

LOS BORDERLINE CASES Y LA ÚNICA SOLUCIÓN JUSTA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO¹

Teresita Rendón Huerta Barrera²

SUMARIO *I. Los borderline cases y la única solución justa. II. Principios que coadyuvan para llegar a la solución de los borderline cases. III. La argumentación en los borderline cases. IV. El principio de legalidad y la única solución justa en el Derecho administrativo V. La Constitución como límite objetivo de la interpretación, para llegar a la solución de los borderline cases. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.*

RESUMEN. *El presente trabajo versa sobre los llamados casos difíciles o casos límite y “la única solución justa” o la única respuesta correcta, cuya frecuencia es muy alta en las normas administrativas y en el acto administrativo stricto sensu, como manifestación del ejercicio del poder público, consistente en una declaración voluntaria, formal y unilateral, de acuerdo a las normas jurídicas, que afecta obligatoriamente a los administrados.*

1 Mayo, 2016

2 Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, con especialidad en Derecho Constitucional y Administrativo. Autora de múltiples obras y artículos sobre Derecho Constitucional, Administrativo y Municipal. Magistrada fundadora y Presidente en tres períodos, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato. Con nombramiento de Investigadora Nacional por parte del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México. Profesora Investigadora y actualmente Directora de la División de Derecho Política y Gobierno, campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato, México. jrendonh@ugto.mx

ABSTRACT. *This paper is about the issue of borderline cases and the only fair solution in administrative law. These borderline cases are very common and can occur in administrative provisions as in the strictly administrative act, as a manifestation of the exercise of public authority, consisting in a voluntary, formal unilateral declaration, according to legal rules, affecting obligatorily to the governed.*

PALABRAS CLAVE: *Casos difíciles, casos límite, única solución justa.*

KEY WORDS: *Borderline cases, only fair solution.*

I. INTRODUCCIÓN

Los principios, instituciones y conceptos del Derecho administrativo, solo pueden comprenderse, interpretarse y aplicarse, a la luz de la Constitución. En ese tenor, el presente artículo aborda un problema que se encuentra en el punto de tangencia del Derecho administrativo, el constitucional y la teoría del derecho: Los casos difíciles y la única solución justa. Los casos habituales o rutinarios que conocen las autoridades administrativas, encuentran la respuesta en el ordenamiento o en los estándares que forman también parte de él: *los principios*. Por ejemplo, cuando existe una disposición que prohíbe el estacionamiento en una determinada área y hay quien se estaciona ahí, estará cometiendo una infracción y se hará acreedor a la sanción que la norma prevea. En este supuesto, la función del intérprete es prácticamente nula. Pero ¿cuál es el caso difícil? ¿qué supuestos son esos en los cuales la autoridad no localiza la solución? Ese es el fondo del presente trabajo.

En el Derecho administrativo abundan las normas que prevén supuestos ante los cuales se formulan razonamientos interpretativos, conduciendo a lo que se conoce como la única solución justa o la única respuesta correcta. Las normas de textura cerrada, son cada vez más escasas.

El Derecho administrativo siendo una disciplina que estudia fundamentalmente, el ejercicio de las potestades públicas que atañen a la administración, tanto en su estructura, normatividad, en sus principios doctrinales, como en la actividad pública directa e indirecta, nos sorprende con la frecuencia con que se presentan las hipótesis que implican una gran dificultad, o sea, los *borderline cases*, revelándonos que se trata de una noción que impregna lo público, y proclama su vanguardismo como *nomen iuris*.

II. LOS BORDERLINE CASES Y LA ÚNICA SOLUCIÓN JUSTA

En los casos administrativos comunes, las autoridades siempre encuentran la respuesta en el ordenamiento o en los estándares que forman también parte de él. Pero ¿cuándo realmente se trata del llamado caso difícil o caso límite? ¿qué casos son esos en que la autoridad no localiza la solución?

Aunque es muy delicado tratar de enumerar los llamados casos límite o *borderline cases*, es posible señalar algunas hipótesis como son las siguientes:

1. Indeterminación normativa derivada generalmente de la equivocidad o vaguedad de las expresiones o de los propios textos normativos.
2. Cuando la respuesta no es dada por las normas del Derecho administrativo previo al caso.
3. Conflictos o antinomias normativas o de otros estándares jurídicos que se advierten respecto del caso que la autoridad debe resolver.
4. Ausencia de regulación para un caso en el que cabría razonablemente esperarla.
5. Convicción de la autoridad administrativa en función de que al resolver un determinado caso tiene que apartarse de un precedente que ha aplicado antes respecto de casos similares, para evitar que se produzca un resultado negativo o un riesgo para la comunidad.

6. Consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes para el gobernado, que puedan derivarse de la aplicación de una ley a un caso concreto en el que a la autoridad decisora le parece conveniente evitar que se produzcan.
7. Necesidad de solventar problemas relacionados a los atributos de coherencia y completitud del ordenamiento jurídico.
8. Independientemente del ordenamiento, el caso difícil puede surgir por el proceder indebido del propio intérprete.

El tema en estudio implica tres elementos: uno *ontológico* —la única respuesta correcta existe— *metodológico* —la única respuesta correcta puede ser detectada—y el elemento *epistemológico* —es posible saber con seguridad que se ha detectado la única respuesta correcta—.

A partir de los avances que han tenido los derechos humanos, las fuentes convencionales y el fortalecimiento del Estado constitucional, democrático y garantista de derecho, no debería haber cláusulas generales, abiertas y tácitamente ilimitadas para una actuación omnimoda del poder público, pero esto en la realidad, es imposible.

Respecto a los *borderline cases*, la única respuesta correcta, ha ocupado a muchos teóricos y filósofos, como Nino, Aulis Aarnio, Dworkin, Alexy, Habermas, Perelman, Peczenick y MacCormick.

Un aspecto a considerar, tratándose de los llamados casos difíciles, es la demarcación fuerte y la demarcación débil la que alude Auslis Aarnio³ de la doctrina de la única respuesta correcta:

3 Aarnio, Aulis, "Reglas y principios en el razonamiento Jurídico", España, 1996, p. 4 y ss. Conferencia pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña el día 24 de marzo de 2000, dentro del 11 Seminario internacional de Filosofía del Derecho ¿Decisión judicial o determinación del Derecho? Perspectivas contemporáneas, organizado por profesores del área de Filosofía de Derecho de dicha Universidad. Traducción del original inglés por Pedro Serna.

1. Según la tesis de la demarcación fuerte, la diferencia entre reglas y principios no se refiere, por ejemplo, al grado de generalidad, sino que es más bien cualitativa. Reglas y principios pertenecen a categorías diferentes. [...] La tesis de la demarcación fuerte se basa parcialmente en la (última) noción wittgensteniana de regla: las reglas son seguidas o no lo son. Las reglas pueden compararse a las vías de ferrocarril: o las sigues o no. No existe una tercera alternativa. Esto se aplica a todas las reglas y, por tanto, también a las jurídicas. Por supuesto, a las reglas se les puede formular todo tipo de excepciones y, al menos en principio, es posible hacer una lista de tales excepciones. Si las reglas entran en conflicto entre sí, el conflicto puede ser decidido, por ejemplo, con la máxima *lex posterior*: La regla que cede no forma parte del orden jurídico. La naturaleza vinculante de los principios, comparada con la de las reglas, es cualitativamente distinta⁴.
2. También la tesis de la demarcación débil está conectada con el pensamiento wittgensteniano: reglas y principios guardan entre sí una relación de parecido de familia, y existe entre ellos una diferencia de grado, no cualitativa. Reglas y principios desempeñan un papel similar o análogo en el discurso jurídico. Típicamente, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero por lo demás no hay especiales características para distinguirlos de ellas [...]⁵.

Aarnio niega tanto la versión fuerte como débil de la doctrina de la única respuesta correcta, al señalar que: “Me parece que ni la tesis de la demarcación fuerte ni la de la demarcación débil son válidas en cuanto tales. Ambas captan algunos aspectos relevantes del problema, pero no alcanzan a proporcionar una imagen verdadera.”⁶ Aunque sí admite la existencia de lo que él llama la respuesta definitiva porque estima que es condición necesaria de cualquier ordenamiento jurídico y del Estado

4 Supra *Ibid.* Pp. 593-594.

5 Loc. Cit.

6 *Ibid.*

de derecho, en tanto debe haber prevista una competencia entre los órgano que producen, aplican e interpretan derecho para decir la última palabra en relación con los casos jurídicamente relevantes que se puedan haber controvertido en instancia anteriores. Sin embargo, la respuesta definitiva de que provea un ordenamiento jurídico a través de cualquiera de sus órganos no es necesariamente la correcta y mucho menos la única correcta⁷, en palabras del propio Aarnio.

Si optáramos por la versión débil, es claro que tendríamos que admitir, que siempre hay solución, que ésta es única, y que la hay única es la correcta. En la práctica lo que sucede es que se encuentran varias posibles soluciones que pueden ser viables y apegadas a derecho. Si en casos difíciles las autoridades administrativas valoran las consecuencias que puedan seguirse de sus decisiones, significa que confieren valor a un determinado principio, concluyendo cuál debe tener prioridad en un supuesto concreto. La importancia, frecuencia y consistencia de estándares que son parte del orden jurídico —valores superiores, principios, reglas, derechos fundamentales— fortalecen la conclusión de que el propio ordenamiento suministra siempre respuesta, sin embargo, sería muestra de pretenciosidad desbordada sostener que se trata de la única respuesta, pero además, que es única respuesta correcta.

En la distinción entre deber y obligación, Rawls aprecia que las obligaciones se derivan del principio de imparcialidad.

114

La teoría de Dworkin no deja dudas sobre la existencia de un deber moral de obedecer el derecho cuando éste es el resultado de un procedimiento democrático y del respeto a los derechos humanos. Dworkin sostendrá que cuando las normas del derecho positivo no son satisfactorias o cuando éstas son insuficientes, siempre existe el recurso de buscar en la totalidad del derecho, para encontrar la única solución justa, a través de los principios que forman parte de la realidad jurídica. Siendo principios morales, se puede identificar el contenido del derecho para el caso concreto, por lo que la tesis de la separación conceptual entre la realidad normativa del derecho y de la moral, es falsa.

7 Aarnio, Aulis; Atienza, Manuel; Laporta, Francisco, Bases Teóricas de la Interpretación Jurídica, Argumentación e Interpretación Filosofía y Teoría del Derecho, Metodología y Ciencia del Derecho, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, España, 2010, pp.138.

III. PRINCIPIOS QUE COADYUVAN PARA LLEGAR A LA SOLUCIÓN DE LOS BORDERLINE CASES

Toda interpretación ya sea restrictiva o extensiva, debe someterse a lo establecido en la Constitución. Para llegar a la solución de los *borderline cases*, es necesario recurrir a los principios jurídicos que dan unidad al ordenamiento jurídico administrativo y que están sintetizados en seguida:

1. **Salvaguarda del orden público** como principio de principios, que armoniza y jerarquiza todos los demás, en tanto hace posible la convivencia social y tiene la tarea de acotar la actuación administrativa, hasta donde el legislador considera fundamental hacerlo. Está integrado por elementos jurídicos, que son obligatorios para la conservación del orden social en una comunidad determinada.
2. **Respeto a los derechos humanos**, implica que los órganos del poder público cumplan con el deber de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.
3. ***In dubio pro homine o in dubio pro libertate***, es un criterio hermenéutico constitucional que favorece la interpretación o aplicación de la norma más benéfica a la persona. Por virtud del texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional en materia de derechos fundamentales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, el ordenamiento jurídico mexicano, en su plano superior, debe entenderse integrado por dos fuentes medulares: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte⁸.

8 Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia 1a./J. 107/2012 (10a), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIII, Tomo 2, octubre de 2012, página 799, con el rubro: “PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.”,

4. **Primacía constitucional** como imperativo en toda interpretación, que predica la sujeción a la norma constitucional.
5. **Unidad del ordenamiento** jurídico, en mérito del cual el orden jurídico debe interpretarse como un todo, como un sistema y no aplicar aisladamente las normas⁹.
6. **Igualdad de trato**, el cual implica la no discriminación en razón de género, edad, raza, religión, motivos políticos, apariencia física, clase social o escolaridad. Este principio es también muy necesario para llegar a la solución de los *borderline cases*.
7. **Constitucionalidad y legalidad**, en razón de que la Constitución es el fundamento y límite de todo acto jurídico administrativo. Al particular le está permitido hacer todo aquello que la ley no prohíbe, la autoridad solo puede hacer lo que la ley prescribe.
8. **Concordancia** de los fines legales y los medios idóneos para alcanzarlos.
9. **Competencia delimitada**, el cual implica el respeto a las competencias de los órganos que integran la estructura administrativa. La interpretación no debe conducir a un órgano a invadir el ámbito competencial de otro.
10. **Publicidad de las actuaciones administrativas**, plantea el necesario conocimiento de las actuaciones, tanto por los directamente interesados en ellas, como por la comunidad en general.
11. **Equilibrio**, implica que debiendo darse preeminencia a los intereses públicos, deben, asimismo, respetarse los derechos humanos.

9 Este principio solo se vulnera si existe una contradicción normativa irresoluble. Pero la contradicción no es irresoluble cuando es posible recurrir a reglas orientadas a la armonización de normas, como los criterios de jerarquía o especialidad. Tampoco existe contradicción cuando los supuestos regulados de modo opuesto no son homogéneos –idéntico objeto de la valoración e idéntico contexto–.

12. **Fundamentación**, este principio implica la aplicación de la norma al caso concreto, e impone a las autoridades, la obligación de ceñir todas sus decisiones al contenido de las normas jurídicas preestablecidas, pudiéndose invocar las fuentes convencionales y como fuente supletoria, los principios generales del derecho.
13. **Motivación**, no basta que la administración exteriorice justificadamente su interpretación, será necesario analizar si la autoridad hizo un correcto, racional y ponderado uso de sus potestades al interpretar, y sobre todo, será necesario analizar que no haya excedido el ámbito de sus atribuciones.

IV. LA ARGUMENTACIÓN EN LOS BORDERLINE CASES

Es exigencia constitucional que toda decisión de la autoridad esté motivada. La motivación —palabra que deriva del latín *motivus*, significa *causa del movimiento*— no es un requisito meramente formal, sino que es de fondo, puesto que el gobernado solo conociendo los motivos, puede conocer las razones que justifican la decisión, que si es desfavorable, le aportará los elementos para formular los conceptos de violación o agravios, rendir pruebas y formular alegatos. Si la motivación se omite, la autoridad incurrirá en arbitrariedad por una actuación al margen de la Constitución.

Tratándose de actos favorables a los particulares, que aumentan su esfera jurídica, se entiende por motivación, el deber jurídico de explicar y justificar mediante argumentos convincentes por qué y para qué se ha producido la decisión en ese un sentido y no en otro. Desde el punto de vista lógico se le impone el principio de razón suficiente. En el caso de los actos de gravamen, que restringen el espacio de los gobernados, es indispensable una motivación cuyo fundamento reside en el sentido mismo de la actividad administrativa que debe respeto a la autonomía individual.

Pero no solo las resoluciones de los órganos jurisdiccionales deberán ser motivadas, sino toda decisión de autoridad que trascienda al ámbito jurídico. Esto es así porque otro tipo de actos de la administración, no tienen tal exigencia; pensemos por ejemplo en actos técnicos o materiales como son: hacer un plano topográfico, el aseo público de

calles y sitios públicos, la aplicación de vacunas, etc., que siendo actos de la administración, son simples actos materiales y no precisan ser motivados porque no son actos jurídico administrativos. En el caso de la función legislativa y de la función judicial, encontramos la motivación como elemento *sine qua non* de sus actuaciones. Así, las leyes tienen sus exposiciones de motivos y las sentencias contienen la motivación, en su parte considerativa.

En el Derecho administrativo, la motivación consiste en la explicación y enumeración de las razones que han llevado a la administración a dictar el acto administrativo, en el sentido que lo haya hecho. La exigencia de motivación, se extiende también a aquellos actos que afecten a derechos subjetivos, a los que afecten intereses legítimos, englobando por consiguiente, cualquier expectativa legítima de un derecho o de una simple ventaja material o moral.

La motivación consiste en una argumentación precisa y suficiente con referencia de hechos, en su caso, a pruebas y a fundamentos de derecho, que son la base del sentido de una decisión.

Los supuestos en que deben motivarse los actos administrativos, son:

1. Los actos que limiten derechos subjetivos.
2. Los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de actos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.
3. Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
4. Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta.
5. Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.
6. Los que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

Los móviles de cualquier acto de la administración, deben corresponder a aquellos fines públicos por los que la competencia ha sido atribuida. Justamente por ello el ejercicio de la competencia, con finalidad diversa de la que justificó su atribución legal, constituye la desviación de poder. Es frecuente que la ley después de establecer rigurosas normas procedimentales, así como requisitos a cubrir en cada caso, incluya una cláusula residual como la siguiente: “otros casos por causa de interés público”. En este supuesto es incontestable que la argumentación de la motivación tendrá que ser aún más sólida.

En caso de urgencia, se puede llevar a cabo el acto si hay una motivación basada y ampliamente justificada en el interés público o en el beneficio colectivo, lo cual no significa que la cláusula interés público, sea una fórmula mágica. En todos los casos, habrá que precisar en qué consiste, ya sea el interés público o el beneficio colectivo, expresiones que han sido identificadas por la doctrina y la jurisprudencia, no como una facultad discrecional, sino como conceptos respecto de los cuales es posible conceder un margen de valoración, dado que el interés público, el beneficio colectivo, la utilidad pública o el interés social, deben concretarse atendiendo a los valores sociales predominantes en cada momento, aunque la práctica demuestra que dicha condición, no impide que exista una cierta discrecionalidad. No puede sostenerse la causa de fuerza mayor, sin exponer en qué consiste eso que es ineludible: si es el caso de un incendio, un terremoto, inundación, etc., siempre es necesario explicar de que se trata, determinando la finalidad o intención de la autoridad, al asignar un contenido y sentido al acto.

El proceso argumental de la motivación, busca proteger al ciudadano contra la arbitrariedad y el abuso, no solo cuando el acto busca fines personales o privados, sino incluso lícitos, pero diversos de los exigidos por la norma. En estos casos, lo más complejo será encontrar la evidencia del propósito con que actuó la autoridad administrativa, ya que si lo hizo indebidamente, buscará esconder sus verdaderas intenciones.

La razón última de exigencia de la motivación, es impedir una arbitrariedad ante criterios a los que, por su frecuencia o especial fundamentación, se presumen acordes con la legalidad.

La falta de motivación es causa invalidatoria del acto, por lo cual invariablemente las autoridades deben tener presente su obligación de correlacionar la actividad administrativa, los derechos fundamentales y los fines públicos.

Las normas jurídicas abstractas, universales y generales, según sostiene un sector de la doctrina, admiten solo una solución justa, dándose la unidad de solución mientras en la facultad discrecional, se trata de una elección entre diversas alternativas igualmente justas, encontrándose frente a la pluralidad de soluciones.

La parte argumentativa, expositiva, narrativa, no puede darse sin la argumentación, que en su acepción más llana, consiste en dar razones para sostener o refutar un concepto, opinión o idea —tesis— mediante razones —argumentos— que demuestren su certeza. Por medio de la argumentación se precisan las ideas, se examinan de manera crítica los planteamientos de los otros, se descubren y rebaten los que hayan sido contruidos falazmente y se llega a la solución de conflictos de intereses; de ahí la importancia de argumentar sólidamente. Por eso, es clave la práctica argumental, en tanto es reflejo del análisis y del pensamiento racional dialéctico.

El marco teórico de este apartado se sustenta en la teoría pragmática dialéctica —que representa un paso hacia una concepción más funcional e interactiva de la argumentación, puesto que le es esencial la identificación de puntos de vista alternativos—; y en los conceptos de la “racionalidad comunicativa”. Por otro lado, apela al racionalismo crítico de la filosofía, sobre un modelo de razonabilidad, que toma en cuenta la falibilidad del razonamiento humano, integrando la noción de análisis crítico sistemático.

En primer lugar observa Atienza, profesor de la Universidad de Alicante, España, que las concepciones del derecho características del siglo XX, no han tomado en consideración que el derecho es una actividad, en el sentido de Wittgenstein y que como tal es lenguaje en acción, lenguaje destinado a persuadir y convencer con el fin de establecer una cierta pretensión de justicia y de verdad, en el caso del derecho. Más adelante añade: “La teoría de la argumentación jurídica tendría que comprometerse

con una concepción —una ideología política y moral— más crítica con respecto al derecho de los estados democráticos, lo que, por otro lado, podría suponer también adoptar una perspectiva más realista.”¹⁰

La fertilidad de la teoría de la argumentación, aparte de su valor en términos epistemológicos, tiene una significación pragmática, en tanto en cuanto desde sus coordenadas se encuentran los elementos técnicos aplicables a la dogmática jurídica, a la producción de normas y a su interpretación.

Manuel Atienza,¹¹ considera que el término argumentación se usa para referirse “a la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, para criticando esas razones, refutando esas críticas, etc.”. El término razonamiento se usa para referirse a “la actividad central de presentar las razones a favor de una pretensión, así como para mostrar de qué manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión”. Por lo que se refiere al argumento, se diferencian dos sentidos del término. En un primer sentido, un argumento es un tramo de razonamiento, esto es, “ la secuencia de pretensiones y razones encadenadas que, entre ellas, establecen el contenido y la fuerza de la proposición a favor de la que argumenta un determinado hablante”. En el segundo sentido, los argumentos o, mejor, las disputas argumentativas, son algo en que la gente se ve envuelta, esto es, son “interacciones humanas a través de las cuales se formulan, debaten y/o se da vuelta a tales tramos de razonamiento”¹².

En lo que el autor de referencia denomina “modelo simple” de un argumento pueden distinguirse siempre cuatro elementos:

1. La pretensión;
2. Las razones;
3. La garantía y
4. El respaldo.

10 Atienza, Manuel, Las Razones...cit. p. 218.

11 Atienza. Op. Cit. . pp. 83-84.

12 Ibidem, p. 15.

La argumentación jurídica es el acto de construir un sentido, una proposición legal y dar razones a favor de esa construcción¹³.

Los campos de lo jurídico en que se efectúan argumentaciones son: en la producción o establecimiento de normas jurídicas; el de aplicación de dichas normas, a la resolución de casos, sea llevada a cabo por jueces, órganos administrativos o por particulares; por último el de la dogmática jurídica, cumpliendo las tres funciones, a) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que tiene lugar, b) suministrar criterios para la aplicación del derecho, c) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico¹⁴.

Si a un derecho racional y moderno que tiene su asiento en los derechos, más concretamente en su expresión máxima como derechos fundamentales a la dignidad, a la libertad y a la igualdad, se suman los conceptos de los fines del Estado y los conceptos estructurales de la democracia, del estado de derecho y del estado social, se obtiene un sistema de conceptos que abarca las fórmulas centrales de este derecho racional moderno. En fin, un derecho que catalogábamos de específico racional-procesual, argumentativo que daría cuenta de un plus de racionalidad a través del consenso y que la metodología de la argumentación jurídica, se convierte en altamente seguro a la vez que justo¹⁵.

“La racionalidad del discurso se manifiesta de tres maneras: empírica, analítica y normativa; dimensiones que toman pleno sentido si alcanzan a cumplirse en un mismo razonamiento. Asimismo, su fundamentación puede hacerse a través de cuatro vías: técnica, empírica, definitoria y pragmático transcendental.”¹⁶

13 Cárdenas Gracia, Jaime, “Concepto de ciencia y ciencia jurídica. “Introducción al Estudio del Derecho › Sumario 2010, Pp 37-69, Enlazado como: <http://doctrina.vlex.com.mx/vid/concepto-ciencia-juridica-275274679>. Consultado el 12 de diciembre 2015.

14 Atienza, Manuel, Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1997.

15 Pinto Fontanillo, José Antonio, La Teoría de la Argumentación Jurídica en Roben Alexy. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política. España, 2009, p. 391

16 Supra Ibid. P. 395.

V. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA ÚNICA SOLUCIÓN JUSTA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El principio de legalidad inspirado por John Locke, rige toda la actividad pública, significando que la autoridad solo puede hacer aquello que le está expresamente autorizado por la ley, y el gobernado todo aquello que no le está prohibido.

El principio de legalidad comprende cuatro aspectos:

1. Normatividad jurídica; dado que todos los actos de la autoridad administrativa deben tener sustento en disposiciones legales en su significado más amplio, abarcando las normas que integran el Derecho positivo, tanto en su aspecto formal, como material.
2. Jerarquía normativa; significa que debe respetarse la ordenación jerárquica de las normas, de tal forma que la de menor jerarquía —como por ejemplo una circular— basa su validez de una norma superior —siguiendo el ejemplo, sería el reglamento—, que a su vez se apoya en otra de mayor rango, hasta llegar a la norma fundamental, que es la Constitución.¹⁷
3. Igualdad jurídica; supone un tratamiento igual para situaciones iguales e implica la eliminación de privilegios que excluyan a unos en detrimento de otros, mediante distinciones arbitrarias, hostiles o injustas, contra determinadas personas o grupos de personas que se encuentren en las mismas circunstancias.
4. Razonabilidad; el acto de la autoridad administrativa, debe ser acorde a la razón, lo cual se cumple con la motivación y la fundamentación.

17 Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*. Editorial Porrúa, México, 1999, p.194, decimonovena edición: “La Constitución es la Fuente por excelencia del Derecho, en cuanto determina la estructura del Estado, la forma del gobierno, la competencia de los órganos constitucionales y administrativos, los derechos y deberes de los ciudadanos, la libertad jurídica y determinados problemas básicos de una comunidad, elevados a la categoría de constitucionales, para mantenerlos permanentemente fuera de los vaivenes de los problemas políticos cotidianos”

El principio de legalidad recibe un tratamiento dogmático especial en el Derecho administrativo, interpretándose la ejecución como la realización de fines públicos, en virtud de la autonomía subjetiva de la administración, pero dentro de los límites de la ley, considerando ésta como límite externo a la actividad administrativa, dentro de cuyo contexto, la administración se podría considerar libre, posición que es identificada como la “doctrina de la vinculación negativa”.

La doctrina de la vinculación positiva sostiene que es el derecho el que condiciona y determina de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa. El principio de legalidad opera, entonces, como una cobertura legal previa de toda potestad: cuando su actuación es legítima.¹⁸

Actualmente el principio de legalidad se asume a partir de la doctrina de la vinculación positiva, no solo en su concepción tradicional de la supremacía de la ley, sino también de la seguridad jurídica, como postulados esenciales en el ámbito administrativo, conforme a los cuales todo ejercicio del poder público, debe estar sometido al imperio de la ley y no a la voluntad de los individuos.

El principio de legalidad como límite a las potestades públicas supone dos sentidos:

1. Formal, implica la reserva de ley, es decir, solo pueden ser reguladas algunas materias mediante una ley, en su más estricta acepción. El principio de reserva de ley, determina que hay temas que corresponden exclusivamente al poder legislativo quien tiene la facultad de regularlos; esto es, solo la ley en sentido formal, puede ocuparse de determinadas materias.
2. Material, que impone las siguientes exigencias:
 1. La prohibición de retroactividad de las leyes administrativas, excepto cuando sea favorable para el gobernado.

18 García de Enterría, Eduardo, "Curso de derecho administrativo" T. I, Madrid, 2004

2. La imposibilidad de que una autoridad administrativa ejerza una competencia no prevista en un ordenamiento.
3. La obligación de fundar y motivar todo acto emanado de la autoridad, aunque la ley que lo regule no establezca requisitos formales previos a la emisión del mismo, respetando el derecho fundamental de debido proceso.
4. La prohibición de aplicar sanciones administrativas por simple analogía o por mayoría de razón, tomando en cuenta que las mismas deben estar previamente establecidas en una norma jurídica.

En función del principio de legalidad, las normas de Derecho administrativo, deberían tener un contenido indefectiblemente cierto, indubitable y seguro, caracterizándose por su claridad, precisión y concisión, no solo por tratarse de un sistema normativo emanado de una autoridad dotada formalmente de competencia, sino además, porque su objeto es la regulación del comportamiento humano en una determinada sociedad, que se aplica a los hechos o actos producidos o derivados de las relaciones intersubjetivas, con trascendencia jurídica en el ámbito de lo público, sobre una base axiológica.

Pero contrariamente a lo esperado, esas características ideales de toda disposición en acatamiento del principio de legalidad, no se reúnen todas en la realidad, ya que hay normas de contenido muy impreciso, cuya redacción da origen a las más diversas interpretaciones, con tal ambigüedad, que hacen incierto su verdadero alcance y significado.

Al respecto cabe citar a Claude Du Pasquier,¹⁹ quien sostiene que: “... reprochan algunas veces a los juristas las discusiones que provoca la interpretación del derecho; se sorprenden de que los redactores de leyes no hayan logrado elaborar textos suficientemente claros para que su manejo esté exento de incertidumbre. Es desconocer la infinita diversidad de los hechos reales: éstos no se dejan reducir a fórmulas indelebiles; escapan a todas las previsiones.”

¹⁹ Du Pasquier, Claude, "Introducción al Derecho". Edit. Jurídica Portocarrero, Perú, 1994, 5ª edición

El principio de igualdad en la aplicación de la ley, impone la prohibición de diferencias de tratamiento arbitrarias, por no justificadas en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal, a través, generalmente, de una expresa referencia al criterio anterior y la aportación de las razones que han justificado el apartamiento de los precedentes y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado.

La desigualdad estaría justificada cuando resultara patente que la diferencia de trato tiene su origen en un cambio de criterio por desprenderse de la propia resolución o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen, en concreto, posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por la resolución impugnada.²⁰

Cuando los tribunales comienzan a interpretar y aplicar una nueva normativa, no puede ser exigible que todos los pronunciamientos sean idénticos o que cada uno de ellos deba considerarse como precedente obligado de los que le siguen, puesto que las diferencias que pueden existir inicialmente, forman parte del proceso de ajuste interpretativo y no vulneran el derecho a la igualdad.

Hoy día se advierte casi imposible, la determinación legislativa de la totalidad de actividades de los entes públicos, pues la cambiante realidad social, impone otro ritmo en el diseño y construcción de la arquitectura normativa, por lo cual es indispensable la previsión de un margen de discrecionalidad, que permita elegir a la autoridad, sobre una valoración y apreciación de las circunstancias que rodean cada caso, para lo cual tendrá que apoyarse no solo en elementos de carácter jurídico.

20 Tribunal Constitucional de España. Sala Primera. Recurso de Amparo 397/1983. Ponente Don Manuel Díez de Velasco Vallejo. Sentencia 63/1984 de 21 de Mayo 1984: “No existe un mandato de igualdad absoluta que obligue en todo caso al tratamiento igual de los supuestos iguales, pues ello sería contrario a la propia dinámica jurídica que se manifiesta no solo en una modificación normativa, sino también en una razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad concretada en un cambio de criterio que legitima las diferencias de tratamiento.”

“Cuando la ley prevea dos o más posibles actuaciones en un mismo caso y no se imponga ninguna de ellas con carácter obligatorio, estaremos ante una facultad discrecional.”²¹

De acuerdo al jurista argentino Miguel Marienhoff, las facultades discrecionales de una autoridad, surgen cuando la legislación se limita a señalar los fines, prescindiendo de la mención específica de los medios para lograr aquellos.²²

Bacigalupo al analizar la discrecionalidad considera que se concibe:

[...] como margen para optar entre las siguientes conductas, una vez que en la aplicación de una norma de estructura condicional se ha verificado en el plano estrictamente cognitivo, la presencia de un caso subsumible bajo el supuesto de hecho normativo; en primer lugar actuar o no actuar, es decir, aplicar o no la consecuencia jurídica o alguna de las consecuencias jurídicas previstas como posibles por la norma habilitante (discrecionalidad de actuación); y, en segundo, elegir entre una consecuencia u otra, si la Administración opta por actuar (o esta obligando a ello) y son varias las consecuencias jurídicas permitidas (discrecionalidad de elección).²³

En torno al tema, Alessi refiere lo siguiente:

[...] discrecionalidad es el margen de apreciación del interés público concreto, a fin de decidir sobre la oportunidad de actuar o sobre el contenido de la actividad, margen que tiene la Administración en caso de que los límites establecidos por la ley o la potestad de actuar conferida a aquella sean imprecisos, es decir, señalados por determinaciones imprecisas del interés público. Se trata, pues, de un margen de libertad más o menos limitada, de apreciar cual es el interés público concreto suficiente para justificar la acción conforme a criterios de oportunidad práctica, dentro de los límites del mínimo señalado por la ley. La

21 Marienhoff S. Miguel, Tratado de Derecho Administrativo. Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1990, 4ta edición, pp.413.

22 *Ibid.*

23 Bacigalupo, Mariano, La discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997 pp. 29 y ss.

discrecionalidad, por lo tanto, se exterioriza, necesaria y únicamente en la apreciación comparativa de un interés público y de una forma de actividad como medio adecuado para su satisfacción.²⁴

A falta de otros elementos de juicio, la redacción literal de la norma puede determinar cuando se trata de una facultad discrecional.

En el ejercicio de la facultad discrecional, la autoridad aprecia la oportunidad, conveniencia, necesidad y utilidad, así como los aspectos técnicos en la emisión del acto o resolución, en función de la tutela del interés público, actuando dentro de determinados límites, pero tanto el análisis y valoración de los hechos, como la decisión a que llega, no están acotados totalmente, su término es la finalidad a cumplir, que va ínsita en la norma jurídica.

VI. LA CONSTITUCIÓN COMO LÍMITE OBJETIVO DE LA INTERPRETACIÓN, PARA LLEGAR A LA SOLUCIÓN DE LOS BORDERLINE CASES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La hipótesis fáctica contenida en la norma jurídica, es siempre general respecto a la descripción del hecho al cual deberá de ser aplicado, procedimiento que solo puede lograrse mediante la interpretación de la norma.

La interpretación tiene su límite en los principios axiológicos y teleológicos que animan el ordenamiento del cual forman parte, así como en el interés público, ya que si fueron previstos por la norma, la interpretación debe llevarse a cabo conforme a la Constitución, garantizando que la aplicación sea razonable. Si bien la interpretación puede tomar en cuenta factores extrajurídicos, hay elementos predeterminados por el derecho que están delimitados.

El sometimiento de la administración al derecho, debe conducir a la legalidad, ya que deberá basarse en una situación fáctica probada, valorada a la luz de la racionalidad del fin que la norma persigue. Por ello,

24 Alessi, Renato, Instituciones de Derecho Administrativo, Barcelona, Bosch Casa editorial, Madrid, 1970, Tomo I, p. 195.

quien va a aplicar la norma debe cuidar que exista una acertada y correcta apreciación de los presupuestos de hecho determinantes, y una adecuada valoración que se ajuste plenamente a los preceptos constitucionales.

Por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes, pueden ser determinados o indeterminados; los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca; en cambio con la técnica del concepto jurídico indeterminado, la ley refiere 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 términos 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 su indeterminación, admite ser precisado en el momento de la aplicación; pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a cuestiones imprecisas o contradictorias, la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas, no admite más que una solución.²⁵

La expresión conceptos jurídicos indeterminados no es tal vez la más adecuada, en tanto parece indicar que existe una clara diferenciación entre lo determinado y lo indeterminado que, realmente, no existe en el lenguaje jurídico. Sin embargo, “entre los juristas el origen de tal distinción no obedece tanto al deseo de separar unos conceptos de otros en función de su determinabilidad, cuanto al propósito de excluir o cercenar interpretaciones discrecionales”.²⁶

El contenido de los *borderline cases*, sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice la valoración para la aplicación del derecho. En todo caso, hay que tener en cuenta que en sentido estricto, las pretensiones en conflicto, dependen en última instancia de la decisión de una autoridad administrativa, que para darles significado, debe tener presentes las

25 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 443.

26 Prieto Sanchís, Luis, Ideología e interpretación jurídica, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, p. 94.

condiciones esenciales para el desarrollo armónico de una comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social, en el entendido de que la disposición que dicte en cada caso concreto, no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas, sino en elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de una sociedad.

Las normas de textura cerrada son cada vez más escasas, mientras no aparezcan circunstancias de una realidad fluctuante y eso es infrecuente.

La indeterminación jurídica, en la que la seguridad no es un valor dominante del ordenamiento, puede ser precisada en distintos ámbitos del derecho:

1. La tesis de la indeterminación de las reglas y principios del derecho creado, a causa de su “textura abierta”.²⁷
2. La tesis de la incertidumbre sobre los criterios de validez del derecho.²⁸
3. La tesis de la discrecionalidad judicial.²⁹

El derecho tiene segmentos deterministas, porque ha hecho el intento de conformar un sistema que busca la perfectibilidad; sin embargo, éste no es cerrado sino abierto, puesto que tiene interacciones con el entorno para su continuo desarrollo. Lo cual obliga a poner en práctica la interpretación y a utilizar los principios que rigen el mundo del derecho para lograr su aplicación. Las inquietudes preliminares que plantea esta cuestión, son dos: 1) la interpretación y 2) su relación con las demás partes del orden jurídico. El primer punto se refiere a la exégesis y el segundo, al vínculo entre el todo y las partes, a la estructura y la función.

27 Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. esp. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 159-160.

28 Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 2.^a edición, Clarendon Press, Oxford, 1997, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, pp. 238-276; hay trad. esp., *Post scriptum al concepto de derecho*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México DF, 2000, p. 28.

29 Hart, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, *Sistema*, núm. 36, Mayo-1980, p. 14. Cfr. Asís Roig, R. De, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 224-234, sobre los rasgos de la “creación normativa judicial”.

Las hipótesis contenidas en las normas, tienen capacidad predictiva mientras no aparezcan en escena las indeterminaciones a través de las cuales la contingencia se rebela contra dicha capacidad. Sin soslayar los componentes deterministas, la autoridad administrativa que decide, debe ser indeterminista, cuestionadora y buscar explicaciones diferentes, a fin de entender la esencia de tales conceptos como la capacidad de transformar, de construir o de incorporar los significantes en la problemática del derecho, aun cuando la vía elegida depende de las habilidades del que trata de conocerla. La acción individual de la autoridad administrativa es un medio para el desarrollo de la idea general de la razón que va materializándose en acciones concretas. Por tanto, refiriéndonos a la decisión administrativa, trátese de una resolución, una sanción, un permiso, etc., el ideal es que se proceda bajo el principio de razonabilidad, el cual va objetivándose a través de acciones concretas. Cabe advertir que no se trata de una razón apriorística y aislada, sino de una idea de razón ampliada, capaz de introducir una nueva perspectiva en el mundo jurídico, de dar sentido y de hacer razonables las determinaciones.

A sabiendas de que no es posible escapar a cierto grado de incertidumbre, será necesario entender que el Derecho administrativo se produce y se aplica en un espacio estable-inestable en un sentido asociado. En dicho ámbito, los procesos de interpretación y aplicación al caso concreto, son estocásticos,³⁰ en tanto son productos y producidos; de suerte que, unos pueden ser consecuentes en una parte de la realidad, mientras otros pueden ser antecedentes en otra.

30 De causas y efectos. En estadística, y específicamente en la teoría de la probabilidad, un proceso estocástico es un concepto matemático que sirve para caracterizar una sucesión de variables aleatorias (estocásticas) que evolucionan en función de otra variable, generalmente el tiempo. Cada una de las variables aleatorias Hart, H.L.A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico", trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, Sistema, núm. 36, Mayo-1980, p. 14. Cfr. Asís Roig, R. De, Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 224-234, sobre los rasgos de la "creación normativa judicial".

30 De causas y efectos. En estadística, y específicamente en la teoría de la probabilidad, un proceso estocástico es un concepto matemático que sirve para caracterizar una sucesión de variables aleatorias (estocásticas) que evolucionan en el proceso tienen su propia función de distribución de probabilidad y, entre ellas, pueden estar correlacionadas o no.

El Derecho administrativo, no puede plantearse paradigmas simplificadores de los elementos en estudio, porque eso reduciría su perspectiva. Lo que no es impedimento para que se tenga en consideración un sistema de significados donde la comprobación es relativa a su accesibilidad metodológica y sobre un lenguaje de contrastación empírica sistemática.

Un análisis basado en la probabilidad de frecuencia en la aplicación y uso de tales conceptos, proyectará luz sobre el tema. Cuanto mayor es esa probabilidad, mayor es su universalidad. Es indispensable en este tipo de ejercicios, considerar algunos aspectos de control cognoscitivo como: verosimilitud, diferenciación, connotación, precisión, deducibilidad, axiomatización, contrastación, valor, conceptualización inequívoca, condicionalidad, aplicabilidad, objetividad y demostrabilidad.

No puede impulsarse, en consecuencia, la idea de que los *borderline cases* puedan resolverse en un mero análisis tópico, que llegase a promover la parálisis de la iniciativa epistemológica. Nada parece prestarse tanto a la relatividad como la variación que puede suscitarse en este terreno, y el Derecho administrativo provee abundantes ejemplos de conceptos que parecen desafiar toda concepción objetiva.

Los conceptos jurídicos indeterminados son inmanentes a la estructura jurídica. “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.”³¹

En el Derecho público “...son también perfectamente habituales y normales, con idénticos contornos técnicos; un error común y tradicional, y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, ha sido confundir la presencia de conceptos de esa naturaleza en las normas que ha de aplicar la administración, con la existencia de poderes discrecionales en manos de ésta.”³²

31 Atienza, Manuel, Sobre la única respuesta correcta, *Jurídicas*, Vol. 6, Núm. 2, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, 2009.

32 *Supra* Ib.

Lo característico de tales conceptos es que su apreciación en un caso determinado, no puede ser más que una: o existe o no; o hay “*beneficio colectivo*” o no lo hay o hay “*paz pública*” o no la hay; o se da la “*honestidad y rectitud*” o no se da, o existe la “*buena reputación*”, o no existe. *Tertium non datur*³³. Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente “la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio.”³⁴

García de Enterría, señala que los conceptos jurídicos indeterminados son: “conceptos con los que las leyes definen supuestos de hecho o áreas de intereses o actuaciones perfectamente identificables, aunque lo hagan en términos indeterminados, que luego tendrán que concretarse en el momento de su aplicación”³⁵.

La disposición tiene consistencia cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas. El requisito de consistencia puede entenderse, que deriva, por una parte, de la obligación de no infringir el derecho vigente y, por otra parte, de la obligación de ajustarse a la realidad.³⁶ La consistencia no es siempre una condición necesaria para la coherencia, mientras que la coherencia es una cuestión de grado, la consistencia es una propiedad que, sencillamente, se da o no se da.

33 En la lógica, el principio del tercero excluido no debe ser confundido con el principio de bivalencia, que afirma que toda proposición es verdadera o falsa, y solo tiene una formulación semántica.

34 García de Enterría, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo, cit. Loc. Cit.

35 García de Enterría, Eduardo, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, Revista Española de Derecho Administrativo, No. 89, enero-marzo de 1996, p. 83.

36 MacCormick, N. Cit. Por Atienza. P. 117.

En este sentido, el reconocimiento de la referida indeterminación semántica por parte de los distintos operadores jurídicos, no hace más que legitimar en forma indirecta al resto del lenguaje jurídico, como si éste estuviera en general desprovisto de problemas de determinación conceptual. De ahí a pensar que la decisión jurídica puede enmarcarse con facilidad en una determinada referencia normativa, que, en definitiva, constituye el resultado automático de la aplicación de un enunciado perfectamente identificable en el conjunto del sistema jurídico, media un estrecho margen que muchos juristas se han aprestado consciente o inconscientemente a recorrer.³⁷

En los *borderline cases* no hay un método que conduzca a la apreciación objetiva de cuál debe ser el sentido que inequívocamente resulte de la interpretación de la norma administrativa y que pueda expresar sin objeciones una orientación única, fuera del umbral de incertidumbre, so pena de trivializar tanto el problema como su resolución.

Las dificultades de interpretación que surgen a partir de su interacción, demuestra que tales categorías, no pueden materializarse hasta que se traduzcan sus significaciones, se resuelvan sus puntos oscuros, se exploren sus consecuencias y sus premisas, y se precisen los instrumentos de control de razonabilidad. Pero nadie ha alcanzado aún siquiera a arañar la superficie de lo que eso impone, presupone y representa.

Tanto en el caso de los reglamentos administrativos y tratándose del acto administrativo *stricto sensu*³⁸, como manifestación del ejercicio del poder público, consistente en una declaración voluntaria, formal y unilateral, de acuerdo a las normas jurídicas, que afecta obligatoriamente a los administrados en lo particular, se encuentra una sorprendente frecuencia de *borderline cases*; por ejemplo, las causas de utilidad pública o social, en materia de expropiación, cuando el Estado adquiere coactivamente bienes pertenecientes a los gobernados, conforme al procedimiento

37 Ara Pinilla, Ignacio, “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, Anuario de Filosofía del Derecho - No. XXI, Enero 2004, Universidad de La Laguna, España, 2004.

38 Díez, Manuel María, El Acto Administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires 1961, lo define como: una declaración de un órgano del poder ejecutivo en ejercicio de su función administrativa que produce efectos jurídicos con relación a terceros; y que cuando cumple con su ciclo de formación y contiene todos los elementos

determinado en la ley, mediante el pago de una justa indemnización. Ejemplo clásico de un acto regulado por el Derecho administrativo en el cual es preciso determinar qué son esas causas de utilidad pública o social, así como en qué consiste la justa indemnización. Los conceptos de bienestar social, interés colectivo, necesidad, urgencia, oportunidad, conveniencia, orden público, paz y tranquilidad social, causa justificada, grave peligro, moral pública, etc., etc., revisten un profundo interés no solo para el Derecho administrativo, sino para la ciudadanía en general. No hay una connotación preexistente y consabida, debido a que debe construirse o esclarecerse paso a paso, a contrapelo de lo que podría considerarse como verdad consagrada, como la “única solución justa” o de lo que algunos presuponen resuelto.

En la actuación jurídica de la administración pública, es una constante la presencia de *borderline cases*, trátase de actos por la extensión de sus efectos —generales y concretos—; por la posibilidad de ser combatidos —en impugnables e inimpugnables—; por razón del tipo de facultades ejercitadas —discrecionales y reglados—; por los sujetos que intervienen —actos simples y complejos, unilaterales y bilaterales— y por razón del contenido del acto y sus efectos —en meros actos administrativos y actos negocios jurídicos, actos definitivos y actos de trámite—. Se hallan asimismo, en el contenido de los actos discrecionales y de los reglados, dictados en ejercicio de las potestades públicas.

De acuerdo a la doctrina no hay ni competencias o potestades absolutamente discrecionales, ni éstas pueden invocarse para impedir el enjuiciamiento de fondo de los actos administrativos. La potestad discrecional se considera como opuesta a la actividad reglada, en tanto que la administración ante determinadas situaciones, dispone de un margen de elección, que le permite hacer o no hacer y, en este segundo caso, puede disponer de varias soluciones.

Ahí donde se construye, aplica o analiza el tema de referencia en materia administrativa, se despliega con más frecuencia una parafernalia simbólica, que aporta ocasionales reflexiones de cierto interés, pese a su fatigoso semiotismo, a su proclividad hacia los planteamientos vagos y al hecho de estar dirigidos a expertos.

Los *borderline cases* son una constante no solo en los actos y las normas administrativas en estricto sentido, sino también en los actos

administrativos originados en los poderes públicos, que no son formalmente administración pública y que son los dictados fuera del ejercicio de las funciones típicas y definidoras de otros poderes.

Si bien la autoridad administrativa puede actuar por circunstancias inmediatas, no implica necesariamente que lo haga subjetivamente. He ahí por qué profunda razón la actitud del intérprete, su decisión y rotundidad, induce a estimar que los esquemas dentro-fuera, interior-exterior, libertad-norma, autonomía-heteronomía, independencia-vinculación, autoafirmación-solidaridad, son siempre dilemas y contrastes que estarán presentes en la interpretación.

La tarea decisiva de la autoridad, consistirá entonces, en descubrir el modo como se pueden encontrar pistas certeras, para realizar tal interpretación en un ámbito creado por el entrelazamiento de los elementos objetivos y la subjetividad, cuya armonía se logra en un encuentro desbordante de sentido, orden y rigor. La clave de bóveda es el análisis de constitucionalidad como punto de confluencia en el que vibra la tensión de cada elemento del proceso hermenéutico. Visto así, cada elemento es un nodo de relaciones.

Los *borderline cases* se encuentran profundamente vinculados al tiempo y a elementos metajurídicos, en tanto son activos, vitales, coexistentes a las decisiones de la autoridad, y consecuentemente, inmersos en una temporalidad y en un contexto.

La dimensión de ese mundo jurídico de indeterminaciones, fuertemente imbricado al de las determinaciones, permite advertir que no se trata de una simple sutileza, ni de una digresión filosófica sin consecuencias prácticas, su intensa cotidianidad invita a pensar en las posibles acciones para facilitar su aplicación con el menor margen de subjetividad, por lo cual la clave está en construir metodológicamente una estructura argumental que justifique jurídica y objetivamente la aplicación de tales conceptos —efectividad instrumental—, evitando en lo posible, las subjetividades de quienes van a aplicar la norma —efectividad simbólica—, lo cual contribuirá a reforzar la eficacia del derecho, hoy día tan debilitada en el ámbito público.

Las normas administrativas son de orden público, dado que los sujetos en sus relaciones deben ceñirse ineludiblemente a ellas, en virtud del interés

público. Pero en nombre de ese “interés público”, históricamente se han cometido serios atropellos en perjuicio de los gobernados.

Pérez Luño señala que los valores tienen una función fundamentadora, ya que son el núcleo básico e informador de todo el ordenamiento; con una función orientadora, dirigiendo al ordenamiento hacia metas o fines predeterminados y una función crítica, porque sirven como criterio o parámetro de valoración de hechos o conductas. Joseph Raz,³⁹ filósofo del Derecho defensor del iuspositivismo, sostiene que: “Una norma jurídica tiene una fuente si sus contenidos y existencia pueden ser determinados sin recurrir a argumentos morales”⁴⁰. En tanto Peces-Barba considera que “los valores incorporan contenidos materiales [...] asegurando en este sentido, la unidad del ordenamiento,” y considera además, que los valores legitiman el derecho.⁴¹

Que una ley administrativa inferior tenga eficacia formal, significa que es acorde a las normas superiores. O sea, las leyes inferiores deben ajustarse a lo establecido en las superiores. La Constitución es superior porque establece las normas generales básicas del ordenamiento y porque todas las normas inferiores surgen en virtud de lo que ella prescribe. Las normas inferiores deben sujetarse a las superiores, para garantizar un control de la constitucionalidad y además, tiene que haber un control de legalidad. Con estos dos mecanismos se mantiene la coherencia y unidad del sistema jurídico.

El control de constitucionalidad busca que la ley y los demás instrumentos que se asimilan a ésta —decreto, decretos con fuerza de ley, tratados internacionales, etc.— se ajusten a la Constitución. Mientras el control de la legalidad, pretende ajustar las normas inferiores a la ley y ésta a la Constitución.

esenciales se dice que es perfecto. Su eficacia surgiría de su capacidad de producir efectos jurídicos. Duguit lo menciona como “toda manifestación de la voluntad de los agentes administrativos conforme al derecho objetivo, que produce una situación de derecho objetivo o condiciona el nacimiento de una situación de derecho objetivo.”

39 Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

40 Raz, J., *La Autoridad de la Ley: Ensayos sobre la Ley y la Moralidad*. 1979, p. 47.

41 Peces-Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

Hay disposiciones administrativas cuya interpretación no representa un gran reto al intérprete por la existencia de precedentes y de jurisprudencia; otras en las que está claro su significado común, producto de la cultura, de la costumbre o simplemente del uso gramatical, pero en el tema central que nos ocupa, la complejidad deriva de la subjetividad con que pueden ser teñidos ciertos componentes de la norma, a los que hemos aludido, pues aún cuando ya mencionamos la remisión a la única solución justa, bien sabemos que hay mucho camino por recorrer para que ésta llegue a ser concluyente.

En cuanto a la morfología general de las normas jurídico-administrativas, es posible identificar lo siguiente:

1. La nominalización de verbos o derivados de procesos —transferencia, administración—;
2. Empleo frecuente de sustantivos colectivos —comunidad, población, ciudadanía—;
3. Profusión en el uso de sustantivos comunes abstractos;
4. Abundancia —en muchos casos abuso— en la incorporación de conceptos jurídicos indeterminados; y
5. Tono prescriptivo en el modo imperativo, que viene reflejado por el tiempo futuro para imponer la obligación.

La norma puede ser oscura ya sea porque directamente no revela una finalidad, o no plantea la protección de bien jurídico alguno, o porque la redacción resulta inentendible debido a la ambigüedad o vaguedad en el modo de redactar. En la norma oscura hay un fondo de tinieblas que cubren la claridad de lo dispuesto, afectando el objeto mismo de la norma, y obstaculizando su aplicación, en vista de que no están dadas las condiciones para su correcta interpretación.

La claridad de la norma jurídica se da cuando es de fácil comprensión; o sea, cuando su contenido se entiende sin dificultad. La claridad de la ley viene de su lógica, de su método, del encadenamiento y filiación de sus partes.

La norma tendrá claridad, si morfológicamente está bien estructurada, lo cual será posible deducir cuando su texto no abusa de pronombres; no omite datos necesarios; limita el uso de gerundios; evita el exceso de adjetivos; evita vocablos ambiguos; hay concordancia, esto es, puede identificarse el comienzo y continuación de la frase, especialmente con el uso de los tiempos verbales; evita los circunloquios, las expresiones incompletas, digresiones; utiliza frases cortas, palabras que todo el mundo puede entender.

Si la claridad del texto legal radica en la precisión o exactitud de la exposición, permitiendo su fácil comprensión, la concisión estriba en ser breve y exacto en el uso de las palabras. Claridad y concisión, son inseparables. El texto será conciso si no se añaden detalles innecesarios y no se suprimen los necesarios. Se logra la concisión cuando la norma se concentra en la acción central y no se incorpora una acción dentro de otra, cuando la disposición normativa evita repeticiones, sin caer en el extremo contrario, que no se entienda. El legislador con frecuencia no es acertado en su redacción, pero en una dimensión pragmática, la doctrina debería intentar influir en la legislación a fin de evitar los posibles errores del legislador.

Si la filosofía, como bien dice Richard Rorty “debería centrarse en la solidaridad humana, y no en un género de objetividad más allá de la intersubjetividad”⁴², el derecho debería centrarse en nuestras contingencias legislativas, que son producto de los “juegos de lenguaje y formas de vida” que se dan en nuestras sociedades postmodernas.

VII. CONCLUSIONES

1. A partir del respeto a los derechos humanos, de las fuentes convencionales y del fortalecimiento del Estado constitucional, democrático y garantista de derecho, no debería haber cláusulas tácitamente ilimitadas para una actuación omnímoda del poder público.

42 Rorty, Richard, *Consecuencias del Pragmatismo*, Ed. Tecnos, 1996, p. 12.

2. Los móviles de cualquier acto de la administración, deben corresponder a aquellos fines públicos para los cuales la competencia ha sido atribuida. Justamente por ello, el ejercicio de la competencia, con finalidad diversa de la que justificó su atribución legal, constituye la desviación de poder.
3. En los casos difíciles o casos límite, la interpretación debe conducir a la apreciación objetiva de cual debe ser el sentido inequívoco de la norma administrativa que pueda expresar sin objeciones una orientación, fuera del umbral de incertidumbre, so pena de trivializar tanto el problema como su solución.
4. La complejidad de los *borderline cases* deriva de la subjetividad con que pueden ser teñidos ciertos componentes de la norma, pues aún cuando se remita a la única solución justa, bien sabemos que hay mucho camino por recorrer para que ésta llegue a ser concluyente.
5. La norma es el marco que fundamenta y pone en acción el concepto indeterminado cuya instrumentalidad, replicabilidad y adecuación, habrá que demostrar. No hay una connotación preexistente y consabida, debido a que debe construirse o esclarecerse paso a paso, a contrapelo de lo que podría considerarse como verdad absoluta, como la “única solución justa” o de lo que algunos autores presuponen resuelto.
6. Frente a los casos difíciles, es preciso considerar tres elementos: el *ontológico* —la única respuesta correcta existe—, *metodológico* —única respuesta correcta puede ser detectada— y el elemento *epistemológico* —es posible saber con seguridad que se ha detectado la única respuesta correcta—.
7. Las normas jurídicas, según sostiene un sector de la doctrina, admiten solo una solución justa, mientras en la facultad discrecional, se trata de una elección entre diversas alternativas igualmente justas, encontrándose frente a la pluralidad de soluciones. Pero esto en la práctica, es muy impreciso y su aplicación no es tan simple.
8. El propio ordenamiento suministra siempre respuesta, sin embargo, sería muestra de arrogancia, pretender que se trate de la única respuesta, pero además, que sea la única respuesta correcta.

9. La interpretación en los casos difíciles, tiene su límite en los principios axiológicos y teleológicos que animan el ordenamiento, así como en el interés público, ya que si fueron previstos por la norma, la interpretación debe ser conforme a la Constitución, garantizando que la aplicación sea razonable.
10. La clave de bóveda en los casos difíciles, es el análisis de constitucionalidad, como punto de confluencia en el que vibra la tensión de cada elemento del proceso hermenéutico.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis, “Reglas y principios en el razonamiento Jurídico”, España, 1996, conferencia pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña el día 24 de marzo de 2000, dentro del 11 Seminario internacional de Filosofía del Derecho ¿Decisión judicial o determinación del Derecho? Perspectivas contemporáneas, organizado por profesores del área de Filosofía de Derecho de dicha Universidad. Traducción del original inglés por Pedro Serna.

AARNIO, Aulis; Atienza, Manuel; Laporta, Francisco, *Bases Teóricas de la Interpretación Jurídica, Argumentación e Interpretación Filosofía y Teoría del Derecho, Metodología y Ciencia del Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, España, 2010, pp.138.

ARA PINILLA, Ignacio, “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, Anuario de Filosofía del Derecho - No. XXI, Enero 2004, Universidad de La Laguna, España, 2004.

ASÍS ROIG, R. De, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1997.

_____, *Sobre la única respuesta correcta*, Jurídicas, Vol. 6, Núm. 2, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, 2009.

BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Concepto de ciencia y ciencia jurídica.” *Introducción al Estudio del Derecho* › Sumario 2010, , Enlazado como: <http://doctrina.vlex.com.mx/vid/concepto-ciencia-juridica-275274679>. 12 de enero de 2016.

DÍEZ, Manuel María, *El Acto Administrativo*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1961.

DU PASQUIER, Claude, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica Portocarrero, Perú, 1994, 5ª edición.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1989.

_____, *Curso de derecho administrativo*, T. I, Madrid, 2004.

_____, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), conferencia pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad da Barcelona el día 2 de marzo de 1962, dentro del curso El Poder y el Derecho, organizado por la «Promoción Manuel Ballbé» de 1962. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112627.pdf>, 25 de enero de 2016.

_____, Eduardo, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 89, enero-marzo de 1996.

HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. esp. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

_____, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, *Sistema*, núm. 36, Mayo, 1980.

MARIENHOFF S. Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, 4ta edición.

PECES-BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

PINTO FONTANILLO, José Antonio, *La Teoría de la Argumentación Jurídica en Roben Alexy*. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política. España, 2009.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.

RAZ, J., *La Autoridad de la Ley: Ensayos sobre la Ley y la Moralidad*, 1979.

RORTY, Richard, *Consecuencias del Pragmatismo*, Tecnos, 1996.

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 1999, decimonovena edición.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia 1a./J. 107/2012 (10a), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIII, Tomo 2, octubre de 2012, página 799, con el rubro: “PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.”

Tribunal Constitucional de España, Sala Primera, Recurso de Amparo 397/1983, Ponente Don Manuel Díez de Velasco Vallejo, sentencia 63/1984 de 21 de Mayo 1984.