

ÍNDICE

Prólogo del Dr. PEDRO J. FRÍAS ..... IX

Introducción ..... XV

CAPÍTULO I

EL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD  
EN LA EXPERIENCIA  
CONTEMPORÁNEA

I. Vinculación gradual de la administración al orden  
jurídico ..... 1

1. Vinculación negativa de la administración a la  
ley ..... 1

2. Vinculación positiva de la administración a la  
ley ..... 3

3. Vinculación positiva de la administración al or-  
den jurídico ..... 7

4. Vinculación trascendente entre el principio de  
juridicidad y el control judicial ..... 13

5. La tutela judicial efectiva en las modernas cons-  
tituciones ..... 15

II. Contenido del principio de juridicidad en la ex-  
periencia contemporánea ..... 20

1. Juridicidad e intensidad del orden jurídico en  
relación con lo discrecional ..... 20

2. El principio de jerarquía normativa en la Cons-  
titución ..... 22

3. La unicidad del ordenamiento y la operatividad  
de la discrecionalidad ..... 25

4. Materias de reserva legal absoluta .....	26
A) Preeminencia formal del legislador .....	26
B) Discrecionalidad escasa y sometida .....	29
5. Materias de reserva legal relativa .....	30
A) Herramienta fundamental de organización administrativa interna .....	30
B) Libertad discrecional del administrador pa- ra ejecutar la reforma administrativa ...	33

## CAPÍTULO II

LA DISCRECIONALIDAD DENTRO  
DEL ORDEN JURÍDICO  
ADMINISTRATIVO

I. Discrecionalidad y orden jurídico .....	37
1. Discrecionalidad fuera del contexto jurídico ..	37
2. Discrecionalidad autorizada expresamente sólo por ley .....	41
3. Discrecionalidad dentro del orden jurídico ..	42
4. Legitimidad o juridicidad del acto. Control de legitimidad o de juridicidad .....	46
II. Proyección de la discrecionalidad dentro de la ju- ridicidad y como instrumento de transformación del Estado .....	47
1. Juridicidad orientadora y discrecionalidad ..	47
2. Recientes instrumentos consensuales y nueva discrecionalidad .....	48
3. Mayor atención a las técnicas de control de gestión .....	50
4. Preocupación del sistema político norteamerica- no por la prevención del abuso del poder ...	51
5. Simplificación de la discrecionalidad inútil y revitalización de la necesaria .....	52
III. Una falsa antinomia: juridización de la adminis- tración vs. discrecionalidad .....	53
IV. Principio general discrecional o reglado .....	56

## CAPÍTULO III

NOCIÓN CONCEPTUAL  
DE LA DISCRECIONALIDAD

I. Concepción procesal formal de la discrecionalidad	59
1. El origen de lo reglado y discrecional. Revisión judicial restringida .....	59
2. Concepto procesal formal de la discrecionalidad	61
3. Discrecionalidad y derecho subjetivo .....	64
4. La exclusión judicial de la discrecionalidad por inadmisibilidad. Excepción de incompetencia del tribunal .....	68
II. Concepción sustancial-material de la discreciona- lidad .....	74
1. Vinculación con la función y los elementos del acto .....	74
2. Inexistencia del acto discrecional. Momentos reglados y discrecionales .....	78
3. Relación de la discrecionalidad con el fondo de la cuestión .....	86
A) Transformación de la inadmisibilidad en im- procedencia .....	86
B) La proyección de un nuevo avance .....	90
C) La discrecionalidad en relación con el de- recho subjetivo y las excepciones procesales	92
4. La llamada actividad volitiva e intelectiva ..	95
5. Necesidad de la discrecionalidad y tesis que la niegan .....	98
III. Noción de la discrecionalidad en la literatura ju- rídica .....	102
1. Dos tenencias genéricas fundamentales ....	102
2. Discrecionalidad en el derecho español .....	103
3. Discrecionalidad en el derecho francés .....	108
4. Discrecionalidad en el derecho italiano .....	112
5. Discrecionalidad en el derecho alemán .....	118
6. Discrecionalidad en la doctrina angloamericana	120
7. Discrecionalidad en el derecho argentino ...	122
8. Opinión personal. Presupuestos esenciales .	126

CAPÍTULO IV  
CARACTERES PRÁCTICOS  
DISTINTIVOS  
DE LA DISCRECIONALIDAD

I. Discrecionalidad es derivación del orden jurídico administrativo .....	129
II. Discrecionalidad puede implicar valoración de circunstancias .....	130
III. Discrecionalidad es elección de una alternativa entre varias igualmente válidas .....	132
IV. Discrecionalidad puede implicar ponderación de intereses y excepcionalmente determinación del interés público concreto .....	133
V. Discrecionalidad es una apreciación subjetiva que completa el marco normativo .....	142
VI. Discrecionalidad es una unidad conceptual relacionada con materias diversas .....	144
VII. Discrecionalidad es un modo de ejercicio de la función administrativa .....	146
VIII. Discrecionalidad es una forma de libertad reducida, autorizada y condicionada .....	148
IX. Discrecionalidad puede implicar apreciación de oportunidad .....	150
X. Discrecionalidad es modalidad de ejercicio que se ubica en los elementos del acto administrativo .....	151
XI. Cómo advertir en la práctica la atribución de discrecionalidad .....	156
1. El rol de los diversos operadores del derecho. Abogados de la administración y del administrado. Especialistas en diversas áreas .....	156
2. Análisis del orden jurídico. El uso de la locución "podrá". La naturaleza intrínseca del criterio .....	158

CAPÍTULO V  
LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA  
EN SUS DIVERSAS CONCEPCIONES

I. Origen de la discrecionalidad técnica. Marco circunstancial .....	163
II. Discrecionalidad técnica diferente a discrecionalidad pura .....	165
1. Hecho simple y hecho complejo .....	165
2. Hecho simple y hecho técnicamente apreciable en relación al interés público .....	166
3. Hecho opinable ajeno a la valoración de interés público .....	167
4. La falta de control judicial como rasgo dominante .....	168
III. Discrecionalidad técnica como especie de discrecionalidad pura .....	169
IV. Poder de valoración técnica reservado a la administración .....	170
V. Discrecionalidad técnica y teoría de los conceptos jurídicos indeterminados .....	173
1. Imprecisión de los conceptos y origen de la teoría .....	173
2. Diferencia cualitativa entre concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad .....	176
3. Diferencia cuantitativa entre conceptos jurídicos indeterminados y determinados .....	178
4. Debilidad de la teoría: el margen de apreciación .....	180
VI. Contradicción de la discrecionalidad técnica ...	184
1. Falsa concertación de nociones diversas .....	184
2. Repercusión procesal de la discrecionalidad técnica .....	187

CAPÍTULO VI

LA TÉCNICA COMO PRESUPUESTO  
DEL ORDEN JURÍDICO Y LÍMITE  
DE LA DISCRECIONALIDAD

I. Importancia creciente de la técnica ..... 191

II. Concepto y caracteres de la técnica ..... 194

    1. Diversas acepciones de lo técnico ..... 194

    2. Certidumbre y opinabilidad ..... 196

III. La técnica como poder insustituible ..... 199

IV. Vinculación de la técnica con el orden jurídico ..... 200

CAPÍTULO VII

CONTROL JUDICIAL.  
PRECISA DEMARCACIÓN DE LA ZONA  
DE PENUMBRA. LOS JUICIOS  
TÉCNICOS COMPLEJOS.  
UNA PERSPECTIVA DIFERENTE

I. Introducción: Confusión histórica y necesidad de un trato diferente ..... 205

II. Interpretación e integración del orden jurídico por el juez y el administrador ..... 208

    1. El ordenamiento utiliza conceptos abiertos que han de ser rellenados por sus destinatarios ..... 208

    2. El juez dice el derecho: la administración actúa ..... 209

    3. El juez sólo interpreta el derecho; la administración lo interpreta y a veces lo crea ..... 211

    4. La discrecionalidad del juez no existe ..... 213

    5. El juez no es un “dominus” de la sociedad. Equilibrio ..... 215

III. Relatividad de la interpretación, discrecionalidad y límites del control judicial ..... 218

    1. Es a veces difícil deducir una interpretación única ..... 218

    2. La unicidad de solución justa de la metodología interpretativa judicial no es trasladable a la realidad administrativa ..... 221

    3. La interpretación restrictiva en el proceso administrativo ..... 224

IV. Relatividad del “standard” jurídico en el derecho administrativo ..... 225

    1. Una espuria asimilación con el concepto jurídico indeterminado ..... 227

V. Relatividad de la prueba, discrecionalidad y límites del control ..... 229

    1. Objeto de la prueba: certeza de una afirmación o proposición ..... 229

    2. Excepcionalmente, basta la semiplena prueba fundada en la razón ..... 231

    3. Averiguación y verificación en el proceso administrativo: dispositivo con método inquisitivo ..... 232

    4. La sana crítica y su adecuación al derecho procesal ..... 234

    5. La libre convicción judicial no es aplicable, en principio, al proceso administrativo ..... 236

VI. Relatividad científica y tecnológica. El control judicial de las reglas indiscutibles, los juicios tolerables y los casos límite ..... 237

    1. La ciencia no suministra verdades absolutas ..... 237

    2. Estado actual de la jurisprudencia. Necesidad de una visión correctiva ..... 238

    3. El control judicial de reglas de universal consenso: técnicas, científicas, de experiencia, “standards” ..... 243

    4. Cuando es posible elegir entre varias alternativas hay discrecionalidad ..... 245

    5. El control judicial de los juicios tolerables. Los casos límites complejos ..... 247

        A) Juicios pedagógicos, concursos, idoneidad ..... 251

        B) Oferta más conveniente ..... 261

        C) Juicios médicos ..... 266

        D) Ruina de la obra y pérdida de funcionalidad ..... 269

    6. Requisitos y vicios de los juicios subsumibles en reglas ciertas o tolerables ..... 270

- 7. Calificación obligatoria de los juicios por el profesional de la administración o el perito judicial 271
- 8. Necesidad de una previsión normativa en los códigos procesales administrativos y leyes de procedimiento ..... 272

## CAPÍTULO VIII

VERIFICACIÓN Y APRECIACIÓN  
DE LOS HECHOS, CALIFICACIÓN JURÍDICA  
Y DETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA

- I. Introducción ..... 275
- II. En la actividad de “verificación” no hay discrecionalidad ..... 275
- III. En la apreciación de los hechos puede haber discrecionalidad ..... 277
- IV. En la calificación jurídica no hay discrecionalidad 280
- V. En la determinación o elección de la conducta puede haber discrecionalidad ..... 281
- VI. La potestad disciplinaria ..... 282
- VII. La contratación de emergencia ..... 284

## CAPÍTULO IX

MODALIDADES DEL CONTROL  
DE LA INSERCIÓN  
DE LA DISCRECIONALIDAD DENTRO  
DE LA JURIDICIDAD

- I. Controlar el ejercicio de la discrecionalidad no implica revisar su núcleo interno ..... 287
- II. Control del ejercicio de la discrecionalidad por los conceptos jurídicos indeterminados ..... 290
- III. Control por los principios generales del derecho
  - 1. Introducción ..... 293
  - 2. Control por el principio de igualdad ..... 294
  - 3. Control por el principio de razonabilidad, congruencia, proporcionalidad ..... 297

- 4. Control por el principio de buena fe ..... 306
- 5. Control por el precedente administrativo ... 307
- IV. Control por el procedimiento, forma y motivación 310
- V. Control por la desviación de poder ..... 313
- VI. Control por la verificación de los hechos ..... 323
- VII. Control por las reglas de universal consenso: técnicas, científicas, “standards” y de experiencia 325
- VIII. Control por los juicios atendibles o tolerables .. 327
- IX. Control por la calificación jurídica de los hechos 331
- X. Control por el error manifiesto de apreciación . 334
- XI. La inoportunidad no es vicio de la juridicidad, salvo extrema gravedad ..... 339
- XII. Precisión de las relaciones y distinciones existentes entre el mérito, lo discrecional y lo vinculado. Hacia un control más profundo y equilibrado ... 341

## CAPÍTULO X

## CONCLUSIONES GENERALES

- I. Introducción ..... 345
- II. Unicidad del ordenamiento y operatividad de la discrecionalidad. Su participación en la reforma administrativa ..... 346
- III. Juridicidad del acto y control de juridicidad .. 347
- IV. Revisión judicial de la modalidad discrecional .. 348
- V. Un nuevo avance: el tratamiento de lo discrecional en la sentencia, con el fondo de la cuestión... 349
- VI. Discrecionalidad. Presupuestos esenciales e importancia ..... 351
- VII. Individualización de la discrecionalidad ..... 352
- VIII. Contradicción de la discrecionalidad técnica ... 355
- IX. La participación de la técnica en el universo jurídico ..... 356
- X. Confusión histórica y necesidad de un trato diferente en la zona de penumbra ..... 357
- XI. Diverso cometido del juez y del administrador en la interpretación ..... 359
- XII. La peculiaridad de la prueba en el proceso administrativo ..... 361

XIII. Control judicial de las reglas técnicas indiscuti- bles, los juicios tolerables y los casos límite ..	362
XIV. Requisitos y vicios de los juicios subsumibles en reglas ciertas o pautas tolerables .....	366
XV. Modificaciones normativas sugeridas con relación al control de las cuestiones técnicas complejas	366
XVI. Verificación, apreciación, calificación jurídica de los hechos. Aspectos controlables .....	368
XVII. Técnicas o modalidades de control de la inserción de la discrecionalidad dentro de la juridicidad	369
XVIII. Hacia un control más profundo y equilibrado ..	370
BIBLIOGRAFÍA .....	373