

# Densidad de control de los tribunales administrativos en Alemania – Fundamentos dogmáticos y marco constitucional

Markus Ludwigs\* y José Hernán Muriel Ciceri

## A. Introducción

Desde la fundación de la República Federal de Alemania, el alcance del control judicial es uno de los temas centrales del derecho administrativo moderno. Ya en 1955, *Otto Bachof*, uno de los fundadores del derecho administrativo después de la Segunda Guerra Mundial, calificó la cuestión de la relación entre discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado como el “tema más discutido actualmente del derecho administrativo alemán”.<sup>1</sup> Más de 60 años después, *Hartmut Maurer* y *Christian Waldhoff* continúan refiriéndose en su libro de texto estándar, a una de las “áreas más controvertidas del derecho administrativo”.<sup>2</sup> Sin embargo, a pesar de esta caracterización paralela, no debe pasarse por alto que la doctrina del margen de decisión de la administración, se desarrolló aún más en las últimas décadas y da lugar a figuras innovadoras, como la discrecionalidad regulatoria („Regulierungsermessen”), cuya importancia aún no se aclara de forma concluyente. A continuación, se deberán primeramente esbozar y examinar de forma crítica los fundamentos dogmáticos sobre la base de la tipología del ámbito de decisión de la administración (B.). Posteriormente, es necesario establecer los marcos constitucionales para el alcance de la densidad de control judicial en virtud de la Ley Fundamental alemana (C.) y se presentará un acápite de conclusiones (D.).

---

\* Una versión más extensa y modificada en su contenido de una conferencia del autor Ludwigs fue publicada en alemán en: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2020, p. 405-415.

<sup>1</sup> *Bachof*, JZ 1955, 97 (Traducción libre).

<sup>2</sup> *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>19</sup>2017, § 7 número de margen 47 (Traducción libre); véase también *F.C. Mayer*, en: v. Bogdandy/Huber/Marcusson (eds.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, vol. VIII, 2019, § 129 número de margen 177.

## B. Fundamentos Dogmáticos

### I. Tipología del margen de decisión de la administración

En el marco de la clasificación dogmática debe en un primer paso esbozarse el sistema clásico de libertad de decisión de la administración en el derecho administrativo alemán antes de presentar la figura moderna de la discrecionalidad regulatoria („Regulierungsermessen”) e investigar el sentido de una continuación de la separación categórica.<sup>3</sup>

#### 1. Tríada Clásica

Hasta el día de hoy es fundamental para la tipología de los márgenes de decisión de la administración, la tradicional tríada de discrecionalidad administrativa general („Allgemeines Verwaltungsermessen”), discrecionalidad en la planeación („Planungsermessen”) y margen de apreciación („Beurteilungsspielraum”).<sup>4</sup> En los tres casos, se concede a la administración la *última palabra* en cierta medida en relación con los tribunales. No obstante, según el punto de vista tradicional, se trata de varios fenómenos que deben ser evaluados en la dogmática jurídica según sus particularidades.<sup>5</sup> En este contexto, la *discrecionalidad administrativa general* debe entenderse como el margen de decisión que existe en el ámbito de la consecuencia jurídica, cuando se cumplan los requisitos de la norma.<sup>6</sup> El trasfondo es la estructura de dos niveles de las normas legales en el sentido de un esquema condicional “cuando-entonces”.

---

<sup>3</sup> Siguiendo y profundizando las explicaciones *Ludwigs*, JZ 2009, 290 (292 y sig.).

<sup>4</sup> En lugar de muchos *Kment/Vorwalter*, JuS 2015, 193 (195); *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>19</sup>2017, § 7 número de margen 55, 63; véase también *Voßkuhle*, JuS 2008, 117, con más referencias.

<sup>5</sup> *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>19</sup>2017, § 7 número de margen 55.

<sup>6</sup> *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>19</sup>2017, § 7, número de margen 7 y sig.; véase también *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>17</sup>2019, número de margen 311 y sig.; *Erbguth/Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>10</sup>2020, § 14, número de margen 36 y sig.

En el caso de la administración discrecional, la ley vincula al cumplimiento de los requisitos de la norma no solamente a *una* consecuencia jurídica (como en el caso de la administración vinculada),<sup>7</sup> sino que también faculta a la propia administración para la determinación de la consecuencia jurídica concreta.<sup>8</sup> En este sentido, también se habla de la discrecionalidad de las consecuencias legales por parte de la administración.

Esto puede estar relacionado tanto con la cuestión de si una autoridad en suma intervendrá (*discrecionalidad de decisión* – „Entschließungsermessen“), como con la de la forma en que actúa (*discrecionalidad de elección* – „Auswahlermessen“). La concesión de la discrecionalidad sirve, en particular, a la garantía de justicia en el caso concreto, a la viabilidad y efectividad de la acción oficial, así como a una descarga del legislador.

La discrecionalidad administrativa es asignada, mediante preceptos según los cuales la autoridad puede o esté autorizada o es competente para adoptar determinadas medidas.<sup>9</sup> La discrecionalidad es controlada judicialmente en consideración a las existentes vinculaciones jurídicas (ejercicio prescrito de la discrecionalidad – „pflichtgemäße Ermessensausübung“).<sup>10</sup> En este sentido son controlados judicialmente los límites legales del arbitrio, cuando la autoridad elige una consecuencia jurídica que la norma jurídica ya no concede (exceso en el poder discrecional – „Ermessensüberschreitung“)<sup>11</sup> o cuando la autoridad no obstante el arbitrio concedido por la Ley, no lo consideró en su discrecionalidad (no uso de la discrecionalidad – „Ermessensnichtgebrauch“ o „Ermessensunterschreitung“)<sup>12</sup>, o no realizó el uso correspondiente del arbitrio con la finalidad de la autorización (uso indebido de la discrecionalidad – „Ermessensfehlgebrauch“

---

<sup>7</sup> En el caso especial de una *reducción de la discrecionalidad a cero*, en el que sólo una de las opciones de actuación resulta libre de error discrecional, de modo que la autoridad está obligada a "elegirla", véase *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>19</sup>2017, § 7 número de margen 24 y sig.

<sup>8</sup> Para diferentes casos de control discrecional normativo, véase *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>19</sup>2017, § 7 número de margen 12.

<sup>9</sup> Así, *Lorenz*, Verwaltungsprozeßrecht, 2000, número de margen 21, p. 56 (en unión a la jurisprudencia contencioso-administrativa).

<sup>10</sup> Así, *Lorenz*, Verwaltungsprozeßrecht, 2000, número de margen 22, p. 56.

<sup>11</sup> *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>19</sup>2017, § 7 número de margen 20; *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>13</sup>2020, número de margen 215 y sig.; asimismo, *Jestaedt*, en: Ehlers/Pünder (eds.), Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>15</sup>2016, § 11 número de margen 61; adicionalmente *Lorenz*, Verwaltungsprozeßrecht, 2000, número de margen 22, p. 56.

<sup>12</sup> *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>19</sup>2017, § 7 número de margen 21; *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>13</sup>2020, número de margen 213, 214; asimismo, *Jestaedt*, en: Ehlers/Pünder (eds.), Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>15</sup>2016, § 11 número de margen 61.

o „Ermessensmissbrauch”).<sup>13</sup> Como un límite objetivo del arbitrio están los derechos fundamentales y los principios generales de la actuación administrativa,<sup>14</sup> como es el caso del principio de ser la medida adecuada, necesaria y proporcional en sentido estrecho.<sup>15</sup>

En armonía con lo anterior, la proporcionalidad se refiere al mandato de control del actuar del Estado, basado en una adecuada relación entre medio y finalidad.<sup>16</sup> En caso de infracción de tales principios, la discrecionalidad de la decisión está viciada,<sup>17</sup> al presentar un defecto el ejercicio del poder discrecional. Asimismo, existe la competencia de examen judicial, cuando debido a las relaciones concretas de cada caso en particular, solo una decisión está libre de errores<sup>18</sup> (reducción del arbitrio – „Ermessensreduktion”<sup>19</sup> o reducción de la discrecionalidad a cero – „Ermessensreduzierung auf Null”<sup>20</sup>).

Lo anterior respecto la discrecionalidad y a los defectos en el ejercicio del poder discrecional es aplicable en el derecho colombiano al contenido del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y al anterior artículo 36 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, en comparación con el párrafo § 40 de la Ley Alemana de Procedimiento Administrativo (VwVfG), el cual establece que en el caso que la autoridad este autorizada para actuar según su discrecionalidad, debe ejercitarla de conformidad con la finalidad de la autorización y, respetar, sus límites legales.<sup>21</sup>

---

<sup>13</sup> *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>19</sup>2017, § 7 número de margen 22; *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>13</sup>2020, número de margen 217; asimismo, *Jestaedt*, en: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>15</sup>2016, § 11 número de margen 61, adicionalmente, *Muriel Ciceri*, Pensamiento Jurídico, n. 30, p. 343 (355-358), <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36722>.

<sup>14</sup> *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>19</sup>2017, § 7 número de margen 23 *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>13</sup>2020, número de margen 216, adicionalmente, *Muriel Ciceri*, Pensamiento Jurídico, n. 30, p. 343 (355), <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36722>.

<sup>15</sup> *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>19</sup>2017, § 7 número de margen 23; *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>13</sup>2020, número de margen 216.

<sup>16</sup> *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2006, cap. 6 número de margen 61, p. 315.

<sup>17</sup> *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>13</sup>2020, número de margen 210.

<sup>18</sup> *Lorenz*, Verwaltungsprozeßrecht, 2000, número de margen 23, p. 57.

<sup>19</sup> *Lorenz*, Verwaltungsprozeßrecht, 2000, número de margen 23, p. 57; *Jestaedt*, en Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>15</sup>2016, § 11 número de margen 64.

<sup>20</sup> *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>19</sup>2017, § 7 número de margen 24; *Peine/Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>13</sup>2020, número de margen 218.

<sup>21</sup> Cf. Así *Muriel Ciceri*, Pensamiento Jurídico, n. 30, p. 343 (355-358), <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36722>; Ley Alemana de Procedimiento Admi-

La segunda categoría es la figura del *margen de apreciación* („Beurteilungsspielraum”).<sup>22</sup> Aquí son indicados los poderes de decisión final administrativa, que pueden existir en presencia de conceptos jurídicos indeterminados. Los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos legales para los cuales, debido a su vaguedad, no siempre es posible decir de forma inmediata e inequívoca cuándo están presentes sus prerequisites.

Se encuentran regularmente (pero no necesariamente) en los elementos constitutivos de una norma (tipo legal). Su legitimación se arraiga en la singularidad de las normas abstractas generales, en la renuncia deliberada del legislador a normas generales rígidas y en la aquí resultante creación de posibilidades de desarrollo. Un margen de apreciación es reconocido por la jurisprudencia excepcionalmente en la *subsunción* de conceptos jurídicos indeterminados („unbestimmte Rechtsbegriffe”), pero no en el marco de su interpretación.<sup>23</sup>

Al mismo tiempo surgieron un número de casos, que van desde decisiones de examen (como por ejemplo en derecho educativo y universitario) y decisiones similares a las de evaluación hasta valoraciones jurídicas de funcionarios, así como desde actos personalísimos evaluativos de conocimiento hasta decisiones de pronóstico y evaluaciones del riesgo (en especial en derecho ambiental y derecho económico).<sup>24</sup>

Por último, se habla de *discrecionalidad de planeación* („Planungsermessen”) o de libertad de configuración de planeación, por ejemplo, en relación con la decisión estatal de planes generales de ordenación del suelo o planes de ordenación territorial.<sup>25</sup> La peculiaridad de tales decisiones radica en el hecho de que no

---

nistrativo (VwVfG), disponible en: [https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/\\_40.html](https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/_40.html), Ley 1437 de 2011, Congreso de la República, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, “Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”, [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011\\_pr001.html#44](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr001.html#44); ant. Decreto 01 de 1984, por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo, “Artículo 36. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”, <http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1698916>.

<sup>22</sup> Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>19</sup>2017, § 7 número de margen 7 y sig.; Erbguth/Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>10</sup>2020, § 14 número de margen 27 y sig.

<sup>23</sup> Véase, por ejemplo, BVerwGE 77, 75 (85); también Papier, DÖV 1986, 621 (623 y sig.); crítico Ludwigs, JZ 2009, 290 (293); Sandler, en: FS Ule, 1987, p. 337 (339 y sig., 346 y sig.), con referencia a la interrelación entre los hechos y el texto de la norma, entre interpretación y subsunción.

<sup>24</sup> Instructivamente, Deterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>17</sup>2019, considerandos 362 y sig.

<sup>25</sup> Detalladamente Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>19</sup>2017, § 7 número de margen 63.

se basan predominantemente en normas legales formuladas condicionalmente (esquema “si-entonces”), sino que se basan en leyes programadas de planeación con meros objetivos y principios de ponderación. En estos casos, la administración dispone de una *discrecionalidad de planeación* que, en principio, sólo se verifica con relación a una ponderación libre de errores.

## 2. Discrecionalidad regulatoria como reto

Aquella tríada clásica de márgenes de decisión de la administración se amplía recientemente con la inclusión también de la denominada *discrecionalidad regulatoria* („Regulierungsermessen”) desarrollada por la jurisprudencia y adoptada por la literatura.<sup>26</sup> El ámbito de aplicación de esta nueva figura jurídica es el derecho de las industrias de redes, y consecuentemente, a los sectores de la energía, las telecomunicaciones, los servicios postales y los ferrocarriles administrados por la Agencia Federal de Redes (BNetzA) como autoridad reguladora. El punto de partida fue una decisión de derecho de telecomunicaciones del Tribunal Federal Administrativo (BVerwG) en 2007. En esta decisión el más alto tribunal administrativo alemán, afirmó la existencia de una discrecionalidad regulatoria de la Agencia Federal de Redes en el caso de imposición de obligaciones procompetitivas de acceso a las redes de telecomunicaciones de conformidad con el artículo 21 de la Ley de telecomunicaciones (TKG).<sup>27</sup>

La nueva figura jurídica se desarrolló en respuesta al hecho de que la Ley de Telecomunicaciones además de los poderes discrecionales clásicos en el ámbito de las consecuencias legales y la concesión de márgenes de apreciación en los elementos constitutivos de una norma (tipo legal), también abre situaciones muy complejas de decisión, que no permiten determinarse claramente.<sup>28</sup> Posteriormente, esta jurisprudencia se amplió a otras muchas obligaciones reglamentarias que pueden imponerse a las empresas con poder de mercado.<sup>29</sup> Para el desarrollo de una teoría del error, se hace una referencia explícita a la teoría de los defectos o vicios de ponderación („Abwägungsfehlerlehre”) en el derecho de planeación.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> *Jestaedt*, en: Ehlers/Pünder (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, <sup>15</sup>2016, § 11 número de margen 27, 55; *Maurer/Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, <sup>19</sup>2017, § 7 número de margen 64; *Erbguth/Guckelberger*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, <sup>10</sup>2020, § 14 número de margen 50.

<sup>27</sup> BVerwGE 130, 39 (48 y sig.); BVerwG, 27.1.2010 - 6 C 22/08, NVwZ 2010, 1359 (1361).

<sup>28</sup> *Pielow*, en: Baur/Salje/Schmidt-Preuß (eds.), *Regulierung in der Energiewirtschaft*, <sup>2</sup>2016, cap. 57 número de margen 9.

<sup>29</sup> BVerwG, 20.2.2014 - 7 C 6/12, NVwZ 2014, 942 (949); BVerwG, 05.05.2014 - 6 B 46/13, NVwZ 2014, 1034 (1035 y sig.).

<sup>30</sup> BVerwGE 131, 41 (62, 72 y sig.); véase también BVerwG, 11.12.2013 - 6 C 24/12, NVwZ 2014, 942 (951 y sig.).

Para la deducción argumentativa de la discrecionalidad regulatoria, el Tribunal Administrativo Federal (Bundesverwaltungsgericht o BVerwG) se basa en tres consideraciones. *En primer lugar*, se hace referencia al carácter ya indicado de las normas pertinentes, como disposiciones así llamadas de acoplamiento. Un rasgo característico de esto es que una ponderación controlada por numerosos conceptos jurídicos indeterminados, en los elementos constitutivos de la norma pertinente, no puede separarse del ejercicio de la discrecionalidad en el ámbito de las consecuencias jurídicas.<sup>31</sup>

*En segundo lugar*, se hace hincapié en la competencia de la Agencia Federal de Redes (BNetzA) como órgano administrativo *especial*, que decide con *especial* legitimación técnica en un procedimiento *especial*.<sup>32</sup>

*En tercer lugar*, el Tribunal Administrativo Federal (BVerwG) también utilizó inicialmente el derecho de la UE para la deducción de la discrecionalidad regulatoria oficial, sin embargo, posteriormente no realizó ello en la misma medida.<sup>33</sup>

La clasificación dogmática de la nueva figura jurídica, que entretanto también se transfirió al sector energético,<sup>34</sup> todavía no se ha aclarado de forma concluyente.<sup>35</sup> En vista de la teoría del error de ponderación desarrollada por el Tribunal Federal Contencioso Administrativo (BVerwG), la calificación como un subconjunto de la *discrecionalidad en la planeación* („Planungsermessen“) puede parecer obvia.<sup>36</sup> Cabe señalar, sin embargo, que el concepto jurídico de “discrecionalidad regulatoria” se distingue idiomáticamente de éste de forma explícita.<sup>37</sup>

---

<sup>31</sup> BVerwGE 130, 39 (48 y sig.); en general, p. ej. *Schmidt-Preuß*, en FS Maurer, 2001, p. 777 (788 y sig.).

<sup>32</sup> BVerwGE 130, 39 número de margen 29 y sig., para el art. 21 TKG.

<sup>33</sup> Observación paralela en *Gärditz*, Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, D 81, con referencia a BVerwGE 148, 48 apartados 33 y sig.; en caso contrario, BVerwGE 130, 39 apartados 29 y sig.

<sup>34</sup> Cf. La jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia (Bundesgerichtshof o BGH) relevante en el sector energético, por ejemplo, BGH, Decreto de 12.12.2017 - EnVR 2/17, RdE 2018, 126 considerandos 24 y sig.; más detallado por *Ludwigs*, en: FS Schmidt-Preuß, 2018, p. 689 (706 y sig.).

<sup>35</sup> *Hwang*, AöR 136 (2011), 553 (564 y sig.); *Ludwigs*, JZ 2009, 290 (292 y sig.); *Proelss*, AöR 136 (2011), 402 (411 y sig.).

<sup>36</sup> En este sentido aún *Ellinghaus*, CR 2009, 87 (90 y sig.); *Werkmeister*, K&R 2011, 558 (559).

<sup>37</sup> BVerwGE 131, 41, número de margen 47 (Traducción libre): siguiendo la discrecionalidad en la planeación.

En este contexto, también es *concebible* una clasificación como un *tipo independiente, caracterizada* por el engranaje de elementos de diferentes competencias de decisión final.<sup>38</sup> Un tercer enfoque, que se desarrollará más adelante, aboga por el contrario por el retorno de la dogmática administrativa alemana a una categoría sistemática uniforme de discrecionalidad administrativa.<sup>39</sup>

## II. Separación categórica o gradual

Si se toma la discrecionalidad regulatoria („Regulierungsermessen“) como un motivo para evaluar críticamente la tipología clásica de los márgenes de decisión de la administración en el derecho administrativo alemán, de ello se deriva en un punto de partida un hallazgo notable. Como señaló concisamente *Matthias Jestaedt*, la tesis tradicional de una separación categórica de los márgenes de decisión de la administración para la toma de decisiones goza hoy en día casi exclusivamente de gran estima en la jurisprudencia, así como en la literatura. Por otro lado, solamente la jurisprudencia y los libros de enseñanza jurídica mantienen la diferencia, por el contrario, la literatura investigativa es escéptica frente a ello.<sup>40</sup> En lo que sigue, por lo tanto, deben apreciarse los argumentos centrales de carácter histórico, jurídico teórico, sistemático y de derecho comparado para determinar si es preferible una separación estrictamente categórica o meramente gradual.

### 1. Líneas de desarrollo histórico

Desde una *perspectiva histórica*, cabe señalar en primer lugar, que la dogmática del derecho administrativo del constitucionalismo tardío y del período de Weimar no hizo una separación categórica entre los márgenes de decisión de la administración, sobre los hechos de una norma, por una parte, y, aquellas sobre los elementos constitutivos de la norma.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> *Pielow*, en: Baur/Salje/Schmidt-Preuß (eds.), *Regulierung in der Energiewirtschaft*, 2016, cap. 57 número de margen 15.

<sup>39</sup> Cf. *Ludwigs*, JZ 2009, 290 (292 y sig.).

<sup>40</sup> *Jestaedt*, en: Ehlers/Pünder (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 152016, § 11 número de margen 13 y 49.

<sup>41</sup> Más cerca del desarrollo: *Ehmke*, „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, 1960, p. 7 y sig.; *Held-Daab*, *Das freie Ermessen*, 1996, p. 70 y sig., 140 y sig.; *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* 3, 1999, p. 213.

La distinción entre discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado ya era conocida. Sin embargo, también se concedió a la administración una “discrecionalidad” no totalmente verificable en el caso de conceptos jurídicos indeterminados.<sup>42</sup> Inicialmente, el BVerwG continuó esta línea también en virtud de la Ley Fundamental y no distinguió entre un concepto jurídico indeterminado y arbitrio.<sup>43</sup> El surgimiento de una separación categórica sólo se produjo a través del desarrollo de la supuesta dicotomía (entendida como una separación estricta) entre discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado a partir de obras fundamentales de *Otto Bachof*,<sup>44</sup> *Hermann Reuss*,<sup>45</sup> *Dietrich Jesch*<sup>46</sup> y *Carl Hermann Ule*<sup>47</sup> en la década de 1950. Este desarrollo, por supuesto, al mismo tiempo pone de manifiesto el hecho de que la separación categórica no estuvo históricamente exenta de alternativas.

## 2. Diferenciación teórica del derecho

A favor de una separación categórica, se argumenta además desde un *punto de vista teórico-jurídico* que debe hacerse una separación estricta entre la decisión de voluntad de la administración sobre las consecuencias jurídicas, y el margen de conocimiento sobre la calificación de los hechos.

De acuerdo con esto, la administración tiene varias opciones de acción únicamente en el arbitrio sobre los elementos constitutivos de la norma pertinente, mientras que la decisión correcta solo existe en el marco de la interpretación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados.<sup>48</sup> Se trataría de una distorsión del ordenamiento jurídico, si se eximiera a la autoridad de optar por una única solución legítima.<sup>49</sup>

---

<sup>42</sup> Instructivamente sobre la “libre discrecionalidad” („freies Ermessen”), p. ej. *W. Jellinek*, *Verwaltungsrecht*, 1929, p. 30; véase también *Neumann*, *Carl Schmitt als Jurist*, 2015, p. 276 con la nota 557.

<sup>43</sup> BVerwGE 1, 92 (96 f.); BVerwGE 4, 89 (92).

<sup>44</sup> *Bachof*, JZ 1955, 97.

<sup>45</sup> *Reuss*, DVBl. 1953, 585; *ders.* DVBl. 1953, 649.

<sup>46</sup> *Jesch*, AöR 82 (1957), 163.

<sup>47</sup> *Ule*, en: *Bachof* u. a. (eds.), *GS W. Jellinek*, 1955, p. 309 (311 y sig.).

<sup>48</sup> Decididamente *Ossenbühl*, DVBl. 1974, 309 (310); véase también *Gonsior*, *Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse*, 2018, p. 93, 211 y sig., 242; fundamental para la „One Right Answer“ en la teoría jurídica general, en particular *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1977, p. 105 y sig.

<sup>49</sup> *Kellner*, DÖV 1972, 801 (804).

Sin embargo, contra este argumento se puede indicar: *En primer lugar*, la concesión de la discrecionalidad sobre las consecuencias jurídicas también puede interpretarse ciertamente como un derecho a complementar los elementos constitutivos de la norma pertinente, en el sentido de "pensar hasta el final" de la norma.<sup>50</sup> *En segundo lugar*, la supuesta separación estricta (dicotomía) entre el concepto jurídico indeterminado y la discrecionalidad resulta incoherente con respecto a la figura de la discrecionalidad de planeación. En este sentido, se trata precisamente de un "mandato amplio de configuración" en el que coinciden la conformación y la ejecución de los programas, es decir, los hechos y las consecuencias jurídicas.<sup>51</sup> *En tercer lugar*, la tesis de la única decisión correcta en la calificación de los elementos constitutivos de la norma pertinente es una mera ficción,<sup>52</sup> porque la ley no proporciona una "memoria de respuestas acabadas"<sup>53</sup>. En el marco del necesario proceso de concreción, en casos individuales pueden surgir una serie de conclusiones sobre la subsunción que pueden considerarse igualmente justificables.<sup>54</sup> Prueba de ello son los grupos de casos reconocidos de márgenes de apreciación.<sup>55</sup>

---

<sup>50</sup> Koch, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, 1979, p. 126 y sig., 172 y sig. (Traducción libre); de acuerdo Gerlach, *Entscheidenspielräume der Verwaltung*, 2018, p. 103; Herdegen, *JZ* 1991, 747 (748 y sig.); Ludwigs, *JZ* 2009, 290 (292) m.w.N.

<sup>51</sup> Scholz, *VVDStRL* 34 (1976), 145 (166, Traducción libre).

<sup>52</sup> BVerwGE 39, 197 (203).

<sup>53</sup> Schmidt-Aßmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, <sup>2</sup>2006, cap. 4 número de margen 38 (Traducción libre).

<sup>54</sup> Así lo reconoce explícitamente el Tribunal Federal Contencioso Administrativo (BVerwGE) 39, 197 (203).

<sup>55</sup> Véase en B.I.1.

### 3. Teoría de los errores

Otro argumento a favor de la separación clásica por categorías podría resultar de las diferencias en la teoría del error administrativo. Esto se indica *prima facie* por la divergencia terminológica entre la doctrina de los errores de la discrecionalidad, la doctrina de los errores de apreciación y la doctrina de los errores de ponderación („Abwägungsfehlerlehre”).<sup>56</sup> Sin embargo, un examen más detallado pone de manifiesto la existencia de un programa de control estructuralmente idéntico. Esto se puede resumir en *cuatro preguntas generales*, que se identificaron claramente en la literatura de *Martin Eifert*.<sup>57</sup> El *punto de partida* es preguntarse si la administración ejerció conscientemente su competencia para la decisión final. Si este no es el caso, hay una pérdida de discreción, evaluación o ponderación.

*En segundo lugar*, es necesario aclarar si la decisión se basa en un hecho correctamente establecido. La teoría de los errores en el arbitrio suele registrar típicamente los casos de un insuficiente fundamento de decisión como un déficit de la discrecionalidad (subcategoría de la teoría general de errores o vicios en la discrecionalidad – „allgemeine Ermessensfehlerlehre”),<sup>58</sup> mientras que en el caso de los márgenes de apreciación regularmente se requiere de forma explícita la base de unos hechos correctos,<sup>59</sup> y en la teoría de derecho de planeación de los errores de ponderación es aplicable la categoría del déficit de ponderación. *En tercer lugar*, deben haberse respetado los requisitos legales para el ejercicio del poder de decisión final. De lo contrario, existe el riesgo de un exceso o un uso indebido del arbitrio, respecto a una deficiencia en la evaluación de ponderación. Paralelamente, también en el caso de las autorizaciones de apreciación, a menudo se examina un exceso del margen de apreciación o mejor un uso indebido de la apreciación.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> Véase *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>17</sup>2019, número de margen 328 y sig. 377 y sig.; véase también *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>19</sup>2017, § 7 número de margen 19 y sig.

<sup>57</sup> *Eifert*, ZJS 2008, 336 (342 y sig.); con referencia a la elaboración fundamental de *Gerhardt*, en: Schoch/Schneider/Bier (eds.), VwGO-Kommentar, 11997, § 114 número de margen 4 y sig.

<sup>58</sup> *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>17</sup>2019, número de margen 332.

<sup>59</sup> Véase *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>19</sup>2017, § 7, párr. 43; véase también *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>17</sup>2019, número de margen 378 y *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, <sup>16</sup>2019, número de margen 774.

<sup>60</sup> Explicitamente *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>17</sup>2019, número de margen 378; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, <sup>16</sup>2019, número de margen 773 y sig.

En esencia, éste es el caso, por ejemplo, del derecho de comprobación (para la asunción o el ejercicio de una profesión), en el que se pregunta por una vulneración de escalas de valoración generalmente reconocidas o consideraciones ajenas.<sup>61</sup>

*En cuarto lugar*, siempre debe respetarse el marco de normas de rango superior. En el centro de todo esto está el principio de proporcionalidad. Esto debe observarse si la administración dispone de una discrecionalidad o margen de apreciación.<sup>62</sup> La teoría del error de ponderación en el derecho de planeación comprende “estimaciones equivocadas” en la compensación de intereses afectados en el ámbito de una desproporcionalidad en la ponderación. En resumen, la teoría de los errores no requiere una separación categórica. En vista de la estructura básica uniforme, hay más razones para asumir una categoría sistemática uniforme.

#### 4. Perspectiva de derecho comparado

Por último, la inspiración genera un análisis jurídico comparativo del reconocimiento de los márgenes de decisión de la administración a nivel del derecho europeo y de otros ordenamientos jurídicos nacionales. Una mirada a otros países europeos, como Francia o Gran Bretaña, deja claro que los márgenes de decisión de la administración para la toma de decisiones se entienden predominantemente de forma unificada como discrecionalidad.<sup>63</sup> La separación categórica entre discrecionalidad administrativa general („Allgemeines Verwaltungsermessen”), discrecionalidad en la planeación („Planungsermessen”) y margen de apreciación („Beurteilungsspielraum”) resulta ser, por tanto, una peculiaridad alemana.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 192017, § 7 número de margen 43.

<sup>62</sup> *Schönenbroicher*, en: Mann/Sennekamp/Uechtritz (eds.), VwVfG-Kommentar, 2019, § 40 número de margen 234.

<sup>63</sup> *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, p. 112, 192 y sig., 235 y sig.

<sup>64</sup> *Kment/Vorwalter*, JuS 2015, 193 (196); cf. también *P.M. Huber*, en: v. Bogdandy/Cassese/Huber (eds.), Handbuch Ius Publicum Europaeum V, 2014, § 73 número de margen 188 y sig., según el cual la diferenciación entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad también puede encontrarse en Austria, Polonia, Suiza y (“probablemente también”) en Italia (Traducción libre).

Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) no diferencia conscientemente entre “discrecionalidad” y “margen de apreciación”, sino que parece asumir un concepto amplio de discrecionalidad que comprende el concepto jurídico indeterminado con margen de apreciación.<sup>65</sup>

En el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), la doctrina del *margen de apreciación* desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH) cubre por igual cualquier ámbito de apreciación, así como de discrecionalidad y, por lo tanto, también se apoya en un entendimiento uniforme.<sup>66</sup> En este contexto, el retorno a una categoría sistemática uniforme de discrecionalidad administrativa constituiría una importante contribución sobre la conectividad de la dogmática alemana con los diferentes niveles del sistema legal europeo.<sup>67</sup>

### III. Conclusión parcial

En resumen, de las líneas de argumentación anteriores, debe propugnarse desde una perspectiva dogmática en favor de una *categoría uniforme de la discrecionalidad administrativa*.<sup>68</sup> En contra de la tradicional separación categórica se indica que ésta no aparece ni históricamente sin alternativa ni teórico-jurídicamente como necesaria. Por otra parte, pueden citarse para una separación sólo gradual, tanto la identidad estructural de la teoría de los errores como una mayor capacidad de conexión con la dogmática a nivel de la Unión Europea (UE).

---

<sup>65</sup> EuGH, 183/84, Slg. 1985, 3351 número de margen 21 y sig. – Rheingold; EuGH, C-12/03 P, ECLI:EU:C:2005:87 número de margen 38 – Tetra Laval; Gerlach, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, p. 127 y sig.; Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, p. 391; Wendel, Verwaltungsmessen als Mehrebenenproblem, 2019, p. 46 y sig.

<sup>66</sup> Instructivamente Ash, The Margin of Appreciation, 2017, p. 2 con nota 2.

<sup>67</sup> Así antes Ludwigs, JZ 2009, 290 (293).

<sup>68</sup> También Jestaedt, en: Ehlers/Pünder (eds.), Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>15</sup>2016, § 11 número de margen 12 y sig.; Ludwigs, JZ 2009, 290 (292 y sig.); Schmidt-Aßmann, en: FS Scholz, 2007, p. 539 (548 y sig.); Scholz, VVDStRL 34 (1976), 145 (167); Wendel, Verwaltungsmessen als Mehrebenenproblem, 2019, p. 23 y sig.

## C. Marcos constitucionales

### I. Garantía de protección judicial efectiva

Si ahora se examinan los marcos constitucionales para el reconocimiento de un margen de decisión de las autoridades administrativas, se presenta como punto de partida la cuestión del anclaje normativo.<sup>69</sup> El lugar central de la cuestión de la densidad de control es, correctamente, el derecho fundamental a una protección jurídica efectiva en virtud de la primera frase del inciso 4 del artículo 19 de la Ley Fundamental. Esto da lugar a una relación de regla-excepción entre el control judicial, por una parte, y los márgenes de maniobra de la administración, por otra parte.<sup>70</sup>

Frente a ello tampoco se puede argumentar que la primera frase del inciso 4 del artículo 19 de la Ley Fundamental simplemente presupone derechos existentes, pero no los establece por sí misma.<sup>71</sup> Esta *desmaterialización* de la garantía de protección jurídica no tiene en cuenta el hecho de que, en el sistema de separación de poderes de la Ley Fundamental, la interpretación final vinculante de las normas, así como el control de la aplicación del derecho, son en principio competencia de los tribunales.<sup>72</sup>

La cuestión de la densidad del control judicial resulta ser un problema tripolar de competencia entre el poder judicial, el poder ejecutivo y el legislativo. Es necesario distinguir entre una perspectiva de control judicial, una perspectiva de gestión legislativa y una perspectiva de acción administrativa.<sup>73</sup> De acuerdo con *Eberhard Schmidt-Aßmann* se puede hablar de una *triada de supuestos constitucionales básicos* resultantes del artículo 19 (4) de la *Ley Fundamental*,<sup>74</sup> que por lo demás no conoce ninguna restricción a determinadas categorías de márgenes de acción oficial.<sup>75</sup> A esto le sigue, *en primer lugar*, la revisión por parte

---

<sup>69</sup> Ludwigs, RdE 2013, 295 (298 y sig.).

<sup>70</sup> BVerfGE 15, 275 (282); BVerfGE 103, 142 (156 y sig.); BVerfG, auto de 8. 12. 2011 - 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694 número de margen 20; también *Schmidt-Aßmann*, en: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, <sup>72</sup>2014, art. 19, apdo. 4, número de margen 181 y sig.; *Schulze-Fielitz*, en: Dreier (ed.), GG-Kommentar, vol. I, <sup>3</sup>2013, art. 19, apdo. 4, número de margen 116.

<sup>71</sup> *Jestaedt*, en: Ehlers/Pünder (eds.), Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>15</sup>2016, § 11 número de margen 38; de acuerdo *Eifert*, ZJS 2008, 336 (336 y sig.).

<sup>72</sup> Ludwigs, RdE 2013, 295 (298 y sig.).

<sup>73</sup> Claramente *Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrrebenenproblem, 2019, p. 68 y sig., 439 y sig.

<sup>74</sup> Fundamental *Schmidt-Aßmann*, en: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, <sup>72</sup>2014, art. 19, apdo. 4, número de margen 180.

<sup>75</sup> BVerfGE 61, 82 (111); conciso BVerfGE 129, 1 (22); *Wendel*, Verwaltungsermessen als

de los tribunales *a la vista de las normas jurídicas*. El control judicial no puede ir más allá del vínculo jurídico material de la administración. *En segundo lugar*, el principio del pleno control jurisdiccional, que se subrayó, se aplica desde un punto de vista jurídico y fáctico. *En tercer lugar*, de estos dos principios resultan a su vez reservas normativas de desviación. La rama ejecutiva no está legalmente subordinada desde el principio, sino que debe ser considerada con sus propias tareas y estructuras de toma de decisiones.<sup>76</sup>

El artículo 19.4 de la Ley Fundamental, es la base de derecho constitucional de protección jurídica individual frente al poder ejecutivo y en consecuencia está en el centro de la protección del derecho procesal administrativo.<sup>77</sup> Esta disposición garantiza la posibilidad de acudir a la vía judicial ante la vulneración de derechos subjetivos por el poder ejecutivo,<sup>78</sup> y la inmanente justiciabilidad de los derechos subjetivos.<sup>79</sup>

## II. Teoría de la autorización normativa („Normative Ermächtigungslehre“)

Cualquier restricción al pleno control judicial de la acción administrativa está determinada, según la opinión prevaleciente en la jurisprudencia y la literatura, por la *teoría de la autorización normativa* („Normative Ermächtigungslehre“). De acuerdo con esto, la garantía de una protección jurídica efectiva no afecta los márgenes de decisión dados por ley. A la luz de la relación de regla/excepción del control judicial, por una parte, y el margen de acción de la administración, por otra parte, debe demostrarse, sin embargo, para cada facultad de actuación, en

---

Mehrrebenenproblem, 2019, p. 31 y sig.

<sup>76</sup> Véase *Schmidt-Aßmann*, en: Schoch/Schneider/Bier (eds.), *VwGO-Kommentar*, <sup>24</sup>2012, *Einl.* número de margen 58.

<sup>77</sup> Así, *Lorenz*, *Verwaltungsprozeßrecht*, 2000, número de margen 8, 9, 13, p. 22, 23, adicionalmente, *Lorenz*, *Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie*, 1973, p. 132, 284 - 286.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> Así *Lorenz*, *NJW* 1977, 865 (870). En este sentido, *Muriel Ciceri*, *Die Übertragung der Abfallentsorgung auf Dritte*, 2006, p. 190, quien indica con remisión a la terminología acuñada por *Lerche* en su contribución “Ausnahmslos und vorbehaltlos geltende Grundrechtsgarantien”, en: *Scholz/Lorenz/Graf v. Pestalozza/Kloepfer/Jarass/Degenhart/Lepsius*, *Ausgewählte Abhandlungen*, 2004, p. 219 (220), que la garantía de protección jurídica y acceso a la vía jurisdiccional es “*núcleo de la indispensabilidad constitucional*” (*Traducción libre*). Asimismo, esta garantía constata como indica *Schmidt-Aßmann*, en: *Maunz/Dürig*, *GG-Kommentar*,<sup>72</sup>2014, Art. 19, apdo. 4, número de margen 1, la realización del principio de Estado de Derecho. *Muriel Ciceri*, *Die Übertragung der Abfallentsorgung auf Dritte*, 2006, p. 190.

qué medida se ha conferido a la autoridad una competencia de decisión final con arreglo al *derecho sustantivo*.<sup>80</sup> La concesión de márgenes de decisión de las autoridades administrativas se considera una tarea asignada al legislador. Empero, al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) también formula límites.<sup>81</sup>

El legislador está obligado por los derechos fundamentales y los principios del Estado de Derecho y la democracia. Por lo tanto, la eficacia garantizada de la protección jurídica no debe verse socavada por un margen de apreciación demasiado amplio o de gran alcance (o, de acuerdo con nuestra categorización “discrecionalidad” en cuanto a los elementos constitutivos de la norma pertinente) para áreas completas del derecho. Más bien, la reducción del control siempre requiere una razón fáctica suficientemente importante. Por otra parte, deben permanecer para los tribunales especializados suficientes posibilidades para ejercer un control sustancial sobre la acción administrativa.<sup>82</sup>

La capacidad de persuasión de la teoría de la autorización normativa deriva de su anclaje en el principio democrático. En principio corresponde al legislador decidir sobre la concesión de márgenes de decisión de la administración. Sin embargo, el enfoque amenaza con llegar a sus límites si de las normas pertinentes no se puede deducir una declaración suficientemente clara. A este respecto, cabe señalar que en la legislación aplicable sólo pueden encontrarse disposiciones explícitas muy aisladas relativas a la concesión de un margen de apreciación (o, de acuerdo con nuestra categorización “discrecionalidad” en cuanto a los elementos constitutivos de la norma pertinente).<sup>83</sup> Por lo tanto, se requiere regularmente un análisis especialmente cuidadoso de la norma, que también puede incluir en casos individuales consideraciones jurídico-funcionales.

---

<sup>80</sup> BVerfGE 49, 89 (133 y sig.); BVerfGE 129, 1 (22); BVerfG, auto de 8. 12. 2011 - 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694 número de margen 23 y sig.; BVerwG, 29.3.2019 - 9 C 4/18, NJW 2019, 3317; *Schmidt-Aßmann*, en: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, <sup>72</sup>2014, art. 19, párr. 4, número de margen 185 y sig. m.w.n.; *Ossenbühl*, en: FS Redeker, 1993, p. 55 (63 y sig.); *Poscher*, en: FS Wahl, 2011, 527 (549 y sig.).

<sup>81</sup> En lo siguiente BVerfGE 129, 1 (22 y sig.); BVerfG, providencia del 8. 12. 2011 - 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694, párr. 25; a continuación, BVerwGE 156, 75, párr. 32.

<sup>82</sup> Último BVerwG, jurisdicción v. 18.9.2019 - 6 A 7/18, número de margen 17 (juris).

<sup>83</sup> Ejemplos de ello son la ley de telecomunicaciones § 10 apdo. 2 frase 2 TKG y la ley antimonopolio § 71 apdo. 5 frase 2 GWB.

### III. Teoría jurídico-funcional

El punto de partida central de la teoría jurídico-funcional („funktionell-rechtlicher Ansatz”),<sup>84</sup> lo conforma la diferente capacidad de las autoridades y los tribunales en la aplicación del derecho. Por lo tanto, debe asumirse que la administración tiene un margen de decisión cuando está funcionalmente en mejores condiciones de concretar las normas. A favor de este planteamiento está la aquí practicable determinación de una distribución *prima facie* de las facultades de decisión final. Al mismo tiempo, sin embargo, es precisamente esta viabilidad lo que constituye el punto central de la crítica.<sup>85</sup>

Un enfoque puramente jurídico funcional implica el riesgo de la arbitrariedad y el consiguiente cuestionamiento de la relación regla-excepción garantizada por la primera frase del inciso 4 del artículo 19 de la Ley Fundamental. Además, las prerrogativas de toma de decisiones del legislador parlamentario estarían amenazadas de erosión. En este contexto, ello sólo puede tratarse una adición, pero no una verdadera alternativa a la teoría normativa de autorización. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) sigue también esta línea. En consecuencia, las consideraciones jurídico-funcionales sólo pueden ser consideradas si el pleno control judicial alcanzara “sin lugar a duda” los límites de las funciones jurisdiccionales.<sup>86</sup>

Con esta limitación a los casos evidentes, el planteamiento encontraría ciertamente su justificación a través de ello.<sup>87</sup> Las normas jurídicas sirven para garantizar la calidad de la resolución de problemas a través de la acción estatal. En este sentido, las consideraciones jurídico-funcionales forman parte integral de la teoría de la autorización normativa.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> Cf. *Poscher*, en: FS Wahl, 2011, 527 (549 y sig.); fundamentalmente *Ossenbühl*, DVBl. 1974, 309 (313); más cercanamente *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, p. 76 y sig. con más referencias.

<sup>85</sup> Convinciente *Jestaedt*, en: Ehlers/Pünder (eds.), Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>15</sup>2016, § 11 número de margen 35.

<sup>86</sup> BVerfGE 129, 1 (23); BVerfG, providencia del 8.12.2011 - 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694 número de margen 26 (Traducción libre).

<sup>87</sup> *Ludwigs*, RdE 2013, 295 (299); a.A. *Kment/Vorwalter*, JuS 2015, 193 (197).

<sup>88</sup> Sobre las líneas de conexión *Schmidt-Aßmann*, en: FS Scholz, 2007, p. 539 (550); *Schoch*, en: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vofßkuhle* (eds.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, vol. III, <sup>2</sup>2013, § 50 número de margen 287; véase también *Ludwigs*, JZ 2009, 290 (295).

#### IV. Déficit de conocimiento real de hecho

El desarrollo más reciente en la dogmática de los poderes de decisión final administrativa es una decisión muy discutida del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) del 23 de octubre de 2018, sobre la limitación de la densidad del control judicial en el derecho de la conservación de la naturaleza.<sup>89</sup>

El Primer Senado llegó a la conclusión de que la primera frase del artículo 19.4 de la Ley Fundamental no obliga a los tribunales a realizar más investigaciones si su control, tras la mayor aclaración posible, alcanza los límites del estado de conocimiento de la ciencia y la práctica de la conservación de la naturaleza. En tales casos de un verdadero *déficit de conocimiento de hecho*, debería permitirse al tribunal que basara su decisión en la evaluación plausible de la cuestión técnica por parte de la autoridad.<sup>90</sup>

Además, se aclara explícitamente que la restricción del control no requeriría ninguna autorización legal para la administración.<sup>91</sup> Correctamente se trataría más bien de un caso de *límites funcionales de la jurisprudencia*. Si una valoración judicial no ofrece una mayor garantía de exactitud que los supuestos de la administración que se examinan, la función como control del ejecutivo ya no puede ejercerse razonablemente.<sup>92</sup>

También se ha preguntado en la literatura si las autorizaciones legales de intromisiones en los derechos fundamentales no implican *per se* una autorización de decisión en el caso de circunstancias fácticas que de hecho no pueden ser aclaradas por los tribunales.<sup>93</sup> Si este es el caso, se volvería a construir un puente entre la teoría jurídico-funcional y la teoría de la autorización normativa.

---

<sup>89</sup> BVerfGE 149, 407; *Dolde*, NVwZ 2019, 1567; *Eichberger*, NVwZ 2019, 1560; *Gassner*, DVBl. 2019, 1370; *Muckel*, JA 2019, 156; *Reinhardt*, NVwZ 2019, 195; *M. Schröder*, EurUP 2019, 91; *Sachs*, JuS 2019, 184.

<sup>90</sup> BVerfGE 149, 407 número de margen 18 y sig., cita literal en el número de margen 20; véase también número de margen 24.

<sup>91</sup> BVerfGE 149, 407, número de margen 17, 23.

<sup>92</sup> *M. Schröder*, EurUP 2019, 91 (93 y sig.).

<sup>93</sup> *Sachs*, JuS 2019, 184 (185).

## D. Conclusiones

En resumen, debe afirmarse que la cuestión de la densidad del control judicial es un tema permanente de actualidad ininterrumpida en el derecho administrativo alemán. El derecho alemán puede servir de apoyo al derecho administrativo colombiano. Dogmáticamente, hay varios argumentos a favor de una reconducción a una categoría sistemática uniforme de discrecionalidad administrativa. Desde una perspectiva constitucional, la garantía de una protección jurídica efectiva en virtud de la primera frase del párrafo 4 del artículo 19 de la Ley Fundamental establece límites a la derivación de competencias oficiales de decisión final. La teoría normativa de autorización, complementada por un componente jurídico-funcional, ofrece un enfoque adecuado para identificarlos. Además, tanto las nuevas figuras jurídicas de la discrecionalidad regulatoria („Regulierungsermessen”) como los déficits reales de conocimiento de hecho, así como los desafíos –en gran medida aquí excluidos– del derecho europeo,<sup>94</sup> muestran que la cuestión de la “última palabra” probablemente seguirá también ocupando intensamente la ciencia administrativa alemana en el futuro.

---

<sup>94</sup> Ludwigs, DÖV 2020, 405 (412 y sig.).