



Revista de Derecho Público

Apdo.:2430-2050, San José, Costa Rica

revista@cdp.co.cr
<https://repositorioderechopublico>

Julio/Diciembre
2021

No. 14

I. Estudios

p11

Ibler, M.

El control judicial sobre decisiones administrativas discrecionales y decisiones administrativas de planificación en Alemania

p25

González-Varas, S. / Milano, A.

Estudio comparado sobre los pliegos de condiciones

p68

Orozco Solano, V.

Tutela multinivel y control de convencionalidad:
una mirada desde el contexto costarricense

p83

Meza Villalobos, J. A.

Servicios públicos y participación ciudadana.
Claves para una regulación democrática en Costa Rica

El control judicial sobre decisiones administrativas discrecionales y decisiones administrativas de planificación en Alemania

por Martin Ibler¹

Sumario: I. EL CONTROL JUDICIAL DE DECISIONES DISCRECIONALES DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS 1. Concepto, base legal, requisitos y estructura de la discrecionalidad administrativa 2. Desarrollo histórico y actualidad de la discrecionalidad administrativa y su control judicial en Alemania A. Los inicios de la discrecionalidad administrativa B. Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa hoy C. Límites de la discrecionalidad administrativa en el derecho ordinario hoy D. Límites a la discrecionalidad administrativa desarrollados por la ciencia jurídica y la jurisprudencia a. Limitación de la discrecionalidad a la consecuencia jurídica normativa b. Desarrollo de una teoría de los vicios de la discrecionalidad (“Ermessensfehlerlehre”) E. Límites para el control judicial de las decisiones administrativas discrecionales II. El control judicial sobre decisiones administrativas de planificación 1. Discrecionalidad administrativa y planificación 2. Concepto, objetos, base legal, estructura de la discrecionalidad planificadora 3. Desarrollo histórico de la discrecionalidad planificadora y su control judicial en Alemania 4. Control judicial de las decisiones de planificación, en particular, de la discrecionalidad planificadora, hoy A. Requisitos verificables de planificación, desarrollados por interpretación constitucional y legislativa, que son elementos cercanos a los supuestos de hecho normativos a. Necesidad de planificación concreta b. Requisitos legales imperativos B. Estructuración de la discrecionalidad planificadora a. Ponderación y similitud con la discrecionalidad como características de cualquier planificación b. El mandato de ponderación planificadora c. La teoría de los errores en la ponderación d. La libertad de configuración de la autoridad planificadora en la ponderación e. El valor de las reglas de ponderación III. Literatura

Resumen: Las decisiones discrecionales y de planificación de las autoridades son indispensables para el funcionamiento de la administración. En el Estado de Derecho, su controlabilidad por parte de jueces independientes también es indispensable - para la legalidad de las actuaciones de la administración y la protección jurídica del ciudadano. Esto crea desafíos teóricos y prácticos para cualquier derecho administrativo regido por el Estado de Derecho. Este artículo esboza cómo se enfrentan estos retos en Alemania.

¹ Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Konstanz (Alemania), doctor honoris causa de la Universidad Santo Tomas, Bogotá. El autor le agradece a su doctoranda, la abogada Diana Sanabria Ramírez, LL.M. (Konstanz), por la traducción.

Abstract: The decisions based on the discretionary and planning powers of the state authorities are indispensable for the functioning of the administration. In a state based on the rule of law, their controllability by independent judges is indispensable - for the legality of administrative action and for the legal protection of the citizens. This results in theoretical and practical challenges for every administrative law system based on the rule of law. The article outlines how Germany overcomes these challenges.

Palabras clave: discrecionalidad administrativa, discrecionalidad planificadora, límites de la discrecionalidad, vicios de la discrecionalidad, ponderación planificadora, mandato de justa ponderación, errores en la ponderación, control judicial

Keywords: administrative discretion, planning discretion, limits of discretion, errors of administrative discretion, weighting of planning interests, instruction on just planning discretion, mistakes of planning discretion, judicial control

I. EL CONTROL JUDICIAL DE DECISIONES DISCRECIONALES DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

1. Concepto, base legal, requisitos y estructura de la discrecionalidad administrativa

En Alemania, hoy en día, se entiende bajo el concepto de discrecionalidad de la Administración, la facultad concedida a una autoridad a través de una norma jurídica, para elegir entre diferentes consecuencias jurídicas en tanto se hayan reunido las condiciones previstas en el supuesto de hecho de la norma.

Típicamente hablamos de una norma que atribuye la facultad discrecional (*“Ermessensnorm”*) cuando el texto de una norma formulada según el esquema “si..., entonces” (es decir, “condicional”) conecta los efectos jurídicos precedidos por la palabra “puede”, “tiene permitido”, “debe”, “a discrecionalidad” o “por lo general” con las condiciones previstas en el supuesto de hecho de la norma. El tenor literal de una norma también indica un precepto de discrecionalidad cuando en la norma se mencionan varios efectos jurídicos que se conectan con la palabra “o”. En todos estos casos, estamos hablando de una “discrecionalidad en la adopción de la consecuencia jurídica” (*“Rechtsfolgeermessen”*). Por ejemplo, las leyes policiales alemanas en la Federación y en los Estados federados determinan más o menos con las mismas palabras: “Para combatir un peligro a la seguridad pública” (= condición del supuesto de hecho), la autoridad policial puede “tomar las medidas necesarias” (= consecuencia jurídica).² Solo cuando se cumplan todas las condiciones de una norma que atribuye la facultad discrecional en el caso específico, la autoridad estará autorizada (pero no obligada) a decidir entre diferentes consecuencias jurídicas: ella puede (/tiene permitido/debe) tomar medidas, aunque no tiene que hacerlo, sino que también tiene permitido abstenerse de intervenir. A la libertad de elección de la

² V. por ejemplo, art. 8 párr. 1 Ley de Policía del Estado federado alemán Renania del Norte-Westfalia.

autoridad en cuanto a si interviene, cuando en el caso concreto se cumplen las condiciones de una norma que atribuye la facultad discrecional, la llamamos “discrecionalidad de determinación” (“*Entschließungsermessen*”). Si se decide a intervenir, la autoridad, en principio, puede elegir, en un siguiente paso, entre varias posibles medidas, cuál medida adoptará. Esta parte de su facultad discrecional la denominamos “discrecionalidad de elección” (“*Auswahlermessen*”). Con ello, la ley puede limitar a la autoridad a una elección entre determinadas medidas; no obstante, el legislador también puede renunciar a una limitación de este tipo. Para ejercer una discrecionalidad de determinación y una discrecionalidad de elección de elección, en el descrito ámbito de aplicación estrictamente limitado de la discrecionalidad de la autoridad, la autoridad tiene permitido guiarse por consideraciones de conveniencia o de utilidad, además de guiarse por consideraciones jurídicas. Esto significa que también puede basar su decisión en criterios que tienen sentido, a pesar de que la ley no los haya especificado para esta decisión, tales como ahorro de costos, carga de trabajo, rapidez, efectividad, amabilidad cívica. Solo dentro de este ámbito de la discrecionalidad tan estrictamente limitado, la autoridad puede, en un caso concreto, guiarse por experiencias personales, habilidades y aptitudes de sus empleados, o tener en cuenta la carga de trabajo para la autoridad o la escasez de personal.

El legislador le concede a las autoridades la discrecionalidad presentada hasta aquí, ante todo, para lograr justicia individual de un acto de soberanía para el caso particular. Por esta razón la discrecionalidad no le concede libertad ni mucho menos aleatoriedad a la administración. En el Estado de Derecho no existe una discrecionalidad “libre” sino solo una discrecionalidad “debida” vinculada a la ley.³ Por consiguiente, en Alemania hoy la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, similar a las leyes de procedimiento administrativo de los Estados federados (“*Länder*”) estipula en el art. 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG)⁴:

“Si la autoridad administrativa está autorizada a actuar según su discrecionalidad, ella debe ejercer su discrecionalidad conforme a la finalidad de la autorización, y respetar los límites legales de la discrecionalidad.”

2. Desarrollo histórico y actualidad de la discrecionalidad administrativa y su control judicial en Alemania

A.- Los inicios de la discrecionalidad administrativa

En la segunda mitad del siglo XIX, en una época de la monarquía constitucional, la discrecionalidad era la característica de la soberanía del monarca frente al Parlamento y los tribunales.⁵ En la medida en que la ley (proferida por el monarca con aprobación del Parlamento) no fijaba objetivos determinados – y puesto que los tribunales adminis-

3 MAURER, Hartmut, Derecho Administrativo, Parte General, § 7 núm. de margen 17.

4 La Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG) ha sido traducida al español por BLANKE, Hermann-Josef/GOTTSCHAU, Evelyn Patrizia/ABERASTURY, Pedro/SCHEUERMANN, Konrad.

5 Cfr. por ejemplo, BULLINGER, Martin, en la revista Juristenzeitung 1984, pág. 1001 y ss.

trativos de la época, en principio, solo tenían permitido comprobar si una autoridad cumplía con los requisitos exactamente determinados por la ley –, la Administración podía materializar objetivos que ella misma consideraba importantes para el bien del Estado. Sin embargo, en el territorio de habla alemana era discutible en qué casos concretos las autoridades disponían de tal libertad decisoria. Sobre todo en Austria se asumió que la Administración ya podía actuar a discrecionalidad, cuando la ley no contuviera directivas exactas, a saber, incluso cuando la ley mencionara conceptos jurídicos relativamente indeterminados como p. ej. “interés público” o “necesidad”.⁶

Según otro punto de vista, sostenido sobre todo en Alemania (en el Imperio Alemán de 1871, en la República de Weimar de 1919 y desde 1949 en la República Federal de Alemania), la discrecionalidad es concedida a la Administración por el legislador.⁷ Así las cosas, un concepto jurídico indeterminado por sí solo no constituye discrecionalidad administrativa. Además, el legislador tiene permitido fijar y, dado el caso, limitar el control judicial de las decisiones discrecionales de las autoridades.⁸

Este punto de vista que hoy es predominante ya no entiende la discrecionalidad administrativa como un terreno libre de ley y del control judicial sino como un área de movilidad limitada de la administración, para que ésta pueda materializar los objetivos establecidos por la ley.⁹ Este margen de maniobra (discrecional) de la administración es encauzado y limitado hoy en día 1. por la Constitución, 2. por las leyes del legislador elegido democráticamente, así como 3. por la dogmática del derecho administrativo que han desarrollado la ciencia jurídica y la jurisprudencia. Al mismo tiempo, los límites de la discrecionalidad de las autoridades administrativas sirven como estándares para el control judicial de las decisiones discrecionales de una autoridad.

B. Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa hoy

La Constitución alemana garantiza una protección judicial efectiva del ciudadano como derecho fundamental (art. 19 párr. 4 LF). Además, la Constitución vincula a la Administración directamente a los derechos fundamentales (art. 1 párr. 3 LF), a la ley y al ordenamiento jurídico (art. 20 párr. 3 LF). En particular, la Administración debe respetar el principio de igualdad (art. 3 párr. 1 LF), es decir, ejercer uniformemente su facultad discrecional. Además, el Tribunal Constitucional Federal alemán infiere de los principios del Estado de Derecho y de la democracia, consagrados en el art. 20, párr. 2 y 3 LF, que las decisiones esenciales (por ejemplo, sobre restricciones particularmente intensivas a los derechos fundamentales) no pueden ser adoptadas por la Administración a discrecionalidad, sino que, en estos casos, el legislador debe predeterminar la decisión.¹⁰

6 BULLINGER, Martin, en la revista *Juristenzeitung* 1984, pág. 1001 y ss (1002).

7 MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo, Parte General*, § 7 núm. de margen 9; FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, § 10 I (págs. 116 y s.).

8 Cfr. IBLER, Martin, *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht*, 1999, págs. 294 y ss. (respecto al control judicial en la República de Weimar).

9 BULLINGER, Martin, en la revista *Juristenzeitung* 1984, pág. 1001 y ss. (1003).

10 Jurisprudencia recurrente, cfr. por ejemplo, BVerfGE 139, 19 (45 y ss.). La abreviatura “BVer-

El mandato constitucional de proporcionar al ciudadano una protección jurídica efectiva frente a la Administración fue materializado por el legislador ordinario, principalmente a través de la creación de una jurisdicción contencioso-administrativa independiente por el art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*“Verwaltungsgerichtsordnung”* - VwGO)¹¹ que indica:

“La Jurisdicción Administrativa es ejercida por tribunales independientes, separados de las autoridades administrativas.”

También al declararse, en la misma ley, que es admisible la protección judicial a través de tribunales administrativos frente a cualquier medida de una autoridad, es decir, mediante una “cláusula general de la jurisdicción administrativa” en el art. 40 párr. 1 fr. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (VwGO):

“La vía judicial administrativa procede en todos los litigios de derecho público que no sean de naturaleza constitucional, salvo que sean asignados por una ley federal a otro tribunal.”

C. Límites de la discrecionalidad administrativa en el derecho ordinario hoy

Es claro, que cada rasgo constitutivo del supuesto de hecho, establecido en una norma que atribuye la facultad discrecional, significa un límite del uso del poder discrecional para la autoridad competente. Además, por medio de cada ley que faculta a la administración para adoptar una decisión discrecional, el legislador establece determinados propósitos. Las autoridades deben orientarse hacia estos propósitos en el ejercicio de su discrecionalidad (cfr. supra, bajo el numeral I. de este artículo, el art. 40 VwVfG). Para posibilitar una protección jurídica efectiva, el legislador también ha permitido de manera expresa el control judicial de decisiones discrecionales en el art. 114 frase 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (VwGO):

“En la medida en que la autoridad administrativa esté autorizada a actuar discrecionalmente, el tribunal examinará también si... los límites legales de la discrecionalidad han sido sobrepasados o... [si] se ha ejercido la discrecionalidad de una manera que no corresponde con la finalidad de la autorización.”

fGE” hace referencia a la gaceta judicial del Tribunal Constitucional Federal alemán. Los números que siguen a la abreviatura se refieren respectivamente: al tomo, a la primera página de la sentencia y a la página exacta de la cita.

11 La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (VwGO) ha sido traducida al español por ABERASTURY, Pedro/BLANKE, Hermann-Josef/GOTTSCHAU, Evelyn Patrizia/SOMMER-MANN, Karl-Peter.

D. Límites a la discrecionalidad administrativa desarrollados por la ciencia jurídica y la jurisprudencia

La dogmática del derecho administrativo, la cual, en Alemania, tradicionalmente es de gran importancia, ha limitado aún más el margen de discrecionalidad de la administración. En este sentido, entendemos la “dogmática del derecho administrativo” como un sistema de reglas valiosas, desarrolladas a lo largo de décadas por la jurisprudencia y la ciencia jurídica, que facilitan la aplicación de la ley. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, los métodos de interpretación de las leyes y la interpretación de las declaraciones de voluntad de la Administración, además de la teoría de los vicios en el ejercicio de la facultad discrecional. Tales reglas han demostrado su valía en el Estado de Derecho y, por lo tanto, son reconocidas por la generalidad. Sin embargo, no son inmodificables, en particular, no tienen fuerza legal. De hecho, están siendo desarrolladas continuamente por los tribunales y la ciencia jurídica. Pero cualquiera que quiera ignorarlas o desarrollarlas debe ser capaz de justificar esto de manera convincente. Algunas de estas reglas se han vuelto aún más vinculantes con el tiempo, por ejemplo, el principio de proporcionalidad.

a. Limitación de la discrecionalidad a la consecuencia jurídica normativa

Hoy en día se reconoce y, por lo tanto, hace parte de la dogmática del derecho administrativo, que básicamente solo puede concederse discrecionalidad a la Administración con respecto a la parte que determina los efectos jurídicos de una norma. Por el contrario, a la autoridad no le asiste la facultad discrecional sobre la interpretación de los supuestos de hecho de una norma ni sobre la investigación de la situación fáctica y tampoco sobre la subsunción de la situación fáctica bajo los supuestos de hecho normativos.

b. Desarrollo de una teoría de los vicios de la discrecionalidad (“*Ermessensfehlerlehre*”)

También hace parte de la dogmática derecho administrativo que las autoridades tengan que evitar ciertos errores o vicios en el ejercicio de la discrecionalidad en sus decisiones discrecionales. Dado que una decisión discrecional viciada es ilegal y puede vulnerar los derechos de los ciudadanos, los tribunales administrativos también pueden verificar si una autoridad actuó exenta de vicios en el ejercicio de la discrecionalidad. A continuación, se esbozan solo algunas características básicas de la teoría de los vicios de la discrecionalidad.

Hoy existe consenso sobre cuáles fallas de discrecionalidad están prohibidas, aún cuando las clasificaciones y la terminología varíen en algunas ocasiones.¹² Los diferentes vicios de la discrecionalidad se denominan “omisión en el uso de la discrecionalidad” (“*Ermessensnichtgebrauch*”), “uso insuficiente de la discrecionalidad” (“*Ermessenssun-*

12 Cfr. MAURER, Hartmut, Derecho Administrativo, Parte General, § 7 núm. de margen 19.

terschreitung”), “transgresión de los límites de la discrecionalidad” (“*Ermessensüberschreitung*”) y “abuso de la discrecionalidad” (“*Ermessensfehlgebrauch*”). Cada uno de estos vicios de la discrecionalidad hace que la decisión de la autoridad sea contraria a derecho.

Hablamos de “omisión en el uso de la discrecionalidad” o de “ausencia de discrecionalidad” cuando una autoridad no utiliza en absoluto la discrecionalidad que le ha sido concedida por ley, bien por negligencia o bien porque erróneamente cree la norma que ha utilizado no es una disposición que otorga facultad discrecional, sino que se trata de una disposición imperativa.

Hablamos de “uso insuficiente de la discrecionalidad” o de “déficit en la discrecionalidad” cuando, aunque la autoridad hace consideraciones de discrecionalidad, no tiene en cuenta todos los puntos significativos para una decisión discrecional.

Hablamos de “transgresión de los límites de la discrecionalidad” o de “usurpación de la discrecionalidad” cuando la autoridad elige un efecto jurídico que no está previsto en la norma que concede la facultad discrecional.

Hablamos de “abuso de la discrecionalidad” o de “mal uso de la discrecionalidad” cuando una autoridad decide en virtud de un caso erróneo (por “hechos falsos”) o cuando decide con base en consideraciones que no vienen al caso, es decir que no corresponden con el fin de la norma que concede la facultad discrecional.

3. Límites para el control judicial de las decisiones administrativas discrecionales

La discrecionalidad de las autoridades administrativas está limitada por los límites derivados del derecho constitucional, del derecho ordinario y de la teoría de los vicios de la discrecionalidad, desarrollada por la jurisprudencia y la ciencia jurídica. A petición de una persona cuyos derechos puedan haber sido vulnerados, los jueces administrativos pueden examinar, si una autoridad administrativa ha hecho caso omiso de esos límites. Sin embargo, el examen de los jueces administrativos se limita a si la autoridad administrativa ha cumplido con la Constitución y las leyes y ha decidido libre de vicios de la discrecionalidad. De hecho, este no es un control judicial integral de la decisión discrecional administrativa.

Más bien, una decisión discrecional de la autoridad se alinea no solo con las pautas de legalidad (normas constitucionales y legales, normas reglamentarias y de ordenanzas, y con la obligación de una discrecionalidad libre de vicios), sino también con consideraciones de conveniencia o de utilidad. Como ejemplos fueron mencionados (véase supra, bajo A.I.) ahorro de costos, carga de trabajo, rapidez, efectividad, amabilidad cívica. Los tribunales no son competentes para el examen de la conveniencia o utilidad; este es asunto exclusivo del ejecutivo, es decir, de la autoridad y, dado el caso, de la autoridad superior jerárquica. Mucho menos pueden reemplazar con su sentencia la decisión discrecional de la autoridad administrativa; únicamente pueden anular las decisiones administrativas contrarias a la ley, que afecten derechos subjetivos.

II. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE DECISIONES ADMINISTRATIVAS DE PLANIFICACIÓN

1. Discrecionalidad administrativa y planificación

El concepto, la historia, la estructura y los límites de la discrecionalidad administrativa transmiten una idea de esta libertad decisoria de las autoridades. Muchos detalles han sido y están siendo investigados y desarrollados en Alemania de una manera aún más profunda y diferenciada. Debe subrayarse la llamada “discrecionalidad planificadora” (“*Planungsermessen*”) de las autoridades. Además de la “discrecionalidad en la adopción de la consecuencia jurídica” (“*Rechtsfolgeermessen*”) descrita hasta ahora, la “discrecionalidad planificadora” se ha convertido en una categoría especial de la discrecionalidad. Sus particularidades se hacen evidentes, especialmente, en el control judicial de las decisiones administrativas de planificación.

2. Concepto, objetos, base legal, estructura de la discrecionalidad planificadora

La planificación es una forma de pensar y decidir orientada al diseño del futuro, la cual establece metas y predetermina las acciones futuras para alcanzarlas. Los resultados de estos procesos de planificación se documentan regularmente en los planes. En el Estado, la planificación (también) desempeña un papel importante para las autoridades, especialmente cuando se supone que la Administración debe dirigir el uso futuro del suelo en beneficio del público en general. Se prevén grandes proyectos, por ejemplo, líneas ferroviarias, carreteras, tendido eléctrico, aeropuertos, vertederos de basuras, o nuevas zonas residenciales, comerciales e industriales. La facultad de planificar, junto con la autorización para restringir los derechos de los ciudadanos en caso de ser necesario, se delega por ley formal a las autoridades competentes en los ámbitos de derecho pertinentes (verbigracia, en la legislación de carreteras, en el derecho ferroviario, en el derecho energético o en el derecho de construcción). Lo que es característico para el proceso de toma de decisiones de la planificación es una libertad decisoria por parte de la autoridad competente. Una libertad decisoria que guarda ciertas similitudes con la ya presentada discrecionalidad administrativa (“discrecionalidad en la adopción de la consecuencia jurídica”, véase supra). En Alemania, hablamos de una “libertad planificadora de configuración” (“*planerischen Gestaltungsfreiheit*”) o “discrecionalidad planificadora” (“*Planungsermessen*”).¹³ La facultad para planificar (a diferencia de la discrecionalidad en la adopción de la consecuencia jurídica presentada al principio) regularmente no se deriva del texto legal, sino que se toma, mediante interpretación (teleológica, sistemática e histórica), de las leyes especiales que regulan carreteras, ferrocarriles, tendido eléctrico, construcción, etc. Una expresión del Tribunal Administrativo Federal alemán, cuya jurisprudencia recurrente modela y caracteriza el control judicial de la planificación, se ha hecho famosa por ello: planificar sin libertad de configuración sería una contradicción en sí misma.¹⁴

13 IBLER, Martin, La Planfeststellung, pág. 355.

14 BVerwGE 34, 301 (304). La abreviatura “BVerwGE” hace referencia a la gaceta judicial de la

Sin embargo, las leyes no señalan la discrecionalidad planificadora de las autoridades con la precisión con la que señalan la discrecionalidad concedida a las autoridades por una norma “condicional” (véase supra A.I.). Pues a menudo las normas de planificación no se estructuran de acuerdo con el esquema “si..., entonces”, con el que el legislador separa claramente los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas y facilita así la aplicación de la ley. Es por eso que, en el derecho de planificación, las autoridades y los tribunales, así como la ciencia jurídica, se enfrentan a desafíos aún mayores que en la conocida discrecionalidad en la adopción de la consecuencia jurídica. Por ejemplo, el art. 17 párr. 1 fr. 1 de la Ley Federal de Carreteras alemana establece sucintamente: “Las carreteras federales solo pueden ser construidas o modificadas, si de antemano se ha fijado el plan”. Sin embargo, la disposición no dice bajo qué condiciones se ha de fijar el plan. Las demás disposiciones de esta ley tampoco logran la precisión que sería posible mediante una clara separación de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas fijados con exactitud. Esto también se muestra, por ejemplo, en la frase 3 del art. 17 párr. 1 de la Ley de Carreteras: “En el marco de la ponderación para la fijación del plan serán tenidos en cuenta los intereses públicos y privados afectados por el proyecto, incluido el impacto medioambiental”.

Bajo estas circunstancias, a fin de garantizar la seguridad jurídica requerida en el Estado de Derecho (art. 20 párr. 3 LF) y la protección jurídica efectiva requerida por la Constitución (art. 19 párr. 4 LF) también en las decisiones de planificación, se requiere un gran esfuerzo en la jurisprudencia y la ciencia jurídica.

3. Desarrollo histórico de la discrecionalidad planificadora y su control judicial en Alemania

En efecto, en Alemania, la Administración ha elaborado planes durante más de 150 años y los declara vinculantes para organizar y promover el desarrollo urbano, la construcción de ferrocarriles, carreteras, etc. No obstante, en comparación con la discrecionalidad, el estudio de la planificación en el marco del Estado de Derecho y su control judicial comenzó tarde, en Alemania, alrededor de la década de 1960. El interés jurídico se centra en la ya mencionada planificación de infraestructura por parte de la administración. Dado que esta planificación espacial a menudo afecta el uso de terrenos pertenecientes a residentes locales, existe una gran necesidad de protección judicial. Es sobre todo mérito del máximo tribunal administrativo alemán, el Tribunal Administrativo Federal, que mediante su jurisprudencia (y con el apoyo de la ciencia jurídica) también haya surgido una dogmática en el derecho de planificación, sobre la que incluso el legislador se orienta. De esta manera, (a pesar de las muchas preguntas aún sin resolver) también tenemos estándares para la discrecionalidad planificadora, que son manejables para la Administración y los tribunales administrativos, y permiten una protección jurídica efectiva.

Corte Suprema de lo contencioso-administrativo. Los números que siguen a la abreviatura se refieren respectivamente: al tomo, a la primera página de la sentencia y a la página exacta de la cita.

4.- Control judicial de las decisiones de planificación, en particular, de la discrecionalidad planificadora, hoy

En muchas sentencias, el Tribunal Administrativo Federal, interpretando diversas disposiciones de las leyes de planificación (derecho de construcción, legislación de carreteras y otras ramas del derecho), ha determinado y sistematizado las exigencias legales que una autoridad planificadora debe cumplir.

A.- Requisitos verificables de planificación, desarrollados por interpretación constitucional y legislativa, que son elementos cercanos a los supuestos de hecho normativos

a. Necesidad de planificación concreta

Si, como ocurre regularmente, se necesitan terrenos de propiedad privada para la ejecución de un proyecto de infraestructura, o si el proyecto puede afectar a la salud de las personas, por ejemplo, por el ruido del tráfico, la planificación correspondiente puede interferir con los derechos fundamentales y, por lo tanto, requiere autorización legal (reserva de ley). El Tribunal Administrativo Federal encuentra dicha autorización legal en normas legales que exigen a una autoridad elaborar un plan antes de que se construya y ponga en funcionamiento un proyecto de infraestructura. Una norma tal, por ejemplo, el citado anteriormente (B.II.) art. 17 párr. 1 fr. 1 de la Ley Federal de Carreteras también autoriza a la autoridad para planificar un proyecto de este tipo. La interpretación adicional (conforme a la Constitución – *verfassungskonforme Auslegung* – y teleológica) de tales normas demuestra que la planificación solo puede ser lícita si es necesaria desde el punto de vista del interés público, es decir, razonablemente exigida. Este requisito de una “necesidad de la planificación” equivale a un supuesto de hecho legal. Por lo tanto, los tribunales pueden verificar si se cumple con la necesidad de la planificación en el caso concreto, por ejemplo, en tanto los jueces aclaran, obteniendo pruebas para determinar si existe una necesidad de tráfico y así un interés público en la nueva carretera y, por lo tanto, un interés público en la nueva carretera. Por consiguiente, la autoridad no dispone de discrecionalidad para valorar el requisito verificable de la necesidad. Por lo tanto, la “necesidad de la planificación” es una barrera que limita la libertad de configuración de la autoridad.

b. Requisitos legales imperativos

Comparativamente, en el ordenamiento jurídico alemán rara vez una norma legal restringe la libertad de planificación de una autoridad, imponiendo ciertos requisitos imperativos a la autoridad planificadora. Por ejemplo, el art. 1 párr. 3 fr. 1 de la Ley de Carreteras alemán establece de forma imperativa que “las autopistas federales deben estar exentas de intersecciones viales a nivel y equipadas con conexiones especiales para el acceso y la salida”. La autoridad no tiene permitido desviarse en su planificación de una norma imperativa de este tipo. Los tribunales administrativos pueden verificar plenamente su cumplimiento. En la medida en que una norma de planificación establece requisitos imperativos, también limita la libertad de configuración de la autoridad.

B. Estructuración de la discrecionalidad planificadora

Dado que la “necesidad de la planeación” solamente representa un límite muy general para la libertad de configuración (basta con que la planificación sea razonablemente exigida desde la perspectiva del interés público, véase supra 1.a.) y las normas imperativas como límites de la planificación son comparativamente raros (véase supra 1.b.), la autoridad de planificación tendría una gran libertad de configuración, lo que le permitiría restringir los derechos de los ciudadanos en un proyecto de infraestructura de acuerdo con su discrecionalidad planificadora. Ambos límites (“necesidad” y pocas normas “imperativas”) aún no son suficientes para garantizar la legalidad exigida por la Constitución de cualquier planificación y una protección jurídica efectiva. Por lo tanto, el Tribunal Administrativo Federal (mediante interpretación de las leyes, primero del derecho de construcción) ha demostrado un límite adicional de la discrecionalidad planificadora de las autoridades administrativas. El Tribunal ha reconocido que un elemento característico de cualquier planificación es una ponderación de los intereses públicos y privados. Para la planificación de áreas de construcción, el art. 1 párr. 7 del Código Alemán de Construcción (“*Baugesetzbuch*”) lo formula de la siguiente manera: “Al elaborar los planes de ordenamiento territorial, los intereses públicos y privados deben ponderarse de forma justa entre ellos y unos contra otros”

a. Ponderación y similitud con la discrecionalidad como características de cualquier planificación

Lo que significa una ponderación de este tipo, sin embargo, no lo dice la ley, sino que lo presupone. En efecto, la ponderación, como la interpretación y la subsunción, es una forma especial de pensar y decidir. Pero mientras que la interpretación y la subsunción, comparativamente, son bien conocidas, la ponderación está hasta hoy menos estructurada y estudiada. Por ejemplo, aún no ha sido suficientemente estudiada la relevancia de la voluntad de planificación de la autoridad que pondera, a saber, el elemento “del querer” abarcado en la discrecionalidad planificadora. Un logro importante del Tribunal Administrativo Federal es que no solamente ha reconocido que la ponderación es una característica de cualquier planificación, sino también que una ponderación planificadora es similar a una decisión discrecional debido a la libertad decisoria de la autoridad. Por consiguiente, los estándares para un control judicial de la ponderación planificadora también podrían ser similares a los del control judicial de la discrecionalidad (en la adopción de la consecuencia jurídica) de la administración. Para ello, el Tribunal Administrativo Federal ha analizado la ponderación planificadora.

b. El mandato de ponderación planificadora

Debido a que un elemento característico de cualquier planificación es una ponderación, que guarda algunas similitudes con la discrecionalidad, el Tribunal Administrativo Federal primero elaboró los pasos de trabajo individuales (fases) que constituyen una ponderación: en primer lugar, deben ser identificados todos los intereses públicos y privados a ponderar, es decir, aquellos importantes para la planificación, la llamada

“compilación de intereses”. En segundo lugar, debe constatarse el peso (importancia o significado) de cada uno de estos intereses, la llamada “valoración de los intereses”. En tercer lugar, estos intereses deben ser situadas en relación entre ellos, el denominado “enfrentamiento de los intereses”. En cuarto lugar, debe tomarse una decisión sobre la preferencia o la posposición de un interés. Estas fases identifican cualquier decisión de planificación de una autoridad. Por lo tanto, deben seguirse en el proceso de cada planificación para garantizar una aplicación transparente, comprensible y uniforme de la ley. Por consiguiente, llamamos “mandato de ponderación planificadora en el Estado de Derecho” (o “mandato de justa ponderación”) al conjunto de reglas de dichas cuatro fases.¹⁵

c. La teoría de los errores en la ponderación

El Tribunal Administrativo Federal también ha reconocido que los errores de la autoridad planificadora pueden identificarse de manera fiable, mediante un control judicial, en las tres primeras etapas (fases) de la ponderación. Por ello, ha añadido al “mandato de ponderación” (véase supra 2.b.) una “teoría de los errores en la ponderación”. Semejante a los vicios de la discrecionalidad, se pueden distinguir en la ponderación tres tipos de errores:¹⁶

Hablamos de “falta de ponderación” (“*Abwägungsausfall*”) cuando la autoridad que realiza la planificación no ejerce una ponderación en absoluto.

Hablamos de “déficit en la ponderación” (“*Abwägungsdefizit*”) cuando la autoridad que realiza la planificación no ha tenido en cuenta todos los intereses públicos y privados afectados en su ponderación.

Hablamos de “desproporcionalidad en la ponderación” (“*Abwägungsdisproportionalität*”) o “estimación valorativa errónea” (“*Abwägungsfehleinschätzung*”) cuando la autoridad planificadora ha desconocido el significado (peso o importancia) de un interés público o de un interés privado afectado o cuando ha sopesado estos intereses de manera desproporcionada.

Por regla general, los errores en la ponderación “falta de ponderación”, “déficit en la ponderación” y “desproporcionalidad en la ponderación” conllevan a la ilegalidad de la decisión de planificación. Además, estos errores también son comparativamente fáciles de detectar mediante del control judicial. Para el Estado de Derecho, que en su Constitución garantiza una protección jurídica efectiva, esto significa que el control judicial de la planificación debe cubrir estos errores en la ponderación.

d. La libertad de configuración de la autoridad planificadora en la ponderación

Para el control judicial de la ponderación planificadora, solamente podría acarrear problemas la cuarta fase de esta ponderación, a saber, la decisión definitiva de la autoridad sobre la prelación o posposición de un interés. En este paso, se manifiesta la libertad

15 Jurisprudencia constante, por ejemplo BVerwGE 34,301 (309); 45, 309 (314 y ss.); 48, 56 (63 y ss.). Cfr. también IBLER, Martin/HANGST, Matthias, La planificación de los proyectos de obras de infraestructura, 2012, págs. 206 y s.

16 Cfr. BVerwGE 34, 301 (309).

de configuración, que la ley otorga a la autoridad mediante la autorización para planificar. Para el Tribunal Administrativo Federal, esta fase final de ponderación “no es en absoluto un proceso comprensible” y, por lo tanto, no puede ser verificada por los tribunales.¹⁷ En esta fase, los deseos y la voluntad del órgano planificador (el Tribunal Administrativo Federal habla de “elementos del querer”)¹⁸ también pueden guiar la decisión. Por ejemplo, se trata de si el municipio planificador *quiere* planificar una nueva zona residencial en el norte o al sur de su área urbana o si *quiere* proporcionar una zona industrial para un parque eólico o para una granja solar. No obstante, la autoridad solo tiene permitido entrar legalmente en esta fase final de ponderación si las tres fases anteriores de la ponderación estaban libres de errores, es decir, sin “falta de ponderación”, “déficit en la ponderación” o “desproporcionalidad en la ponderación”. En la fase final de una ponderación planificadora, se manifiesta una diferencia (al menos gradual) entre una ponderación planificadora y la discrecionalidad tradicional de una autoridad administrativa. El ámbito de la libertad de configuración planificadora que no puede ser controlado judicialmente, o sea, la discrecionalidad planificadora, también es influenciado en la última fase de la ponderación por un *elemento del querer* del órgano planificador,¹⁹ mientras que en las decisiones discrecionales convencionales el área no controlable judicialmente se limita a consideraciones de conveniencia o de utilidad (véase supra A.I.), para las que los “elementos del querer” no son típicos.

e. El valor de las reglas de ponderación

El mandato de ponderación y su teoría de los errores en la ponderación refuerzan el control de la legalidad de la planificación de la Administración y la protección jurídica de los ciudadanos afectados por la planificación. Además, se fortalece el funcionamiento de la Administración planificadora. El mandato de ponderación y la teoría de los errores en la ponderación ayudan a sistematizar la planificación. De esta manera, también crean seguridad jurídica para el órgano planificador, para que su planificación pueda ser válida. Así mismo, la libertad decisoria que el mandato de ponderación deja a las autoridades planificadoras en la cuarta fase del proceso de ponderación también contribuye al éxito de la planificación de proyectos de infraestructura en Alemania.

17 BVerwGE 34, 301 (309).

18 BVerwGE 34, 301 (304).

19 BVerwGE 34, 301 (304).

III. BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURY, Pedro/BLANKE, Hermann-Josef/GOTTSCHAU, Evelyn Patrizia/SOMMERMANN, Karl-Peter: Traducción en castellano de la Ley alemana de la Justicia Administrativa, en: Pedro Aberastury/Fundación Konrad Adenauer (Eds.), Ley de la Justicia Administrativa Alemana, 2009, págs. 123 y ss.
- BLANKE, Hermann-Josef/GOTTSCHAU, Evelyn Patrizia/ABERASTURY, Pedro/SCHEUERMANN, Konrad: Traducción en castellano de la Ley alemana de procedimiento administrativo, en: Aberastury/Blanke (Coordinadores), Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa, Buenos Aires, 2012, págs.595 y ss.
- BULLINGER, Martin: Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung, en la revista Juristenzeitung 1984, pág. 1001 y ss.
- FLEINER, Fritz: Instituciones de Derecho Administrativo (Traducción por Sabino A. Gen-dín) 8. Ed., Editorial Labor, Barcelona/Madrid/Buenos Aires, 1933
- IBLER, Martin, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1999
- IBLER, Martin, La Planfeststellung: ¿Un modelo de futuro u obsoleto para la planificación de líneas de alta tensión en Alemania? Fundamentos, Desarrollo, puntos fuertes y débiles, propuestas de mejora, en: Darnaculleta i Gardella/Esteve Pardo/Ibler (Eds.), Nuevos retos del Estado garante en el sector energético, Madrid 2020, págs. 353 y ss.
- IBLER, Martin/HANGST, Matthias, La planificación de los proyectos de obras de infraestructura en el procedimiento administrativo alemán, en: Aberastury/Blanke (Coordinadores), Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa, Buenos Aires, 2012, págs. 187 y ss.
- MAURER, Hartmut: Derecho Administrativo (Traducción coordinada por Gabriel Doménech Pascual), 17. Ed., Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2011