco van evolucionando desde el punto de vista técnico, pero que de alguna manera resultan ineficaces. En ese sentido, la Administración va perfeccionando la norma – o yuxtaponiendo enmendaduras -, con la intención de hacer percibir en la sociedad que existe una autoridad que realiza gestiones jurídicas para solventar los problemas. Esta práctica de la Administración se convierte en un discurso obsesivo compulsivo que intenta a partir de repetición o pseudo-innovación hacer cumplir una orden o lograr una adhesión positiva en los ciudadanos. A esto, el autor en comento le denomina el “síndrome normativo”, como la condición de aparentar poderío emitiendo compulsivamente normas cada vez más técnicas que procuraran aparentemente progreso.

RIVERA, María Teresa. “La influencia de la economía en la popularidad y en los resultados electorales de los partidos políticos españoles: una investigación empírica”. *Instituto Universitario de Análisis Económico y Social Documento de Trabajo 07/2015*, 37.

³⁷² A este respecto vale acotar que la calidad de democracia no se entiende solamente del acto de elección del detentor del poder público, sino que se continúa durante toda la acción de las Administraciones públicas.

³⁷³ BOTERO BERNAL, Andrés. “La neurosis obsesiva del derecho antioqueño en el siglo XIX: los caminos.” *En Diálogos de Saberes*, Núm. 23, 2018. pp. 191-202 Pág. 199.

Aunado al síndrome normativo, Botero Bernal enseña que la legitimidad se asocia con la eficacia simbólica del derecho en un sentido general, en función a que las normas sean obedecidas de forma general por los ciudadanos en tanto aceptan su mandato. Pero también, se refiere a una eficacia simbólica en sentido específico “como una estrategia deliberada de las instancias creadoras o aplicadoras del derecho que consiste en desconocer los objetivos normativos en beneficio de otros objetivos no declarados, como sería el caso de expedir derecho que se sabe no tendrá mayor eficacia material con el ánimo de calmar la opinión pública”³⁷⁴.

En este trabajo, no se realiza un énfasis respecto de la legitimidad de una Administración, sino respecto de las decisiones administrativas en forma concreta, ya que puede haber gobiernos con cierto grado de legitimidad que tomen decisiones poco legítimas, y a la inversa, decisiones con alto grado de legitimidad tomadas por un gobierno deslegitimado. Y nos centramos en las decisiones administrativas, porque es a través de estas que la Administración trata de llevar a la concreción conceptos jurídicos indeterminados para cumplir sus fines esenciales.

En este contexto, acogeremos para este trabajo una concepción de legitimidad que se relacione con la aprobación de los más amplios sectores sociales, políticos, económicos, culturales, entre otros, para con una decisión administrativa, y especialmente frente a las decisiones que esgrimen conceptos indeterminados, para explicar en el último segmento de este título la funcionalidad de la legitimidad como límite de este tipo de decisiones. Así pues, entre las concepciones más próximas a la que

³⁷⁴ BOTERO BERNAL, Andrés. “Ante el miedo, el derecho: Constitución y guerra en la nueva granada de 1815”. *En Historia Constitucional*. Universidad de Oviedo, España. 2015, Núm. 16, pp.373-388. Pág. 382.

planteamos encontramos la del profesor norteamericano Jeremy Waldron quien defiende un tipo de legitimidad que implique respaldo activo o pasivo, incluso por quienes en un principio se hayan mostrado como contradictores a las decisiones, puntualizándolo en los siguientes términos:

Acojo una concepción de legitimidad bastante específica y exigente. Legitimidad se refiere a la capacidad de un sistema político y jurídico de generar respaldo para la implementación de las leyes y políticas, incluso por parte de aquellos que se opusieron a estas por razones sustanciales, es decir, por parte de aquellos que hicieron campaña en contra de esas políticas o leyes o que hubiesen votado en contra de ellas de haber tenido la oportunidad de hacerlo. Y creo que este es su sentido más importante: la capacidad de un sistema de generar respaldo para la implementación de leyes y políticas incluso por parte de aquellos que estaban en desacuerdo con el contenido de estas³⁷⁵.

Pasando al escenario ibérico, es importante conducirnos a la doctrina que sobre “legitimidad democrática” ha esbozado Martínez Dalmau, en el sentido de expresar la coexistencia de dos elementos fundamentales de legitimidad democrática en el marco de un Estado constitucional, a saber, la legitimidad por el “origen democrático” y la legitimidad por el “control democrático” de las Administraciones públicas. En cuanto a la primera hace referencia a proveniencia de la Administración de la voluntad popular

³⁷⁵ WALDRON, Jeremy. “control de constitucionalidad y legitimidad política”. *Dikaion*, Núm. 27, Enero, junio, 2018, Pág. 16.

expresada en un proceso eleccionario, que se relaciona con lo que llamábamos más atrás “un primer momento de legitimidad”, en lo que respecta a la segunda tiene que ver con los diferentes mecanismos constitucionales que permiten hacer seguimiento al ejercicio del poder para evitar excesos y exigir que se ajusten al contenido del Estado de derecho. En términos precisos, el autor en cita propugna por una legitimidad más allá de la simple aprobación popular, sectorial o política, sino que conjugue elementos de control democráticos genuinos desde sus orígenes eleccionarios hasta el final de los periodos de las instituciones, bajo esa tesitura señala que se “debe procurar que la conformación y el funcionamiento de la Administración pública respeten, con las particularidades a que obliga su carácter instrumental, el principio de legitimidad democrática, lo que debe traducirse en la creación de los mecanismos que doten de contenido al principio democrático, esto es, que aseguren que la Administración Pública del Estado constitucional respeta el origen y el control democráticos”.³⁷⁶

La legitimidad a nuestro juicio, posee tres componentes fundamentales, la credibilidad, la aceptabilidad y la confianza. La credibilidad entendida como la fe o seguridad en abstracto respecto de las instituciones, y quienes las representan. La aceptabilidad tiene que ver con el asentimiento de los ciudadanos con relación a decisiones particulares de las instituciones. Y la confianza³⁷⁷ es la expectativa real que las

³⁷⁶ MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *Constitución, legitimidad democrática y autonomía de los bancos centrales; el Banco Central Europeo*, Tesis Doctoral, Universitat de València, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración. Valencia, 2002. Pág. 68.

³⁷⁷ En otro acápite se tratará como un criterio limitativo que corresponde a una institución jurídica propia bajo el concepto de lo que primigeniamente los alemanes llamaron “confianza legítima” y que su uso se ha expandido en la doctrina y tribunales de muchas latitudes.

instituciones conservarán un modelo de comportamiento lineal y homogéneo en el tiempo y en el espacio, lo que brinda certidumbre o seguridad jurídica.

Como colofón, es menester indicar de qué manera funciona la legitimidad como criterio limitativo de las decisiones administrativas concretizadoras de conceptos jurídicos indeterminados. Así pues, empezamos por señalar que este criterio se constituye en contención a la actividad administrativa cuandoquiera que no cumple con presupuestos básicos de legitimidad. El hecho de que los que detentan el poder administrativo hayan sido elegidos por mecanismos democráticos, no les extiende esa circunstancia a que todas sus decisiones estén dotadas de absoluta legitimidad, esto es, cada decisión del administrador con cierto impacto en la comunidad puede tener otros niveles de aprobación popular. De este modo, si un administrador adopta una medida que justifica o soporta en un concepto jurídico indeterminado, por ejemplo, el "bien común" o el "interés general", esta decisión también contará con otra especie de filtro democrático. En primer término, porque para lo que el administrador es bien común o interés general, para el imaginario colectivo en sus diferentes visiones y perspectivas, puede que no lo sea.

Hoy día, con todos los medios de comunicación existentes y las redes sociales en su máximo vigor, es fácil percibir o un ambiente de rechazo o un ambiente de apoyo generalizado frente a una decisión. Incluso, las desaprobaciones generalizadas a veces se manifiestan en escenarios como protestas, polémicas, grandes debates en muchos medios, y en el peor de los casos podrían provocar vías de hecho. Y esta insatisfacción no solo brota del clamor popular en su sentido más genuino y elemental, sino en órganos de representación como partidos políticos, asociaciones

gremiales y sindicales, medios masivos de comunicación u opinión pública en sus diferentes vertientes. Frente a una situación de esta naturaleza podemos señalar que la decisión carece de legitimidad, y pese a que no se esté realizando un control jurídico por vía de revisión judicial, la misma presión que emerge de la combustión social puede propiciar un cambio, retiro, adición o aclaración de decisión inicial que intentó materializar una visión unidireccional de un concepto jurídico indeterminado. Constituyéndose de esta forma la legitimidad en un freno, límite o contención al ejercicio de la actividad administrativa general o concretizadora de conceptos indeterminados en particular.

En cuanto a la representatividad de los partidos políticos, como depositarios de legitimidad, quisiéramos plantear unas reflexiones coyunturales, partiendo por señalar que la diversidad de intereses de muy variada índole que provienen del vasto entramado sociocultural, han sido evidentes gracias a la proliferación de nuevos actores sociales, que aunándose a partir de un referente de lucha convergente buscan la reivindicación o reconocimiento, y por tanto participación en las decisiones que los afectan. Ya los tradicionales actores representados en los partidos políticos, han visto como surgen nuevos movimientos o grupos de presión cada vez con mayor visibilidad y confianza social, al paso que aquellos pierden legitimidad como órganos de verdadera representación social. En consonancia con estos planteamientos de cierta suerte de crisis de representación de los partidos políticos, Asensi Sabater, en el contexto europeo – que no es ajeno a ello – se formulaba los siguientes cuestionamientos: “¿En qué medida los parlamentos pueden actuar, decidir, contener y resolver los conflictos, apoyarse

en la legitimidad representativa, ante la extrema des-ubicación de las decisiones y de los flujos económicos, ante la supervelocidad que imprimen a sus imágenes las tecnoestructuras mediáticas?”, sosteniendo que este tipo de preguntas nos aproximan a problemas que se relacionan con la verdadera o legítima capacidad de decisión de los entes representativos, y remata sentenciando el interrogante de ¿ ¿Cómo atribuir autoridad a representantes parlamentarios que carecen de capacidad de decisión?³⁷⁸

Estos nuevos actores sociales, justamente son quienes unidos en torno a intereses comunes tienen suficiente legitimidad y justificación para levantar sus voces y participar cuando la Administración pública a través de un acto de manifestación de voluntad, pretenda modificar o suprimir un “statu quo” relacionado con circunstancias propias de los diferentes actores en que se argumente la aplicación de un concepto jurídico indeterminado.

4.1.3 La confianza legítima como criterio limitativo.

Una institución de reciente data que puede establecerse como criterio de limitativo en las decisiones de la Administración concretizadoras de Conceptos jurídicos indeterminados, es justamente la configuración de las circunstancias que dan origen al principio de confianza legítima. Esta

³⁷⁸ASENSI SABATER, José. “Crisis Teórica, Transiciones Constitucionales”. *Revista Derecho del Estado*, Enero – Junio 2012, Núm. 28. pp.9-35 Pág. 21

figura fue originada y desarrollada a partir de la jurisprudencia alemana, y recogido posteriormente por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965; aceptada por doctrina jurídica con suficiente autoridad³⁷⁹.

Con esta institución jurídica se intenta resguardar al administrado – o menos represor el concepto ciudadano - frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por la actuación de las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. No obstante, si el segmento poblacional tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma varía de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe, el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación que se impone a través de una decisión administrativa, que en este caso será un acto contentivo o que da concreción a un concepto jurídico indeterminado. La situación planteada sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política³⁸⁰, o puede suceder que la actividad no se

³⁷⁹ Entre las doctrinas que podemos mencionar esta: i) GONZÁLEZ, J. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. Madrid: Editorial Civitas. 1983; GARCÍA MACHO, Ricardo Jesús. Contenido y límites del principio de la confianza legítima. Madrid: publicado en Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí. Editorial Civitas. 1989; iii) DROMI, José Roberto. *Instituciones del derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea.1983; iv) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. & FERNÁNDEZ, Tomas. R. Op. Cit.

³⁸⁰ Consultar sentencias SU 601/1999 y Sentencia T-772/03 de la Corte Constitucional Colombiana. En el caso del Tribunal constitucional de España se ha referido al principio de confianza legítima en las sentencias

encuentre permitida pero la Administración ha sido tradicionalmente permisiva frente a ella, lo que genera cierta sensación de legitimidad en el comportamiento.

Como es de observarse, esta circunstancia reúne ciertas condiciones que permiten señalar que es razonable como criterio limitativo de decisiones administrativas en las que se apliquen y concreten conceptos jurídicos indeterminados, teniendo en cuenta que a partir de una medida administrativa –,por ejemplo un desalojo de vendedores estacionarios en las que se invoquen el bienestar general y espacio público– se desprende un perjuicio para algún número de personas, que pueden alegar que se ha roto su confianza frente a unas expectativas legítimas que tienen por la manera permisiva en que se ha venido actuando la Administración con relación a esa actividad, y que bienes jurídicos enmarcados como conceptos indeterminados como bienestar general, bien común, utilidad pública, prevalencia del interés general, entre otros, deben relativizarse y permitir que aquellos que confiaron en la Administración se vayan adaptando a las nuevas circunstancias, que se les ofrezcan alternativas, o que se establezcan periodos de transición, bajo estos supuestos, puede vislumbrarse que este criterio actúa como límite a la potestad concretizadora de conceptos indeterminados.

El Tribunal Constitucional colombiano ha construido una noción de confianza legítima, que se acoge en este trabajo, pues llena las expectativas epistémicas y conceptuales para ser criterio limitativo de la actividad administrativa. La Corte Constitucional, en las Sentencia SU 360

51/2018, de 10 de mayo (BOE núm. 141, de 11 de junio de 2018); Sentencia 181/2016, de 20 de octubre (BOE núm. 285, de 25 de noviembre de 2016), entre otras.

de 1999, arguyó que este es un principio que debe permear el derecho administrativo, el cual, si bien se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica, de respeto al acto propio y buena fe, adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre Administración y administrado. Es por ello que la confianza en la Administración no solo es éticamente deseable sino jurídicamente exigible. Asimismo, en sentencia SU 601 de 1999, con ponencia de Vladimiro Naranjo Mesa, esta misma corporación ha sostenido que este principio se aplica como mecanismo para conciliar o ponderar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la Administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la Administración es digna de protección y debe respetarse. Lo anterior no significa que las autoridades están impedidas para adoptar modificaciones normativas o cambios políticos para desarrollar planes y programas que consideran convenientes para la sociedad.

De igual forma, en la sentencia T-983 de 2000, la Corte Constitucional colombiana ha precisado que el concepto de confianza legítima, en virtud del cual si una persona que desarrolla o ha desarrollado la actividad con un permiso otorgado por la respectiva autoridad cumple debidamente con la normativa impuesta o actúa confiando en los precedentes sentados por la propia Administración, mal podría ser restringida en su actividad, sin que se estudiara la posibilidad de brindarle otras oportunidades para seguir en su ejercicio lucrativo y compatibilizarlo con el interés general, menos todavía si en su caso no se ha seguido un trámite mínimo que le haya garantizado debido proceso y posibilidades ciertas de defensa.

En el contexto del Tribunal Constitucional Español se ha esgrimido que la confianza legítima es una vertiente o dimensión del principio de seguridad jurídica, protegible en escenarios como los cambios regulativos o normativos, en ese sentido, este Tribunal ha sostenido desde larga data que la máxima constitucional contenida en el canon 9.3 en relación con la seguridad jurídica no debe interpretarse como un derecho de los administrados a la conservación o petrificación de una norma en concreto³⁸¹, interpretación que ha mantenido en forma genérica respecto a cualquier tipo de norma, conceptuando que los principios de seguridad jurídica y la confianza legítima que de ella deviene, no “permiten consagrar un pretendido derecho a la congelación del ordenamiento jurídico existente”³⁸². En síntesis, el Tribunal Constitucional Español, ha expuesto que el principio de confianza legítima no debe entenderse como barrera para la expedición de nuevas normas y en todo caso:

“deberá ponderarse junto con otros principios y valores, mas no constituye un obstáculo infranqueable para el legislador, (...), so pena de incurrir en el riesgo de petrificación del ordenamiento jurídico. Es indudable que el panorama de las normas jurídicas vigentes en cada momento incide en la forma como los ciudadanos programan sus conductas, como también lo es que determinadas modificaciones de algunas de las partes constitutivas de ese panorama podrán generar perjuicios a los ciudadanos y dar lugar, en su caso, a la correspondiente indemnización. Sin embargo, lo que

³⁸¹ STC 126/1987, FJ 11, en cuanto al cambio en una norma fiscal.

³⁸² Ver Sentencia 181/2016, de 20 de octubre (BOE núm. 285, de 25 de noviembre de 2016) y también SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 13, y 183/2014, de 6 de noviembre, FJ 3.

no cabe es equiparar esa eventual garantía de indemnidad con un pretendido derecho subjetivo a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico”³⁸³

Bajo los esquemas expuestos, una nueva normativa contenida en reglamentos o decisiones administrativas unilaterales que se encuentren justificadas a partir de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado puede buscar o estar encaminada a suprimir o modificar un “statu quo”, esto es, una situación preexistente aceptada, lo cual podría pugnar con el principio de confianza legítima. En este escenario, es pertinente someter a socialización, discusión y concertación el acto que intenta variar las condiciones actuales para no defraudar abruptamente la confianza que cree tener ganada el sector afectado, y establecer el verdadero alcance y sentido material del concepto indeterminado, como, por ejemplo, el multicitado “interés general”. Así pues, el principio de confianza legítima viene a constituirse como institución fundamental que limita el ejercicio inconsecuente, incoherente o asistemático de la actividad administrativa, en otras palabras, limita el actuar de la Administración cuando no va acorde con una línea secuencial de comportamientos que destruye las posibilidades razonables de predictibilidad de la acción estatal. Ahora bien, muchos de esas acciones estatales traducidas en nuevas normas, como decretos, resoluciones, reglamentaciones, etcétera, contienen dentro sus fundamentos causales y/o teleológicos la concreción de un concepto jurídico indeterminado y en esa medida, argumentamos que la confianza legítima es uno de esos diques de contención a los intentos de

³⁸³ *Ibídem.*

Capítulo 4. Límites en la aplicación y concreción de conceptos jurídicos indeterminados, su control judicial y sustitución.

la Administración por aplicar conceptos amplios y nobles en su abstracción pero que la entidad operacionaliza con ribetes de desbordamiento, desgreño o arbitrariedad.

De esta manera, puntualizamos como el principio de confianza legítima funciona como parámetro limitativo de la actividad concretizadora de conceptos jurídicos por parte de la Administración, sin que esto se constituya en un "acorralamiento burdo" al margen de maniobrabilidad administrativa, que defendemos como elemento fundamental para la buena marcha estatal y para el afrontamiento de los problemas sociales que surgen sin que sea posible anticiparnos a su ocurrencia, pero que en el marco de un Estado de derecho deben respetarse ciertos límites razonables y aplicables a la luz de caso por caso, y justamente la confianza legítima de los ciudadanos es una de esas circunstancias que amerita protegerse como derecho frente al ejercicio del poder administrativo.

4.1.4 La Racionalidad y la Razonabilidad.

4.1.4.1 Cuestiones preliminares comunes.

En muchos estudios a los conceptos de racionalidad y razonabilidad se les trata de manera separada, pero con ocasión de este trabajo los abordaremos en una misma secuencia, no con la finalidad de hacerlos entender como categorías equivalentes, sino como nociones independiente aunque ambiguas, con líneas fronterizas conceptuales muy difusas, por lo que será nuestro menester intentar plantear una aproximación a su deslinde o bifurcación, a efectos de una debida paralelización y a posteriori justificar sus dinámicas y usos como criterios limitativos de la actividad administrativa concretizadora de conceptos jurídicos indeterminados.

De otra parte, el concepto razonabilidad suele emplearse como categoría análoga al de proporcionalidad - que ya hemos agotado como otro criterio limitativo - pues en realidad, son bastante las semejanzas entre estos dos principios. De hecho, en el derecho continental europeo, especialmente en Alemania, se emplea bajo la noción de proporcionalidad - en lo que para otras latitudes es razonabilidad-, desprendiéndose de aquella unos subprincipios que permiten analizar si una medida que impone una restricción a un derecho es proporcionada al fin que se persigue. En el

caso del derecho anglosajón, la razonabilidad como vertiente de “*Substantive due process o reasonableness*” también analiza aspectos de proporciones entre restricción de derechos y persecución de fines, sobre todo en temas de control de constitucionalidad cuando se realiza un examen sobre las razones constitucionalmente justificables para efectuar un trato diferencial³⁸⁴.

Así pues, la razonabilidad desde la perspectiva del derecho anglosajón asume otras connotaciones diferentes a las concepciones que podrían plantearse desde el derecho continental europeo. Los juicios o test sobre razonabilidad americanos tienen cierto nivel de asociación finalista con la funcionalidad del principio de proporcionalidad del viejo continente, por lo que resulta imperioso aclarar que la dimensión de razonabilidad que abordaremos no es la de los anglosajones, sino otra, con un enfoque no tan próximo a proporcionalidad, más bien cercana a la legitimidad weberiana o a la simple legitimidad, ya también agotada precedentemente.

Martínez y Zúñiga Urbina³⁸⁵, aclaran con cierta sencillez, que razonabilidad y proporcionalidad estricta y formalmente no son lo mismo. Que la primera es un concepto más amplio y que puede abarcar al segundo. La proporcionalidad intenta fijar hasta qué punto resulta constitucionalmente válida una intervención pública, lo que implica que la proporcionalidad supone el de razonabilidad. A la postre, establece diferencias entre su uso en Estados Unidos y Alemania, al considerar que

³⁸⁴ SAPAG, Mariano A. El principio de proporcionalidad y de razonabilidad Ob. Cit. pág. 180.

³⁸⁵ MARTÍNEZ, José Ignacio y ZUÑIGA URBINA, Francisco. “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”. *Estudios constitucionales*, Vol.9, Núm.1 p. 2011, pp. 201 -202.

el test de razonabilidad anglosajón primordialmente está dirigido a los actos de reglamentación de actividades económicas. En Cambio, en Alemania en donde se utiliza el juicio de proporcionalidad, tal método es empleado a cualquier actuación que implique limitación del ejercicio de derechos.

Teniendo en consideración los usos semejantes que se dan entre la proporcionalidad y la razonabilidad dependiendo de la tradición jurídica en que nos ubiquemos, es preciso insistir que en este trabajo no nos acogemos a la noción razonabilidad como categoría prácticamente equivalente a proporcionalidad, sino que echaremos mano de la razonabilidad bajo el enfoque que plantea la dicotomía entre “lo racional y lo razonable”, aproximándonos a la concepciones de Aulis Aarnio que en materia de justificación jurídica enseña que además de los rasgos racionales en la hermenéutica se debe otorgar un papel preponderante a la teoría de los valores³⁸⁶, acercando más lo racional a lo técnico o lógico y lo razonable a lo axiológico.

La dicotomía aquí propuesta entre racionalidad y razonabilidad, ha tenido como habitáculo de discusión disciplinas como la epistemología, la ética, la filosofía general y por supuesto la teoría y filosofía del derecho y por extensión la teoría y filosofía política concretamente. En este escenario se analizará como contenido de un crisol “iusfilosófico y iuspolítico”, sin perjuicio a referencias a la filosofía en su plenitud. Así pues, apostamos aquí por introducirnos en la discusión pragmática o no, o simplemente teórica – aunque para este estudio se defenderá su pragmatismo como

³⁸⁶ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre Justificación jurídica* Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1991.

herramientas de control administrativa- de las diferencias entre lo puramente racional y lo equilibradamente razonable.

Desde las vertientes de la filosofía política, Cuevas Badallo³⁸⁷ citando a Von Wright expresa que lo “puramente racional” hace alusión a la demostración correcta de las premisas, con el uso de los medios adecuados para materializar un fin, con la intención demostrativa de la validez de un enunciado, todo ello es, “racionalidad técnica” según la Escuela de Frankfurt o de acuerdo con Max Weber racionalidad teleológica.

En lo atinente a razonabilidad, lo razonable tiene una orientación valorativa y colectivista. Está relacionado con aspectos de corrección social, con lo que es bueno o malo para la comunidad, lo prudente, lo sensato, lo esperable. En términos weberiano correspondería a la racionalidad axiológica. Bajo estos postulados, “lo razonable (...) es también racional, pero lo puramente racional no siempre es razonable o sensato”³⁸⁸, aunque también es discutible, dependiendo de situaciones concretas, que muchas veces lo razonable para una colectividad no siempre es racional.

Vistas estas sutiles diferencias entre racionalidad y razonabilidad, a efectos de ahondar en cada uno de ellos pasaremos a examinarlos desde los criterios doctrinales y jurisprudenciales – especialmente de Corte Constitucional colombiana y Tribunal Constitucional español -

³⁸⁷ CUEVAS BADALLO, Ana. “Lo incierto, lo racional y lo razonable en el desarrollo de políticas científicas”. *RIPS. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, Vol. 8 Núm. 1, 2009, pp. 51-63. Pág. 59

³⁸⁸ *Ibidem*.

encasillándolos particularmente en cuando a su aplicabilidad como presupuesto de medidas administrativas, esto es, cuando una medida se considera racional o razonable, para finalmente sustentar rasgos distintivos más profundos y su operacionalización como parámetro limitativo, como se había señalado más atrás.

4.1.4.2 Esbozos concretos sobre racionalidad.

Partiendo con las ideas de Mosterín, afirmamos que la racionalidad es un concepto que se usa “en los más diversos sentidos y con la mayor de las vaguedades imaginables”³⁸⁹, por lo que es un vocablo de semántica imprecisa y que, para efectos de nuestro estudio, también es un concepto indeterminado en sí mismo. Mosterín, en cuanto a la órbita de las decisiones, enseña que estas son tomadas con racionalidad cuandoquiera que se presupone el uso de la razón³⁹⁰, que es una condición necesaria, pero no suficiente de ella. Divide la racionalidad en teórica y práctica, postulando que la primera se predica respecto de creencias y opiniones, en tanto que la segunda, de las decisiones y conductas.

³⁸⁹ MOSTERÍN, Jesús. “El Concepto de racionalidad”. *En Teorema: Revista internacional de filosofía*, Vol. 3, Núm. 4, 1973 pág. 456.

³⁹⁰ Aunque podría decirse que la razón es una condición de la cual se encuentra dotado todo hombre, Mosterín sostiene en su obra que el hombre no es necesariamente un “animal racional”, este puede ser racional o irracional, pues la racionalidad no es una facultad sino un método.

Una creencia es racional (racionalidad teórica) si poseemos suficiente evidencia de que es una verdad soportada con una teoría científica³⁹¹ vigente sometida a comprobación por método científico y no refutada con otras teorías científicas vigentes, o en el caso de los hechos podemos creer racionalmente en ellos si argumentamos que provienen de testimonios fiables, aunque el concepto testimonio fiable – y así lo confiesa el autor – resultará impreciso o indeterminado.

En cuanto a la racionalidad práctica Mosterín plantea cinco condiciones³⁹² para llegar a sostener que una decisión o una conducta asuman esta condición. La primera condición que esboza es que el sujeto decisor tenga conciencia de unos fines o metas plausibles, llevándolo al campo de la actividad administrativa, implicaría que las medidas que se pretendan adoptar persigan unos fines jurídicamente legítimos. La segunda condición se relaciona con conocer los medios idóneos para obtener el fin perseguido, en el contexto administrativo esos fines también deben ser jurídicamente válidos. La tercera condición se refiere a poner en marcha (ejercer) los medios para alcanzar el fin, si no hay esfuerzos de diversas índoles (económicos, políticos, sociales, laborales, intelectuales etc.), será imposible alcanzar el fin. La cuarta condición consiste en que los fines

³⁹¹ Resulta imperioso precisar que la “doctrina” no es equivalente a “teoría Científica”, ambas son sistemas colectivos de creencias, pero las primeras giran en torno a cierta vocación de conservación – no queriendo decir inmutabilidad- y las segundas a una constante revisión (revisionismo) conforme un método racional. La doctrina contiene conceptos algunas veces imprecisos y cargados de una intensa emotividad. La teoría científica está cimentada por medio de conceptos más exactos y con la menor emotividad posible. Una doctrina es una serie de dogmas que se resisten al cambio, en tanto que una teoría es un conjunto de hipótesis conscientes de su falibilidad. Cfr. MOSTERÍN, Jesús. “El Concepto de racionalidad” ... Op. cit., pág. 466.

³⁹² MOSTERÍN, Jesús. “El Concepto de racionalidad” ... Op. cit., pág. 471.

principales han de ser preferidos (no sacrificados) a los fines secundarios o intermedios, esto es, que para conseguir la meta central hay que tener presente unas tareas que son secundarias o que son peldaños para llegar a la meta mayor, pero no se deben gastar todos los esfuerzos en esa sola tarea y correr el riesgo de quedar estancados en ella, se debe poner atención a que es un medio pero no el fin, y resultaría por tanto irracional perdernos en ese fin secundario. La quinta y última condición, es que si hay varios fines centrales debe existir compatibilidad entre estos fines últimos, el ejemplo propuesto, es que si un alcalde tiene una política de aumentar el parque automotor (cantidad de vehículos) de su municipio y al mismo tiempo propone medidas para reducir la polución, esto presupone un contrasentido lógico y técnico, que ubica las decisiones de la Administración en un círculo de no racionalidad práctica. En síntesis, establece una racionalidad como estrategia de optimización de acciones, decisiones, creencias que operan para la búsqueda de un fin superior.

Rodríguez Serpa y Díaz Rincón³⁹³, apoyándose en Bernal Pulido³⁹⁴ señalan que la racionalidad integra seis premisas o criterios fundamentales, a saber: 1) El criterio de claridad y consistencia conceptual; 2) El criterio de consistencia normativa; 3) El criterio de situación; 4) El criterio respecto a la lógica deductiva; 5) El criterio de las cargas de la argumentación, y 6) El criterio de consistencia argumentativa y coherencia. Como podría estimarse de un análisis de estos criterios, la

³⁹³RODRÍGUEZ SERPA, Ferney y DÍAZ RINCÓN, Sandra. “La racionalidad de las decisiones judiciales”. *En Revista Justicia, Núm. 19 - Junio 2011 pp. 166-178.*

³⁹⁴ Hacen referencia especial a la obra de Bernal Pulido, La racionalidad de la ponderación. Cfr. BERNAL-PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, mayo-agosto (2006), págs. 51-75.

racionalidad se aproxima más al cumplimiento de rigores objetivos, técnicos, demostrativos o confirmativos con apoyo de suficiencia científica o solides argumentativa de valoraciones fácticas. En esa misma dirección Guillermo Munné reconoce en Weber una connotación objetiva en el sentido científico y técnico, y arguye que en el contexto de la racionalidad se construyen reglas técnicas mediante la inversión de proposiciones causales (“para el fin y es adecuado el medio x, porque empíricamente “de x se sigue y”)³⁹⁵.

En la misma sintonía, el autor español Ramón Martínez Tapia en Alusión al discurso cartesiano, ha señalado que el marco de las críticas al viejo empirismos y a las posiciones autoritarias de conocimiento, surge la racionalidad como fuente de objetividad y de verdad al control de la razón, en cuanto sometimiento a estándares metódicos, lógicos, contrastables y justificables³⁹⁶. Esto da cuenta pues, que la racionalidad desde el mismo “discurso del método” - obra que catapulta a Descartes como padre de la filosofía moderna - contiene profundas lazos con el formalismo, la rigidez y la valoración objetiva como método para encontrar la verdad, que llevado al plano de las Administraciones públicas, implica tomar decisiones basadas en la razón lógica formal para la persecución de un fin, lo que analizaremos más tarde desde el enfoque de la racionalidad como límite a la actividad administrativa.

³⁹⁵ MUNNÉ, Guillermo. “Racionalidades del derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico”. *Revista Isonomía*, Núm. 25, octubre 2006. Pág. 72.

³⁹⁶ MARTÍNEZ TAPIA, Ramón. *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. Universidad Almería, 2001.

Es Mercader Uguina³⁹⁷, a nuestro juicio, uno de los autores que mejor sintetiza los elementos que debe contener un análisis o examen de racionalidad, para lo cual se apoya en Manuel Atienza³⁹⁸, estimando que una decisión jurídica cumple con rigor estándares racionales cuando respeta los siguientes presupuestos: 1) se acoge a las reglas de la lógica deductiva; 2) cumple los principios de consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; 3) es adoptada utilizando alguna fuente del Derecho de carácter vinculante; 4) se profiere sin sustentarse en criterios éticos, políticos, culturales, religiosos, etc.

En cuanto a pronunciamientos de altas cortes que den luces para desentrañar la compleja noción de racionalidad y su aplicabilidad práctica en el terreno de las Administraciones públicas, se trae a colación importantes decisiones de la Corte Constitucional Colombiana y del Tribunal Constitucional Español - siendo congruentes con el marco espacial que se ha venido desarrollando - en los que a través de pincelazos contundentes se direccionan hacia algunas orientaciones teóricas que hemos develados en los párrafos anteriores. Empezamos con la sentencia T- 108 de 2012 de la Corte Constitucional Colombiana, en la que para resolver un caso relacionado con la concesión de una pensión de sobrevivientes que debía otorgar la Administración, esgrimió que:

³⁹⁷ MERCADER UGUINA, Jesús R. "Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y «canon reforzado» de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional". *Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales*, Núm. 73. 2011. pp. 127-146

³⁹⁸ ATIENZA, Manuel. "Para una razonable definición de lo razonable", *Doxa*, Núm. 4, 1987, p. 189.

Capítulo 4. Límites en la aplicación y concreción de conceptos jurídicos indeterminados, su control judicial y sustitución.

"La racionalidad hace referencia a que sus acciones (de la Administración)³⁹⁹ sean susceptibles de ser fundadas en razones que lógicamente y empíricamente puedan ser constatadas o controvertidas; las razones han de responder, al menos, a una lógica instrumental, en la cual se justifique las acciones adoptadas como medios para alcanzar los fines socialmente propuestos"⁴⁰⁰.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español, en STC 111 del 2008, de 22 de septiembre, en los que resuelven recursos de amparo, argumenta que "el control constitucional de la racionalidad (...) puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o calidad concluyente"⁴⁰¹. Puede advertirse que este tribunal al plantear un análisis o control de racionalidad sobre una materia en concreto, concibe que de alguna manera debe realizarse desde un "canon lógico", que procuren en igual sentido "cohesión lógica". Como pudo constatarse en la sentencia previamente mencionada del Alto tribunal colombiano, la expresión "lógica o lógico", es la que mayormente tienden asociarse con racionalidad, deduciendo de ello que sus enfoques están dirigidos hacia una concepción de la decisión jurídica racional cuando esta

³⁹⁹ Aclaración fuera de texto.

⁴⁰⁰ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-108 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. Referencia: expediente T-3219033. Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de 2012.

⁴⁰¹ Tribunal Constitucional Español, Sentencia 111/2008, de 22 de septiembre (BOE núm. 245, de 10 de octubre de 2008).

se funda en reglas de la lógica, razón, el método científico, en las relaciones coherentes de causa –efecto.

4.1.4.3 Esbozos concretos sobre razonabilidad.

Ahora, intentaremos cierta aproximación a la noción de razonabilidad desde el enfoque de la acción administrativa. Pues bien, para D'Ors⁴⁰² la razonabilidad se asocia con la prudencia y sensatez. Para este el acto razonable corresponde a "hacer lo que conviene o no conviene". En sentido similar, Martínez y Zúñiga Urbina⁴⁰³ tomando ideas de Friedrich, afirman que la razonabilidad no es una condición privilegiada de algunas "elites intelectuales", sino que es una cualidad ingénita a lo que conocemos como "hombre común", Por lo que la razonabilidad en el Derecho es una circunstancia que se relaciona más estrechamente con el sentido común, y no es necesaria encasillarla como una actividad con resultados rigurosa y metódicamente exactos, ejercitada por especialistas en determinadas materias.

⁴⁰² D'ORS, Álvaro. *Nueva introducción al estudio del Derecho*. Madrid: Civitas.1999

⁴⁰³ MARTÍNEZ, José Ignacio y ZUÑIGA URBINA, Francisco. *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia...* Op. Cit. pág. 200.

Jörg Luther⁴⁰⁴ manifiesta que la razonabilidad se caracteriza por ser un término “extremadamente escurridizo ante formalizaciones y definiciones”, no obstante, en su intento por delimitarlo, lo postula como un “valor” que tiene que ver con el “modo en que una persona actúa”, para asociarlo a nuestro contexto, correspondería al modo en que actúa la Administración. Así, solo quien actúa en forma razonable reconoce la dignidad y justicia del otro, colocando el término dentro del ámbito de la teoría de los valores.

Se ha dicho atrás, que los anglosajones emplean el concepto razonabilidad en el ámbito del derecho, con un enfoque ciertamente similar al principio de proporcionalidad de estirpe teutona, pero en los múltiples usos que se pueden dar al concepto en el lenguaje americano, hay uno que encaja dentro de las naciones que se aproximan a “lo razonable” en los términos axiológicos. Es el caso de la expresión “*reasonable man*”, que corresponde a un prototipo de persona producto de una ficción legal de los tribunales, que representa a un sujeto típico, común o promedio dentro de una comunidad que tiene una forma de comportamiento ética, se enfrenta a las situaciones cotidianas prudentemente, o asume con diligencia requerida sus compromisos y responsabilidades. En esta figura jurídica del derecho anglosajón, puede distinguirse “lo razonable”, no como lo proporcionado, sino como “lo juicioso o lo sensato”, que no solo se predica respecto de las actuaciones de los particulares, sino que, con mayor escrutinio, del actuar de los servidores del Estado.

⁴⁰⁴ LUTHER, Jörg. “Razonabilidad y dignidad humana”. En *Revista de derecho constitucional europeo*, Núm. 7, 2007, pág. 298.

4.1.4.4 Diferencias entre racionalidad - razonabilidad y su aplicabilidad como criterio limitativo de actividad administrativa concretizadora de conceptos jurídicos indeterminados.

En este punto, una vez analizados por separado las nociones racionalidad y razonabilidad, se puntualizan a manera de parangón los rasgos típicos de cada una de acuerdo a ciertos sectores de la literatura jurídica. Con ese énfasis, encontramos que Patiño Arango, sin pretenderlo taxativamente, enuncia que la racionalidad recorre el camino de los hechos (*Principia Mathematica*) y que la razonabilidad transita por los senderos de los valores (*Principia Ethica*)⁴⁰⁵. En ese sentido, la matemática es racional y las acciones humanas son razonables y en caso específico la moral. De ahí se sigue que tanto la moral como la política, - y en esa misma orbita podemos agregar el derecho y por extensión la actividad jurídico política de la Administración - son razonables.

Bazan y Madrid⁴⁰⁶, sintetizando los planteamientos de Perelman enseñan que "lo razonable dista de lo racional, en cuanto lo racional gira en torno a la idea de lo absoluto y divino, y por tanto, se encuentra anclado en la

⁴⁰⁵ PATIÑO ARANGO, Alejandro. "Lo racional, lo razonable: del modelo matemático y el físico a la naturaleza humana". *Revista Luna Azul*, Núm. 33, 2011, pp. 110-125. Pág. 12

⁴⁰⁶ BAZAN, José Luis y MADRID, Raúl. "Racionalidad y Razonabilidad en el Derecho". *Revista chilena de derecho*, vol. 18, 1991, pág. 185

llamada filosofía tradicional". Ahora bien, lo razonable se instituye como lo aceptado por el conglomerado social, en clave de su sentido común, lo que le es colectivamente correcto para la sociedad. Bajo estos presupuestos, lo irrazonable "no produce aceptabilidad en el auditorio".

Podríamos reducir la dicotomía a varias máximas contundentes, como que lo racional es lo lógica, técnica y científicamente correcto; mientras que lo razonable es lo social y políticamente correcto. Que lo racional pertenece al ámbito del formalismo, la rigidez, las reglas de la deducción lógica; al paso que lo razonable se ubica en la esfera ductilidad, maleabilidad, el relativismo. Lo racional se asocia a la naturaleza misma, al ser; lo razonable al consenso y al deber ser.

En el marco de la teoría de los valores, la razonabilidad apunta a la satisfacción de los cánones éticos, a través de una razón ponderada o sensata, por su lado, la racionalidad procura la satisfacción de una lógica instrumental, a través de una razón verdadera, exacta, factual o comprobable. Por consiguiente, la racionalidad elude las aseveraciones, decisiones o medidas absurdas, contrarias a la lógica, en cambio la razonabilidad evita decisiones o medidas incoherentes con los valores constitucionales.

A continuación, proponemos el siguiente esquema para sintetizar las diferencias planteadas.

Racionabilidad. (Lo racional)	Razonabilidad⁴⁰⁷. (Lo razonable)
Reglas de la lógica formal. Técnicamente Correcto. Formalismos (absoluto) Naturaleza Lo empíricamente demostrable. Razón objetiva (exacta) Principia Matemática	Postulados axiológicos. (teoría de valores) Socialmente Correcto. Relativismo. Consenso. Lo prudente, Lo sensato. Razón ponderada. Principia Ethica.

Una cuestión ciertamente problemática resultaría precisar en qué ámbito se mueven las decisiones jurídicas, especialmente las decisiones administrativas concretizadora de conceptos jurídicos indeterminados, si en los terrenos de la racionalidad o de la razonabilidad. Para estos efectos, son particularmente descollantes los planteamientos de Martínez Tapia⁴⁰⁸, en los que postula que la racionalidad posee serias limitaciones en los contextos de la vida práctica, y a fortiori, en el marco de las decisiones

⁴⁰⁷ Sea preciso aclarar, como se ha dicho en páginas anteriores, que la razonabilidad que se describe en este cuadro no corresponde al enfoque que utilizan los tribunales anglosajones, que es más próximo a la proporcionalidad aquí explicada, sino no que tiene más connotaciones con la razonabilidad en Perelman o Weber, o más bien con el sentido de la nación “*reasonable man*” que si es de corte norteamericano.

⁴⁰⁸ MARTÍNEZ TAPIA, Ramón. *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional ...* Op. Cit. pág. 10.

jurídicas, aunque ello no debe traducirse en que tales decisiones sean necesariamente absurdas, arbitrarias, subjetivas o despóticas, puesto que entre la racionalidad formal y la absoluta irracionalidad o arbitrariedad gravita un astro ambulante e intermedio, que sería la razonabilidad, esto es, la verdadera órbita en que se mueve las decisiones en el derecho, y por supuesto las decisiones de la Administración. Nos apartamos de esta postura, en la medida que en el derecho es posible encontrar casos que se pueden resolverse con demostración empírica en el sentido racional u objetivo, por ejemplo, determinar si un sujeto cometió o no un delito, si una persona es o no padre de un niño, estas implicarían tomar decisiones a partir de evidencias exactas, no tanto en juicios de sensatez. Ahora bien, en el escenario de las decisiones administrativas para afrontar problemas sociales, es perfectamente entendible movernos más que todo, en el cosmos de la razonabilidad, aunque también es discutible cuandoquiera que las decisiones estén cimentadas en estudios técnicos.

Un aspecto final para este acápite, corresponde a determinar la aplicabilidad de la racionalidad y de la razonabilidad como criterios limitativos de la actividad administrativa concretizadora de conceptos jurídicos indeterminados. En este sentido, es de puntualizar que representa un claro límite que deben considerar las Administraciones cuando pretendan adoptar una medida, el examen de lo racional o lo razonable que puede resultar esta. Bajo esa premisa, si un ente gubernamental - por mencionar un contexto fáctico - dispone restringir el consumo de bebidas con contenido de alcohol en espacios abiertos argumentando que la medida propicia "comportamientos que favorecen la convivencia en el espacio" o "comportamientos orientados a preservar

la tranquilidad”⁴⁰⁹, es de notar que su justificación o fundamentación teleológica se sustenta en conceptos con algún grado de vaguedad, sin lugar a dudas conceptos jurídicos indeterminados. ¿Cuál debe ser un comportamiento que favorece la convivencia?, o ¿qué tipo de comportamientos no están orientados a preservar la tranquilidad?, ¿Consumir alcohol en espacio público es un comportamiento que necesariamente afecta la tranquilidad? Y ubicando la situación dentro del espectro de los criterios que venimos analizando, ¿resultaría racional o razonable prohibir el consumo de sustancias en todo tipo lugares públicos?, ¿es racional o razonable que a las personas se impida ingerir una copa o una cerveza en un restaurante o bar que utiliza espacio público, ¿o lo mismo en un día de picnic en un parque?

Responder los cuestionamientos sobre la racionalidad o razonabilidad de la medida que hemos utilizado como ejemplo de actividad administrativa concretizadora de conceptos jurídicos indeterminados, implica realizar un ejercicio, en primer lugar, de autocontrol y en segundo término de heterocontrol. El primero referido a que la misma Administración valore o examine si su medida se ajusta a los presupuestos de “lo racional y lo razonable”, y si aún hecho este examen, sectores ciudadanos considerar que no se cumplen tales presupuestos, sería factible exigir su valoración por los jueces o tribunales, que correspondería al heterocontrol. (que

⁴⁰⁹ Estos conceptos jurídicos indeterminados efectivamente se encuentran establecidos los artículos 2 y 33 de la Ley 1801 de 29 de julio de 2016, mediante el cual se expide en Colombia el código nacional de policía y de convivencia. Que posteriormente fueron reglamentados por el Decreto 1844 de 10 de octubre de 2018. Este decreto de alguna manera constituye una medida o decisión administrativa que procura concretizar los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en la ley precitada. Pero en el caso del decreto en comento, la medida estaba encaminada a prohibir la posesión, tenencia, distribución o comercialización de drogas o sustancias prohibidas en cualquier cantidad, lo que permitía incluso la incautación en espacio público de la llamada dosis mínima.

como hemos definido previamente es la facultad para revisar, modificar, anular e incluso sustituir una decisión administrativa, y en la materia de conceptos jurídicos indeterminados esta revisibilidad externa, como fundamento del hetero-control es plenamente practicable)

Pero hasta este punto, no se ha respondido como se aplicaría los criterios de racionalidad o razonabilidad al caso planteado en concreto, o a cualquier caso de similar naturaleza. Nuestra apreciación en particular sobre su aplicabilidad consiste en afirmar que cada uno de los elementos que hemos descritos en el cuadro anterior (paralelo entre racionalidad y razonabilidad), debe ser objeto de riguroso escrutinio, verificación de cumplimiento o ajuste funcional. En ese orden de ideas, partiríamos valorando lo siguiente:

1º) En el marco de la racionalidad, en cuanto al primer elemento, verificaríamos si la medida (asumiendo sus medios y fines) se ajusta a las reglas de la lógica formal, por su conexión en este mismo análisis, también puede valorarse si se sustenta en fundamentos técnicos empíricamente demostrables. Así pues, la Administración pudo haberse justificando en unos estudios realizados con métodos científicos-investigativos en que se concluyó que la causa determinante de alteraciones a la tranquilidad como riñas frecuentes, lesiones personales, homicidios, violaciones, hurtos etc. están asociadas con el consumo de alcohol. De esta manera, si la valoración que se intenta hacer contempla que estos criterios técnicos son suficientes para aprobar la medida, o, por el contrario, si la falta, insuficiencia, incoherencia, inconsistencia del método en los estudios empíricos es determinante para no aceptar tal decisión, de algún modo podemos sostener que esta actividad administrativa en particular, ha sido sometida al criterio limitativo de la

racionalidad. Aunque la racionalidad no implica necesariamente someter los casos todas las veces, a valoraciones técnicas y científicas, habrá circunstancias en que lo absurdo, ilógico o inconsecuente de una medida sea palpable a través de un ejercicio intelectual.

2º) En los terrenos de la razonabilidad, se debe entrar a considerar si la medida adoptada es prudente a la luz de lo socialmente correcto – aunque tal escrutinio nos haría caer en otro concepto indeterminado – o si la decisión se ajusta a los valores constitucionalmente defendidos en un marco de cierto relativismo moral comunitario. Así pues, en este contexto se entrarían a valorar las tradiciones, las costumbres afincadas, las usanzas convivenciales, que no harían parte de una lógica formal sino no de unas reglas de consenso que pueden surgir de ciertos pactos tácitos comunitarios y que si son *praeter Legem* deberían ser razonablemente respetados. Pero la razonabilidad no debe agotarse allí, el decisor, con su prudente juicio, acudiendo a máximas de experiencia aplicará lo que dicte una razón ponderada que consulte núcleos básicos y mínimos aceptables de estructuras axiológicas.

4.1.5 La ponderación de intereses en juego.

En la literatura académica, el concepto de la ponderación en su dimensión como técnica ha incrementado su utilización y su frecuencia discursiva, a partir de su aparición en el ámbito del derecho alemán, entre los que se encuentran los ineludibles aportes de Robert Alexy, y de esa manera se fue progresivamente diseminando en el resto de la doctrina de la teoría

jurídica, filosofía del derecho, derecho constitucional y administrativo Europeo⁴¹⁰, y por supuesto que hizo “metástasis radical” en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y contencioso administrativos nacionales como en las cortes comunitarias o supranacionales de estas latitudes, igual suerte corrió en Latinoamérica, que en el caso colombiano puntualmente encontró exponentes como Carlos Bernal Pulido⁴¹¹ en la doctrina y los pronunciamientos de la Corte Constitucional en el ámbito jurisdiccional, aunque dicho sea de paso, aquel autor vino posteriormente a ser parte de esta corporación de la judicatura, lo que supuso que muchas de las ponencias de fallo tuvieran una visión teórica pragmática de la ponderación como técnica de solución de conflictos, aunque con esto no se está señalando que previamente no se haya echado mano de este criterio metodológico.

Tratar de establecer algún grado de precisión conceptual y encontrar univocidad de criterios en materia de ponderación puede que resulte una empresa irresoluble, dada la amplia gama de doctrinas con visiones, enfoques y posibilidades de aplicación divergentes, de acuerdo a las culturas o tradiciones jurídicas de que se hagan parte, lo que presupone un uso desordenado o caótico, al menos si se compara los conceptos

⁴¹⁰ En el caso de España son destacables los aportes, críticas e incluso debates mutuos entre Manuel Atienza de la Universidad de Alicante y Juan Antonio García Amado de la Universidad de León. En ese sentido puede consultarse la siguiente obra conjunta de estos conspicuos juristas: ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y GARCIA AMADO, Juan Antonio. “Un debate sobre la ponderación”. *Colección pensamiento jurídico contemporáneo*. Editorial Palestra. Madrid. 2016.

⁴¹¹ Entre las obras de Bernal Pulido en la que alude a la ponderación pueden consultarse: Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”. *En Doxa*, 2003; o también resulta interesantes su análisis desde la racionalidad en: BERNAL-PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 77, mayo-agosto, 2006, pp. 51-75.

“*Balancing*” en inglés, “*Abswägungstaat*” en alemán, que hacen relación a la misma idea del ejercicio de la ponderación pero con diferencias aplicativas.

Otra situación particular que se presenta respecto de este concepto, es que muchas veces es utilizado de manera indistinta a las instituciones de la proporcionalidad y la razonabilidad – que ya hemos abordado precedentemente – lo que hace más complejo encontrar una conceptualización y perspectiva de aplicación uniforme, incluso ciertos sectores argumentan que la proporcionalidad hace parte de un concepto mayor que es la ponderación⁴¹², o la inversa, que la ponderación es una de las gradas o subprincipios que se evalúan dentro de un test integrado de proporcionalidad⁴¹³ - más especialmente el tercer peldaño del test tripartito, denominado proporcionalidad en sentido estricto es el que más se asocia con la ponderación-. Teniendo en cuenta este panorama, más adelante sin ánimos de exhaustividad intentaremos establecer algunas diferencias entre estas dos instituciones jurídicas tan en boga en nuestros días en el ámbito de las discusiones teóricas del derecho, pero también en el marco de las soluciones prácticas de conflictos judiciales⁴¹⁴.

⁴¹² Bajo el entendido que la ponderación es el género y la proporcionalidad es la especie, que la ponderación es un método que está constituido por una serie de pasos entre los que se encuentra la proporcionalidad como una etapa preponderante. Crf. PIETRO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. *En Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Núm. 5, Año 2001.

⁴¹³ Cfr. DE LA SIERRA, Susana. “La ponderación y su contexto. Una reflexión a título introductorio”. En libro *ponderación y Derecho Administrativo*. Editorial Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2009. Pág. 101.; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Editorial Marcial Pons. Madrid-Barcelona.2000.

⁴¹⁴ A nivel normativo, los legisladores poco se han preocupado por ofrecer una descripción conceptual y/o procedimental para el ejercicio de juicios de ponderación, proporcionalidad o razonabilidad - aclarando que su ubicación continua no es expresión de equivalencia - básicamente se limitan a su mención como un deber

Lo primero que hay que señalar antes de comprometernos de lleno con una definición – o al menos un intento de delimitación conceptual – de la técnica de la ponderación, es que respecto de este instituto podemos vislumbrar dos grandes connotaciones o acepciones, aunque entre ellas la línea semántica separativa resulte ser un tanto tenue. Así pues, acogiéndonos a los planteamientos de Luis Arroyo Jiménez⁴¹⁵ pasaremos a explicar el sentido y alcance de la “acepción amplia y de la acepción estricta”, que, a bien, osaremos en llamarle ponderación *lata sensu* y ponderación *strictu sensu* respectivamente.

4.1.5.1 Ponderación lato sensu o acepción amplia:

Muchas expresiones en su uso común y corriente poseen connotaciones claras, ciertamente comprensibles y de usanza ordinaria, pero al inscribirse en el argot de una disciplina en particular, es cuando

ser o un modo de adoptar decisiones exigibles – más bien ha sido una labor doctrinal y de la misma judicatura - . Así, por ejemplo, puede verse en el caso colombiano el Artículo 44 de Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo CPACA (Ley 1437 de 2011) en el que refiriéndose a la discrecionalidad expresa “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. De otra parte en el caso de España puede observarse que sin mayores descripciones se exige ponderar a las Administraciones públicas en el artículo 4.1 literal “b” de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común LRJPAC, que a su tenor literal establece: “Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones”.

⁴¹⁵ ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo. En libro ponderación y Derecho Administrativo. Editorial Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2009. Pág. 19 y ss.

comienzan a surgir los entramados laberínticos o marañas semánticas discursivas que vienen a complejizar o hacer que se convierta en una cuestión de expertos, su significación y aplicabilidad. Esta suerte ha corrido justamente el vocablo ponderación, cuando se acuñó y después popularizó como técnica jurídica para adoptar decisiones o resolver problemas planteados abstractamente o de ocurrencia fáctica concreta. Por fortuna ambos ámbitos, el popular y el técnico, mantienen su uso incólume – aunque el técnico aumente sus contribuciones científicas – y en algún lugar siempre es posible encontrar entre ellos un punto de intersección – que podría resultar más amplio de lo que se piense-. Quizás lo que le hemos dicho aquí como usanza ordinaria o popular corresponda a la ponderación en el sentido lato que se pretende explicar con la sencillez que conviene para no “oscurantizar” el concepto.

Pues bien, en un sentido amplio ponderación corresponde al ejercicio de equilibrar, contrapesar o nivelar cargas. Estas cargas pueden estar constituidas – en términos sociales y humanísticos – por necesidades, intereses y exigencias opuestas con cierto grado de incompatibilidad o exclusión entre ellas, pero justamente la labor de ponderar consistirá en lograr su compatibilidad o inclusión, buscando la preservación de los intereses en condiciones simétricas – al mejor estilo de un esquema yinyang -, aunque la verdad sea dicha, llegar a ese culmen no pasaría más que ser una quimera, si no vamos a la práctica vivencial, por lo que se admitirán proporciones asimétricas que respeten algún peso aunque mínimo para alguna de las dos exigencias – si bien volviendo a ser sincero y pesimista esto también podría resultar quimérico-.

Para Arroyo Jiménez la ponderación hace alusión al ejercicio o dinámica intelectual que procura “tomar en consideración simultáneamente exigencias” – o como habíamos señalado intereses y necesidades – que presionan en direcciones contrarias. La ponderación, así entendida, equivale a “sopesar o valorar criterios que demandan acciones diferentes, a medir el peso de razones opuestas mediante su colocación en los platillos de una balanza.” El autor de Castilla-La Mancha, señala que eventualmente ese sea el criterio que asumió el legislador español en el artículo 4.1 literal “b” de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común LRJPAC, cuando preceptuó que la Administración debe “Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados (...)”. Bajo estos presupuestos las entidades públicas, deben considerar en el momento de adoptar decisiones todos los intereses que pueden tener impactos directos o indirectos, incluyendo intereses que las leyes no hayan atribuido competencia expresa de asistir o atender.

En el contexto jurisdiccional, Arroyo Jiménez expresa que también es posible que los jueces utilicen esta técnica en su sentido lato, cuandoquiera que se pretenda aprobar o improbar una solicitud de medidas provisionales – entiéndase medidas cautelares como le conocen la mayoría de códigos de procedimiento -, ya que los togados con su prudente sabiduría deben sopesar los diferentes intereses del caso concreto para resolver la petición. Así lo expresa la ley de la Jurisdicción contencioso administrativa⁴¹⁶ cuando expresa que la solicitud de las

⁴¹⁶ Se hace referencia a la Ley 19/1998, de 13 de Julio, en modo particular a su artículo 130 .2.

medidas cautelares podrá negarse “cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

Por otra parte, José María Rodríguez de Santiago, aunque no realiza una distinción desde el punto de vista de acepciones de la ponderación, si señala una definición que consideramos se aproxima al enfoque amplio que venimos tratando. Postula pues, que la ponderación se concibe como la adopción de una decisión – en los diferentes aspectos administrativos en nuestro caso- que parte de “identificar los intereses en juego⁴¹⁷, de atribuirle la importancia que le corresponde” en atención a las circunstancias del caso concreto y de “establecer prevalencias entre ellos para la más correcta satisfacción de esas metas o fines”, logrando con esto posibilitar estándares de racionalidad en el ejercicio que se deriva de la decisiones con amplio margen de “libertad conformadora”⁴¹⁸.

De la anterior definición claramente se pueden sustraer varias etapas o fases para un ejercicio racional, metodológico y sistemático de la ponderación, a saber: 1. Identificación de los intereses en juego; 2. Atribución de peso o importancia a cada uno de los intereses en juego; 3. Escogencia del interés que prevalece, sin que ello signifique un sacrificio absoluto del otro, puesto que se parte de una *regla de prevalencia*

⁴¹⁷ Que se hallan en una relación de contrapuntos o contrapuestos.

⁴¹⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. “Ponderación y actividad planificadora de la Administración”. En *libro ponderación y Derecho Administrativo*. Editorial Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2009. pp. 118 y 119.

*condicionada*⁴¹⁹. En un sentido similar G. Scaccia⁴²⁰, plantea que las fases de la ponderación son tres: la primera que consiste en tipificar (identificar) de los bienes y valores constitucionales afectados una decisión. A este segmento R. Bin⁴²¹ lo denomina como la determinación de la “topografía del conflicto”; La segunda fase es una especie de ponderación ad hoc, en la que se realiza una verificación del peso relativo de los intereses desavenidos en el caso puntual; y una tercera y última etapa es el examen del interés público que se procura reconocer mediante el sacrificio de otros intereses protegidos.

Volviendo a Rodríguez de Santiago, puede advertirse que emplea con frecuencia la expresión “intereses en juego”, que de alguna manera amplia el concepto de los elementos que pudieran hacer parte de los aspectos contrapuestos que se van a resolver con el ejercicio ponderativo, aunque no con ello, estamos significando que excluya la nociones de principios, necesidades o exigencias – que ciertamente también utiliza –, pero lo que si se quiere resaltar es que la ponderación en el sentido estricto que posteriormente se va a tratar es más consistente o recurrente en afincarse en que lo que se pondera son principios – como mandatos de optimización – que se encuentren en colisión en el marco factico de

⁴¹⁹ Regla de prevalencia condicionada en el entendido, que solo si se dan determinadas condiciones factuales – que pueden incluir modo, tiempo y lugar – se puede predicar la prevalencia de un interés sobre otro, tratando de conservar en la mayor medida posible aspectos axiales del interés que debe ceder. Lo que implica que si cambian así sea mínimamente las condiciones, mal podría seguirse de esa regla en futuros casos.

⁴²⁰ SCACCIA, Gino, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998. Citado por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 12/13, 2003.

⁴²¹ BIN, Roberto. *Diritti e Argomenti Il Bilanciamento degli Interessi nella Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.

una situación concreta. Concentrándonos entonces, en los intereses en juego⁴²² como noción más próxima a la ponderación *lato sensu* - según nuestra consideración -, el autor en cita propone un ejemplo práctico que permite entender en que consiste el ejercicio de ponderar intereses aplicando las tres fases que comentamos atrás. El “botón de muestra” - como expresa textualmente Rodríguez - se presenta en el contexto del derecho urbanístico, especialmente en el ámbito de construcción de carreteras públicas, siendo particularmente y de manera sintética la siguiente ejemplificación: Un Estado decide realizar una vía, y para ello solo cuenta con dos opciones en cuanto al lugar por donde debe pasar el trazado. La primera alternativa es una zona de grandes recursos de fauna y flora ubicada en superficie plana en la que además habita una especie vegetal única en el país. La segunda opción es una zona montañosa que implicaría hacer una carretera con demasiadas curvas, aunque con tránsito poco frecuente. Bajo este panorama se enfrentarían dos intereses. Los que propenden que se proteja el medio ambiente y las especies exóticas, y por el otro lado, los que velan por los máximos estándares protección a los conductores procurando carreteras que ofrezcan mejores condiciones de seguridad vial. El administrador debe ponderar y adoptar una decisión que considere ambos intereses en la medida de lo posible. Ahora bien, su decisión puede ampararse en aplicación de conceptos jurídicos indeterminados que una norma exija deban concretarse a la hora de construir carreteras públicas, como que la

⁴²² De los cuales se derivan principios, o la inversa, de principios generales podemos hacer desprender intereses concretos.

ley⁴²³ señale que deban adoptarse las “medidas conducentes a satisfacer la máxima seguridad vial”.

En cuanto a las tres fases: 1º Identificación de intereses: Protección al medio ambiente Vs seguridad vial; 2º Atribución de peso a cada interés: Resultaría irreparable destruir un ecosistema con especies únicas, mientras que la seguridad vial es trascendental pero con medidas de precaución pertinentes y adecuadas construcción puede ampararse este principio- sin que se entren a analizar aspectos económicos o de otra índole; 3º Escogencia del intereses prevaleciente: El de protección al medio ambiente, pero en casos futuros solo es aplicable esta regla si reúne idénticas condiciones tal como se plantearon en dicha situación fáctica – pero como cada caso ofrece sus particularidades, resultaría mejor hablar de condiciones similares-. De esta manera compendiamos la manera lucida y comprensible como Rodríguez⁴²⁴ de Santiago enseña sobre el instrumento de la ponderación como mecanismos para resolver encrucijadas complejas entre intereses en juego.

Descendiendo al terreno que nos corresponde en este trabajo, cabe precisar que la ponderación en su enfoque más genérico, resulta útil como parámetro limitador de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados utilizados en la actividad de la Administración pública.

⁴²³ En el caso de España encontramos la Ley 25/1988, de 29 de Julio, de Carreteras, que entre otras cosas establece aspectos relativos a planificación, estudios, proyectos, construcción, financiación, uso, defensa, limitaciones a la propiedad sobre vías estatales. En lo que respecta a Colombia una norma análoga es la Ley 1228 de 2008, de julio 16 y sus decretos reglamentarios.

⁴²⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. “Ponderación y actividad planificadora de la Administración” ... Op. Cit. Pág. 122.

Esta circunstancia puede apreciarse, cuando el decisor público administrativo en procura de concretizar un concepto como el interés general, la seguridad pública, la seguridad vial, la salubridad pública, entre otros, puede verse abocado por tomar decisiones apresuradas, subjetivas y sobre todo sin realizar el mínimo ejercicio intelectual de ponderar interés relevantes en juego, o que siquiera haya tomado el trabajo de considerar dichos intereses por tener una visión reduccionista de resolver problemas de semejante naturaleza, acudiendo a la aplicación a ultranza de la máxima de "prevalencia del interés general sobre el particular". Lo que supone que la ponderación como mecanismo correcta y metodológicamente aplicado se erige como límite al abuso o uso arbitrario o poco cualificado del margen de apreciación que ofrecen los conceptos jurídicos indeterminados al decisor de medidas administrativas – sin perjuicio de extender estos lineamientos a escenarios legislativos o judiciales-.

4.1.5.2 Ponderación *strictu sensu* o *acepción restringida*:

La segunda acepción que hemos definido con el carácter de restringida, porque se circunscribe de manera más técnica a una disciplina en particular, dígame el derecho, y dentro de este, se mueve dentro de Los contornos de la teoría jurídica y filosofía del derecho, pero en forma más concreta en el ámbito de la teoría de los derechos fundamentales. La ponderación como criterio metodológico técnico jurídico para resolver

conflictos, sienta sus bases en la concepción de que en el mundo jurídico existen dos tipos básicos de normas: Las reglas y los principios. Las primeras se enmarcan en una lógica disyuntiva en tanto son cumplidas o no, al paso que las segundas se vierten en una cuestión de grados y deben cumplirse en la mayor medida de lo posible. Las reglas se aplican a través de la subsunción, y los principios se aplican mediante ponderación. Bajo estos presupuestos, la ponderación es un mecanismo para resolver colisión de principios. Los conflictos entre reglas se resuelven acudiendo a criterios de validez. Entraremos pues, a desarrollar esta acepción estricta de la ponderación como instrumento de resolución de controversias principialísticas, sin pretensiones de exhaustividad, aclarando como se ha dicho en el acápite precedente, que acogemos el sentido lato de la ponderación para efectos de postularlo como parámetro limitativo, toda vez que su radio de acción comprende no solo aspectos "iusfundamentales", sino que integra cuestiones "iusadministrativas".

Bernal pulido⁴²⁵, es quizás uno de los autores de Latinoamérica que mejor desentraña todo el entramado respecto de la institución de la ponderación, alude en primer lugar que uno de sus problemas es su falta de precisión teórica, que ha llevado a conjeturar sobre si constituye en realidad un "procedimiento racional" o es un "mero subterfugio retorico". Parte de las ideas de Alexy⁴²⁶, al señalar que su basamento se erige alrededor de los principios, no como normas que establecen de manera diáfana lo que se debe hacer, sino que son normas que procuran que "algo

⁴²⁵ BERNAL-PULIDO, Carlos. La racionalidad de la ponderación... Op. Cit. Pág. 410 y 418.

⁴²⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. (traducción de Ernesto Garzón Valdez). Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid. 1997.

sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes". Las posibilidades jurídicas están constituidas por los principios y reglas que presionan en sentidos contrarios⁴²⁷, en cambio las posibilidades reales lo constituyen todos aquellos elementos fácticos que estructuran el caso concreto y a partir de este se analiza lo fácticamente viable. Ahora bien, en este tipo de contextos la ponderación entra en escena como mecanismos para resolver incompatibilidades entre normas *prima facie* que establecen principios, aclarando en este punto, que en el ordenamiento jurídico no se puede concebir una jerarquización vertical de principios de manera abstracta, sino que dependiendo de cada caso concreto se establecerá la mayor o menor aplicabilidad de uno u otro principio en colisión. Bajo esa lógica, de la ponderación no se concluye la existencia de una relación absoluta entre los mandatos de optimización, sino más bien, una relación de "precedencia condicionada"⁴²⁸ de acuerdo a una plataforma fáctica concreta.

Una crítica férrea a la manera poco precisa en la que el Tribunal Constitucional Español hace uso de la ponderación, la podemos encontrar en un *paper* bien logrado de Santiago Sánchez González⁴²⁹: *De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional*. En

⁴²⁷ Constituidas por principios y reglas, pero aclarando que en el ámbito de la ponderación la colisión que se predica es la que se presenta entre principios o entre principios y reglas, reglas que a su vez encuentran sustento en algún principio, pero nunca en el marco de una antinomia entre reglas, lo que hace parte de otro método de solución.

⁴²⁸ BERNAL-PULIDO, Carlos. *La racionalidad de la ponderación...* Op. Cit. Pág. 418 y 419.

⁴²⁹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. *De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional...* Op. Cit. Pág. 10.

sus apartes da muestra que el tribunal ha dejado “con las ganas de aprender cómo se lleva a cabo esa delicada tarea de la ponderación natural de los valores”, que durante mucho tiempo el TC no proveyó indicio que ofrezca una aproximación sobre que ha de entenderse por “ponderación como concepto técnico-jurídico, limitándose a señalar que se trataba de una operación casuística y necesaria”. De alguna manera, esta falta de univocidad llevaría al autor a considerar que “la ponderación no es una pauta, sino más bien una nebulosa que tiene muy poco de Derecho”.

Antes de sus críticas empieza por precisar que la ponderación hunde sus raíces en el “*Balancing*” surgido en la década de los cuarenta en el marco del realismo jurídico, que tuvo entre sus principales exponentes a Oliver Wendell Holmes. En Alemania y Italia también fueron apareciendo los conceptos de “*Abwägung*” y “*Bilanciamento*” respectivamente, que han sido utilizados para equilibrar o entrar a mediar en el enfrentamiento entre principios y/o derechos – o incluso se habla de intereses institucionales como seguridad pública que conciben como conceptos indeterminados o definiciones elásticas-.

Del análisis que hace a las tradiciones anglosajonas y romano germánicas de la ponderación se puede extraer que la ponderación es una técnica que permite establecer cuál es la norma decisoria suponiendo “el peso que se atribuye a cada uno de los principios concurrentes del caso”⁴³⁰. Enseña, además, que la ponderación no debe concebirse como una cuestión fundada en aspectos deductivos – hermenéuticos, sino que, de alguna

⁴³⁰ Ibidem.

manera, se funda en juicios valorativos no sustentados en una comparación de "coherencia sistemática".

Son destacable las pautas que de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional italiano extrae en materia de ponderación, en cuanto a tres exigencias básicas: 1. "*contemperamento*", que consiste en tratar de armonizar o coordinar los principios en colisión, de tal suerte que eso se traduzca en el no sacrificio de uno de ellos; 2. "mínimo mezzo", que implica solo realizar la limitación, afectación o restricción estrictamente necesaria -la más mínima intervención entre todas las que puedan haber - respecto del derecho en cuestión; 3. "la coesenzialità del límite", la cual es concebida como la exigencia de que la limitación a un principio debe estar justificada por un interés constitucionalmente relevante que compense el sacrificio del principio y/o derecho.

En suma, Sánchez González sintetiza la discusión sobre la ponderación como técnica de interpretación, argumentación y aplicación del Derecho, que tiene sus cimientos en corrientes de pensamiento jurídico de la posguerra relacionada con un constitucionalismo con las siguientes características: (a) la distinción entre principios y reglas en normas constitucionales y la preminencia de los principios. (b) la interpretación y aplicación de los principios se surte a través de la ponderación, y de las reglas mediante la subsunción; (c) la constitucionalización del derecho, lo que implica que las normas subconstitucionales están condicionadas en su validez por la Constitución (d) el rol preponderante que han granjeado los jueces en su función creativa de derecho.

Llegados al colofón de este punto y como habíamos señalado líneas atrás, la exigencia de ponderar las decisiones administrativas reviste

características de límite a la actividad concretizadora de conceptos jurídicos indeterminados, pero es más preciso su función limitadora administrativa en su sentido lato. Ahora bien, sostenemos esto porque si bien la ponderación *strictu sensu* en su función de resolución de conflictos también comporta atributos limitadores, esta ha sido más enfocada en la doctrina a conflictos constitucionales y más especialmente a colisiones en materia de derechos fundamentales. En cambio, si el límite lo situamos en los contornos de la acepción lato sensu, se extienden a más variedad de problemas, entre los que se incluyen problemas que enfrenta la Administración a la hora de armonizar intereses de muchísimos indoles. Sin embargo y en gracia de ahondar la discusión, los intereses de alguna manera se pueden representar en derechos y los derechos hallarse cobijados en principios.

4.1.5.3 Ponderación y proporcionalidad. Una espinosa disensión.

Otro punto de suma importancia que no debemos dejar de abordar, es el concerniente a la disensión entre la ponderación y la proporcionalidad, y como interactúan, se alternan o complementan como técnicas de limitación o control de la actividad administrativa aplicativa de los conceptos indeterminados. Ya habíamos tenido oportunidad de mencionar lo arduo que puede resultar esta tarea desde el punto de vista de una heurística doctrinaria – que puede resultar interminable –, y por supuesto

que, llevado al campo de la jurisprudencia de los países con más fuerte tradición jurídica, también puede que resulte apabullante.

El deslinde entre ponderación y proporcionalidad, aunque complejo como se ha dicho, no nos puede encerrar en su no proposición, y por ello queremos ofrecer nuestra propia postura y contribuir con una resumida esquematización – como ha sido costumbre de este trabajo- a fin de ofrecer elementos para su comprensión desde lo simple y llano.

La relación entre estas dos instituciones puede ser tratada como aspecto de continente y contenido, aunque ni en la doctrina ni en la misma jurisprudencia podemos encontrar posiciones pacíficas de cual debe posar de especie y cual de género. Así pues, autores como Prieto Sanchís⁴³¹, ven a la proporcionalidad como uno de los estadios de la ponderación, lo cual implica que, una vez identificados los intereses enfrentados, se examine que las restricciones a derechos no sean tan excesivas frente al afán por alcanzar proteger otros derechos o intereses. Para realizar un juicio ponderativo en ese sentido, hay que tener en cuenta una proporción entre cargas, entre derecho o intereses.

En la otra orilla, la ponderación como parte de la proporcionalidad, se conceptúa que la ponderación es concebida como un juicio que tiene tres pasos⁴³² y que el último de estos, denominado proporcionalidad en sentido

⁴³¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”. *En libro ponderación y Derecho Administrativo*. Editorial Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2009. Citado en ARROYO JIMÉNEZ, Luis. *Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo...* Op. Cit. Pág. 33.

⁴³² En el Acápito correspondiente a la proporcionalidad como límite, se han explicado las etapas o subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

estricto, corresponde o se asocia a la ponderación⁴³³, y en este *last step*, es menester sopesar o colocar en una balanza intelectual los derechos, intereses o principios enfrentados para y con ocasión a su mayor peso darle prevalencia a uno ellos, sin que ello implique la anulación total del otro.

En la práctica estas dos posiciones, suenan un tanto tautológicas, y su distinción parece adentrarnos en recovecos metafísicos – propios de algunas discusiones jurídicas – pero, no por ello se rehuirá a su disertación, ni asumiremos una posición de simple convergencia conceptual, más bien aportaremos a una debida paralelización.

Bajo los anteriores presupuestos, se puntualiza volviendo a la doctrina de Arroyo Jiménez que la ponderación es un método decisorio que puede aplicarse en ciertas condiciones de tensión normativa, en la que se evidencia un conflicto que no es posible resolver a través de una lógica de validez jerárquica enmarcados en un sistema de preferencias incondicionadas– o según los métodos tradicionales para resolver antinomias⁴³⁴ -. En el contexto de la validez jerárquica operan las cuestiones de derrotabilidad, esto es, que una norma se impone sobre otra. en los juicios ponderativos – también aplicables para los de proporcionalidad – se aplican la prevalencia condicionada, es decir, que

⁴³³ Cfr. DE LA SIERRA, Susana. “La ponderación y su contexto. Una reflexión a título introductorio” ... Op. Cit. Pág. 101.

⁴³⁴ En el sistema tradicional de resolución de antinomias o conflictos de leyes que opera bajo una lógica de validez – típico de un escenario propio de reglas, no de principios – existen una serie de criterios o métodos para resolver el conflicto, que se circunscriben a los ámbitos material y temporal (y el espacial que en este caso no trataremos). En cuanto ámbito material encontramos dos criterios: 1. criterio jerárquico (*lex superior derogat legi inferiori*); 2. Criterio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*). En el Ámbito temporal ubicamos el criterio cronológico (*lex posterior derogat legi priori*).

solo se si dan los presupuestos facticos de una solución resuelta por ponderación, en otro caso análogo se aplica la misma fórmula, pero si mínimamente los supuestos son distintos no es aplicable.

Para el caso de la proporcionalidad, se señala que es un método de control, que de alguna manera implica que haya una decisión ya proferida formalmente. Este control justamente se realiza por sujeto ajeno al que profirió la decisión – lo que paginas atrás habíamos denominado “heterocontrol” – acudiendo al juicio tripartito eliminatorio (adecuación - necesidad -proporcionalidad strictu sensu), aunque esto no es óbice, para que eventualmente – o más bien debería ser la regla – las Administraciones realicen *ex ante* una análisis de proporcionalidad de la medida que van adoptar con fines anticipatorios, y de esta manera ante un control desprevenido cuenten con fundamentación suficiente para defender su decisión.

En síntesis, el juicio de ponderación es una técnica para tomar decisiones, mientras que la proporcionalidad es una técnica para controlar decisiones – sin perjuicio de un autocontrol-. En la primera el decisor vislumbra un panorama holístico de los intereses en juego y los sopesa a fin de buscar puntos de armonía. En la segunda técnica el control muchas veces implica tomar una resolución anulatoria si la decisión ajena no satisfizo el deber de no producir una afectación excesiva frente a la consecución de un fin legitimo – de interés general- pero no le es dable armonizar sustituyendo al decisor inicial. -aunque existen teorías si abogan por la sustitución-

Por otra parte, Velasco Caballero, en una obra que aborda la ponderación en el sistema de competencias de España – en lo que respecta a la distribución de poderes en el marco comunitario- empieza por señalar que

la ponderación ha ensanchado su órbita de acción “como instrumento para el control del legislador” – lo que es extensible al administrador -. Observándose que frente a lo que señalamos líneas atrás, la ponderación también resultaría ser un método de control. Ahora bien, a fin de plantear las diferencias que pueden desentrañarse – pues no se encuentran explícitas- entre ponderación y proporcionalidad, se encuentra que esta última es una “construcción teórica para proteger los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho”. Y en el que se realiza un riguroso escrutinio sobre una medida a fin de constatar que sea idónea para la consecución de un fin constitucional, ha de ser lo menos restrictiva posible y ha de servir a un fin relevante, sin altos costos – en materia de afectación a derechos fundamentales.

La ponderación a su paso, precisa que necesariamente a la hora de adoptar una medida se tenga en cuenta “diversos intereses y principios jurídicos en concurrencia, sin incurrir en sacrificios exagerados de unos a favor de otros”. De tal conceptualización tomaremos dos elementos básicos: intereses enfrentados y no sacrificio. Que como se ha visto, son lugares comunes en la doctrina sobre la técnica de la ponderación.

Así pues, en definitiva, la ponderación es la actividad consistente en sopesar dos intereses o principios en colisión en un caso concreto, para determinar cuál de ellos tiene mayor peso, pero buscando siempre que se lleguen a coexistir. A su turno, la proporcionalidad de alguna manera implica el análisis de una intervención pública en derechos fundamentales, para establecer si el grado de la intervención a los derechos – que se justifica por un fin constitucionalmente legítimo- es proporcional con el nivel de la satisfacción que se quiera alcanzar. Podemos decir, que en la Administración antes de intervenir pondera –

pero en el hetero-control también se hará - y quien controla la intervención analizará la proporción de su magnitud.

En ambos caso, ponderación y proporcionalidad, su utilidad como técnica de control limitadora de la actividad administrativa que concreta conceptos indeterminados, es insoslayable, ya que en el momento de llevar al terreno factual "la utilidad pública, la seguridad ciudadana, la moralidad administrativa" - solo como ejemplos enunciativos - el ejercicio de ponderar y realizar juicios de proporcionalidad resultará valioso para no incurrir en abusos, prejuicios, subjetividades o arbitrariedades, que no es que desaparezcan, pero se puede imponer como límite la ponderación y proporcionalidad, que ya su falta de constatación pueden llevar a sostener que la solución justa que sugieren los conceptos jurídicos indeterminados, no fue precisada.

4.1.6 La interdicción de la arbitrariedad. Generalidad y función limitadora.

Este principio rector y limitador de la actividad de todos los poderes públicos de alguna manera constituye un precepto macro y marco, en el sentido que, por su generalidad puede abarcar todos los criterios o parámetros ya abordados hasta este momento, es decir, lo no ponderado, lo no proporcional, lo no razonable, lo no racional, lo no legítimo o lo que viola la confianza legítima de cierta forma es también arbitrario.

Capítulo 4. Límites en la aplicación y concreción de conceptos jurídicos indeterminados, su control judicial y sustitución.

Parece que fuese una obviedad hablar de no arbitrariedad en el marco de las decisiones administrativas, puesto que saltaría a la vista que la arbitrariedad como conducta administrativa va en contra de todos los principios básicos *iusadministrativistas* y por supuestos del principio de legalidad. Pero su enunciación expresa en la Constitución Española⁴³⁵ obedece a razones históricas, en cuanto se quiso dejar plasmado sin mayores dubitaciones y en forma categóricamente clara que los excesos del pasado provenientes de una dictadura no pueden tener espacios en el nuevo orden constitucional⁴³⁶, y en esa medida resultaba necesario un rechazo contundente a los abusos de poder. De esta manera, debe proveerse a la Constitución de instrumentos y principios claros que sirvan de técnicas de control concretas y así condicionar la actuación de la Administración a unos mínimos estándares verificables.

Es clave aclarar que este instrumento de protección contra los abusos de poder no solo se circunscribe a la actuación de la Administración pública, en su sentido orgánico, sino que cobija a todos los órganos, de la tridivisión tradicional y lo que se conoce como "Administraciones independientes"⁴³⁷. Y es vital la aclaración porque hasta ciertos momentos

⁴³⁵ Art. 9.3 CE "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"

⁴³⁶ Ese nuevo orden constitucional reflejado en la Constitución de España de 1978, de cierta manera ha tenido una valorada solidez institucional, esta Constitución muy pocas veces ha sido sometida a transformaciones – solo dos ocasiones -, ni por vaivenes políticos o por voluntades de turno. Al respecto de las reformas a esta Constitución puede verse: RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa. "Las reformas de la Constitución Española de 1978". *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, Núm. 31, 2018, pp. 651-670.

⁴³⁷ MARTÍNEZ DALMAU se refiere a las Administraciones independientes como ciertos órganos con poder de decisión en aspectos fundamentales para un Estado, con funciones de alto contenido técnico, como los bancos

de la historia determinados actos de la Administración y las leyes de órganos legislativos se encontraban excluidas de control bajo argumentaciones de soberanía o esferas de alto calado político envueltas en teorías de “irrevisibilidad”⁴³⁸.

La consagración constitucional en España del principio de interdicción de la arbitrariedad, tuvo inspiraciones doctrinales, especialmente en el maestro Eduardo García de Enterría, quien sostenía que esta institución jurídica podría extraerse del artículo 17 del fuero de los españoles de 1945⁴³⁹, que proscribía de conformidad con las jerarquías normativas la “interpretación y alteraciones arbitrarias”. En cuanto a la interpretación, que su aplicación sea conforme a la exegesis legal y con relación a las “alteraciones arbitrarias” que las nuevas regulaciones respeten los mandatos existentes y de contera la seguridad jurídica.

En América Latina y particularmente en Colombia, esta institución jurídica no se encuentra formulada expresamente bajo la misma denominación, sino que hace parte de los mandatos de respeto a la Constitución y las leyes, a la observancia de la plenitud de las formas jurídicas en sus aspectos sustanciales y procedimentales, o la más básica obediencia a los

centrales y frente a los cuales discute sobre su legitimidad democrática. Cfr. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Constitución, legitimidad democrática y autonomía de los bancos centrales... Op. Cit. Pág. 119.

⁴³⁸ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo* ... Op. Cit. pág. 291-297.

⁴³⁹ El fuero de los españoles de 1945, corresponde a una de las ocho leyes con jerarquía fundamental proferidas en el curso de la dictadura franquista (las demás normas estaban relacionadas con Fuero del trabajo, sobre Constitución de las Cortes, sobre Referéndum Nacional, sucesión en la Jefatura del Estado, Ley de principios del movimiento nacional, Ley orgánica del Estado y Ley para la reforma política) con la finalidad de dar una apariencia de respeto a los derechos de las personas, pero en los hechos se notaba a bulto lo meramente semántica de estas leyes fundamentales. Cfr. VIGNOLO CUEVA, Orlando. “Dos trabajos de Derecho comparado sobre la interdicción de la arbitrariedad”. *Revista Ius Et Veritas*, Núm. 41, 2010. Pág. 148.

principios generales y valores deónticos, ora en el campo aplicativo, ora en el contexto de producción normativa.

El tribunal constitucional colombiano señala que, aunque no aparezca taxativamente plasmado, se puede deducir de otras normas, así, "en efecto, si bien la Constitución colombiana no consagra expresamente "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos", como lo hace el artículo 9.3 de la Constitución Española, este principio deriva de normas específicas de nuestra Carta."⁴⁴⁰ Refiriéndose al mismo principio esta corporación ha señalado que aplicar medidas regresivas en materia de derechos prestacionales constituye una violación a la prohibición de la arbitrariedad:

La prohibición de regresividad o prohibición de retroceso, se desprende de forma inmediata del mandato de progresividad y, de manera más amplia, del principio de interdicción de arbitrariedad, propio del Estado de Derecho: si un Estado se compromete en el orden internacional y constitucional a ampliar gradualmente la eficacia de los contenidos prestacionales de los derechos constitucionales, resulta arbitrario que decida retroceder en ese esfuerzo de manera deliberada⁴⁴¹.

La interdicción de la arbitrariedad puede considerarse como un auténtico control de fondo, adicionalmente y sin perjuicio, que constituya un control formal, que tiene entre sus supuestos que las decisiones no provengan de una apreciación falsa de los hechos, que no viole la igualdad material,

⁴⁴⁰ Sentencia C- 318 de 1995, Corte Constitucional Colombiana. MP. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁴¹ Sentencia C- 115 de 2017, Corte Constitucional Colombiana. MP. Alejandro Linares Cantillo.

que no infrinja los principios propios de la naturaleza de las instituciones – organización, competencia, jerarquías –, que no trate de imponer un régimen restrictivo a los ciudadanos que no guarde proporción con los fines que se persiguen, que no suponga una manipulación – ardid pensado desde la Administración- con medios coercitivos a los medios elementales de vida de los ciudadanos. Pero estos supuestos, que acabamos de mencionar y que García de Enterría⁴⁴² toma del Tribunal Supremo Español, no deben entenderse que quedan agotados allí como elementos fijos de la interdicción de la arbitrariedad, es el mismo autor quien reconoce la fecundidad que implica aún mayores virtualidades y potencialidades para esta técnica jurídica.

Con este tipo de técnicas, se coloca un marco de movimiento al “Spierlraum”, al campo de juego o ámbito de maniobrabilidad, sea del margen de apreciación – que deviene de los conceptos jurídicos indeterminados – o sea del margen de discrecionalidad, para evitar, en virtud y con ocasión de estas desviaciones, irregularidades caprichosas abusos, subjetividades – o carencia de objetividad-

La motivación veraz y suficiente en las decisiones administrativas es una es un elemento fundamental que también se desprende de la interdicción de la arbitrariedad, y sobre todo en aquel tipo de actos que implican cierta libertad de configuración, así, si mayor es el margen decisional de la Administración, mayor debería ser también la exigencia de exposición de las razones⁴⁴³ – salvo en aquellos casos en que una norma exonere al

⁴⁴² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La interdicción de la arbitrariedad...* Op. Cit.

⁴⁴³ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa...* Op. Cit.

decisor de esta exigencia-. La motivación es pues presupuesto de no arbitrariedad.

Se puntualiza entonces, que existe violación al principio de interdicción a la arbitrariedad cuando quien se encuentra en posición dominante abusa del poder con respecto a los particulares; y cuando dicho funcionario deliberadamente no interpreta bien una norma o cuando realiza una interpretación ajustándola a su conveniencia o a la de un tercero. En estas circunstancias, impera, sin duda alguna el pensamiento del autor y no el espíritu de la ley, considerando su ideología política, religiosa y cultural, olvidando el ordenamiento y actuando a su arbitrio caprichoso⁴⁴⁴

Con todos estos elementos, expuestos hasta este punto, podemos sostener que la interdicción a la arbitrariedad perfectamente puede funcionar como parámetro limitador de la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados, a fin de que el administrador no se salte del cerco semántico-factual que se deriva del concepto y pueda llegar a la solución jurídicamente justa, sin incurrir en desviaciones irregulares. Incluso, en un espectro de penumbra respecto de la aplicación del concepto indeterminado, la no arbitrariedad es suficientemente expansible para adaptarse a la peculiaridad de situaciones en la que exista el peligro de los subjetivismos.

⁴⁴⁴ MEJÍA TURIZO, Jorge.; MEDINA SOLANO, Stephanie.; CARMONA VERGARA, Heyllyn. "Arbitrariedad en las decisiones judiciales y administrativas". *Revista Erg@omnes*, Núm.6, pp. 150-164. 2014. Pág. 156 y 157.

4.1.7 La técnica de los hechos determinantes. ¿Equivalente de falsa motivación?

El aforismo latín *Da Mihi Factum Dabo Tibi Jus*⁴⁴⁵, sin lugar a dudas, constituye uno de los emblemas categóricos en la órbita judicial, que de alguna manera demuestra la importancia que tienen los “hechos” - realidad fáctica comprobada - para que efectivamente se produzca la consecuencia jurídica que establecen las leyes. En este apartado nos centraremos precisamente en la importancia de mostrar la existencia y veracidad de los hechos como elemento esencial, no solo de la práctica judicial, sino de la actividad administrativa que procura justificar la adopción de una decisión a partir de la ocurrencia de determinados hechos, independientemente si la decisión deriva de una potestad reglada, discrecional o de los conceptos jurídicos indeterminados, aunque nuestro foco lo constituye esta última categoría.

En un primer momento, previo a 1956 - para el caso español - la Administración señalaba los hechos en los cuales se basaban sus decisiones, y los jueces debían atenerse a esa narración de los hechos, sin entrar a realizar una labor de constatación, y su función se limitan a un análisis meramente jurídico. Esta situación comienza a cambiar desde la expedición de la ley de la jurisdicción contenciosa administrativa del

⁴⁴⁵ TIRADO ACERO refiriéndose al aforismo latino *Da mihi factum, dabo tibi ius* (dame los hechos y te daré el derecho) enseña que este apotegma discurre sobre la verdad y que ésta, “será entonces el elemento básico para el ejercicio de la justicia a partir de la demostración de hechos.”. Cfr. TIRADO ACERO, Misael. “Verdad, prueba e indagación en el mundo del derecho y de la sociedad”. *prolegómenos. derechos y valores*, Vol. XIV - No. 27 - Julio - Diciembre, 2011. pág. 13.

año 1956, puesto que se le brindaron las posibilidades al juez para que a través de cualquier medio de prueba pueda establecer, valorar o confrontar los hechos informados por la Administración para fundamentar sus decisiones. En Colombia este tipo de técnica vino a tener aparición en el Código Contencioso Administrativo de 1984, pero bajo la denominación de la "falsa motivación". Surge así, una herramienta de control a la actividad administrativa, aunque inicialmente de manera tímida, pero hoy por hoy resulta ser un examen imperativo, el penetrar en las circunstancias fácticas, si se quiere revisar con verdadero rigor las fundamentaciones de la Administración, incluso en aquellos asuntos que revisten connotaciones eminentemente técnicas por contener detalles muy propios de una disciplina particular o un organismo especializado⁴⁴⁶.

La fundamentación fáctica de las decisiones administrativa se considera un elemento reglado, en el entendido que las Administraciones deben describirlos tal cual ocurren, y sobre la base de su ocurrencia es que determinan las consecuencias, que es un aspecto que si puede entrar en el ámbito de la libertad decisional. Ahora bien, la valoración de los hechos es un tema diferente, pues en este ámbito si podrían surgir diferentes apreciaciones, no así, en torno a la fidelidad y exactitud de los hechos. Otro aspecto sería la virtualidad y potencialidad de los medios de prueba para llegar a la verdad real.

De todo lo anterior se desprende que una cosa es la verificación de los hechos y otra muy distinta es su valoración o calificación, y respecto de

⁴⁴⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho Administrativo y Derecho Público general. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho*. Madrid: Tomo I, tercera edición. Iustel. 2011. Pág. 893 y ss.

cada una de estas actividades el rol del juez desde el punto de vista de la intensidad de su control puede variar⁴⁴⁷. En la verificación el control debe ser más fuerte o riguroso, los hechos son los hechos, y si su descripción no corresponde a la realidad, si lo que se dice que ocurrió no fue de esa manera, o la inversa, la Administración niega su ocurrencia y se demuestra que en verdad acaeció, entonces el juez debe dar el crédito inexorablemente y sin ambages al que esté del lado de la verdad – y si es del caso anular la decisión - .

En lo que incumbe a la valoración de los hechos previamente realizada por la Administración, la intensidad del control por parte del juez se tornará menos rígida comparada con el escrutinio a la exactitud fáctica. Y esto se debe, a que en el marco valorativo la Administración pudo haber acudido a criterios jurídicos o incluso metajurídicos, como criterios de oportunidad y conveniencia, máximas de la experiencia, la sana crítica, valoraciones éticas y deontológicas. En estas situaciones el juzgador tendrá que adentrarse a los confines de estos mismos criterios y a un mayor grado de incertidumbre a fin de procura determinar si la decisión fue la correctamente justa.

Coscolluela Montaner ha señalado respecto de este tópico que, si “el presupuesto de hecho previsto por la norma no existió, la potestad a ejercer en base al mismo, no puede ser válidamente ejercida”⁴⁴⁸ y en esa misma dirección, Santamaria Pastor y Parejo Alfonso, precisan que aunque la potestad sea discrecional – también aplicable en conceptos

⁴⁴⁷ Ibidem. Pág. 895

⁴⁴⁸ COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, 19° Edición. Editorial Arazandi S.A. Navarra, 2008.

indeterminados- la Administración se encuentra obligada a realizar “una valoración correcta y racional de los hechos determinantes, (...) de tal modo que cuando el órgano decisor sienta como base de su resolución unos criterios erróneos o no ajustados a la realidad, o sus conclusiones no resultan armonizables con los juicios técnicos emitidos en el expediente, tal resolución puede ser combatida y anulada en vía jurisdiccional.”⁴⁴⁹

En el caso colombiano existe un concepto jurídico indeterminado en el ámbito de la contratación estatal, que ha sido denominado como la “urgencia manifiesta”- que, aunque a través de reglamentaciones se ha intentado delimitar sus circunstancias constitutivas, aún persiste cierto margen de vaguedad -. Esta institución permite a la Administración celebrar contratos públicos escogiendo directamente al contratista sin acudir a figuras de selección por mérito, ya que, las circunstancias apremiantes del caso, no dan tiempo, ni espacio para la aplicación de tales figuras selectivas. En este tipo de situaciones, la Administración deberá una realizar una verificación (existencia y exactitud) y una valoración de los hechos para llegar a decretar la configuración de la urgencia manifiesta, figura que cumple condiciones para considerarse como concepto jurídico indeterminado. Y los jueces podrían utilizar como parámetro limitativo de la concreción de ese concepto, la técnica de los hechos determinantes, tanto en su contenido narrativo como en el valorativo, aunque con las intensidades señaladas anteriormente.

⁴⁴⁹ SANTAMARIA PASTOR, Juan A. y PAREJO ALFONSO, Luciano (directores de obra). *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1992.

Como se había señalado sucintamente, en Colombia la doctrina y jurisprudencia no se ha inclinado por la denominación de la técnica de hechos determinantes, y tampoco se ha desarrollado con profundidad. La institución homogénea para el escrutinio de los hechos en la decisión administrativa ha sido el de la falsa motivación⁴⁵⁰. Marín Hernández⁴⁵¹ enseña que, en este país la falsa motivación se configura cuando “para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad, (...) o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida adoptada.” Por su parte, Rodríguez Rodríguez⁴⁵², conceptúa que la falsa motivación puede presentarse por un error de hecho o por un error de derecho. La primera cuandoquiera que se haga una incorrecta apreciación de la realidad y la segunda en el evento de que incurra en un error o equivocación en aplicación o interpretación de una norma jurídica. Agregaría que, aunque la palabra error sugiere cierta involuntariedad, estas figuras también podrían presentarse por una actuación deliberada del decisor.

⁴⁵⁰ Establecida normativamente en la Ley 1437 de 20011, art 137 y 138, cuando señala que toda persona puede solicitar que se declare la nulidad de actos de la Administración cuando hayan sido expedidos mediante una falsa motivación.

⁴⁵¹ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. *Discrecionalidad Administrativa ...* Op. Cit. Pág. 764.

⁴⁵² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo. General y colombiano. Decima octava edición.* Bogotá D.C: Editorial Temis S.A.. 2013. Pág. 324 y 325.

4.1.8 El balance costo beneficio.

Esta institución de control y límite de la actividad de la Administración tiene rasgos prácticamente análogos a los de la ponderación, o a la proporcionalidad en el sentido estricto – que como hemos dicho atrás todas estas categorías se *entrecruzan* en un mundo de teorizaciones -. Así para Marín Hernández⁴⁵³, el "*Bilan coutes-avantage*" es la versión francesa de la proporcionalidad (en su último subprincipio⁴⁵⁴).

Después del llamado Estado liberal clásico, comenzaron a surgir fenómenos de intervención del Estado en la economía, en las actividades de banca, transporte, comercio, industria etc. ello implicaba también que el Estado irrumpiera más en la vida de los ciudadanos, ya no solo en sus relaciones con un "Estado ligero" – dedicado a funciones básicas de administrar, juzgar y preservar el orden – sino como un Estado recargado de intervenciones económicas que lo conectaban más frecuentemente con los administrados.

Bajo estos supuestos, el mantenimiento del equilibrio económico, ya representaba un elemento cardinal en las funciones del Estado y se hacía necesario controlar a la Administración, cuandoquiera que para el ejercicio de tales funciones sopesaba intereses en juego, intervenía la propiedad privada, la libertad de empresa, de edificación, de tráfico y comercio de

⁴⁵³ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. *Discrecionalidad Administrativa ...* Op. Cit. Pág. 432.

⁴⁵⁴ Ver punto 4.1.1.3. sobre "*Proporcionalidad en sentido estricto*" que corresponde al último subprincipio de la proporcionalidad.

bienes. Así, como el Estado comenzaba cada día más a realizar intervenciones, se requiera una técnica que protegiese a los ciudadanos, no solo desde la óptica del exceso de poder y de la desviación de poder – que ya habían hecho carrera en Francia en épocas decimonónicas.

El concepto de “utilidad pública” – que es un concepto jurídico indeterminado – comienza a ganar terreno en ese contexto de Administración pública intervencionista, ya que se utiliza como elemento justificante de expropiaciones forzosas con destino a realizar equipamientos urbanos, fortalecer el transporte público, los espacios públicos, aeropuertos, colegios etc. y los jueces debían contar con herramientas pertinentes para establecer si había satisfacción de utilidad pública, y si el costo (económico, social, ambiental etc.) que implicaban esas intervenciones se justificaban con un posterior beneficio general.

Fue así, como en la década de los setenta, en Francia, se venía incrementado el control jurisdiccional de la Administración, en el campo específico de la revisión de decisiones administrativas que intentan dar sustrato material a conceptos jurídicos indeterminados, lo cual se ha hecho a través de la apreciación de los motivos de los actos de la Administración. Una especial forma de este control se ha hecho por medio de la aplicación por el juez, del principio de “balance – costo – beneficio”. Un caso concreto donde se aplicó fue adoptado por el consejo de Estado francés el 28 de mayo de 1971, en el que se impugno por ilegalidad el acto administrativo del ministro de vivienda que declaro de utilidad pública un proyecto de desarrollo y renovación urbana en la ciudad de Lille destinado a construir una ciudad universitaria. Se denunció en este caso, que la destrucción de ciertas viviendas que implicaba la obra, era un costo demasiado elevado que podría evitarse planteados remedios

urbanísticos distintos. Al final, el consejo de Estado al considerar la "utilidad pública" de la operación, estimó que una obra no podría ser declarada de utilidad pública sino cuando los atentados contra la propiedad, el costo financiero, y determinados inconvenientes de naturaleza social que se le derivan, son excesivos en relación con el interés y la utilidad que se persigue⁴⁵⁵.

Como puede observarse, lo que se discute, con este tipo de criterio de limitación del balance costo-beneficio no es si la actividad persiga o no una utilidad pública, porque puede que efectivamente lo persigue, sino ¿a qué precio?, ¿qué tipo de impactos se pueden derivar en el tránsito de conseguir ese fin?

Esta técnica también se asocia, con el análisis de pros y contras o ventajas y desventajas, y dentro de todas ellas, implica realizar una matriz en la que se incluyan ganancias y pérdidas desde todos los ángulos, sea financiero, ambiental, político, social, de desarrollo humano y comunitario etc.

Otro arrêêt, en que se ilustra el uso de la técnica del balance costos-beneficios, y que funciona, inequívocamente como límite a aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es el "Sainte-Marie de l'Assomption de 20 de octubre de 1972". Y señalamos que es clara su funcionalidad como límite, puesto que justamente lo que verifica es hasta donde puede materializarse "la utilidad pública".

⁴⁵⁵ Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan. *La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados* Op. Cit. Pág.20.

Pues bien, en el arrêt Sainte-Marie de l'Assomption, se falló acerca de la utilidad pública de la construcción de una carretera al Norte de Niza, cuya obra implicaba el deterioro del Hospital Psiquiátrico Sainte-Marie. En este caso no había una confrontación del interés privado con el público, sino que determinaba una colisión entre dos intereses públicos: el de la circulación vial y el de la salud pública. En esta sentencia, El tribunal de lo contencioso administrativo profirió la anulación del acto administrativo que declaraba la utilidad pública, por considerar la inconveniencia de la solución de circulación establecida en la obra cerca del centro hospitalario, que no solo le producía ruido, sino que lo condenaba a no tener posibilidades de expansión a futuro⁴⁵⁶.

López González, citado en Marín Hernández, en forma categórica nos aporta porque la técnica del balance conste-beneficio constituye un límite en la aplicación de conceptos indeterminados, en los siguientes términos:

"la verdadera significación de la teoría del balance costo-beneficios, que no solo es un instrumento para la valoración de conceptos jurídicos indeterminados, como puede ser la utilidad pública, ni una técnica más de control de la discrecionalidad administrativa, sino principalmente un procedimiento jurisprudencial de ponderación tópica de los intereses en conflicto planteados por la actividad administrativa"⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ Ibidem. Pág. 21.

⁴⁵⁷ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. *Discrecionalidad Administrativa ...* Op. Cit. Pág. 436.

4.2. Control Judicial, sustitución y desviación poder en materia de conceptos jurídicos indeterminados y las otras escalas.

De alguna manera, a lo largo de este trabajo se ha venido tratando de manera esporádica y con cierta tangencialidad el tópico del control judicial a la actuación de la Administración en el escenario concreto de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados y también se han hecho algunas referencias importantes -pues resultaría inevitable - a la fiscalización de la discrecionalidad. En este apartado pretendemos ampliar más sobre esta materia, aunque previniendo sobre una acotación particular, que es lo referente a lo complejo que resulta hallar literatura profunda o congresos académicos en aspectos puntuales sobre el control a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pues el mayor volumen de contribuciones vuelca su mirada sobre el control a la discrecionalidad. Pero ello no nos resultó tan desilusionante para nuestros fines heurísticos, ya que en muchas de esas contribuciones el tema de conceptos indeterminados sale a relucir, aunque sea para referirse de manera tangencial a su control. Ahora bien, dado que las formulaciones teóricas sobre la cuestión resultan ser tan diversas, podemos encontrar incluso, quienes consideren a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados como una especie de discrecionalidad débil⁴⁵⁸, y por esa

⁴⁵⁸ VILLOSLADA GUTIÉRREZ, María. *El control de la discrecionalidad ...* Op. Cit. Pág. 44.

vía se ha estudiado su control dentro de este amplio concepto, como subcategoría de la discrecionalidad⁴⁵⁹.

Partiendo de un análisis de antecedentes, podemos señalar que la historia del derecho administrativo ha estado marcada por la determinación de los alcances del control hacia la Administración. Después de superado los regímenes monárquicos y absolutistas, se planteó una división de poderes tan rígida que las ramas no podían inmiscuirse en los asuntos de las otras, y fue así como en Francia se expidió la Ley 16-24 de agosto de 1790, en la cual se establecía que los tribunales jurisdiccionales “no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos, ni emplazar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”⁴⁶⁰. Esto implicaba de alguna manera, que, habiendo ya separación de poderes, se pasaba de la arbitrariedad del rey, a dejar las puertas abiertas a la arbitrariedad de un administrador sin control.

Posteriormente – primer cuarto decimonónico– dentro del poder ejecutivo se contaba con una figura que denominaban ministro-juez o Administración juez, que era una dependencia encargada de avocar conocimiento de las reclamaciones presentadas contra la Administración y resolverlas. Comoquiera que ese órgano pertenecía al mismo ejecutivo

⁴⁵⁹ De alguna manera, concepciones de esta naturaleza están relacionadas con lo que se ha dado en denominar tesis unitarias, o con otros enfoques, como tesis convergentes. Cfr. LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad ...* Op. Cit. Pág. 94 y ss.

⁴⁶⁰ Esta prohibición también fue elevada a rango constitucional en la Constitución francesa de 1791 en la cual se consagró textualmente que “los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de leyes, ni en las funciones administrativas, o citar ante ellos los funcionarios de la Administración por razón de sus funciones”.

– de alguna forma como juez y parte- aglutinando ese poder de revisión de sus propias actuaciones, a este fenómeno se le conoció como “justicia retenida”. Pero este modelo de justicia se fue lentamente reemplazando por otro en que el Consejo de Estado – que solo tenía función consultiva -se le reconoció carácter jurisdiccional, sobre todo mediante ley de 24 de mayo de 1872 y subsiguientemente otras legislaciones y sentencias posteriores los jueces que controlaban la Administración fueron adquiriendo más independencia y posibilidades de mayor fiscalización.

A pesar de que en las postrimerías del siglo XIX se había establecido una jurisdicción contenciosa, pero que vino a consolidarse en los albores del siglo posterior, aun se encontraba afincada una teoría de “irrevisibilidad” sobre cierto tipo de actuaciones en las que se señalaba que la Administración tomaba decisiones de alto contenido político, económico, seguridad nacional etc. o de aspectos metajurídicos que envuelven criterios de oportunidad y conveniencia, a ese tipo de actos que pudieron tener diversas formas de denominación de acuerdo a la tradición jurídica, especialmente se les nombraron como actos políticos o de gobierno, actos normativos o reglamentarios, y por supuesto, los actos discrecionales⁴⁶¹.

En España una ley de jurisdicción contenciosa administrativa del año 1956 comenzó a colocar coto más cerrado a la Administración – por lo menos simbólicamente pues aún permanecía el régimen franquista - sobre todo con relación al tema del control a los hechos determinantes y sus posibilidades de verificar probatoriamente. Así, las teorías de

⁴⁶¹ Aunque Beltrán de Felipe, arguye que no se puede hablar de actos discrecionales, sino que “existe un cierto poder discrecional de la Administración que aparece, en mayor o menor medida en todos sus actos, y que consiste en la potestad de apreciar la oportunidad – o conveniencia – de las medidas administrativas”. Cfr. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y Constitución...* Op. Cit. Pág. 22.

irrevisibilidad iban perdiendo cada vez su influencia y fueron justamente atacadas por García de Enterría, en el sentido que no debía haber círculos de inmunidad en materia de control de la Administración y que debía eliminarse todo resquicio que permitiera la arbitrariedad⁴⁶².

Dentro de todas esas teorías que piden controlar más hondamente a la Administración, descuellan figuras venidas de Francia como el “exceso de poder” y “desviación de poder”, y otras de tierras germanas, como la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados. En este sentido, estos conceptos constituyen en la doctrina tradicional técnicas de control a la actividad discrecional de la Administración, pero sea menester recordar, que en este trabajo el enfoque no ha sido justamente ese, sino el que la institución de los conceptos jurídicos indeterminados es también un ámbito de decisión administrativa autónomo con relativa o mediana libertad, que amerita, justifica y precisa igualmente de ser controlado, por lo que aquí hemos propuesto – no de manera exhaustiva – unos límites a ese ejercicio concretizador de ese tipo de conceptos.

Otro aspecto fundamental, es que la fiscalización jurisdiccional puede asumir dos modalidades, en cuanto sea un control formal o un control de fondo. Respecto la primera, no hay discrepancias que cualquier tipo de acto expedido por la Administración debe cumplir sus presupuestos formales y en caso contrario puede ser revisado y anulado. Un canon básico del núcleo esencial del principio del debido proceso administrativo. En concordancia con esto, desde hace rato se ha venido señalando, que incluso en los actos discrecionales – acá entendidos como los

⁴⁶² Aspecto que quedó definido en la Constitución española con el principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 – inspirado justamente en la doctrina de García de Enterría -

discrecionales puros o fuertes, en los que hay mayor ámbito de libertad – hay elementos reglados que permiten realizar un control a condiciones de la formalidad legal del acto, entre estos elementos reglados⁴⁶³ se tiene la existencia de la potestad, la extensión de esta, la competencia, su forma, el fin (finalidad)⁴⁶⁴, y agregamos, el procedimiento, su revestimiento externo etc.

Tradicionalmente se ha dicho, que la existencia, extensión, competencia, procedimiento y fin, antes mencionados, son elementos reglados para hacer control formal a la discrecionalidad administrativa, pero nada obsta, en que si le damos a los conceptos jurídicos indeterminados una posición especial en el ámbito de poder de las Administraciones (segunda escala en el cuádruple aquí propuesto), para que también sean considerados elementos reglados de esta categoría. Y es que, en materia de elementos reglados frente al ejercicio de la actuación pública, está de más aclarar, que aplica a cualquier tipo potestad.

Con esta tesis de existencia de elementos reglados que permiten hacer control formal a los poderes públicos se refuerza y consolida las teorías de la vinculación positiva de la Administración, puesto que cualquier tipo de potestad que se ejerza debe provenir de la ley y en esta es justamente en la que se estipulan los presupuesto reglados a que debe acogerse.

En cuanto al control de fondo, ordinariamente se ha esgrimido que sus tres técnicas son los hechos determinantes – ya sustentados – los

⁴⁶³ Respecto al elemento reglado “fin” – y es reglado porque la Administración solo puede atenerse a la finalidad dispuestas por las normas – su control por antonomasia se hace, como se verá más adelante, con la técnica de la desviación de poder.

⁴⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Lucha contra la inmunidades de poder...* Ob, Cit. 167 y 168.

principios generales del derecho y los conceptos jurídicos indeterminados⁴⁶⁵. Con relación al primero el juez debe verificar que los hechos sustentados por la Administración son tal cual como ocurrieron en la realidad y de lo contrario el acto adolece de un vicio en su motivación, que puede conllevar a su anulación. En lo que refiere a los principios generales del derecho, estos, además, de los tradicionales que conocemos como justicia, equidad, buena fe, igualdad, etc. también pueden incluirse otros que hemos analizado en este trabajo, como proporcionalidad, ponderación, confianza legítima, y el insoslayable, interdicción de la arbitrariedad como autentico control de fondo. Y en lo que respecta, a los conceptos jurídicos indeterminados como técnica de control, se insiste – aunque suene como canción trillada – que su abordaje aquí no ha sido como aparato o institución de control, sino como otra potestad independiente que merece una revisibilidad plenaria.

Se ha expuesto en esta disertación que los ámbitos de decisión de la Administración deben reevaluar el binomio reglado-discrecional, y en cambio proponer con autonomía epistémica otros ámbitos como los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad técnica, conformado un cuadrinomio que hemos denominado “escala cuádruple” que va aumentando el ámbito de libertad. Ahora bien, como cada escala tiene sus rasgos propios, en materia de control judicial y posibilidad de sustituir la decisión por parte del juez, es preciso también sustentar sus diferencias. Aunque el foco central del control y sustitución lo pondremos en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, que es el objeto de estudio de esta obra.

⁴⁶⁵ Cfr. LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad ...* Op. Cit. Pág. 73.

Así pues, el control judicial a la actividad reglada es el de mayor intensidad y también podríamos llamar el más fuerte, ya que la ley provee al juez todos los elementos, no solo los formales, sino también los sustantivos, para verificar que el sensor administrativo haya adoptado la decisión correcta. Comoquiera que en la potestad reglada aparece claramente estipulado el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, el juez solo debe hacer un proceso de constatación del ejercicio de subsunción debió realizar el ente administrativo. Este control jurisdiccional será el de mayor intensidad por que la actividad del funcionario administrador reviste un carácter cognoscitivo, no teniendo posibilidad de escoger. El juez simplemente dirá – aunque a veces no resultará tan simple – si se escogió o no la opción señalada en la ley. En este tipo de potestades consideramos que el juez puede sustituir la decisión de la Administración, puesto que él, al hallar la respuesta correcta, no debe hacer, sino ordenar que se cumpla la solución justa derivada de la norma.

En cuanto al tema axial del control judicial de los conceptos jurídicos indeterminados la doctrina mayoritaria encabezada por García de Enterría y Gordillo, han planteado que a estos se les aplica los mismos criterios de control de una actividad reglada, porque la aplicación de estos conceptos indeterminados es en ultima una potestad reglada más. Nos oponemos a esta tesis, por considerar que en materia de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados hay ciertas diferencias fundamentales con la potestad reglada.

Primero, para justificar nuestro apartamiento, arribamos a que en los conceptos jurídicos indeterminados puede haber conceptos de valor (v. gr. “Buen padre de familia”) y conceptos de experiencia (v. gr. “Edificio ruinoso”). En los conceptos de valor, la posibilidad de libertad se amplía,

en los de experiencia se reduce. Es decir, que en los de valor se ofrece mayor posibilidad de volición que en los de experiencia, porque estos últimos se relacionan más con realidades prácticas. Igualmente, cuando nos enfrentamos a conceptos de valor puede que no resulte sencillo ubicar la realidad en la zona de certeza negativa o en la positiva del concepto, y se mantenga por lo tanto en un halo de incertidumbre. En cambio, consideramos que en los conceptos de valor será más sencillo arribar a las zonas de certeza (negativa o positiva). Por todo esto, en materia de control judicial y sustitución, las cosas cambian depende que tipo de concepto se esté abordando. Si es un concepto de valor debe entenderse que hay una presunción de aplicación válida a favor de la Administración⁴⁶⁶, pero que en todo caso, es susceptible de ser contralada, resultando más difícil para el juez, puesto no será algo objetivo u objetivable, solo que el juez quite el juicio de valor de la Administración para poner el de él, por lo que la sustitución en estos casos, es muy discutible, pero nos quedamos con que el juez pueda efectuarla en aras de garantía del derecho de los ciudadanos. Ya en el evento de demostrar arbitrariedad o desviación de poder en la aplicación de conceptos de valor, tendrá mejores argumentos para su derribamiento.

Si el control se efectúa, con relación a un concepto de experiencia, su verificación implica, hasta cierto punto, pasar por un tamiz de valoración fáctica, mucho más objetivable y apreciable a través de cognición, por lo

⁴⁶⁶ Opinión similar refiere YAÑEZ VELASCO, Igor. "Control de Legalidad de los conceptos jurídicos indeterminados en el planeamiento Municipal. Jurisprudencia de Altos vuelos sobre asuntos resueltos mediante corazonadas". *En Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Núm. 269, Madrid, noviembre.2011. pág. 20 y ss.

que el juez puede concluir con mayor precisión si se llegó a la solución justa. Pero siendo coherente con nuestra tesis, esto no quiere decir que cuando se realice aplicación de conceptos de experiencia indeterminados, ya nos saltamos las fronteras de la escala y será una facultad reglada, no es así, porque aun siendo un concepto de experiencia, a nuestro juicio la Administración tiene una mínima libertad electiva, que debe corresponder en todo caso a una solución justa.

En la discrecionalidad técnica, las posibilidades de control y sustitución, a veces incluso son confundidas con la aplicación de conceptos de experiencia indeterminados, porque muchos de esos conceptos experienciales pueden tener contenido técnico. Pero dejando, a cada ámbito de decisión en su escala y tornando la mirada sobre la discrecionalidad técnica, esta implicará mayores dificultades de control para el juez, porque justamente este no es un experto sobre aspectos que puedan debatirse sobre la correcta aplicación de juicio técnico, y un escenario judicial deberá prácticamente diferir su veredicto un experto diferente al de la Administración para que ilustre, guie o insinúe la solución correcta.

De todas maneras, y pese a las limitaciones de experticia en las áreas de debate por parte del juez, el control a la discrecionalidad técnica cada vez se vuelve más intensa, y así lo indican Mauri Majós⁴⁶⁷ y Tomas-Ramón Fernández⁴⁶⁸ cuando aluden a que inicialmente los tribunales en España se negaban a controlar y después fueron abriendo espacios de control, sobre

⁴⁶⁷ MAURI MAJÓS, Joan. "Gestión de los procesos selectivos, discrecionalidad técnica y control judicial". *Zk. Berezia* - Núm. especial 2/2018. Págs. 112-125. Pág. 117 y ss.

⁴⁶⁸ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma ...* Op. Cit. Pág. 211.

todo, señalan los autores, en temas de procesos selectivos para el ingreso a la función pública (control a calificaciones en concursos y oposiciones).

El control de la discrecionalidad técnica es perfectamente dable, a efectos de verificar si se escogió la opción técnicamente correcta. El problema creemos que puede estar en las posibilidades de sustitución, porque a diferencia de problema como calificaciones en concurso que pueden ser objetivables, hay aspectos de selección por parte de la Administración que envuelven temas técnicos que el juez no debe entrar a definir, por ejemplo, una decisión de si adquirir vehículos con determinado tipo de tecnología u otra; aquí el control se puede hacer sobre aspectos de desviación de poder, corrupción, arbitrariedad, pero no, sobre la elección en sí misma.

En el tópico de la discrecionalidad pura o fuerte, el juez debe ser especialmente más cuidadoso de no realizar una sustitución abusiva – sin negar que en aras de la justicia haga sustituciones-. Y es que en materia de discrecionalidad pura el ente administrativo acude a criterios metajurídicos, juicios políticos, de oportunidad y de conveniencia, aspectos que corresponden al fondo de una decisión administrativa. Las decisiones administrativas discrecionales tienen ese carácter diferencial que tienen posibilidad de elegir entre alternativas válidas en problemas de Administración o gerencia, en cambio, un juez debe buscar una respuesta correcta. El juez debe ser juez, y no administrador, y cuando se vea inmerso en activismos judicial debería hacerlo para garantizar los derechos de los ciudadanos y hacer que se respeten los criterios formales de la legalidad, pero debe evitar pretender figuración, ordenando cambios – incluso arbitrarios desde el mismo escenario judicial – a la voluntad administrativa que en su juicio de lo que es oportuno o conveniente ha

decidido. Esto puede ser altamente discutido – y puede que la crítica resulte estridente- pero en el escenario de discrecionalidad fuerte, la Administración cuenta con una presunción positiva sobre el fondo de su decisión a menos que se compruebe desviación de poder (control al fin) o arbitrariedad.

En esas mismas orientaciones, la legislación española condicionó la posibilidad de sustitución, pues según el artículo 7.1 de ley 29/1998, de 13 julio, de la jurisdicción contenciosa administrativa señala que:

"los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados".

En el caso colombiano, aunque el legislador cuando organiza la jurisdicción contenciosa administrativa no se refiere a este tópico en el marco de los medios de control (modalidades de recursos contenciosos), si lo hace en materia de medidas cautelares, en el párrafo del artículo 230 de la ley 1437 de 2011, Código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo, así:

"Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente".

Llegados a la postre, vale decir, que una de las figuras clave, como ya se venía mencionando, para que el juez ejerza control sobre las actividades administrativas contentivas de cierto margen de volición, es la "desviación de poder". Esta institución de origen jurisprudencial francés – posterior al "exceso de poder": control competencia -, Hauriou la define como el fenómeno consistente en que un ente administrativo desplegando una actuación con plena competencia, cumpliendo las normas formales y aparentemente sustantivas, utiliza su poder con "fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio"⁴⁶⁹. Nos identificamos con el concepto, salvo cuando alude a "motivos", pues el control de los motivos, se puede realizar por mecanismos diferentes como la "falta o falsa motivación" y/o "los hechos determinantes", siendo necesario aclarar que el fin del acto es el "para qué" y los motivos son el "porqué", cuestiones con diametrales diferencias. Así pues, Tenemos que la desviación al poder permite controlar el fin, y ese fin debe ser el señalado por el legislador, y no otro.

Bajo esa tesitura, la Administración al realizar concreción de un concepto indeterminado, no debe perder de vista ese fin, pues pueden darse casos en que, por la flexibilidad que ofrece el concepto el ente censor se desenfocan de su norte, que es el "interés público", que también, sigue siendo un concepto indeterminado, pero las leyes específicas habilitantes de la potestad contienen fines más concretos.

⁴⁶⁹ HAURIOU, Maurice. Précis de Droit Administratif, 10. ed., Parfs, 1921, pág. 455.

4.2.1. Síntesis esquemática: intensidad del control y sustitución según ámbito de libertad decisoria en escala cuádruple.

Escala en ámbito de libertad decisoria.	Intensidad del control.	Posibilidad de Sustitución.
Potestad reglada	Alta	Alta
Conceptos jurídicos indeterminados.	Relativamente alta. (En conceptos experiencia mayor y en conceptos de valor menor)	Media- alta.
Discrecionalidad técnica.	Leve.	Medio- bajo.
Discrecionalidad pura o fuerte.	Muy Leve.	Muy Leve o nula.

Capítulo 4. Límites en la aplicación y concreción de conceptos jurídicos indeterminados, su control judicial y sustitución.

CONCLUSIONES.

Conclusiones

CONCLUSIONES.

- I. En este apartado de conclusiones, expondremos en forma sintética las principales aportaciones, críticas, redefiniciones teóricas, observaciones o propuestas de mejora, que se han ido hilvanando a lo largo de esta investigación para contribuir al ensanche de las fronteras del conocimiento y a un mejor ejercicio y control en el marco de las actuaciones administrativas concretizadoras de conceptos jurídicos indeterminados.

Así, partimos por señalar que el derecho como amplio sistema interconectado de principios, reglas, decisiones judiciales, construcciones doctrinales, es una de las disciplinas que precisa inexorablemente del lenguaje y de su poder comunicativo. Ese lenguaje tan diverso en palabras, expresiones, manifestaciones simbólicas, gestuales o sonoras que intentan representar elementos de la realidad. Pero muchas veces esas representaciones no son tan exactas, dado que algunos de los constructos del lenguaje no encuadran de manera precisa en una realidad concreta y excluyentes de otras realidades, lo que implica que se engloben posibilidades de realidad afines o alternativas fácticas conexas. Así, por ejemplo, expresiones como "oscuro" o "frio" no ofrecen un encuadramiento exacto de una realidad, y diferentes tonalidades, ambientes no luminosos en variados matices, pueden representar la oscuridad. O en lo referido a "frio", -5° C, 3°C, 8°C, 12°C etc. de temperatura, pueden todos ellos encajar en la misma expresión. En el derecho

Conclusiones

inevitablemente - o premeditadamente por el legislador - van aparecer este tipo de conceptos. En el derecho civil *verbigracia*, "posesión pacífica" o "justo título"; en el derecho penal, "alevosía" o "motivo abyecto o fútil"; y en materia de derecho administrativo, "interés general", "utilidad pública", "orden público", "Justo precio", etc. Así pues, lo primero que se quiere concluir es que indeterminación y lenguaje, y el derecho como usufructuario de este, constituirán relaciones inescindibles.

El derecho posee un lenguaje *sui generis*, por lo que aquellos conceptos de la norma jurídica que posean características de vaguedad e imprecisión, deben concebirse como conceptos jurídicos indeterminados, esto es, conceptos que son propios del derecho y que envuelven esa condición flexible. Ahora bien, otras ideas apuntan, a que esos conceptos no les pertenecen en entero al derecho, sino que son parte del lenguaje común y general, por lo que es más válido, referirse a conceptos normativos indeterminados, puesto que los vocablos utilizados son nociones que pueden proceder de cualquier área de conocimiento, se insertan dentro de una norma y adquieren una funcionalidad, finalidad y sentido al interior de esta. Pero en oposición a esto, lo normativo puede incluir reglas incluso metajurídicas - morales, religiosas, técnicas etc.- y lo jurídico se halla circunscrito a los contenidos del sistema de un ordenamiento legal, por lo que la expresión tradicional cumple con criterios de suficiencia y delimitación.

Aunque suene paradójico, esa misma indeterminación del lenguaje del derecho, que pareciera ofrecer licencia para la arbitrariedad – o como dijera Hans Hüber “es el caballo de troya del Estado de derecho”, en alusión a la discrecionalidad – también se constituye en instrumento de control y de maleabilidad para las posturas estáticas e invariables que en ocasiones se resiste a mantener la Administración como *statu quo* perennes. Bajo ese orden, los conceptos jurídicos indeterminados dan la oportunidad de repensarlos, redefinirlos y, en todo caso, ajustarlos a las realidades cambiantes, y en tal empresa los jueces pueden entrar a zanjar discusiones sobre concreción de conceptos indeterminados frente a los cuales se hayan hecho exigencias de resignificación.

- II.** El lenguaje jurídico como cualquier manifestación del lenguaje, actúa como un ser vivo compuesto de un sinnúmero de células, que constantemente nacen, se reproducen, se alteran y desaparecen. Igual suerte corren las palabras en cualquier área del conocimiento, que en algún momento son acuñadas, incorporadas, aceptadas por la comunidad científica, redefinidas, desusadas o rechazadas. En el derecho, que no es ajeno a estas dinámicas, encontramos que sus conceptos y sobre todo sus conceptos indeterminados, transitan por este *iter*, y justamente ese tránsito en las expresiones con cierta vaguedad se hace más inestable. A fin de ilustrar, podemos señalar que en el derecho civil se han encontrado expresiones como “hijos de dañado y punible ayuntamiento”, “hijos naturales”, “mentecato”, que se han transfigurado e incluso desaparecido. En el derecho

administrativo, existen conceptos como "servicio público", o "moralidad administrativa" que se han resignificado en diferentes estadios de la historia o depende de contextos concretos. En suma, el lenguaje jurídico es un campo ampliamente dinámico, y en materia de conceptos jurídicos indeterminados se hace aún más dúctil, inestable y mutable.

La relación entre derecho y lenguaje, puede observarse a través de dos prismas diferenciables. El lenguaje como instrumento o vehículo del derecho para alcanzar sus fines (concepción instrumentalista) o el derecho como un lenguaje propio y autónomo: una lingüística jurídica (concepción constitutiva).

- III.** Una definición para los conceptos jurídicos indeterminados es una cuestión ciertamente indeterminada. En la doctrina no existe univocidad sobre su conceptualización, pero de alguna manera a la hora de definir encontramos que la mayoría de los autores tienen en común que usan expresiones como "vaguedad", "ambigüedad", "imprecisión", "abstracto", "flexibilidad" y "supuesto de hecho amplio". Estos lugares comunes en la construcción de las múltiples nociones, permiten formar una idea clara sobre hacia donde se dirige la doctrina cuando intenta preciar sus significaciones y usos.

Otra cuestión que es reiterada en la mayoría de las aportaciones doctrinales es que los conceptos jurídicos indeterminados, no necesariamente aparecen por coincidencia en los textos

normativos, sino que el legislador de manera deliberada los introdujo conociendo su vaguedad, ambigüedad, imprecisión, abstracción, flexibilidad o su supuesto de hecho amplio - se repiten las expresiones que llamamos lugares comunes -, haciéndolo con la intención de que el concepto permita su mayor elasticidad en sede aplicativa a efectos de que involucre o englobe una serie de circunstancias que escapen al vaticinio y pueden acomodarse fácilmente a los cambios de realidad y, de esta manera, pueden ofrecen visiones variadas de solución frente a problemas que se deban afrontar - que afronta el administrador o los jueces-. Constituye por tanto los conceptos jurídicos indeterminados una técnica legislativa atributiva de potestad. Otra discusión será si esa potestad se aproxima más a la órbita de lo discrecional o a la esfera de lo reglado, aspecto frente al cual también daremos nuestras conclusiones.

En tanto técnica legislativa, el órgano que atribuye potestad, debe ser lo suficientemente cuidadoso y hábil para olfatear cuando la atribución resulte contraproducente, por el tufillo de proyectada arbitrariedad que se puede cernir sobre la facultad dispensada. Entre veces, también nos atrevemos a decir, que el legislador no siempre será consciente que está disponiendo o simplemente colocando en el texto legal un concepto que dé lugar a amplitud en su interpretación y aplicación. Por lo que en estas últimas eventualidades, el concepto no es el resultado de una técnica legislativa, sino del uso ordinario del lenguaje de manera desprevenida. Aunque recalcamos que, en materia de

producción normativa debe evitarse ser a lo sumo, lo menos desprevenido.

- IV.** Como características, más o menos aceptadas, por la doctrina mayoritaria, los conceptos jurídicos indeterminados son nociones generales y abstractas, que en su concreción son susceptibles de control jurisdiccional, asimismo, corresponden a una actividad reglada, que implica además una única solución justa, a la cual se llega mediante una actividad cognitiva – objetivable.

Una de las aportaciones o las contribuciones importantes que destacamos de este trabajo y que resaltamos en estas conclusiones, es nuestro apartamiento y redefinición a las concepciones de conceptos jurídicos indeterminados como categorías regladas (cerradas) y que implican un examen de orden cognitivo. En nuestro sentir, no son reglados porque la amplitud decisoria que tiene la Administración en materia de conceptos jurídicos indeterminados no es completamente cerrada – como cuando se adopta un acto que debe reconocer o negar una pensión de jubilación-, existe una libertad limitada por un concepto que ofrece posibilidades de elección, y porque además la tesis de la única solución justa, no es que límite la posibilidad de escoger, sino que establece que lo que se escoja debe adecuarse al concepto. En esa medida, si hay posibilidad de elección, aunque limitada, no se podría predicar, derivación de potestad reglada, sino más bien, una aproximación.

No desconocemos que la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados se enmarque en la teoría de la única solución justa, porque entre las posibilidades de elección van a existir unas justas y otras no, y puede ser perfectamente exigible que el resultado final se encuentre entre las opciones justas, lo que no se comparte es concebir que los conceptos jurídicos indeterminados hagan parte de la potestad reglada, pues esto sí implicaría que se exija una sola fórmula de solución, una sola forma, realidad o comportamiento concreto que se encuadre dentro del concepto.

Por otra parte, tampoco resulta de nuestro acogimiento predicar una actividad cognitiva en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados – o por lo menos solo cognitiva -, ya que, si nos aferramos a la posibilidad de elección en materia de conceptos jurídicos indeterminados, se plantea entonces un escenario de “voluntad”, de “querer”, propios de una facultad de decidir u ordenar la conducta, todo lo cual, corresponde a condiciones propias de juicios volitivos. Incluso, existen conceptos, como los de valor, en los que las condiciones volitivas pueden ser más acentuadas, como lo admite Forsthoff, frente a los cuales señala que existe cierta discrecionalidad.

- V.** Los conceptos jurídicos indeterminados han sido objeto de una descomposición en su unidad funcional, a fin de analizar su aplicabilidad desde diferentes estructuras. Hay posiciones que

respaldan a tales conceptos como un cuerpo monolítico (Estructura Unizonal), otras que lo segmentan en dos grandes partes (Estructura Bizonal), y las tesis que se adhieren a una estructura tríadica (Estructura Trizonal). A nuestro juicio, la estructura que mayor utilidad puede tener, es la última. Ya que, al dividir el concepto en un núcleo de certeza, un halo de incertidumbre (zona de penumbra) y en una zona de exclusión, permite que el censor en cada caso concreto de aplicación pueda moverse entre diferentes ámbitos, en consideración a la virtualidad del fenómeno o situación fáctica de adecuarse a los contornos semánticos del concepto. Y esto, resulta especialmente importante, en la medida que el administrador tiene mayores opciones de argumentar que circunstancias incluye en el concepto, que otras excluye y, finalmente, frente a cuáles posee una duda insuperable.

- VI.** En el mundo del derecho pueden encontrarse ciertas nociones con cierto grado de similitud con los conceptos jurídicos indeterminados. Entre ellas podemos mencionar a las cláusulas generales, principios, normas de textura abierta, conceptos esclusas, *numerus apertus* y los estándares inconclusos- sin ser exhaustivos -. De alguna manera, entre todas esas expresiones, la más problemática en términos de confusión con los conceptos indeterminados, es la de "principios". Y además, porque esta última es de excesivo y frecuente uso en la literatura jurídica generalizada, lo que puede enfrentarlas por más de una oportunidad. Resumiendo nuestro intento por diferenciar en esta

parte conclusiva, señalamos que los conceptos jurídicos indeterminados funcionan como expresiones que integran el lenguaje jurídico y que aislados de sus contextos normativos pueden perder su sentido, alcance y capacidad valorativa. Mientras que los principios actúan o funcionan como verdaderas “instituciones jurídicas”, dentro de las cuales se desentraña todo un complejo sistema jurídico con determinada autonomía funcional, que lo hace susceptible de ser aislado de un contexto normativo sin perder sentido y alcance. Esto es, los conceptos jurídicos se ven mayormente forzados a ubicarse en un contexto lingüísticos para sustentarse, en cambio los principios resisten mayor aislamiento o se explican por sí mismos. En cuanto a la flexibilidad y el grado de carácter volitivo, los conceptos jurídicos indeterminados son relativamente rígidos – con posibilidades de elección –, mientras que los principios son más dúctiles.

- VII.** No hay tesis pacífica sobre sobre líneas claramente diferenciales entre las nociones potestad y competencia en el marco de la actuación de las Administraciones públicas. Y en este escenario nebuloso, nuestra aportación se orienta a señalar que la competencia demarca la esfera de la función de manera especial material, temporal o territorialmente hablando, mientras que la potestad describe a un asunto del poder más amplio. Las potestades, en ese orden son más generales y dentro ellas podemos establecer competencias precisas, lo que se traduce en que la potestad es el género y la competencia la especie.

En el ejercicio de las potestades administrativas las autoridades se encuentran sujetas al principio de legalidad, aunque en el marco de este trabajo se prefirió el concepto de "juridicidad", en el entendido que es más omnicomprendivo, al incluir dentro de sí, todas las fuentes formales del derecho. Colocando al principio de legalidad y al de juridicidad en una relación de contenido y continente, respectivamente.

- VIII.** Frente a la sujeción de las autoridades al principio de juridicidad, históricamente se han desarrollado dos tesis: La tesis de la vinculación negativa (*"qua non sunt prohibita, permissae, intelliguntur"*, esto es, lo que no está prohibido, está permitido.) y la tesis de la vinculación positiva (*"quae no sunt permissae, prohibita intelliguntur"*, que traduce, lo que no está permitido, está prohibido.). En las sociedades modernas y en el contexto de democracias respetuosas del Estado de derecho, la primera tesis solo debe ser aplicable a las relaciones entre particulares – derecho privado -, al tanto que la segunda tesis es exigible a las relaciones de derecho público. Nos acogemos plenamente a estas concepciones que plantean un enfoque diferencial a la forma en que se sujeta la Administración, imponiéndole la condición de solo actuar en un marco de permisión expresa legal y no bajo el amparo de silencio normativo. Lo cual, constituye una importante garantía de interdicción de la arbitrariedad en el plano de la función administrativa.
- IX.** Desde el punto de vista de su contenido, las potestades administrativas las podemos dividir en: 1) reglamentarias, 2)

Conclusiones

organizativas, 3) de planificación, 4) de dirección de la economía, 5) sancionatorias, 6) tributarias, 7) expropiatorias, entre otras. Cuando se realiza la atribución o se ejercitan estas potestades podremos encontrar conceptos jurídicos indeterminados. Ahora bien, de todas estas potestades, podemos mencionar que las cuatro primeras, implican un ejercicio con mayor margen de maniobrabilidad para la Administración, al paso que en las tres últimas, ese margen se reduce. Ello da lugar a que, la fiscalización jurisdiccional de tales potestades pueda tener marcadas diferencias.

Dentro del marco de libertad de configuración legislativa, el órgano que detenta esta prerrogativa, bien podría diseñar contenidos normativos de programación final o de programación condicional. Las primeras son aquellos tipos de normas que señalan finalidades y metas, sin establecer el detalle de su operacionalización; las segundas, por el contrario, son normas que definen en detalle el comportamiento de la Administración, previendo anticipadamente un supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. De esta manera si la intensidad regulatoria es menor como en las primeras, igualmente, menor será la intensidad del control jurisdiccional. Pero si la intensidad regulatoria es mayor, también así lo será el control.

La doctrina mayoritaria ha sostenido que los conceptos jurídicos indeterminados van inmersos en normas de programación condicional, argumentando que como estas normas son cerradas, similar al marco de potestad reglada, y como los

conceptos indeterminados pertenecen a lo reglado, *ergo*, también se encasillan en las normas condicionales. La postura conclusiva de esta obra al respecto, es que los conceptos indeterminados no son herméticamente cerrados, sino relativamente y dejan un margen de decisión, y en sentido, perfectamente pueden pendular entre normas condicionales y normas finales. De igual manera, estas últimas cuando señalan atribuciones a la Administración pueden hacerlo apelando a conceptos indeterminados.

Además de los tipos de potestades mencionados precedentemente, y de las normas de programación final y condicional, las potestades de mayor desarrollo en la literatura jurídica son la potestad reglada y la discrecional. Al punto de ofrecerse como un binomio de opuestos. Lo reglado como lo estrictamente preconfigurado y lo discrecional como lo abiertamente electivo. Y niegan espacios de autonomía a otras figuras, que deben subsumirse en una u otra.

- X.** Una propuesta teórica sobresaliente de esta disertación, expuesta a lo largo del trabajo, ha sido postular la huida de esta dicotomía de los conceptos jurídicos indeterminados, y superar la vieja discusión sobre si son elementos reglados o discrecionales, o si más bien son instrumentalmente una técnica de control. Su huida consiste en tratarlos con autonomía, como categoría propia, como ámbitos de decisión independientes, que deben merecerle también límites para su fiscalización.

En ese orden, los ámbitos de decisión administrativa no deben ser solamente lo reglado o discrecional, sino que debe haber una reconfiguración de esos ámbitos que incluyan otras categorías, que no son absolutamente blancas o negras, pétreas o flexibles, sino que ofrecen variedad de matices en marco de la aplicación del poder.

Entran así dos categorías autónomas, superando un anquilosado esquema binario y posicionando un cuadrinomio, completándose el elenco, ahora sí, con los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad técnica, conformado lo que hemos acuñado como la "escala cuádruple de los ámbitos de libertad decisoria de la Administración".

Se empieza por una primera escala que es la más inflexible donde se encuentran las potestades regladas (reglas predisponen todo actuar administrativo), se avanza a una segunda escala en la que se hallan los conceptos jurídicos indeterminados (relativa amplitud de decisión limitada por un concepto), continua la tercera escala en la que se posiciona la discrecionalidad técnica (con una amplitud de decisión un poco mayor que la anterior, pero también condicionando por el rigor técnico - científico), y en una cuarta y última escala se ubica la discrecionalidad pura o fuerte (total amplitud de decisión sin que raye con la arbitrariedad o desviación de poder).

- XI.** La motivación de la decisión administrativa como principio axial en el ejercicio de la función pública, cobra especial relevancia en

Conclusiones

aquellos ámbitos de acción en que existe algún grado de libertad de elección. Y esto precisamente, porque al no haber una densidad regulativa estricta, el censor puede disponer de escoger una fórmula de solución que considere pertinente, y en ese sentido, debe justificar su escogencia. Hemos venido sosteniendo que en materia de conceptos jurídicos indeterminados hay relativa libertad volitiva, y en esa medida en estos ámbitos será menester la motivación de la elección respectiva. Asimismo, debe motivarse que se ha optado por una solución justa o la única solución justa.

Los conceptos jurídicos indeterminados son expresiones normativas con cierto nivel de abstracción, por lo que la única forma de descender de ese nivel abstracto es a través de su aplicación y concreción. En ese tránsito de lo abstracto a lo concreto, la hermenéutica juega un papel fundamental para arribar a la corrección aplicativa, siendo pertinente que el administrador al concretizar los conceptos indeterminados entienda que las interpretaciones deben combinar los diferentes métodos que ha venido construyendo la hermenéutica jurídico-racional, como el sistemático, sociológico, evolutivo, incluyendo la tradicional exégesis formal.

Los conceptos jurídicos indeterminados se aplican mediante la concreción casuística, que implica descender del plano abstracto un concepto a una situación real. En cambio, la subsunción, se utiliza para aplicar reglas cerradas, que contienen los detalles de actuación que se espera de la Administración. En este trabajo,

no entendemos a los conceptos indeterminados como reglas cerradas – ni siquiera los conceptos de experiencia – sino como nociones que dan cierto margen de apreciación con cierto nivel de abstracción, y bajo ese entendido su aplicación no se predica desde una lógica deductiva. En suma, la subsunción es el método aplicable a la primera escala de los ámbitos de decisión aquí explicados, esto es, en la potestad reglada, y la concreción casuística es aplicable en los conceptos jurídicos indeterminados, discrecionalidad técnica y puro. Tal planteamiento se aparta de lo tradicionalmente expuesto desde García de Enterría.

- XII.** En las constituciones y las leyes pueden hallarse conceptos jurídicos indeterminados, agregados por el constituyente o el legislador respectivamente, con intención o sin ella. Cuando hay intención es porque se quiere dejar margen de apreciación al administrador para enfrentar situaciones no previstas, y el límite se encontrará justamente en el mismo espíritu de la norma. Mientras que, si quedó establecido un concepto indeterminado de manera involuntaria, no hay un espíritu que justifique los motivos de su existencia, y en esos eventos hay menor densidad regulativa, en el sentido que el productor de la norma no explicitó razones para consagrar el concepto, dejando más espacio de volición al aplicador.

Hay conceptos en el derecho que pueden coincidir con ser principios generales y a su vez ser tratados como conceptos jurídicos indeterminados, como es el caso de “buena fe” e “interés general”, que envuelven todo un sistema de garantías.

Habrán otros que son expresiones comunes y corrientes pero que contienen indeterminación, v. gr. "causa justificada", "urgencia", "ventaja", etc. que como se dijo en líneas anteriores quizás el productor de la norma los agregó desprevenidamente. Pero en cuanto a los primeros habrá cierta conciencia, premeditación e intención de estipularlos, lo cual indica, que constituye una técnica de atribución normativa, aunque eso no obsta, para que, en determinadas situaciones, el – o los - que elaboró la norma sí planteó intenciones previas y claras de plasmar un concepto indeterminado que corresponda a un término de uso ordinario sin función principalística.

Uno de los principios y su vez concepto indeterminado, arriba mencionados, es el interés general, que se ha construido como factor determinante que justifica el acto y la actuación administrativa, como esencia misma del derecho administrativo. Tal concepto busca brindar cobertura a las actuaciones administrativas, así como limitar el poder detentado por la Administración en el ejercicio de sus funciones públicas, a pesar de su gran indeterminación que, en todo caso a la hora de su aplicación, debe ser delimitado, en intereses y fines más concretos.

XIII. Los límites o criterios limitativos – como también le llamamos – son concebidos en este trabajo como unos cánones axiomáticos o una pauta de regulación general de la actuación de la Administración, sobre todo cuando intenta llevar a un plano

práctico conceptos abstractos de las normas, como es el caso de los conceptos jurídicos indeterminados.

Se prefirió el uso del vocablo "límites o criterios limitativos", en vez de técnicas de control, puesto que este último da la sensación de "método o fórmula rígida", que tiene un carácter más instrumental; en cambio, límites posee mayores connotaciones sustanciales, como líneas intangibles principialísticas-normativas que sirven para verificar si la Administración sobrepasó sus derroteros.

El primer límite propuesto, a efectos de análisis como criterio limitativo de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados fue el principio de proporcionalidad. Su funcionalidad como límite en este contexto particular, opera cuando la Administración al momento de adoptar una medida se soporta en un concepto indeterminado contenido en una norma o dispuesto originalmente en la misma decisión administrativa, fungiendo precisamente ese concepto indeterminado como el "fin" perseguido por la Administración, ejemplo, "convivencia pacífica" o "utilidad pública". Así pues, la exigencia de la proporcionalidad consiste en que el medio o medidas empleadas sean adecuadas, necesarias y proporcionales para alcanzar el fin (este debe ser constitucionalmente válido), y cuando se escogen medios para llegar al fin se está concretizando el concepto. Además, si las medidas producen afectaciones a derechos, estos no deben ser mayores que los beneficios que implica alcanzar el fin.

Otro criterio limitativo propuesto es la legitimidad que, en nuestro entender, debe ser concebida como los rasgos de credibilidad, aceptabilidad y confianza que debe poseer una medida – o la Administración misma – con respecto de sus eventuales destinatarios. Y su funcionalidad como límite se presenta cuando la Administración, soportando su medida en un concepto indeterminado como “interés general”, no encuentra coincidencia entre su visión de interés general y la visión que del mismo concepto tiene la colectividad popular en quienes recaerá la decisión; es decir, hay divergencias en la manera de entender y por tanto de aplicar en un caso concreto un concepto abstracto e indeterminado, divergencias precisamente entre el decisor y los destinatarios. Por lo que los procesos participativos previos son fundamentales para evitar déficits de legitimidad y de respaldos que garanticen el cumplimiento o acatamiento de las medidas administrativas.

El principio de confianza legítima, entendido como la expectativa razonable que tienen los ciudadanos que la Administración continuará con una línea de comportamiento que ha sido constante, también puede funcionar como límite, toda vez que, aunque la Administración intente aplicar un concepto indeterminado de manera regular y lícita, v. gr. “conservación de espacio público”, debe respetar, en todo caso, la confianza que haya generado su permisividad o tolerancia frente a actividades de los ciudadanos, y no modificar abruptamente un *statu quo*. En estas eventualidades la aplicación de conceptos

Conclusiones

jurídicos indeterminados se ve limitada por la misma forma de relacionarse o comportarse la Administración, que generó una expectativa legítima en los coasociados.

No menos importante, como límites formulados, se encuentran la racionalidad y la razonabilidad de las decisiones administrativas. La primera se ciñe a la lógica formal, a la demostración empírica o lo que es técnicamente correcto. La segunda tiene que ver con los postulados axiológicos aceptados en comunidad, a lo prudente y sensato, o lo socialmente correcto. En cuanto a la operatividad de estos principios como criterios limitativos, se debe efectuar una verificación de si el acto de la Administración (con medios y fines) se ajusta a las reglas de la lógica formal, valorando si se sustenta en fundamentos técnicos empíricamente demostrables (racionalidad), y de otra parte, analizar si la medida adoptada es prudente o si la resolución administrativa se ajusta a los valores constitucionalmente defendidos en un espectro de axiología social.

La ponderación, como criterio limitativo, concluimos que debe ser abordada bajo dos enfoques: un sentido lato y un sentido estricto. En el primer sentido implica tomar en consideración simultáneamente intereses, necesidades o exigencias que presionan en sentidos opuestos, a fin de tratar que lleguen a coexistir o conciliarse. En el segundo sentido, el estricto o restringido, de orden técnico-jurídico, la ponderación es un mecanismo para resolver colisión entre principios, estos

Conclusiones

entendidos como mandatos de optimización según Alexy. Sentado estos términos, la ponderación se constituye en límite de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, cuandoquiera que una medida excluya de un tajo intereses y principios – que pueden ser en sí mismos conceptos indeterminados – sin entrar a sopesar, equilibrar y proponer alternativas conducentes a la armonización de los elementos puestos en conflicto, descartando total derribabilidad de uno sobre otro.

La prohibición – interdicción – de actos arbitrarios, que es una limitante genérica, comporta de cierta forma, englobar todos los principios y los criterios de este texto o que no se hayan mencionado aquí. Así pues, prohibir la arbitrariedad como límite de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados implica rechazar el uso y el abuso de poder con fines contrarios a los derechos ciudadanos, a las reglas formales, a los principios universales. Y de alguna forma al amparo de un concepto indeterminado pueden intentarse arbitrariedades. Por ello no está demás, su consagración como principio expreso.

La exigencia de apego a la realidad o la verdad de lo sucedido, sin alteraciones o exageraciones, en la motivación de resoluciones administrativas, ha encontrado en la técnica de los hechos determinantes su institución propulsora. De esta manera, una medida administrativa, además de fundarse en la búsqueda de fines -que coincidirán en ocasiones con conceptos jurídicos indeterminados- también debe procurar fundarse en hechos

ciertos y suficientes, que le sirvan de causa o motivos, y si esos hechos no corresponden a los que establecen las normas o son falseados, la medida debe ser desestimada.

Otro criterio importante, es el de balance costo beneficio, en el que la Administración al perseguir intereses superiores de utilidad pública que puedan afectar otros intereses públicos o privados, no debe aplicar a ultranza de manera rígida el principio de prevalencia del interés general sobre el particular, sino que debe analizar concienzudamente cuales son los costos (ambientales, sociales, culturales, económicos, etc.) de obtener tal beneficio, y en ese orden, sopesar pros y contras o ventajas y desventajas, ganancias y pérdidas desde todos los ángulos, incluyendo aspectos de desarrollo humano sostenible.

XIV. El control judicial y las posibilidades de sustitución en materia de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, debe ser analizada en su contexto más amplio y frente a los demás ámbitos de libertad decisoria que hacer parte de la escala cuádruple que hemos propuesto como una de las tesis centrales en este trabajo. De esta manera, la potestad reglada es la ofrece mayores posibilidades de intervención por parte del juez, pues la intensidad de control es plena y se reconoce que el juzgador puede sustituir para ordenar la solución única que provee la norma.

En el campo concreto de los conceptos jurídicos indeterminados el juez puede controlar partiendo que hay un concepto limitador

al cual debe ceñirse la Administración, pero teniendo en cuenta que, si es un concepto de experiencia, prácticamente la Administración posee un margen de relativa cognición, y en esa medida, el juzgador realiza un proceso de constatación. En cambio, si el concepto es de valor concluimos que hay cierto margen de volición y el juez debe considerar cierta presunción de solución justa de la elección adoptada, si cumple con criterios de justicia, no arbitrariedad y se ajusta a los criterios limitativos propuestos.

En la discrecionalidad técnica el control y la posibilidad de sustituir son leves, dependiendo el grado de tecnicidad de las cuestiones, o si no implican solo escoger entre alternativas técnico- científicas todas válidas – caso en el que debe estarse a lo prudentemente adoptado por la Administración-. Respecto a la discrecionalidad pura, el juez empieza por verificar todos los elementos reglados de una decisión administrativa – igual aplica para las anteriores escalas – y puede ordenar desestimar las cuestiones de fondo si detecta arbitrariedad, error manifiesto, desconociendo a principios de justicia material, equidad, y todos los criterios expuestos como límites en este trabajo.

- XV.** A la postre, concluimos que con este trabajo se aporta al ámbito de las Administraciones públicas y al derecho en general, una serie de herramientas teóricas - metodológicas que tecnifique la expedición de actos administrativos que dan aplicación y concreción a conceptos jurídicos indeterminados, y de esa

Conclusiones

manera cualificar actuación administrativa hacia el uso adecuado de normas de textura abierta, beneficiando, además a los servidores públicos que intervienen en la producción de actos administrativos, y a los ciudadanos en general como agentes de control, los cuales conociendo los límites en la aplicación y la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados, están en capacidad de solicitar técnicamente la revisión de legalidad o constitucionalidad de los actos que adolezcan de incorrecta o abusiva materialización del concepto.

Asimismo, resultan beneficiados los órganos investidos de jurisdicción, los cuales poseerán insumos teóricos y conceptuales para ejercer control de esos actos, teniendo en cuenta criterios definatorios precisos, para no incurrir en subjetividades vagas, que es el riesgo siempre latente que entrañan los conceptos jurídicos indeterminados.

Bibliografía

BIBLIOGRAFÍA.

AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. DOXA número 8. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 1990.

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre Justificación jurídica* Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1991.

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el ordenamiento internacional.* Revista Derecho del Estado, Núm. 25. Julio-Diciembre, pp. 193-219.

AGÍS VILLAVERDE, Marcelino. *La hermenéutica de Paul Ricoeur en el marco de la Filosofía contemporánea.* Biblid. 2003. Pag 75-97.

AGUDELO, Oscar. *Dos dilemas judiciales en Ronald Dworkin.* Novum Jus, Núm. 8 (2). 2014.

AGUDELO, Óscar. *Subsunción y aplicación en el derecho.* Lógica aplicada al razonamiento del derecho, Jusfilosofía 3. 2017.

AGUILÓ BONET, Antoni Jesús. *El concepto de poder en la teoría política contrahegemónica de Boaventura de Sousa Santos: Una aproximación analítico-crítica.* Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas núm.24. 2009.

AGUIRRE ROMAN, Javier Orlando. *La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico.* Opinión Jurídica, Vol. 7, No. 13, pp. 139 - 162 - Enero-Junio de 2008 / 178 Medellín.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. segunda edición, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. (traducción de Ernesto Garzón Valdez). Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid. 1997.
- ALFLEN DA SILVA, Kelly. *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*. Bogotá: Temis, 2006.
- ALONSO MAS, María José. *La solución justa en las resoluciones administrativas (libro)*. Tirant Lo Blanch: Universitat de València. 1998.
- ALONSO MAS, María José. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. (Tesis doctoral en roderic) Universitat de València. 1996. Disponible en <http://roderic.uv.es/handle/10550/38608>
- AMSELEK, Paul. *El paradigma positivista de la Dogmática jurídica*. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol.7 t.1. 2006.
- ARA PINILLA, Ignacio. *Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados*. Anuario de filosofía del derecho. Universidad de la Rioja. 2004.
- ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. *El enigma del contrato administrativo*. Revista de Administración Pública. Núm. 172, 2007.
- ARNÁEZ ARCE, Vega M. *La potestad planificadora de las Administraciones públicas*. Bilbao: Editorial Gomylex. S.L 2013.
- ARRÁEZ, Morella. *La Hermenéutica: una actividad interpretativa*. Revista Universitaria de Investigación, vol.7, núm.2, diciembre, 2006, pp.171-181. Caracas: Universidad Pedagógica Experimental Libertador.

Bibliografía

- ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo. En libro ponderación y Derecho Administrativo. Editorial Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2009.
- ASENSI SABATER, José. "Crisis Teórica, Transiciones Constitucionales". *Revista Derecho del Estado*, Enero – junio 2012, Núm. 28. pp.9-35
- ASENSI SABATER, José. *El discurso jurídico europeo y el derecho de lenguas*. Corts: Anuario de derecho parlamentario, 1997, no 4, p. 47-61.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y GARCIA AMADO, Juan Antonio. Un debate sobre la ponderación. Colección pensamiento jurídico contemporáneo. Editorial Palestra. Madrid. 2016.
- ATIENZA, Manuel & RUÍZ MANERO, Juan. *Sobre principios y reglas*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. 2001.
- ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de lo razonable, *Doxa*, 1987, Num. 4, p. 189.
- AZÚA REYES, S. *Los principios generales del derecho y su impronta en la cultura de la legalidad*. Congreso Nacional Cultura de la Legalidad e Informática Jurídica y Derecho Informático, 22 y 23 de octubre de 2007, Secretaria de Gobernación México.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución), Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. *Las potestades administrativas y la vinculación de su ejercicio al ordenamiento jurídico. potestades regladas y discrecionales*. Lecciones y materiales para el estudio del Derecho

Bibliografía

Administrativo, T. III, Vol. I, Madrid: Iustel, Coord. Cano Campos, T. 2009

BAÑO LEÓN, José María. *La Administración frente al juez en el Estado constitucional: La evolución del derecho administrativo*. Revista Española de Derecho Constitucional No 72 (Septiembre/Diciembre 2004). 2004. Pág 349-366.

BARTH, José Francisco. *Principios y normas en la concepción del derecho de Dworkin (comentarios a las observaciones críticas de Luis Prieto Sanchís)*. Revista de Ciencias Jurídicas No.108 Septiembre-diciembre. 2005. Pág.11-32.

BAYÓN, Juan Carlos. *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*. Isonomía No 13. México, oct. 2000.

BAZAN, José Luis y MADRID, Raúl. *Racionalidad y Razonabilidad en el Derecho*. Revista chilena de derecho, 1991, vol. 18.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos. 1995.

BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. En Doxa, 2003.

BERNAL-PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. No 36. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales CEPC, 2003.

BERNAL-PULIDO, Carlos. La racionalidad de la ponderación. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 77, mayo-agosto.2006, págs. 51-75.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, pag. 47 y 48.

Bibliografía

- BEUCHOT, Mauricio. *Hacia una pragmática analógica*. Acta poét vol..33 no.1. México ene. 2012.
- BEUCHOT, Mauricio. *Tratado de hermenéutica analógica*. México: Ed Ítaca. 1997.
- BIN, Roberto. *Diritti e Argomenti Il Bilanciamento degli Interessi nella Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.
- BLACK, Max. *El laberinto del lenguaje*. Caracas: Monte Avila. 1969.
- BLANQUER, David. *La titularidad de la potestad expropiatoria*. Capítulo incluido en la obra de compilación "La ley de expropiación forzosa. Análisis y perspectivas de reforma". Ministerio De Hacienda Edición Centro de Publicaciones. Coord. Julia Marchena Navarro.
- BOBBIO, Norberto. *Principi Generali di Diritto*, en *Novissimo Digesto italiano*, XIII Torino, 1966.
- BOBBIO, Norberto. *Sobre el positivismo jurídico*. Debate, 1998.
- BONILLA, Camilo. *Contribución a las relaciones interpersonales en el aula de clase mediadas por las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)* [En línea]. Trabajo de grado como requisito parcial para optar al título de Magister en Educación. Ibagué, Tolima. Universidad del Tolima. Facultad de ciencias de la educación. Maestría en Educación. 2017.
- BOTERO BERNAL, Andrés. "Ante el miedo, el derecho: Constitución y guerra en la nueva granada de 1815". En *Historia Constitucional*. Universidad de Oviedo, España. 2015, Num. 16, pp. 373-388.
- BOTERO BERNAL, Andrés. "El Órgano Ejecutivo como ente Administrador de Justicia". En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, Núm. 95, 1995; pp. 45- 69.

Bibliografía

- BOTERO BERNAL, Andrés. "La neurosis obsesiva del derecho antioqueño en el siglo XIX: los caminos." En Diálogos de Saberes, Núm. 23, 2018. pp. 191-202
- BOTERO BERNAL, Andrés. Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: (formalismo versus principios y/o valores). Opinión Jurídica. 2006, Vol. 5(9), pp. 33-61.
- BREWER-CARIÁS, A. *la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial en la actividad administrativa*. Ciudad de México: Colección Bibliotecas UNAM, 2009
- BRODY, Richard A. *Assessing the President: The Media, Elite Opinion, and Public Support*. Stanford, CA: Stanford University Press. 1991;
- BUENAÑO AGUAYO, Karla. *La discrecionalidad técnica de los tribunales calificadoros en el procedimiento selectivo de ingreso en la función pública*. Universidad de la Laguna. Santa Cruz de Tenerife – España, 2015.
- BULLINGER, Martín. *La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial*. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía No. 4 de 1987.
- CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. *La redacción del texto jurídico. Habilidades requeridas para su construcción. La motivación – estilo jurídico, estructura de providencias y alegatos*. Primera Reimpresión 1997. Bogotá: Editorial Linotipia Bolívar y Cía. S. en C.,1997.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado 2014, XLVII (Enero-Abril).
- CARRILLO DE LA ROSA, Yezid & PEREIRA-BLANCO, Milton. *Principio de proporcionalidad, argumentación jurídica y potestad discrecional de la*

Bibliografía

Administración pública: análisis desde los límites a los derechos y garantías fundamentales. Revista Digital de Derecho Administrativo., (Jul-Dec), 2017.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa.* Editorial BDEF, 2016.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La discrecionalidad administrativa.* Foro Jurídico, 2009, Núm. 09, p. 82-91.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. *Derecho administrativo.* Tomo I, parte general. 13ª edición, Guatemala: Ed. Impresiones Gráficas de Guatemala. 2002.

CAZOR, Kamel y GUILOFF, Matías. *La reserva de ley y la necesidad de redefinir su función en el Estado constitucional chileno.* Anuario de derecho público UDP. 2016.

CHIASSONI, Pierluigi. *Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica.* En *Revista de Derecho Privado*, Julio-Diciembre 2011, 89-106.

CIANCIARDO, Juan. *Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción.* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, Núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 891-906.

CLAVIJO, Joel. *Los conceptos jurídicos determinados e indeterminados y la decisión judicial.* En *Derecho y cambio social.* Núm. 51, Lima, 2018.

COLOMA, Rodrigo, & AGÜERO SAN JUAN, Claudio. *Los abogados y las palabras: una propuesta para fortalecer competencias iniciales en los estudiantes de derecho.* Revista de derecho (Coquimbo), 19(1), 39-69.2012

Bibliografía

- COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, 19º Edición. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2008.
- COTTIN, León Henrique. *La incidencia de los principios constitucionales en el ejercicio de la potestad tributaria del Estado venezolano*. Caracas: Universidad católica Andrés bello. Especialidad en derecho financiero 2015.
- COVARRUBIAS, Allan. *La hermenéutica de la recuperación según Paul Ricoeur Lonergan*. Sig. Fil vol.19 n.37. México ene./jun. 2017.
- COVIELLO, Pedro José Jorge, *El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo. Derecho PUCP*. (Julio-noviembre),2011.
- CUEVAS BADALLO, Ana. *Lo incierto, lo racional y lo razonable en el desarrollo de políticas científicas*. RIPS. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas 8 (1): 51-63, 2009.
- DE CABO DE LA VEGA, Antonio. "Nota sobre el Bloque de constitucionalidad". En *Jueces para la democracia*. Núm. 24. pp. 58.64, 1994.
- DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (Eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- DE LA MAZA, Luis Mariano. *Fundamentos de la filosofía hermenéutica: Heidegger y Gadamer. Teología y Vida*. Vol. XLVI. 2005.
- DE LA SIERRA, Susana. *La ponderación y su contexto. Una reflexión a título introductorio*. En libro *ponderación y Derecho Administrativo*. Editorial Marcial Pons. Madrid-Barcelona.2009.
- DEGUERGUE, M. *Le contentieux et la responsabilité: politique jurisprudentielle et jurisprudence politique*. Ajda. 1995.
- DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico*. Navarra: Aranzadi, 1999.

Bibliografía

- DESDENTADO DAROCA, Eva. *La motivación de los actos administrativos y su control*. Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria. Núm. 84, 2009
- DÍAZ GARCÍA, L. Iván. *La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales*. Revista de Derecho (Valparaíso) 2011.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. *El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno*. Revista jurídica de castilla y león. N.º 26. enero 2012.
- DILTHEY, Wilhelm. *Hermeneutics and the Study of History, Selected Woks*, Vol. IV. Ed. Princeton University Press. 1996.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *El principio de legalidad y las potestades administrativas*. Lección No 4. Universitat de València. 2014.
- D'ORS, Álvaro. *Nueva introducción al estudio del Derecho*. Madrid: Civitas.1999
- DROMI, José Roberto. *Instituciones del derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea.1983;
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. traducción de Marta Guastavino, prólogo de A. Calsamiglia, ed. Ariel, Barcelona, 1984
- ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en las ciencias jurídicas actuales*. Estudio preliminar, epílogo y traducción Juan José Gil Cremades. Granada: Ed. Comares S.L, 2004.
- ESTEVEZ ARAUJO, José A. *La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la Administración*. Anuario De Filosofía Del Derecho VII (1990) 107-130 Barcelona.

Bibliografía

- FÉLIX MONTIEL, El ciudadano y el administrado. Revista de Administración pública, 1965 - dialnet.unirioja.es
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda. *El concepto jurídico indeterminado de "servicio esencial" en la Constitución española*. Revista de Administración Pública, No 170, mayo-agosto. 2006. Págs. 325-338.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Uso y abuso de la potestad expropiatoria en la jurisprudencia reciente del tribunal supremo*. Revista de Administración Pública, núm. 192, Madrid, septiembre-diciembre (2013), págs. 257-267.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece. Revista de Administración pública, 2015, no 196, p. 211-227.
- FERRARIS, Maurizio. *Storia dell'ermeneutica*. R.C.S Libri S.p.A. Milán, Bo,piani, 1988.
- FERREIRO LAPATZA. *Ensayo sobre metodología y técnica jurídica en el derecho financiero y tributario*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1998.
- FIORINI, Bartolomé. La discrecionalidad de la Administración pública, Alfa, Buenos Aires, 1948;
- FLORES RIVAS, Juan Carlos. Límites constitucionales de las facultades interpretativas de los organismos de la Administración. Bogotá: Universidad de los Andes. 2000.
- FRANCH I SAGHER, Marta. *El interés público: la ética pública del derecho administrativo*. Universidad Autónoma de Barcelona. 2006.
- GADAMER. "Hermenéutica e historicismo", En *Verdad y Método*. I Salamanca; sígueme, 1996.

Bibliografía

- GALÁN GALÁN, Alfredo. *La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local*. Barcelona: Revista CEMCI (centro de estudios municipales y de cooperación internacional) Núm. 8. Julio – septiembre de 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, T I, 13 ed., Thomsom-Civitas, Madrid, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la Administración, 4.^a edición, Civitas, Madrid, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria, en Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1970.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Revista de Administración pública, 1962, No 38, p. 159-208.
- GÁRCIA HIGUERA, Rubén. *Papeles de teoría y filosofía del derecho: La regla de reconocimiento de H.L.A. Hart*. Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. 2010.
- GARCÍA MACHO, Ricardo Jesús. Contenido y límites del principio de la confianza legítima. Madrid: publicado en Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí. Editorial Civitas. 1989.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del derecho*. Bogotá: Editorial Skla, trigésima novena edición, , 2010.

Bibliografía

- GARCIA NOVOA, Cesar. (Universidad de Santiago de Compostela, España). *La discrecionalidad en materia tributaria*. I congreso internacional de derecho tributario panamá 6 a 8 de junio de 2012.
- GARCIA QUINTANA, Cesar Albiñana. *Las actas con acuerdo de la inspección de los tributos y los conceptos jurídicos indeterminados*. Revista crónica tributaria NUM. 120/2006 (9-17)
- GARCÍA SALGADO, María José. *Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean*. Anuario de filosofía del derecho, Num. 20, 2003, págs. 105-130.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho*. Primera edición. Bogotá: Ediciones Uniandes 1993.
- GARRIDO CUENCA, Nuria, *El acto de gobierno. Un análisis de los ordenamientos francés y español*, 1.ª ed., Cedecs, Barcelona, 1998.
- GARRO PARRA, Álvaro. *Principio de proporcionalidad como límite material para la imposición de la medida preventiva en materia ambiental de suspensión de obra, proyecto o actividad*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, N°46 (Julio-Diciembre) 2016.
- GARRONE, José. *Diccionario Jurídico – Tomo IV*. Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires. 2005.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *La Vinculación Positiva De Los Poderes Públicos A Los Derechos Fundamentales*. Barcelona: UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 20, 2007, pp. 277-320. 2007
- GIANNINI, M. *Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 1991.

Bibliografía

- GONZÁLEZ COVARRUBIAS, María de la Luz & ASPE DE LA ROSA, Miguel Ángel. *El debate "Hart-Dworkin": Una introducción a la discusión*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2015
- GONZÁLEZ, J. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Editorial Civitas. 1983.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: primeros manuales*. - 1a ed. - Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- GUASTINI, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Ciudad de México: Editorial Trotta- UNAM, 2008.
- HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*, traducción de CARRIÓ, Genaro. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif*, 10. ed., Parfs, 1921.
- HEIDEGGER, Martin. *Being and Time*. Harper and Row. 1962.
- HIRSCHSPRUNG, Nathalie. *El Vocabulario de la Revolución Francesa*. Bogotá: Ed. Departamento de Lenguas Modernas. Universidad de los Andes, 1990.
- IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. *Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria: la división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario*. Universitas Núm. 106, Diciembre 2003.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Control judicial de la discrecionalidad técnica: error manifiesto, inmediatez, sana crítica*. Revista de Administración Pública, 204, 2017 pp.11-39.

Bibliografía

- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El indeterminado concepto de los conceptos indeterminados*. en Revista Vasca de Administración Pública, No 56, enero – abril 2000, pág. 145 – 162.
- ITURRALDE SESMA, Victoria. Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- ITURRALDE SESMA, Victoria. *Sobre el silogismo judicial*. Anuario de Filosofía del Derecho VIII. 1991. Pag. 239-272.
- JINESTA LOBO, Ernesto. El control jurisdiccional de la Administración pública. Revista Judicial. Costa Rica. Año XX, N* 63, setiembre 1997.
- KOCH, H. J. Das unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, en Koeh, H. J. (ed.), Juristische Methodenlehre and analytische Philosophie, Kronberg: Athenäum-Verlag, 1976. pp. 186-213.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ed Ariel. 1980.
- LEGARRE, Santiago & RIVERA, Julio César. *Naturaleza y dimensiones del "stare decisis "*. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N0 1, pp. 109 – 124, año 2006.
- LEGAS LACAMBRA, L. Legalidad y Legitimad. Ponencia presentada al Congreso Noción de la legalidad, recogida en el volumen de Ponencias españolas editado por el Instituto de Derecho comparado de Barcelona. 1958.
- LEÓN, Eduardo Alberto. *El giro hermenéutico de la fenomenológica en Martín Heidegger*. Polis 22 | 2009.

Bibliografía

- LEÓN, Luis. *iExijo una explicación!... La importancia de la motivación del acto administrativo. En revista Derecho & Sociedad. Número 45. 2015. p.315-319.*
- LIFANTE VIDAL, Isabel. *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. Doxa – 25. 2002. Pág. 418.*
- LIFANTE, Isabel. *Interpretación jurídica Cap. 37. En: Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol.2. México D.F. UNAM. 2015. pp.1349-1387.*
- LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *Discrecionalidad aumentada. Efecto del concepto jurídico indeterminado en la discrecionalidad administrativa. Bogotá: Universidad Libre de Colombia Facultad de Derecho. Maestría en Derecho Administrativo: 2013.*
- LOPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.*
- LÓPEZ PÉREZ, Luis. *El principio de legalidad penal. Revista Sapere, revista virtual de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Perú, 2011-2012.*
- LUTHER, Jörg. *Razonabilidad y dignidad humana. En Revista de derecho constitucional Europeo, Núm. 7, 2007.*
- MAJUS DE PAZ, Victor Hugo. *Estudio jurídico del ente verificador del envío de libros a bibliotecas estatales —caracterización— Universidad De San Carlos De Guatemala Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. 2008*
- MAKKREEL, R. *Wilhelm Dilthey. Stanford Encyclopedia of Philosophy. 2016.*
- MANCHA NAVARRO, Tomas & GALLO RIVERA, María Teresa. *La influencia de la economía en la popularidad y en los resultados electorales de los partidos políticos españoles: una investigación empírica. Instituto Universitario de Análisis Económico y Social Documento de Trabajo 07/2015, 37 páginas,.*

Bibliografía

- MARÍN HERNANDEZ, Hugo Alberto. *Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano*. Revista Digital de Derecho Administrativo, Núm. 2, 2009, Pág. 161-193.
- MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá D.C: Editorial Universidad Externado de Colombia. 2007.
- MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Sello editorial Universidad Externado de Colombia. 2018.
- MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Naturaleza jurídica de las facultades de la Administración para confeccionar pliegos de condiciones*. Revista Digital de Derecho Administrativo, Núm. 1, Universidad Externado de Colombia. 2009.
- MARTIN GONZALEZ, Manuel. *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*. Revista de la Administración pública. Núm. 54, España, 1967.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *Constitución, legitimidad democrática y autonomía de los bancos centrales; el Banco Central Europeo*, Tesis Doctoral, Universitat de València, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración. Valencia, 2002.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *La interpretación de la Constitución Democrática*, en AA.VV., Costituzione, Economia, Globalizzazione. Liber Amicorum in Onore di Carlo Amirante. Università della Calabria, 2013. Pg. 438.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, Jesús Armando. *El poder, el bien común y los intereses individuales y sociales*. Contribuciones a las Ciencias Sociales. Mayo de 2011.

Bibliografía

- MARTÍNEZ TAPIA, Ramón. *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. Universidad Almería, 2001.
- MARTÍNEZ, José Ignacio y ZUNIGA URBINA, Francisco. El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. *Estudios constitucionales*. 2011, vol.9, Núm. 1 pág. 201 -202.
- MARTÍNEZ, Santiago. *Una aproximación teórica al concepto de discrecionalidad jurídica en el Derecho Administrativo*. *Rev. Derecho* [online]. 2017, Núm. 15
- MARTÍNEZ-GARCÍA, Juan Diego, LEAL-HOLGUÍN, Antonio. *Arbitrariedad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado. El principio de proporcionalidad como protección contra la arbitrariedad*. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* (Julio-diciembre), 2011.
- MARTORELL, Alicia. *Apuntes sobre el lenguaje de la Declaración de Derechos de 1789. La linterna del traductor*. *Revista Multilingüe de Asetrad*, Núm. 1, 2009.
- MASSINI, Carlos, BETTI Emilio. *Teoría de la interpretación jurídica, compilación y traducción A. Vergara Blanco, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2017, 240 pp.* *Philosophia* vol.75 no.2. 2015. Pp. 137 a 140.
- MAURI MAJÓS, Joan. *Gestión de los procesos selectivos, discrecionalidad técnica y control judicial*. *Zk. berezia* - Núm. especial 2/2018. Págs. 112-125.
- MEJÍA TURIZO, Jorge y ALMANZA IGLESIAS, Maury. *Legitimidad de las potestades reglamentarias y jurisdiccionales de las superintendencias*. En

Bibliografía

Revista Justicia, No. 19 - pp. 70-80 - Junio 2011 - Barranquilla, Colombia. 2011.

MEJÍA TURIZO, Jorge; MEDINA SOLANO, Stephanie; CARMONA VERGARA, Heyllyn. Arbitrariedad *En Las Decisiones Judiciales Y Administrativas*. Revista Erg@omnes 2014, Núm.6, pp.150-164.

MERCADER UGUINA, Jesús R. *Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y «canon reforzado» de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales No 73. pág. 127-146. 2011.

MÍGUEZ BEN, Eduardo. *Potestad expropiatoria de las entidades locales, consignación presupuestaria y control jurisdiccional*. Revista española de derecho administrativo, N° 92, 1996, págs. 633-639

MILKES S, Irit. *Buena Administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales*, En Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, N°21, primer semestre/2019, pp. 153-178.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. *Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho, en La vinculación del juez a la ley*. Madrid: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1997. Pág. 297-326.

MIXÁN, Florencio. La motivación de las resoluciones judiciales. En revista Debate Penal, Número 2, Mayo-Agosto. 1987. Trujillo- Perú: Ed. Universidad Nacional de Trujillo.

MORA MORA, Reynaldo. *El concepto de discrecionalidad en el quehacer de la Administración pública*. Justicia juris, 2012, vol. 8, no 1, pp. 92-105.

Bibliografía

- MORALES VELÁSQUEZ, Andrés. *La regla del reconocimiento de H.L.A Hart: ¿Innecesaria reduplicación de las reglas de cambio o concepto con autonomía explicativa?*. Pensamiento Jurídico, Núm.39. enero. 2014.
- MOREA, Adrián. *La discrecionalidad en el ordenamiento jurídico*. Primera Parte. Buenos Aires: Microjuris.com, 2017. Pág. Única.
- MORESO, Juan José. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Lima, Perú: Palestra Editores, 2014.
- MOSTERÍN, Jesús. *El Concepto de racionalidad*. En *Teorema: Revista internacional de filosofía*, Vol. 3, Nº. 4, 1973.
- MUNNÉ, Guillermo. *Racionalidades del derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico*. Revista ISONOMÍA No. 25 / Octubre 2006. Pág. 72.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, III. La organización territorial del Estado. Las Administraciones públicas. Civitas, Madrid, España. 2009
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho Administrativo y Derecho Público general. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho*. Madrid: Tomo I, tercera edición. Iustel. 2011.
- MURILLO MENA, Jessica. *Las facultades discrecionales en el Estado social de derecho colombiano: una aproximación a la discrecionalidad técnica desde la doctrina y la jurisprudencia*. Colegio Mayor De Nuestra Señora Del Rosario Facultad De Jurisprudencia. Maestría en Derecho Administrativo. 2014.
- NAESS, Arne & WOLIN, Richard. *Martin Heidegger, German Philosopher*. 2019.
- NAVARRO, María. *Discrecionalidad administrativa*. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad No3, septiembre 2012 – febrero 2013. 2013. Pp. 200-205.

Bibliografía

- NORDHAUS, w. the political business cycle. Review of economic studies year 1975, Núm. 42, pp. 169-190
- NÚÑEZ PACHECO, Melissa. *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería Controversias y soluciones*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito: Corporación Editora Nacional., 2013. Pág. 20
- ORTEGA GUTIÉRREZ, David, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española*. Madrid: Dykinson, 2009, p. 18-19.
- ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana (coords) *ponderación y derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2009.
- ORTEGÓN GARAVITO, Anny. *Numerus apertus Vs principio de legalidad en Colombia*. Bogotá: universidad militar nueva granada. especialización en derecho sancionatorio. 2015.
- OSPINA, Roosevelt. *Límites jurídicos y políticos de la decisión de la Administración pública en nuestro sistema constitucional*. En revista Diálogos de derecho y política, Numero 2, Año 1, Septiembre – diciembre. Medellín: Ed. Universidad de Antioquia, 2009.
- OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. *El alma de la toga*. Buenos Aires: Valletta Ediciones. 1997
- PALACIOS IBARRA, Juan Francisco. *El control de la discrecionalidad administrativa*. Revista Jurídica Online de la Facultad de Jurisprudencia la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Quito, 2001.
- PANNAM, clifford. *El profesor Hart y la filosofía analítica del derecho*. Academia, Revista sobre enseñanza del derecho. año 6, Número 12, 2008, P 67-98.

Bibliografía

- PATIÑO ARANGO, Alejandro. *Lo racional, lo razonable: del modelo matemático y el físico a la naturaleza humana*. Revista Luna Azul, 2011, no 33, p. 110-125.
- PENAGOS, Gustavo, *El Acto Administrativo*, Tomo II, 6ª ed., Bogotá: Ed. Doctrina y Ley, 1997.
- PÉREZ BENECH, Viviana. *Motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones*. En revista La justicia uruguaya: revista jurídica, 2009, no 139, p. 37-54.
- PÉREZ JARABA, María Dolores. *Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart*. Revista de Estudios Jurídicos No.10 segunda época. 2010.
- PÉREZ, Jorge. *La motivación de las decisiones tomadas por cualquier autoridad pública*. En revista de Derecho y Cambio Social. 2012.
- PIETRO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. En Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número 5, Año 2001.
- PINTO, Mónica. *La justiciabilidad del derecho a la educación*. Revista IIDH Vol.52. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica.
- PLATAS PACHECO, María Del Carmen. *Elementos para una aproximación hermenéutica del lenguaje jurídico*. Red Juridica/egg. Septiembre de 2007.
- QUISEPE REMÓN, Florabel. *El Debido Proceso en el Derecho Internacional y en el Sistema Interamericano*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

Bibliografía

- RAMOS BARRERA, Luis Felipe Andrés. *Lo reglado y lo discrecional en la potestad tarifaria. La determinación del valor agregado de distribución en el servicio público de distribución eléctrica de los sistemas eléctricos cuya capacidad instalada de generación es igual o superior a 200 megawatts*. Universidad De Chile, Facultad de Derecho Departamento de Derecho Público. Santiago, Chile 2012.
- RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Londres: Hutchinson., 1975.
- REAL ALCALÁ, J. Alberto del. *El problema de la vaguedad en la legislación*. En papeles de teoría y filosofía del derecho. Instituto de derechos Humanos Bartolomé de las casas. Universidad Carlos III de Madrid. 2010.
- REAL ALCALÁ, J. Alberto del; *Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho: Hart-zagrebel'sky-Endicott*. Boletan mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIV, núm. 131 mayo-agosto del 2011, pp 675-700.
- RECIO SÁEZ DE GUINOA, José M. *Potestad Organizatoria de las Administraciones públicas, Ordenación de Puestos De Trabajo y Control Judicial*. Gobierno de Aragón: Revista Aragonesa de Administración pública, Instituto Aragonés de Administración pública. 2008.
- RENDÓN HUERTAS BARRERA, Teresita. *La interpretación viciada de los conceptos jurídicos indeterminados*. Revista Jurídica Derecho, Universidad Mayor de San Andrés. Volumen 4. Núm. 5 Julio - Diciembre, 2016, pp. 111 - 122.
- RENDÓN HUERTAS BARRERA, Teresita. *Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho administrativo*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2012.
- RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa. *La seguridad ciudadana como función del Estado*. Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto, 2014, vol. 62, no 2, p. 319-346.

Bibliografía

- RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa. Las reformas de la Constitución Española de 1978. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 2018, Núm. 31, p. 651-670.
- ROA SALGUERO, David Alonso. *Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho disciplinario*. Bogotá D.C: Grupo editorial Ibáñez, 2018.
- RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- RODRÍGUEZ BURGOS, Karla. (AAVV) *Metodología para investigaciones de alto impacto en las ciencias sociales*. Editorial Dykinson, S.L: Universidad Autónoma de Nuevo León y Universidad Rey Juan Carlos. Compilador Karla Annett Cynthia Sáenz López. 2012.
- RODRÍGUEZ BURGOS, Karla. "Democracia y tipos de democracia". En *Ciencia Política. Perspectiva Multidisciplinaria*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch. pp. 49-66, 2015.
- RODRÍGUEZ BURGOS, Karla. *Percepciones y valores asociados a la democracia*. Monterrey, México: Tesis doctoral: Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública, 2010.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Editorial Marcial Pons. Madrid-Barcelona.2000.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *Ponderación y actividad planificadora de la Administración*. En libro *ponderación y Derecho Administrativo*. Editorial Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2009.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, *La decisión judicial: el debate Hart- Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre. Universidad de los Andes, 2005.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo. General y colombiano. Decima octava edición*. Bogotá D.C: Editorial Temis S.A.. 2013. Pág. 324 y 325.

Bibliografía

- RODRÍGUEZ SERPA, Ferney y DÍAZ RINCÓN, Sandra. *La racionalidad de las decisiones judiciales*. En Revista Justicia, No. 19 - pp. 166-178 - Junio 2011.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo*. En revista Derecho PUCP. Número 67. 2011. p.207-229.
- ROJAS ROLDAN, Abelardo. *El lenguaje y los conceptos del derecho*. Biblioteca virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México. Núm. 193-194, 1994.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social [1762]*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.
- RUÍZ RUÍZ, Ramón. *La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho*. Derecho y Realidad No.20, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UPTC. II Semestre 2012.
- RUSELL, Bertrand. "Vagueness". *Australasian Journal of Philosophy and Psychology*, N° 1, 1923, pp. 84-92;
- RUTT, Jessica. *Scheleiermacher: The Father of Modern Hermeneutics and Theology*. On Hermeneutics, E-logos. 2006.
- SÁENZ LÓPEZ, Karla, GORJÓN GÓMEZ, Francisco y RODRÍGUEZ BURGOS, Karla. "Democracia, origen y perspectiva". En *Democracia y Políticas Pública*. San Nicolás de Hidalgo, México: Universidad Michoacana. Editorial Deciso. pp. 51-64. 2008.
- SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.
- SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos. Interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1º ed., Civitas, Madrid, 1976.

Bibliografía

- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 12/13, 2003.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte general*. Novena Edición. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A) 2013.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994.
- SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces., 1988.
- SANTAMARIA PASTOR, Juan y PAREJO ALFONSO, Luciano (directores de obra). *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1992.
- SANTIAGO GUERVÓS, Luis Enrique. *La hermenéutica metódica de Friedrich Schleiermacher*, *Revista de Estudios Críticos OTROS LOGOS*, Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político, Decolonialidad e Interculturalidad, Universidad Nacional del Comahue. (s.f).
- SANZ PÉREZ, Ángel Luis. *Reseña de: García de Enterría, Eduardo. La lengua de los derechos: La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa* Madrid: Editorial Asamblea de Madrid, 2002, p. 386
- SAPAG, Mariano A. *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado*. *Díkaion* (diciembre) Núm 22, 2008.
- SAYAGUÉS LASSO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen 2*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1974

Bibliografía

- SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermeneutics: The Handwritten Manuscripts*. Trans. James Duke and Jack Forstman. Ed. Heinz Kimmerle. Missoula: Scholars Press, 1977
- SERRANO FERRER, Esperanza. *Motivación de Conceptos Jurídicos Indeterminados: o es Interés Público o es Autonomía Local*, Costa Rica. 2007.
- SESIN, Domingo. El control judicial de la discrecionalidad administrativa. Buenos Aires: Documentación administrativa, No. 269-270 de 2004.
- SIECKMANN, Jan-R. La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, Madrid: Marcial Pons, 2011.
- SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones*. Traducido al español por RODRÍGUEZ BRAUN, Carlos. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- SUAREZ TAMAYO, David; MEJIA LONDOÑO, Paulina y RESTREPO, Laura. *Procedimientos administrativos sancionatorios. Inventario normativo y de la sentencia de la corte constitucional*. Revista opinión jurídica universidad de Medellín volumen 13 Num 25 de 2014.
- TARDÍO PATO, José Antonio. Control jurisdiccional de los concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos, Civitas: Madrid, 1986.
- TIRADO ACERO, Misael. Verdad, prueba e indagación en el mundo del derecho y de la sociedad. prolegómenos. derechos y valores, Volumen XIV - No. 27 - Julio - Diciembre, 2011.
- TIRADO BARRERA, José Antonio. *Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional*. Derecho PUCP (Julio- Noviembre), 2011.

Bibliografía

- TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel. Las potestades discrecionales de la Administración y su control judicial. Panorama actual en la doctrina Hispanoamericana. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Núm. 7, 2016.
- TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina*. Derecho PUCP, (Julio-Diciembre), 2015.
- TRON PETIT, Jean Claude. *El qué, cómo y para qué de un concepto jurídico indeterminado del Impuesto sobre la Renta*. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito - México.
- VALENCIA HERNÁNDEZ, Javier. *Los principios y valores del Estado social de derecho como marco jurídico político para la resolución de los conflictos*. Gestión y ambiente Vol.10, n.1. 2007. Pág. 105-1112.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomoarquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1993.
- VÁZQUEZ MIRAMONTES, Marco Antonio; OLIVERCONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. 8a reimpresión, México D.F: Distribuciones Fontamara S.A. 2010.
- VELLUZZI. *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Quaderni di Filosofia analitica del diritto, 12, Milano: Giuffrè, 2010.
- VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMA, Rubén. "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano". En el nuevo constitucionalismo en América Latina. Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. 1 ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010
- VIGNOLO CUEVA, Orlando. Dos trabajos de Derecho comparado sobre la interdicción de la arbitrariedad. Revista IUS ET VERITAS Núm. 41, 2010.

- VILLOSLADA GUTIÉRREZ, María. *El control de la discrecionalidad*. Universidad de la Rioja. 2013.
- VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime. *Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del ius novus ecuatoriano*. Iuris Dictio Vol.13. 2010.
- WALDRON, Jeremy, control de constitucionalidad y legitimidad política. *Díkaion* (jan-jun) Núm. 27, 2018,
- WEBER, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. J. Medina Echavarría, ed. J. Winckelmann, FCE, México, 1964.
- WEBER, Max. *La Ciencia como profesión, la política como profesión*. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A.
- WEBER, Max. *El político y el Científico*. Madrid: Alianza Editorial. 2005;
- WOLTERSKLUWER. *Concepto de interés público*. Guías jurídicas. 2019.
- YAÑEZ VELASCO, Igor. *Control de Legalidad de los conceptos jurídicos indeterminados en el planeamiento Municipal. Jurisprudencia de Altos vuelos sobre asuntos resueltos mediante corazonadas*. Revista de derecho urbanístico y medio ambiente, Núm. 269, Madrid, noviembre.2011.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducido por GASCÓN, M. Trotta. Madrid, 1995.
- ZAMORA GUZMÁN, Vanessa. *conceptos jurídicos indeterminados: justiprecio o precio justo*. Revista electrónica de la facultad de derecho ULACIT – Costa Rica, Derecho en sociedad No 5 , julio de 2013.
- ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira. *El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno*. Ius et Praxis, 16 (Sin mes): Pág. 260, 2010.

Bibliografía

ZÚÑIGA GÁRCIA, J.f. *El diálogo como juego. La hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer*. Granada: Ed. Universidad de Granada, 1995.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las cuestiones políticas. *Revista Ius Et Praxis* - Año 14 - Núm. 2, páginas 271 - 307.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

1. Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sentencia 11 de octubre de 2016 (23298/12 Iglesias v. España).

Sentencia de 7 de diciembre de 1976. en el caso Handyside o caso libro rojo del colegio-Inglaterra.

2. Jurisprudencia Española.

2.1. Del Tribunal Constitucional.

Sentencia 51/2018, de 10 de mayo (BOE núm. 141, de 11 de junio de 2018)

Sentencia 181/2016, de 20 de octubre (BOE núm. 285, de 25 de noviembre de 2016)

Sentencia 183/2014, de 6 de noviembre (BOE núm. 293 de 04 de diciembre de 2014)

Bibliografía

Sentencia 111/2008, de 22 de septiembre (BOE núm. 245, de 10 de octubre de 2008).

Sentencia 77/2000, de 27 de marzo (BOE núm. 107, de 04 de mayo de 2000).

Sentencia 182/1997, de 28 de octubre (BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997)

Sentencia 133/1987, de 21 de julio (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987)

Sentencia 126/1987, de 16 de julio (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987)

Sentencia 53/1986, de 5 de mayo (BOE núm. 120 de 20 de mayo de 1986).

Sentencia 83/1984, de 24 de julio (BOE núm. 203 de 24 de agosto de 1984)

Sentencia 12/1982, de 31 de marzo (BOE núm. 95 de 21 de abril de 1982).

Sentencia 26/1981, de 17 de julio (BOE núm. 193 de 13 de agosto de 1981).

2.2. Del Tribunal Supremo.

STS 1999/2017, 18 de diciembre de 2017 Tribunal Supremo - Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo.

STS 1650/2017, 31 de octubre de 2017. Tribunal Supremo - Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo.

STS 1650/2016, 6 de julio de 2016. Tribunal Supremo - Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo.

STS, 22 de mayo de 2012 Tribunal Supremo - Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo.

STS Núm. 2.688.-Sentencia de 21 de septiembre de 1993. Tribunal Supremo - Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo.

STS de 5 de junio de 1990 (Sala 3.ª, Secc. 6.ª) (RJ 4804, ponente: Javier Delgado Barrio).

3. Jurisprudencia Colombiana.

3.1. De la Corte Constitucional.

Corte constitucional Colombiana Sentencia C-690 del 2003.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-108 de 2012.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-917 de 2010.

Corte Constitucional De Colombia. Sentencia T-204 de 2012.

Corte Constitucional De Colombia Sentencia C-366 de 2012

Corte Constitucional De Colombia Sentencia C- 115 de 2017

Corte Constitucional De Colombia Sentencia C- 318 de 1995

Corte Constitucional De Colombia Sentencia C-506 de 2002

Corte Constitucional De Colombia Sentencia C-551 de 2003

Corte Constitucional De Colombia Sentencia C-249 de 2012

Corte Constitucional De Colombia Sentencia C-397 de 2010

Corte Constitucional De Colombia Sentencia C-084 de 2016

Corte Constitucional De Colombia Sentencia SU - 601 de 1999

Corte Constitucional De Colombia Sentencia T-772 de 03

3.2 Del Consejo de Estado.

Sentencia 25000-23-26-000-1997-03809-01(17661), julio 26 de dos mil once (2011). sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección c.

Sentencia 76001233100020010346001(35273) Noviembre 27 de dos mil diecisiete (2017) . sala de lo contencioso administrativo, sección tercera.

4. Jurisprudencia Francesa.

Conseil D ´Etat Arrêt Ville Novuelle Est adoptado, de 28 de mayo de 1971

Conseil D ´Etat Arrêt Sainte-Marie de l'Assomption, de 20 de octubre de 1972

Bibliografía

Bibliografía