

La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

Víctor Sebastián Baca Oneto*

SUMILLA

En el presente artículo el autor, tomando en consideración la “Sentencia Callegari” del Tribunal Constitucional, realiza un análisis sobre el concepto de discrecionalidad que se encuentra en el quehacer de la administración. Pero no solo ello sino que además revisa este concepto tanto a la luz de las facultades del legislador como del juez. Teniendo en cuenta la relación que tiene la idea de discrecionalidad con los conceptos jurídicos indeterminados, la arbitrariedad, la falta de motivación e incluso la discrecionalidad política.

1. A modo de justificación

Entre las muchas frases que se han utilizado para intentar definir al Derecho Administrativo, hay una, generalmente atribuida a la inspirada pluma de GONZÁLEZ NAVARRO¹ y repetida frecuentemente por RODRÍGUEZ ARANA², que particularmente me gusta: “Es el Derecho del Poder para la libertad”. Efectivamente, se trata de una rama del Derecho que tiene como sujeto a la Administración, cuya actuación se busca que sea eficaz, pero que al mismo tiempo asume la perspectiva de los derechos del administrado, cuya libertad se pretende garantizar frente al Poder público, como elemento básico de todo Estado de Derecho. En tal contexto, tiene una importancia excepcional el estudio de la discrecionalidad y la arbitrariedad, como piedra de toque que nos permite juzgar el éxito del empeño del Derecho administrativo para reducir el ámbito de las inmunidades del Poder, a las que hacía referencia GARCÍA DE ENTERRÍA hace ya varias décadas³.

Por tanto, el estudio de la discrecionalidad es un pilar fundamental en el edificio del Derecho

Administrativo peruano, para lo cual sin duda alguna nos pueden servir los estudios doctrinales que se han realizado en otros ordenamientos jurídicos. Sin embargo, es preciso también analizar lo que nuestros Tribunales han dicho al respecto, pues sin llegar a la conocida afirmación de Álvaro D’ORS, para quien “Derecho es lo que aprueban los jueces”, es evidente que no se puede analizar una categoría jurídica de espaldas a lo que diga la jurisprudencia. Por tanto, el objeto de estudio en este trabajo es la discrecionalidad, pero la perspectiva no es únicamente dogmática, sino a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional (TC) que se han pronunciado al respecto; especialmente la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 5 de julio de 2004, recaída en el Expediente N° 009-2004-AC/TC (Juan Carlos Callegari Herazo, en adelante, la Sentencia Callegari), que frontalmente aborda su definición y algunos de los temas más controvertidos, como la relación entre arbitrariedad y falta de motivación⁴. Aunque a lo largo de nuestra exposición citaremos otras sentencias del TC, ésta nos servirá de hilo conductor, para evitar perdernos en un casuismo exagerado.

* Abogado por la Universidad de Piura. Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Profesor ordinario de Derecho administrativo, Director de Programa Académico en Campus Lima y Director de la Maestría en la Universidad de Piura. Profesor de Derecho administrativo 1 en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro de la Comisión de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI. Jefe del área de Derecho Administrativo del Estudio Ferrero Abogados.

¹ GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*, I, EUNSA, Pamplona, 1987, p. 123.

² Véase, entre otros, RODRÍGUEZ ARANA, J., “El Derecho administrativo en el siglo XXI”, En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña* 13, 2009, p. 638.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos”, *RAP* 38, 1962, p. 159 y ss.

⁴ La bibliografía peruana sobre la discrecionalidad administrativa no es extensa, aunque es preciso citar al trabajo de ZEGARRA

Finalmente, en la medida en que la sentencia arriba citada se refiere a las clases de discrecionalidad, e incluye dentro de éstas a la “discrecionalidad política”, es necesario abordar el alcance de ésta y el reconocimiento de los actos políticos en el Perú, como ámbito de ejercicio del Poder exento de control jurisdiccional. Hace ya diez años obtuve la suficiencia investigadora, previa a la tesis doctoral, con un trabajo sobre los actos de gobierno y su relación con la discrecionalidad, y ésta era una ocasión que no podía desaprovechar para echar una nueva mirada sobre mis viejas reflexiones, para ver si las confirmaba o si era necesario rectificarme. Es preciso, sin embargo, recordar lo que entonces advertimos, que sigue siendo cierto, respecto a que en las páginas que siguen no será posible encontrar el Santo Grial de la discrecionalidad, aunque, como en las viejas novelas de caballería, esperamos poder dar algunas pistas para su búsqueda, que en sí misma es un objetivo. Con estas advertencias previas, el lector ahora tiene en sus manos mis conclusiones, que solo pueden empezar recordando que el Estado de Derecho (el *rule of law* anglosajón) puede resumirse en la sumisión de los órganos ejecutivos al control del Poder judicial⁵.

2. Breve exposición de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Callegari

En la Sentencia Callegari se resuelve el recurso de amparo presentado ante la resolución por la cual se le pasó a situación de retiro por causal de renovación, y en ella el TC establece una serie de reglas aplicables para casos futuros (*prospective overruling*), aunque para el demandante, respecto de quien se consideró la acción improcedente.

Respecto a los actos discrecionales, el TC afirma que en estos casos “los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la Ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo” (§8). Es decir, se refiere a una “libertad” y a cierta “indeterminación” normativa como elementos de la discrecionalidad.

Esta discrecionalidad puede clasificarse, según los “grados de arbitrio concedidos”, en mayor, intermedia y menor (§9). En la primera, el margen de arbitrio no se encuentra acotado o restringido

por concepto jurídico alguno, por lo que el ente administrativo dotado de ella se encuentra “en la libertad de optar plenamente”.

En consecuencia, esta discrecionalidad estaría sometida esencialmente al control político, y solo residualmente al control jurisdiccional, “en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales”. La discrecionalidad intermedia “es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión”, afirmando más adelante el TC que el interés público cumple esta función. Los conceptos jurídicos indeterminados serían aquellos en donde el derecho “concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada”. Finalmente, la discrecionalidad menor “es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la Ley”.

Siempre según el TC (§9), son cuatro los ámbitos en los cuales puede ejercerse la discrecionalidad (en alguna de sus tres manifestaciones previas): la discrecionalidad normativa, por la cual se dictan reglamentos (institucionales, ejecutivos y autónomos); la planificadora, entendida como “el arbitrio para la selección de alternativas de soluciones en aras de alcanzar racionalidad y eficiencia administrativa”; la política, que es “el arbitrio de la determinación de la dirección y marcha del Estado”, que opera en el ámbito de la denominada “cuestión política”, y para la cual se cuenta con el mayor grado de arbitrio o libertad para decidir y se refiere a las funciones vinculadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del Poder gubernamental, aplicándose “en asuntos vinculados con la política exterior y las relaciones internacionales, la defensa nacional y el régimen interior, la concesión de indultos, la conmutación de penas, etc.”; y la discrecionalidad técnica, que “se define como el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico”.

VALDIVIA, D., “Control judicial de la discrecionalidad administrativa: viejo problema y nuevos ex cursus (sus alcances en la doctrina española)”, En: *Revista de Derecho administrativo CDA* 1, 2006, p. 33 y ss.

⁵ DICEY, “The law of the Constitution”, 2ª edición, 1886, p. 401; citado por PÉREZ OLEA, M., en su *Estudio Preliminar* al trabajo de WADE, H. W. R., *Derecho Administrativo*, traducción de Mariano BAENA DEL ALCAZAR y Elena BARDÓN FERNÁNDEZ, IEA, Madrid, 1971, p. XII.

El TC más adelante dice que la discrecionalidad (aunque no lo dice, ¿se debería entender que se refiere a la intermedia?) *“opera cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público [...] Es decir, la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometida solo al examen de las circunstancias relevantes que concurren en cada caso”* (§11). A partir de este concepto de discrecionalidad, la vincula con la motivación, pues la primera exigiría la segunda. En palabras del TC: *“el ejercicio de una potestad discrecional debe acompañarse de una motivación que muestre puntualmente el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta [...] Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito sine qua non de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad”* (§11).

La contrapartida de la discrecionalidad, permitida por el ordenamiento jurídico, sería la arbitrariedad, presente cuando una decisión es contraria a la razón, *“entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no solo por principios de pura razón, es esencialmente antijurídica”* (§12). Según el TC, *“el concepto de arbitrario aparece tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”* (§12). En consecuencia, sería un principio general del Derecho el principio de interdicción de la arbitrariedad, según el cual ésta última aparece como el reverso de la justicia y el derecho, o como *“lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo”*.

Por tanto, la discrecionalidad excluye la arbitrariedad, la decisión *“porque sí”*, lo que lleva al TC a afirmar que *“en la discrecionalidad de grado intermedio y menor, el órgano jurisdiccional tiene como cuestión crucial la motivación—elemento inherente al debido proceso, que desarrollamos*

más adelante—, de la que depende esencialmente la legitimidad de ejercicio de todo poder, y es, por ello, inexcusable e irrenunciable, tal como lo prueba la categórica prohibición constitucional de todo uso arbitrario de aquél. Asimismo, dada una motivación, es decir, una razón de la elección, ésta debe ser plausible, congruente con los hechos, en los que necesariamente ha de sustentarse, sostenible en la realidad de las cosas y susceptible de ser comprendida por los ciudadanos, aunque no sea compartida por todos ellos. No basta, como es obvio, cualquier explicación que la Administración convenga en dar en el momento de la obligada rendición de cuentas; éstas han de ser, en todo caso, debidamente justificadas” (§13).

Resumiendo lo que hasta aquí ha sido su argumentación, afirma el TC que *“en buena cuenta, la discrecionalidad queda sujeta a las siguientes limitaciones: a) en los casos de los grados de discrecionalidad mayor la intervención jurisdiccional se orienta a corroborar la existencia, el tiempo de ejercicio permitido, la extensión espacial y material, así como la forma de manifestación jurídica constitucional o legal de dicha prerrogativa de la libre decisión y el cumplimiento de las formalidades procesales; b) en los casos de los grados de discrecionalidad intermedia y menor aparecen adicionalmente los elementos de razonabilidad y proporcionalidad”* (§15). En el caso de esta última, sostiene, *“la prescripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte”*. Estas razones deben adecuarse a la realidad, y entre ellas y la decisión debe existir una coherencia lógica, que debe ser verificada por los Tribunales.

A continuación, el TC se refiere al debido proceso, como uno de los derechos de los administrados, y recuerda que de acuerdo a la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento administrativo general (LPAG) el derecho al debido procedimiento administrativo incluye el derecho a obtener una resolución motivada. Refiriéndose a la motivación, cita la sentencia que estamos glosando expresamente a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cuando afirman que *“la motivación es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un requisito meramente formal, sino de fondo”*. A partir de este reconocimiento, concluye el TC que *“que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando*

solo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión” (§34). Es decir, la falta de motivación conlleva la arbitrariedad de la decisión.

3. El concepto de discrecionalidad, como margen de apreciación frente al legislador y (en consecuencia) como margen de apreciación frente al juez

¿Qué es la discrecionalidad? Siguiendo a BULLINGER, es posible definirla, de modo general, como “el margen de libertad que se deriva para la Administración Pública cuando su actuación no está completamente determinada por una Ley ni puede ser totalmente revisada por un Tribunal”⁶.

Esta definición, si bien pone de relieve la doble faceta de la discrecionalidad (“margen de libertad” frente al legislador y “margen de libertad” frente al juez), está lejos de aclarar su sentido, puesto que simplemente cambiaría la pregunta, que quedaría planteada del siguiente modo: ¿en qué

consiste ese “margen de libertad” que constituye la actividad discrecional? Por lo tanto, aunque sin pretensión alguna de agotar la materia, a continuación intentaremos precisar el contenido de este “margen de libertad” frente al legislador y frente al juez que define a la discrecionalidad.

3.1. La discrecionalidad como “margen de libertad” frente al legislador

El que la discrecionalidad suponga un “margen de libertad” de la Administración frente al legislador implica que éste no predetermina rigurosamente la actuación (tanto normativa como no normativa) de aquélla. No obstante, es necesario precisar que solo en sentido figurado es posible hablar de la discrecionalidad como “libertad”, puesto que aquélla es una consecuencia del ordenamiento, no un dato previo a éste⁷. La “libertad” de la Administración frente al ordenamiento, como indicábamos líneas arriba, no puede ser igual a la de los particulares, ya que, en tanto es un poder público, ha sido constituida por el ordenamiento jurídico, por lo que estará positivamente vinculada a él⁸. Así debería ser interpretado lo establecido en la Sentencia Callegari, cuando

⁶ BULLINGER, M., “La discrecionalidad de la Administración pública. Evolución, funciones, control judicial”, En: *La Ley*, VII, 1986, p. 896. El texto literal de la cita ha sido tomado de la traducción del original alemán realizada por Mariano MAGIDE, por contener una errata el texto de la versión española publicada en la revista *La Ley*. Véase MAGIDE, M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2001, p. 247. En el mismo sentido, sobre la doble vertiente de la discrecionalidad administrativa, véase, hace casi ochenta años, el trabajo de Roger BONNARD, “Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir”, *Revue du Droit Public*, 1923, pp. 365 y 366.

⁷ Con su habitual claridad, el profesor GARCÍA-TREVIJANO FOS sostenía que la libertad es distinta de la discrecionalidad, puesto que mientras el particular puede realizar todo lo no prohibido, la Administración puede realizar solo lo permitido. Por tanto, la libertad y la discrecionalidad son dos conceptos distintos: “la libertad es un concepto anterior a cualquier actuación jurídica, mientras que la discrecionalidad es una valoración de una actuación jurídica”. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, p. 419. En un sentido similar, Manuel CLAVERO ARÉVALO distingue entre la discrecionalidad y el principio de la autonomía de la voluntad, pues “éste supone libertad de actuación en lo no prohibido por Ley; aquélla supone libertad de actuación cuando la Ley autoriza dicha libertad”. Véase CLAVERO ARÉVALO, M. F., “La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo”, *RAP* 7 (1952), p. 89.

⁸ En contra, y defendiendo una vinculación “estratégica” o “relacional en función de fines objetivos”, como consecuencia de que la Ley no regula con intensidad ciertas situaciones jurídicas, limitándose a finar límites externos a la Administración pública, o a establecer simples apoderamientos o habilitaciones, véase PAREJO ALFONSO, L., “Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias”, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 72, 96 y ss, y también en la nota 12, pp. 38-41; y SÁNCHEZ MORÓN, M., “Discrecionalidad administrativa y control judicial”, Tecnos, Madrid, 1994, p. 103 y ss. Sostiene este autor que, si bien “no hay ámbito material de esa actuación que no esté vinculado a la Ley y al derecho, es decir, que esté exento de valoración en derecho (...) la cuestión radica en el modo y la intensidad de esa vinculación” (p. 104). Al respecto, afirma que se ha puesto de relieve “que no es posible entender que nuestro ordenamiento confirme un criterio general de vinculación positiva a la Ley y al derecho” (p. 105). Fundamenta esta vinculación negativa en que es la propia Constitución la que le confiere estas “potestades originarias” a la Administración. Como ejemplo de estas potestades, que no derivan de la Ley, considera a los reglamentos independientes y la existencia de Leyes que contienen meros apoderamientos legales de competencia administrativa. Sin embargo, cabría preguntarle al profesor SÁNCHEZ MORÓN si la Constitución no forma parte también del ordenamiento al cual está vinculada la Administración. Por tanto, para defender la existencia de una vinculación negativa sería necesario demostrar que ésta se da no solo en la relación entre la Administración y la Ley, sino entre la Administración y el ordenamiento jurídico, del cual forma parte la Constitución. El tema de la naturaleza de la vinculación de la Administración al Derecho ha sido puesto nuevamente sobre el tapete por Margarita BELEDIEZ ROJO, quien sostiene que la vinculación positiva no constituye una exigencia necesaria del principio de legalidad, tal y como está recogido en la Constitución española. En consecuencia, la Administración solo estaría positivamente vinculada al Derecho cuando exista una reserva de Ley, cuando su actuación incida sobre la libertad de los ciudadanos o cuando así lo exijan los principios de seguridad jurídica, de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el principio de igualdad. Véase BELEDIEZ ROJO, M., “La vinculación de la Administración al Derecho”, *RAP* 153 (2000), p. 315 y ss. No obstante, siempre sería posible preguntarse si existe alguna actuación de la Administración fuera de estos supuestos. En nuestro Derecho, VIGNOLO CUEVA (*Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa, pro manuscripto*, próximo a ser publicado por la editorial Palestra) ha defendido también que la Administración está constitucionalmente habilitada para actuar cumpliendo órdenes del legislador o tomando decisiones que no son directamente adoptadas por éste, con lo cual convivirían la vinculación positiva (en todas aquellas materias reservadas

entiende que la discrecionalidad implica “libertad”. Por tanto, la discrecionalidad es consecuencia de una “remisión normativa consciente [...] al contrario de lo que acaece con los sujetos privados, a los que la Ley no hace sino restringir una situación de libertad originaria y expansiva [...], la Administración carece per se de libertad para actuar autoritariamente, limitando las esferas jurídicas de los particulares: no hay aquí libertad, sino estrictamente los poderes que la Ley confiera [...] Por ello, la discrecionalidad no puede entenderse, como era frecuente antaño, como la consecuencia de una laguna de la Ley, cuyo silencio hacia entrar en juego la libertad de la Administración, sino como el resultado de una decisión deliberada: la Administración posee potestad discrecional no porque la Ley calle, sino porque la Ley quiere”⁹.

Así, la atribución de potestades discrecionales a la Administración no se produce como consecuencia de una “no regulación” o de una “deficiente regulación” realizada por el legislador¹⁰. La discrecionalidad, en primer lugar, no nace de una “no regulación”, porque siempre deriva, explícita o implícitamente, del ordenamiento jurídico. Por otro

lado, la discrecionalidad no consiste tampoco, al menos no esencialmente, en una “no regulación detallada” o en una “deficiente regulación”, puesto que la falta de detalle en la regulación no tiene por qué implicar una atribución a la Administración, y no a los jueces, de las facultades para concretarla¹¹.

Como se ha indicado más arriba, la Sentencia Callegari entiende que hay discrecionalidad cuando la norma “no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo”. Sin embargo, esto no debe ser interpretado de modo que nazca de un defecto o vacío de la Ley, sino que lo hace a partir de una atribución expresa de ésta, que decide otorgar una competencia a la Administración sin predeterminar completamente su contenido o los supuestos en que cabe ejercerla. Por tanto, la discrecionalidad no es producto de los defectos de la regulación¹², sino de la existencia de normas que autorizan a la Administración a tomar una decisión configuradora y creativa, ponderando los diferentes intereses en juego, dentro del marco del ordenamiento jurídico¹³, donde no solo encuentra su límite, sino también su orientación¹⁴.

constitucionalmente a la Ley tales como la libertad ciudadanas, exigencias provenientes de la seguridad jurídica, o aplicaciones del Principio de igualdad) y el reconocimiento de la discrecionalidad, “como un margen legítimo y necesario para la actuación administrativa en determinadas situaciones o conseguir objetivos específicos”. Es decir, la discrecionalidad sería un ámbito fuera de la vinculación positiva, posición que no compartimos, y a la que en cualquier caso cabría hacerle la misma objeción que a BELADIEZ ROJO, pues si se requiere Ley cuando la actuación administrativa actuación incida sobre la libertad de los ciudadanos o cuando así lo exijan los principios de seguridad jurídica, de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el principio de igualdad, ¿cabe acaso imaginar un supuesto de ejercicio de potestades discrecionales que no la requiera?

⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Fundamentos de Derecho administrativo”, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988 (la cursiva es nuestra). En idéntico sentido, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T. R., “Curso de Derecho administrativo I”, 13ª edición, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 459 y 460; y MOZO SEOANE, A., “La discrecionalidad de la Administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal”, 1894-1983, Montecorvo, Madrid, 1985., cit., pp. 353 y 354.

¹⁰ En este caso, no utilizamos el término “legislador” en sentido estricto, como aquél sujeto que tiene atribuida la potestad de dictar normas con rango de Ley; sino, más genéricamente, como aquél sujeto capaz de dictar normas jurídicas que se integren en el ordenamiento. Hacemos esta precisión porque las potestades discrecionales pueden ser atribuidas a la Administración por la Constitución (en el caso de los órganos con potestad reglamentaria conferida directamente por ésta), por las Leyes, e incluso por los reglamentos administrativos habilitados para ello (cuando estos, a su vez, le otorgan a la Administración encargada de dictar el acto administrativo no normativo la posibilidad de valorar diversos intereses al momento de tomar su decisión concreta).

¹¹ En este sentido, véase BULLINGER, M., “La discrecionalidad...” cit., p. 898.

¹² Esto ya fue puesto de manifiesto por Manuel CLAVERO ARÉVALO a principios de los años cincuenta, al distinguir entre lagunas legislativas y discrecionalidad, puesto que “la potestad discrecional no es para la Administración lo que la autonomía de la voluntad es para los particulares. Es axioma del estado de Derecho que toda actividad administrativa, sea discrecional o reglada, ha de tener por base más o menos directa un texto legal. De esta manera, la potestad discrecional no supone ausencia de Ley, sino precisamente Ley que la consagra”. CLAVERO ARÉVALO, M. F., “La doctrina...”, cit., p. 62 (la cursiva es nuestra). En contra, y tan solo unos años antes, se manifestaba el recientemente fallecido Laureano LÓPEZ RODÓ, quien afirmaba que “la discrecionalidad puede darse: bien en caso de ausencia de precepto legal; bien cuando, habiendo precepto, éste da lugar a un juicio disyuntivo entre varias soluciones posibles lícitas; bien, por último, cuando el propio precepto conceda expresamente facultades discrecionales”. LÓPEZ RODÓ, L., “La discrecionalidad de la Administración en el Derecho español”, *REVL* 34 (1947), p. 492 (la cursiva es nuestra). Más adelante, el profesor LÓPEZ RODÓ definirá a la discrecionalidad como “el ejercicio de la capacidad de un órgano administrativo en cuando no está determinada legalmente, puesto que la indeterminación legal hace surgir la posibilidad de varios actos lícitos entre los que hay que escoger” (*Ibidem*, p. 493, en cursiva en el original).

¹³ Solo en este sentido es posible interpretar la posición de Manuel BELTRÁN DE FELIPE, cuando afirma que “la discrecionalidad es una no regulación detallada, a veces incluso una no regulación, una regulación principal o mediante estándares de determinadas decisiones. Consiste pues en un vacío cuya concreción está constitucionalmente atribuida a la Administración bajo el control de los Tribunales, control que solo podrán ejercer cuando el Derecho les ofrezca criterios para ello”. BELTRÁN DE FELIPE, M., “Discrecionalidad administrativa y Constitución”, *Tecnos*, Madrid, 1995, p. 174. Este autor, pese a referirse constantemente a la discrecionalidad como un “hueco normativo”, acepta expresamente la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento (*Ibidem*, p. 175) y se refiere en múltiples ocasiones a la discrecionalidad como una “habilitación normativa” (así, por ejemplo, *Ibidem*, pp. 166 y 196) o como la consecuencia de una reserva normativa (*Ibidem*, p. 204). También hay que interpretar en

Como consecuencia de lo hasta ahora expuesto, no es sorprendente que consideremos como válido el concepto de discrecionalidad propuesto por Mariano MAGIDE, quien la define como una *"remisión parcial, de acuerdo con los límites constitucionalmente establecidos al respecto, que el Poder legislativo hace a la Administración pública para que ésta contribuya al paulatino proceso de determinación del interés general a partir de la ponderación de los intereses particulares y colectivos en presencia"*¹⁵.

Esta definición tiene indudables ventajas, la primera de las cuales es que nos permite enfocar la actuación discrecional desde el punto de vista de la relación entre el Parlamento y la Administración y, al mismo tiempo, deducir los límites de su control jurisdiccional. Por otro lado, deja claro que la discrecionalidad surge de una remisión normativa, y no de una indefinición legal. Finalmente, pero principalmente, la discrecionalidad queda configurada como la atribución a la Administración de la facultad de *ponderar*¹⁶ entre diversos intereses en conflicto, determinando, basándose en consideraciones no jurídicas, cuál es el más conveniente para la consecución del interés general. La existencia de estas consideraciones "no jurídicas" en la decisión administrativa es lo que explica la segunda vertiente de la discrecionalidad: el "margen de libertad" frente al juez¹⁷.

3.2. La discrecionalidad como "margen de libertad" frente al juez. Las reglas del control jurisdiccional de la discrecionalidad

La actividad discrecional fue definida, en un principio, como aquella actividad de la Administración que no podía ser controlada por los Tribunales de modo alguno. Sin embargo, esta exención del control jurisdiccional de un ámbito tan importante de la actividad administrativa fue paulatinamente abandonada¹⁸, imponiéndose el criterio según el cual no existen *actos discrecionales*, sino únicamente *elementos discrecionales* de los actos administrativos, que coexisten con elementos reglados, que sí pueden ser controlados jurisdiccionalmente. En la actualidad, nadie duda de que la actividad discrecional de la Administración pueda ser controlada por los jueces, con lo que se resolvería el problema de la *extensión del control judicial*. Sin embargo, faltaría aún determinar cuál debe ser la *profundidad* de este control¹⁹, esto es, la definición del "margen de libertad" del que goza la Administración frente al juez en su actuación discrecional.

Para enfrentar con éxito este problema es necesario partir desde el concepto mismo de discrecionalidad, llamando especialmente la atención sobre dos elementos de éste. En primer lugar, como hemos visto, la Administración, cuando ejerce una potestad discrecional, valora entre los

este sentido la afirmación de Eva DESDENTADO de que "no hay lugar para la discrecionalidad dentro del Derecho, sino solo fuera de él" (*Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 43). Entendemos que la autora pretende explicar que en su actividad discrecional la Administración emplea, al valorar sus decisiones, criterios no jurídicos, los cuales no pueden ser controlados por los jueces. Así, y creemos interpretar correctamente esta frase, potencialmente peligrosa fuera de contexto, la autora sostiene que no existe discrecionalidad dentro del Derecho porque los criterios jurídicos pueden ser controlados sin limitación alguna por los jueces; y no pretende defender la existencia de una vinculación negativa de la Administración al Derecho, en tanto la actuación de aquélla se produce al margen de éste. El planteamiento de Eva DESDENTADO, así como la afirmación de BELTRÁN de que la afirmación de la discrecionalidad es *ajurídica* (*Discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 175), se explicarían desde el punto de vista de la relación entre la Administración y el juez, en tanto los argumentos utilizados por la Administración para tomar su decisión no son jurídicos, y por tanto no pueden ser sustituidos por el Juez, pero no desde la perspectiva de la relación entre la Administración y el legislador.

¹⁴ MAGIDE, M., "Límites constitucionales...", cit., p. 253.

¹⁵ *Ibidem*, p. 252. Es posible percibir un antecedente de la posición de Mariano MAGIDE en las afirmaciones de GARCÍA-TREVIJANO FOS, para quien, cuando la norma realiza una determinación imprecisa del interés general, dejando está a cargo de la Administración, existe discrecionalidad administrativa, "que supone una ponderación comparativa de intereses, es decir, la existencia de dos o tres puntos de valoración, de los cuales la Administración toma uno". GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., "Tratado...", I, cit., pp. 418, 419 y 422 (el entrecomillado ha sido tomado de ésta última). Aún más radical en sus afirmaciones es Manuel MARTÍN GONZÁLEZ, para quien la discrecionalidad implica no "determinación imprecisa", sino "indeterminación" del interés general, pues la norma se limita a facultar a la Administración para que, en cada caso concreto, valore lo que debe entenderse como tal. MARTÍN GONZÁLEZ, M., "El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos", *RAP* 54 (1967), p. 275.

¹⁶ "...entendido por tal la operación consistente en "balancear" las diversas razones concurrentes en un caso para determinar cuál(es) es (son) la(s) que debe(n) prevalecer". ATIENZA, M., "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", *REDA* 85 (1995), p. 23. Sobre el concepto y utilidad de la ponderación como un método jurídico, véase la obra de José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, "La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo", Marcial Pons, Madrid, 2000, *passim*.

¹⁷ En Derecho peruano, la definición propuesta por ZEGARRA VALDIVIA ("Control judicial...", cit., p. 40) no es muy distinta a la nuestra, poniendo igualmente el énfasis en la relación entre la actividad administrativa y la Ley.

¹⁸ Sobre esta evolución, véase DUEZ, P., "Les actes de gouvernement", *Dalloz*, París, 1935, p. 194 y ss.

¹⁹ En este sentido, PAREJO ALFONSO, L., "Administrar...", cit., p. 22; y DE LA RIVA, I., "Algunas reflexiones en torno al bien común y la discrecionalidad administrativa", *RARAP* 258 (2000), p. 10.

diversos intereses en juego, escogiendo aquél que, ya sea por motivos técnicos, económicos, ambientales o científicos, considere más adecuado para la satisfacción del interés general. Por tanto, la discrecionalidad implica la atribución a la Administración de la facultad de escoger entre diversos criterios o motivos para, finalmente, decidir en uno u otro sentido²⁰. Así, la motivación, como expresión de las razones que han llevado a actuar a la Administración, no es una exigencia externa de la actuación discrecional (o un límite externo), sino la expresión de un elemento interno e inescindible de dicha actuación, en tanto la Administración no solamente elige entre las diversas opciones posibles, sino entre distintos criterios de decisión²¹. De allí la extraordinaria

importancia que reviste este elemento en el control de la discrecionalidad²².

Por otro lado, es necesario también tener en cuenta una segunda característica de la actividad discrecional, en cierto modo ya enunciada en las líneas anteriores. La Administración, al ponderar los diversos intereses en conflicto, fundamenta su decisión en criterios extra-jurídicos (políticos, ambientales, técnicos, etc.)²³, o “de oportunidad”. Los Tribunales, por su parte, y al respecto existe acuerdo doctrinal, solo pueden fundamentar su posición en argumentos jurídicos, proporcionados por el Derecho²⁴. Por tanto, el control judicial estará limitado por este carácter extra-jurídico de ciertos elementos de la actividad discrecional²⁵.

²⁰ Véase DÍAZ LEMA, J. M., “Subvenciones y crédito oficial en España”, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1985, p. 143, para quien “el aspecto sustancial de la discrecionalidad radica, por tanto, en la libre fijación administrativa (y subjetiva, por parte del funcionario que decide) de los criterios, de los motivos, que a continuación tiene en cuenta para decidir en uno u otro sentido. Conceptualmente, puede distinguirse entre la motivación y la decisión, aunque en la práctica se confunden, poniéndose todo el acento en que la discrecionalidad permite decidir en uno u otro sentido, sin advertir que esto no es más que una consecuencia de lo realmente esencial de la discrecionalidad: la determinación de los motivos de decisión por la propia Administración, previa autorización contenida en la norma”. Esta misma idea puede encontrarse esbozada ya en la posición del profesor Manuel MARTÍN GONZÁLEZ, cuando, por ejemplo, afirma que se atribuye a la Administración la facultad de designar para cubrir determinada vacante al funcionario “más idóneo”, ésta puede elegir entre considerar como tal “al intelectualmente mejor dotado” o “al que tenga más experiencia”, pues “es en esa libertad de elección de los medios de valoración del más idóneo donde reside el poder discrecional”. MARTÍN GONZÁLEZ, M., “El grado de determinación...”, cit., pp. 254 y 255. También puede encontrarse cierta similitud entre nuestra posición y la definición de la discrecionalidad como “unidad de medida prefabricada por la propia Administración” que defiende José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, en su “Tratado...”, cit., p. 424. Por otro lado, aunque este autor se refiere a los “medios” y no a los “criterios”, existe cierta similitud entre nuestra posición y el concepto de “discrecionalidad estratégica” de Juan IGARTUA SALAVERRÍA, que nace, según él, cuando las disposiciones jurídicas no prescriben cuál medio, de entre todos los que permiten alcanzar el fin previsto por la norma, ha de adoptarse. IGARTUA SALAVERRÍA, J., “Principio de legalidad, conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa”, REDA 92 (1996), p. 544. También Mariano BACIGALUPO, siguiendo a Hans Joachim KOCH, acepta que la discrecionalidad consiste en la adopción por parte de la Administración de los criterios finalmente determinantes de la aplicación o no de una consecuencia jurídica u otra. BACIGALUPO, M., “La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)”, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 189. Finalmente, podría también encontrarse un antecedente de esta posición en las afirmaciones del profesor BONNARD, para quien existe discrecionalidad cuando la Ley no determina los motivos de la decisión administrativa. BONNARD, R., “Le pouvoir discrétionnaire...”, cit., pp. 378 a 386 y 389 a 390. Sin embargo, mientras que para este autor, como para la generalidad de la doctrina francesa, los motivos se identifican con las situaciones de hecho que justifican la decisión (Ibidem, p. 369), a lo largo de este trabajo se utiliza este término en un sentido más amplio, como los argumentos que esgrime la Administración para justificar su decisión.

²¹ Tradicionalmente se ha definido la discrecionalidad como la posibilidad de la Administración de elegir entre varias opciones jurídicamente indiferentes (en este sentido, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lucha contra las inmunidades...”, cit., p. 172 y, más recientemente, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ T. R., “Curso...” I, cit. p. 464). Sin embargo, consideramos necesario poner el énfasis en que la Administración escoge los criterios que van a guiar su actuar, elige las motivaciones concretas que concluyen en su actuación. En cierto sentido, esta posición es asumida por Tomás Ramón FERNÁNDEZ cuando afirma que “la Administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato, el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a un número mayor de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro es suderecho, pero razonar el porqué de su elección es su deber, su inexcusable deber”. FERNÁNDEZ, T. R., “De la arbitrariedad de la administración”, 3ª edición, Madrid, 1999, pp. 162, 247 y el texto citado en la nota 24 (el entrecomillado en p. 162).

²² Si bien no ha sido el primero en poner de manifiesto la importancia de la motivación en la actuación administrativa, en especial en la actividad administrativa discrecional, es Tomás Ramón FERNÁNDEZ el principal adalid de su exigencia. Véase al respecto su libro *De la arbitrariedad...*, cit., *passim*.

²³ En este sentido, entre otros, véase SÁNCHEZ MORÓN, M., “Discrecionalidad...”, cit., p. 114.

²⁴ Por todos, FERNÁNDEZ, T. R., “De la arbitrariedad...”, cit., pp. 16, 171 y 196. Más adelante sostendrá que “La Administración es libre de elegir, dentro del amplio espacio que en cada caso le dejan la Ley y el Derecho, el tipo de razones (jurídicas, económicas, sociales, técnicas, ambientales, a corto, medio o largo plazo, etc.) que hayan de servir de soporte a sus decisiones, en tanto que los Tribunales no pueden utilizar para justificar las suyas, sino las razones del Derecho y solo éstas”. Ibidem, p. 247.

²⁵ Este carácter “extra-jurídico” de la discrecionalidad no implica de modo alguno una relajación de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento que líneas atrás hemos defendido. La discrecionalidad es “extra-jurídica” porque la Administración utiliza criterios que trascienden de la argumentación jurídica para escoger los criterios (no jurídicos) que determinan su actuación, no porque la atribución de potestades discrecionales no venga dada por el ordenamiento, y solo dentro del marco de éste. Si bien puede ser una visión excesivamente simplista, como toda conclusión, podríamos decir que la

De los dos elementos arriba explicados se desprenden las dos características del control jurisdiccional de la actividad discrecional que a continuación explicaremos: la posibilidad de controlar los elementos reglados del acto y también, en cierta medida, el fondo de la decisión, en virtud del principio de interdicción de la arbitrariedad; y, en segundo lugar, la insustituibilidad del contenido de la decisión administrativa.

3.2.a. El control a través del principio de interdicción de la arbitrariedad

No hay discusión alguna acerca de la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente los elementos reglados de la decisión administrativa discrecional.

Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva exige que también *el fondo* de la decisión sea controlable por los jueces, pues ningún acto administrativo, tampoco uno discrecional, *puede ser arbitrario*. Se trata de una aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, al que ha acudido nuestro TC, pese a que carece del reconocimiento constitucional expreso que sí tiene en Derecho español²⁶.

En consecuencia, en virtud del principio de interdicción de la arbitrariedad, la decisión administrativa debe estar justificada, es decir, la decisión final debe ser coherente con la realidad que le sirve de sustento y con los criterios que esgrime la Administración, que por ello debe dar las razones de su actuación.

Seguendo a Tomás Ramón FERNÁNDEZ, el acto, para estar justificado, ha de pasar con éxito los exámenes de *racionalidad* y de *razonabilidad*, es decir, ha de tener coherencia interna y no debe ser una decisión que, contrastada con unos datos externos y objetivos, nadie consideraría como razonable²⁷. De allí la importancia de la motivación, pues, en la medida que expresa las razones que justifican la decisión²⁸, será a través de ella²⁹ que los jueces tendrán determinar si el acto cumple con los criterios de racionalidad y razonabilidad que el principio de interdicción de la arbitrariedad exige.

3.2.b. El problema de la sustitución judicial de la decisión administrativa

Sin embargo, el control de la actividad discrecional en virtud del principio de interdicción de la arbitrariedad no habilita al juez para sustituir el contenido del acto administrativo, en la medida en que éste tiene algunos elementos "de oportunidad", cuya apreciación le ha sido atribuida a la Administración por el ordenamiento. La arbitrariedad de una decisión es presupuesto para su sustitución judicial, *pero no la ocasiona necesariamente*, pues si bien es fundamento suficiente para un control "negativo" de la actividad discrecional, al permitir a los jueces la anulación de aquéllos actos que adolezcan de falta de coherencia (arbitrarios); no aporta, por sí solo, criterios para un control "positivo" de la actividad discrecional, que permita a los jueces sustituir

discrecionalidad es en cierto modo "extra-jurídica" desde la perspectiva de la relación entre los jueces y la Administración, pero no desde la perspectiva de la relación entre ésta y el legislador (véase nota 13, segundo párrafo). Así es como hay que entender la afirmación de Tomás Ramón FERNÁNDEZ de que no existe un dilema entre oportunidad y legalidad ("De la arbitrariedad...", *cit.*, p. 89 y ss). No pretende este autor negar la existencia de la "oportunidad" como criterio de decisión de la Administración, sino que busca enfatizar que ésta solo existe dentro del Derecho, es decir, en tanto el ordenamiento jurídico le concede a la Administración la "libre elección de oportunidades" en que, según dicho autor, consiste la discrecionalidad.

²⁶ CORDÓN MORENO ("El control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales", en *Revista Jurídica de Castilla y León* 1, 2003, p. 145 y ss.) mantiene una posición matizada, pues entiende que los elementos discrecionales no pueden ser controlables nunca por los jueces, porque esto implicaría la sustitución judicial de la decisión administrativa. Es decir, los elementos discrecionales no solo no pueden ser sustituidos por los jueces, sino que por eso mismo no pueden ser objeto de control judicial. Sin embargo, al explicar cómo debe llevarse a cabo el control de estos actos, en sus elementos reglados (entre los que destaca la competencia, procedimiento, la propia existencia de la potestad y el fin), se refiere al control de la motivación (que no limita a la alegación de los motivos, sino a la existencia de éstos y si se apoyan en datos objetivos), los hechos determinantes de la decisión, la coherencia lógica interna de ésta y mediante los principios generales del Derecho, que constituyen límites sustanciales, entre los que menciona el principio de interdicción de la arbitrariedad.

²⁷ FERNÁNDEZ, T. R., "De la arbitrariedad...", *cit.*, p. 204 y ss. Véase también la posición de Ignacio DE LA RIVA, quien distingue entre el control de la justificación, de la racionalidad y de la proporcionalidad. DE LA RIVA, I., "Algunas reflexiones...", *cit.*, p. 18 y ss.

²⁸ Como sostiene Manuel ATIENZA, "lo que justifica la actuación discrecional de un órgano administrativo no es simplemente el haber cumplido unos ciertos requisitos de forma (...) lo que justifica verdaderamente son las razones de fondo que se den a favor de determinada opción". Más adelante afirma que "la obligación jurídica de motivar sus decisiones que tienen los órganos públicos (bien se trate de actos administrativos o jurisdiccionales) se refiere al segundo de los sentidos distinguidos: motivar una decisión no significa explicarla, sino justificarla (aunque explicar pueda contribuir muchas veces a justificar); un acto arbitrario no es un acto sin causa, sin motivo, sin explicación, sino un acto que carece de razones que lo hagan aceptable, es decir, que carece de justificación". ATIENZA, M., "Sobre el control...", *cit.*, pp. 18-20.

²⁹ FERNÁNDEZ, T. R., "De la arbitrariedad...", *cit.*, pp. 130 y 131. Recientemente, sobre la importancia de la motivación en los actos colegiados de los órganos de gobierno del Poder judicial, véase BACIGALUPO, M., "En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional", *REDA* 107 (2000), p. 407 y ss.

la decisión administrativa por la suya propia³⁰. Es decir, permite a los jueces establecer cuándo una solución no es racional, pero no cuál es la más racional de todas las soluciones posibles³¹. Este es el sentido del “margen de libertad” frente al Juez en que consiste la discrecionalidad.

No obstante, en algunos casos esta sustitución será posible. Al respecto, y pese a los ríos de tinta que han corrido al respecto, existe un cierto acuerdo doctrinal³². La sustitución de la decisión administrativa discrecional será posible únicamente en aquéllos casos en que, como

consecuencia de la progresiva delimitación administrativa de su campo de actuación, exista una única solución adecuada a derecho³³. Si, como se ha venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, la discrecionalidad no es el producto de una indefinición normativa, sino de la atribución a la Administración de la facultad de colaborar en la determinación del interés general, mediante la ponderación de los diversos intereses en presencia, será la Administración, y no los tribunales, quien tendrá atribuida dicha facultad³⁴. Esto, por otro lado, no implica en modo alguno considerar a la jurisdicción contencioso administrativa como una

³⁰ “Cabe por ello afirmar que el principio de interdicción de la arbitrariedad, consistente en un control material y eliminativo del núcleo de la discrecionalidad, es un criterio importante pero negativo o anulatorio en la fiscalización de las potestades administrativas discrecionales” BELTRÁN DE FELIPE, M., “Discrecionalidad administrativa...”, cit., p. 100. Esto es, desde nuestro punto de vista, lo que pretende decir PAREJO cuando sostiene que el principio de interdicción de la arbitrariedad “sirve de cobertura todo lo más a un juicio seguro de carácter negativo, es decir, sobre lo que en todo caso es arbitrario por no habilitado por la discrecionalidad”. PAREJO, L., “Administrar...”, cit., p. 37. En esta frase no hay desprecio alguno hacia el principio de interdicción de la arbitrariedad, ni tampoco una negación en todos los casos de la posibilidad de la sustitución judicial, que, por contrario, parece reconocer más adelante, al reconocer la posibilidad de reducción, e incluso desaparición, de la discrecionalidad desde el punto de vista del control judicial (p. 124). Además, no afirma otra cosa el mismo Tomás Ramón FERNÁNDEZ, el más celoso defensor de dicho principio, y al mismo tiempo el más duro crítico de las posturas de PAREJO. Afirma este autor que “una cosa es declarar nula la decisión administrativa, y otra distinta sustituir su contenido”, produciendo la arbitrariedad la nulidad de la decisión administrativa, como expresamente sostiene en “De la arbitrariedad...”, cit., pp. 90 y 162. Un comentario sobre esta famosa polémica, tan parecida a un diálogo de sordos, en ATIENZA, M., “Sobre el control...”, cit., *passim*.

³¹ Véase FERNÁNDEZ, T. R., “De la arbitrariedad...”, cit., p. 171. Como mencionamos líneas arriba (véase nota 27 y el texto al que hace referencia), Tomás Ramón FERNÁNDEZ distingue entre el test de racionalidad, que evaluará la coherencia interna de la decisión, y el test de razonabilidad, que implicará la comparación de la decisión con unos datos externos y objetivos (aquello que nadie consideraría como razonable). Véase “De la discrecionalidad...”, cit., p. 204 y ss. Si bien la posición de FERNÁNDEZ es en principio aceptable, es necesario hacer notar que puede presentar ciertos problemas en su aplicación, pues el juez podría verse tentado a tomar por irrazonable aquello que no le parezca razonable a él.

³² Por todos, ATIENZA, M., “Sobre el control...”, cit., pp. 8 y 9. En contra, y reconociendo la posibilidad de que el juez imponga en todo caso su visión sobre lo que es de interés general, en tanto la decisión administrativa debe ser la más adecuada para satisfacerlo, véase FERNÁNDEZ FARRERES, G., “La Subvención: concepto y régimen jurídico”. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 640–642.

³³ En este sentido, PAREJO ALFONSO, L., “Administrar...”, cit., p. 124 y FERNÁNDEZ, T. R., “De la arbitrariedad”, cit., p. 173. Sin embargo, no existe el mismo acuerdo sobre cuándo existe una única solución adecuada a Derecho. Así, por ejemplo, mientras que para Tomás Ramón FERNÁNDEZ la resolución del Tribunal Supremo Español de 11 de Junio de 1991, es “ejemplar”, porque existía base suficiente en los autos para sustituir la decisión administrativa (“De la arbitrariedad...”, cit., p. 174); para Miguel BELTRÁN DE FELIPE esta resolución no es correcta porque sustituye una decisión administrativa cuando existían más de dos concursantes, con lo que la eliminación de uno de ellos no provocaba la necesaria adjudicación al otro (“Discrecionalidad administrativa...”, cit., p. 124). Según esta resolución, al tener que adjudicarse el contrato a aquél que presentase la “proposición más ventajosa”, y al reconocer la Administración que todos los que participaban en el concurso cumplían igualmente las condiciones de capacitación, experiencia y medios suficientes, debía adjudicarse el contrato a aquél que hubiese presentado la propuesta económica más ventajosa, al menos cuando la Administración no haya invocado razón alguna para apartarse de esta solución. No obstante, es necesario hacer algunas precisiones sobre esta diferencia de posturas entre los autores citados. En primer lugar, en las citas de Tomás Ramón FERNÁNDEZ a la resolución en cuestión (“De la arbitrariedad...”, cit., p. 136 y 174) se hace referencia a la existencia de dos empresas, y no de cinco, como Miguel BELTRÁN DE FELIPE. Desafortunadamente, en el texto de la sentencia solo se hace referencia a la empresa adjudicataria (S.J.S.A.) y a la recurrente (B.S.A.), por lo que no ha sido posible verificar cuántas empresas participaron en el concurso público. En cualquier caso, y pese a la autorizada opinión de BELTRÁN DE FELIPE, consideramos que la actuación judicial fue correcta, pues sí existían elementos suficientes en el expediente como para afirmar que en este caso el margen de apreciación había desaparecido, y existía una única solución posible. Si, como la Administración reconoce, el contrato fue adjudicado a S.J.S.A. por “considerar su proposición conveniente para los intereses municipales al representar una baja del 7,32 por ciento respecto del precio tipo”, es claro que la propia Administración había delimitado el contenido de este concepto en el caso concreto, al tomar como criterio de decisión el ahorro que significaba la propuesta de S.J.S.A., sin dar razones de ningún otro tipo. Sin embargo, la propuesta que implicaba un mayor ahorro era la de B.S.A. (una baja de 9,78 % respecto de precio base), por lo que, en realidad, el Juez se limitó a exigirle a la Administración coherencia entre su criterio de decisión y la decisión final. Utilizando palabras del profesor GARCÍA-TREVIJANO FOS, al escoger la motivación de la adjudicación del contrato, la Administración había creado su propia unidad de medida, y debía adecuarse a ella. Véase GARCÍA-TREVIJANO FOS, “Tratado...”, cit., p. 425.

³⁴ Para SÁNCHEZ MORÓN “el control judicial (es decir, jurídico) de la discrecionalidad administrativa tiene también sus límites, pues los jueces no pueden interferir en los aspectos políticos, técnicos o, en cualquier forma, no jurídicos de la decisión sin exceder la esfera de las funciones que tiene atribuidas”. “Discrecionalidad...”, cit., pp. 91 y 92. En el mismo sentido, BELTRÁN DE FELIPE se refiere a la “posición constitucional de la Administración” para explicar esta atribución, que implica un “status protegido frente a (la sustitución) por los tribunales”. *Discrecionalidad administrativa...*, cit., 196. Este autor afirma que aquéllas sentencias que sustituyan la decisión administrativa en los casos en que esto no sea posible (todos aquéllos en donde no exista una única solución posible)

jurisdicción disminuida. Como hemos visto, los tribunales solo pueden fundamentar sus decisiones en argumentos jurídicos, y, en este caso, el Derecho no proporciona, puesto que no puede hacerlo³⁵, los criterios suficientes para sustituir la decisión administrativa discrecional.

Cuando existe más de una decisión no arbitraria, el Derecho puede decir si una decisión no es racional (arbitraria), pero no cuál es la más racional de las posibles. Por esto líneas atrás sosteníamos que la sustitución judicial de un acto discrecional presupone su arbitrariedad, pero no es su consecuencia necesaria³⁶.

4. La discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados

La diferencia entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa es uno de los temas más interesantes que puedan encontrarse en la doctrina *ius-administrativa*, y que en este trabajo no podemos abordar con el detalle que se merece, aún cuando, para permitir la correcta comprensión de algunas de nuestras afirmaciones, sea imprescindible decir algo al respecto. Así, el criterio de diferencia que ha gozado de más difusión en el Derecho español quizá sea el planteado por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ³⁷, para quienes los conceptos jurídicos indeterminados admiten una

única solución justa, a la que se llega mediante una actividad de cognición, a través de juicios disyuntivos, de modo que la conducta objeto de enjuiciamiento encajará o no encajará en el concepto, pero *tertium non datur*; mientras que el ejercicio de una potestad discrecional se caracteriza por permitir optar entre soluciones igualmente justas, a través de una actividad de volición³⁸.

Sin embargo, la existencia de un margen de apreciación en los conceptos jurídicos indeterminados (que le confiere además un carácter "volitivo" a la opción de optar por cualquiera de las interpretaciones posibles), y el hecho de que el recurso a los "juicios disyuntivos" nada solucione (así, por ejemplo, un justiprecio fijado por la Administración no puede ser justo e injusto al mismo tiempo, pero no por saber que esa cifra no es justa se obtiene la que sí lo es), ha llevado a criticar este criterio, ya sea, como SÁNCHEZ MORÓN, afirmando la identificación entre ambas técnicas³⁹; o como MAGIDE HERRERO, buscando un nuevo criterio de distinción, a partir de comprender que se trata de dos formas distintas de articulación entre el Poder legislativo y la Administración, lo que ocasiona ciertas diferencias en cuanto a su control judicial⁴⁰, posición que compartimos plenamente.

Desde una perspectiva más general, pueden verse las acertadas críticas de Alejandro NIETO a la "falacia de la única solución correcta"⁴¹.

incurrir en el vicio de exceso de jurisdicción, puesto que el Juez se habría convertido en administrador, excediendo su función de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", y serían por tanto inconstitucionales. *Ibidem*, p. 207 y ss.

³⁵ En una sugestiva reflexión, IGNACIO DE LA RIVA fundamenta su posición respecto a la limitación del control judicial de la actividad discrecional de la Administración en el papel limitado que se le asigna al Derecho en la consecución del bien común. "Algunas reflexiones...", cit., pp. 9 y 10.

³⁶ En Perú, como un ejemplo en donde esta sustitución judicial podría quedar en evidencia, cabe citar la Resolución de 25 de mayo de 2004, recaída en el Expediente N° 2763-2003-AC/TC. En supuesto concreto era el de unos diplomáticos, reintegrados a la carrera por la Ley N° 27550, la cual les permitía además en un proceso de ascenso, que finalmente no les fue favorable. En este caso, luego de afirmar que la discrecionalidad no es equivalente a arbitrariedad y que exige la motivación, concluye el Tribunal que el acto en cuestión no estaba justificado, pero va más allá, y ordena al Ministerio de Relaciones Exteriores que expida una Resolución por la cual se disponga, en vía de regularización, el ascenso extraordinario de los impugnantes. En realidad, no se trata propiamente de una sustitución judicial de la decisión administrativa, sino de una sentencia de condena, pero sería excesivamente formalista entender que de esa manera queda solucionada la posible objeción de fondo, pues el Tribunal está ordenando el ascenso, el cual es un acto discrecional. No obstante, a efectos de entender esta decisión, debe tomarse en cuenta que no solo se trataba de un acto sin motivación alguna, sino que los apelantes habían sido recomendados para el ascenso por la "Comisión de Personal para el Proceso Extraordinario de Ascensos" y además habían obtenido en el examen los mejores puntajes, según el nivel al que correspondían. Por tanto, ante la falta de otros criterios, y dado que según los que se han utilizado, su ascenso estaba justificado, el TC se pronuncia ordenando que se proceda en tal sentido.

³⁷ "Curso...", cit., p. 463 y ss.; el propio GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", REDA 89, 1996, p. 83 y ss.; y "Democracia, jueces y control de la Administración", 5ª edición, Civitas, Madrid, 2000, p. 134 y ss.; y también SAINZ MORENO, F., "Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa", Civitas, Madrid, 1976, p. 192.

³⁸ La distinción a partir de la dicotomía juicio/volición es especialmente importante para MOZO SEOANE, A., "La discrecionalidad...", cit., p. 246 y ss.; y PAREJO ALFONSO, L., "Derecho administrativo...", cit., p. 629.

³⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., "Discrecionalidad...", cit., p. 116 y ss. En este sentido también BACIGALUPO SAGESSE, M., "La discrecionalidad administrativa...", cit., p. 203 y ss., para quien se trata de dos manifestaciones del mismo fenómeno: la perfección o integración en sede aplicativa de un supuesto de hecho indeterminado o inacabado de una norma jurídico-administrativa.

⁴⁰ MAGIDE, M., "Límites constitucionales...", cit., p. 259 y ss., con abundante bibliografía.

⁴¹ NIETO, A., "El arbitrio judicial", Ariel, Barcelona, 2000, p. 60 y ss. Puede encontrarse un interesante y bien documentado resumen de la polémica en la teoría general del Derecho sobre la existencia o no de una única solución justa en los conceptos

Como hemos visto más arriba, la discrecionalidad se define como un doble margen de libertad de la Administración pública, frente al legislador y frente al juez, al remitirle el primero la facultad de colaborar en la concreción del interés general, valorando entre los diversos intereses en juego, de modo que se le atribuye la facultad de escoger entre los diversos criterios posibles, a partir de razones extra-jurídicas. Sin embargo, cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados es la propia norma la que ha fijado el criterio que ha de emplear la Administración al momento de tomar su decisión (aún cuando en ocasiones al hacerlo atribuya a su vez una facultad discrecional), de modo que ésta ha de argumentar que la decisión tomada se justifica, según criterios admitidos de interpretación jurídica, a partir de la norma. Mientras que en un caso la Administración elige los motivos de su decisión, en el otro estos vienen definidos por la norma, aún cuando goce de cierto margen de apreciación al momento de su concreción⁴².

El origen de las diferencias entre ambas técnicas está, por tanto, en la distinta relación que existe en ambos casos entre la Administración y el Poder legislativo, pues en un caso la norma establece las razones de la decisión administrativa, mientras que en otras le encarga a la Administración el encontrarlas o elegir las que se le ofrecen; mientras que la discrecionalidad se le encarga a la Administración definir lo que es de interés general, en la atribución de potestades a través de conceptos jurídicos indeterminados, la norma define lo que es de interés general, aunque lo hace a través de conceptos que exigen un margen de apreciación al momento de su aplicación, de modo que puede no existir una única solución correcta, lo que es muy importante al momento del control judicial, donde las similitudes entre ambas técnicas pueden ser mayores. No obstante, esta diferencia en algunos casos puede matizarse, en la medida que ciertos conceptos jurídicos indeterminados,

como el “interés público”, realmente atribuyen discrecionalidad, incluso cuando se encuentran en el supuesto de hecho de la norma⁴³.

En aquellos casos en donde no se utilizan conceptos jurídicos indeterminados para atribuir discrecionalidad, ¿en qué se diferencia el control judicial de éstos de aquellos que sí son propiamente discrecionales? Como se ha explicado más arriba, los límites a la sustitución judicial de la decisión se explican en los casos de discrecionalidad porque la norma le atribuye a la Administración, y no a los jueces, la determinación de lo que se adecua al interés general en el caso concreto, y ello a partir de razones extrajurídicas, que trascienden del control jurídico que éstos realizan. Sin embargo, estas dos razones no pueden servir para limitar el control judicial en los supuestos en que la norma contiene conceptos jurídicos indeterminados, porque estamos ante una interpretación de la norma, en nada distinta a la que hacen los jueces cuando les toca aplicar dichos conceptos en otros casos, donde no interviene la Administración Pública⁴⁴.

A partir de esta conclusión, podría deducirse que se trata de actos reglados sin ninguna especialidad, en los cuales el juez puede sustituir la decisión administrativa por la suya, si tiene una distinta interpretación del concepto discutido. Sin embargo, es preciso hacer aquí una matización, a partir de la labor que el juez desarrolla en los procesos contencioso administrativos. Como hemos indicado en otro lugar⁴⁵, el carácter revisor la vía judicial significa que en ésta se realiza un enjuiciamiento de una previa actuación administrativa, cuya adecuación al ordenamiento jurídico se discute. Por tanto, para que el juez decida amparar las pretensiones del administrado, es preciso que previamente entienda que dicha actuación no se adecúa al marco normativo vigente. En consecuencia, no se le pide que haga interpretación *ex novo* de la norma, sino que

jurídicos indeterminados y la distinción entre éstos y la discrecionalidad, véase DESDENTADO DAROCA, E., “Discrecionalidad administrativa...”, *cit.*, p. 103 y ss. La posición de esta autora se entiende a partir de la distinción entre una discrecionalidad “fuerte”, que implica la atribución a la Administración de la facultad para determinar lo que se adecua al interés general, y una discrecionalidad “débil” o “instrumental”, que nace de la existencia de un margen de apreciación como consecuencia de la norma, aunque ésta no le atribuye a la Administración la competencia para determinar lo que se adecua al interés general. Mientras que la primera, la verdadera discrecionalidad, se distingue claramente de los conceptos jurídicos indeterminados, éstos sí podrían identificarse con la segunda, que caracteriza (al igual que en el presente trabajo) porque la norma define el criterio de actuación administrativa, aunque lo hace con un concepto que admite un margen de apreciación, lo que niega la existencia de una única solución correcta. En Perú, la posición de DESDENTADO DAROCA ha sido defendida por ZEGARRA VALDIVIA, D., “Control judicial...”, *cit.*, pp. 43 y 44.

⁴² Sobre este tema, con detalle, véase el trabajo de MAGIDE HERRERO, M., “Límites constitucionales...”, *cit.*, en especial p. 277 y ss., con quien esencialmente coincidimos.

⁴³ *Ibidem*, p. 280 y ss.

⁴⁴ En este sentido, por ejemplo, DESDENTADO DAROCA, E., “Discrecionalidad administrativa...”, *cit.*, p. 123 y ss.

⁴⁵ BACA ONETO, V. S., “Las pretensiones en el proceso contencioso administrativo”, en *Teoría de la Impugnación. I Jornadas de Derecho procesal*, Coord. Karla VILELA CARBAJAL, Palestra, Lima, 2009, p. 107 y ss.

constate si la interpretación que ha realizado la Administración es correcta, entre las distintas soluciones posibles que el margen de apreciación del concepto permite⁴⁶. Por tanto, el juez en primer lugar deberá verificar si la interpretación administrativa es razonable, y solo si no lo es podrá sustituirla por la suya propia, ahora ya sin las limitaciones propias de los actos discrecionales, que solo permiten esta opción cuando ha operado la reducción a cero de la discrecionalidad.

Nuestro TC no parece tener clara la distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad cuando define a esta última. Como hemos indicado más arriba, la discrecionalidad intermedia sería *“aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión”*, para luego definir a los conceptos jurídicos indeterminados como aquellos en donde se *“concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada”*.

Por tanto, a partir de la lectura literal de lo dispuesto en esta sentencia, siempre que exista un concepto que permita un margen de apreciación al momento de aplicarse, estaríamos ante una potestad discrecional, lo que nos podría llevar a entender que, por ejemplo, la tipificación de un *“servicio no idóneo”* como infracción en materia de protección al consumidor, implica la atribución de una facultad discrecional al momento de la tipificación de la conducta, lo que no nos parece correcto.

En realidad, es preciso seguir distinguiendo los conceptos jurídicos indeterminados, que como regla general no implican la atribución de discrecionalidad, de ésta última, que

excepcionalmente puede venir atribuida si la norma utiliza en su supuesto de hecho expresamente algunos conceptos jurídicos indeterminados, como el interés público. Y así puede interpretarse lo dispuesto por nuestro TC, que finalmente ha vinculado la discrecionalidad a la presencia del interés general, como concepto jurídico indeterminado que sí conllevaría la atribución de potestades discrecionales, lo que no podría ser ampliado sin más a todos los casos en donde existe un margen de apreciación para la Administración, que no implica la ponderación de los intereses en presencia.

5. La discrecionalidad técnica: ¿un tipo de discrecionalidad o un caso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados?

Como se ha indicado más arriba, la Sentencia Callegari también indica que una de las clases de discrecionalidad es la *técnica*, que define como *“el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico”*. Sin embargo, pese a lo que expresamente indica la sentencia citada, y a pesar de que se trata de una categoría utilizada por la jurisprudencia comparada⁴⁷, debe indicarse que en este caso no estamos realmente ante una clase de discrecionalidad, sino ante la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, de carácter técnico o científico, y como tales deben ser tratados⁴⁸.

En los casos a los que se refiere la Sentencia Callegari no existe una atribución a la Administración de competencias para determinar lo que se adecua mejor al interés general, ponderando los intereses en presencia, sino que se reconoce expresamente que ésta puede elegir un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico, y que en ese caso (como hemos visto sucede con los conceptos jurídicos indeterminados) debería reconocerse al menos una prioridad temporal al

⁴⁶ En este sentido, por ejemplo, MAGIDE HERRERO, M., *“Límites constitucionales...”*, cit., p. 300 y ss.

⁴⁷ Es interesante señalar que esta categoría, pese a las críticas doctrinales, es usada frecuentemente por la jurisprudencia española, especialmente en el caso de las calificaciones de los concursos realizadas por órganos especializados, las cuales no pueden ser sustituidas por los jueces, ni siquiera a través de un juicio pericial o cuando se trate de la evaluación de conocimientos jurídicos. Se reconoce una cierta preeminencia de la interpretación técnica de la Administración (se llega a hablar de una presunción de certeza: STSE de 16 junio 2009, Repertorio Jurídico Aranzadi 5779), que solo puede ser descartada en casos de error patente (y según alguna resolución, como la STSE de 15 septiembre 2009, RJA 2010\805, lo que ya constituye claramente un exceso) o abuso del derecho, y no sobre la base de otras posibles interpretaciones, incluso pericias, propuestas por los administrados. Pueden verse en este sentido, entre muchas otras, las SSTSE de 14 julio 2009, RJA 2010\566, y de 13 febrero 1996, RJA 1996\169; así como la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 353/1993, de 29 de noviembre, de acuerdo a la cual existe una presunción *ius tantum* de certeza de la actuación administrativa, que solo podrá desvirtuarse *“si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado”* (FJ 3).

⁴⁸ En este sentido, por todos, véase el citado trabajo de DESDENTADO DAROCA, E., *“Discrecionalidad administrativa...”*, cit., p. 134 y ss.

juicio administrativo, cuya razonabilidad debe ser enjuiciada judicialmente. Se trata de supuestos en donde los criterios empleados por la Administración gozan de cierta preferencia sobre los judiciales, que podrían sustituir a los primeros (con plena libertad para efectuar una etapa probatoria basada en juicios periciales) si no resultan razonables o no están debidamente motivados, pero solo en ese caso. Por tanto, los órganos encargados de resolver los recursos, administrativos o judiciales, en los casos de discrecionalidad técnica, no funcionan como una segunda instancia de valoración, por lo que, como bien ha indicado el Tribunal Supremo Español, quedan fuera de su control “aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador”⁴⁹.

6. La arbitrariedad como límite a la discrecionalidad, y la diferencia entre aquella y la falta de motivación

De lo explicado más arriba sobre el control judicial de la discrecionalidad, se desprende que el límite de ésta es la arbitrariedad; es decir, los actos discrecionales no pueden ser arbitrarios.

Sin embargo, ¿cómo realizar este control, que ya no se limita al aspecto formal de la decisión, sino que incluye el análisis de la razonabilidad y racionalidad de la decisión? Es en este punto que la motivación adquiere relevancia, pues es en ella que podremos encontrar los motivos de la decisión y a partir de ella enjuiciarlos, para determinar si se trata de un acto arbitrario o no. Sin embargo, ¿qué ocurre si lo que falta es la motivación? ¿El acto administrativo, por el solo hecho de no estar motivado, es arbitrario? ¿O la falta de motivación es un vicio formal y únicamente un indicio de la arbitrariedad de la decisión, porque no es

lo mismo carecer de motivos que no haberlos puesto de manifiesto? En el fondo, lo que está en discusión es la naturaleza de la motivación, como elemento sustancial o como elemento formal del acto administrativo.

La primera de las alternativas es defendida por Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, para quien lo no motivado es por eso mismo arbitrario⁵⁰, posición que en el Derecho peruano parece compartir Diego ZEGARRA VALDIVIA, para quien la motivación no sería únicamente un elemento formal del acto administrativo⁵¹, y que habría sido recogida por nuestro TC en la Sentencia Callegari. Por su parte, otro sector doctrinal defiende que es posible distinguir entre los actos no motivados y los arbitrarios, pues éstos serán los que carecen de motivos que los justifiquen, y no aquéllos en los que dichos motivos no hubieran sido manifestados expresamente: mientras que los primeros tendrán un defecto sustancial, el vicio de los segundos será formal⁵². Si bien esta posición ha encontrado recientemente a su más ferviente defensora en Eva DESDENTADO, no es para nada nueva, pues años atrás sostenía Juan Luis DE LA VALLINA VELARDE que “los actos que debiendo ser motivados careciesen de motivación o ésta no se encuentre efectuada de forma correcta incurre, sin duda, en un vicio de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico que hará el acto anulable [...] Indudablemente en tal supuesto nos encontramos con un defecto de forma, independientemente que en cuanto al fondo el acto sea absolutamente correcto, pero hay que considerar que da lugar a indefensión de los interesados”⁵³.

Entre estas dos posiciones, me adscribo a la segunda, pues debe distinguirse entre la causa del acto y la motivación, como expresión formal de dicha causa. La falta de motivación constituye

⁴⁹ Sentencia de 16 junio 2009 RJA 2009\5779.

⁵⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., “Arbitrariedad y discrecionalidad”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, III, coord. MARTÍN-RETORTILLO, S., Civitas, Madrid, 1991, p. 2299 (también publicado en *De la arbitrariedad de la Administración*, 4ª edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 87). Además, pueden verse en el mismo sentido los trabajos de FERNANDO PABLO, M., “La motivación del acto administrativo”, Tecnos, Madrid, 1993, *passim*, en especial pueden verse las pp. 31 y 216, 217 y 238; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J., “La motivación de los actos tributarios”, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 94 y ss. y 234 y ss.; IGARTUA SALAVERRÍA, J., “Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial”, *RVAP* 46, 1996, p. 99 (para quien, “cuando la administración no motiva, incurre en arbitrariedad por partida doble: primero, porque *no garantiza* (y sin garantías no hay nada) que *tiene razones* que sustentan lo decidido; y segundo porque de verdad *no tiene razones* para *no dar razones* a quien debe dárselas (para empezar, a la parte afectada por la medida administrativa); y PONCE SOLÉ, J., “Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad”, *Lex Nova*, Valladolid, 2001, p. 500 y ss., en especial pp. 503, 517, 518 a 520.

⁵¹ ZEGARRA VALDIVIA, D., “La motivación del acto administrativo en la Ley N° 27444, Nueva Ley de Procedimiento Administrativo General”, en *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general*, 2ª parte, Ara Editores, Lima, 2003, pp. 196 y ss.

⁵² Especialmente, DESDENTADO DAROCA, E., “Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial”, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 155.

⁵³ DE LA VALLINA VELARDE, J. L., “La motivación de los actos administrativos”, ENAP, Madrid, 1967, p. 70. Más recientemente, y por todos, puede verse también el trabajo DE DIEZ SÁNCHEZ, J. J., “El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional”, Civitas, Madrid, 1992, pp. 258 y 259

una pista de la arbitrariedad, o incluso permite presumir su existencia⁵⁴, que solo puede ser desvirtuada por la Administración en caso de que proporcione las razones que justificaron su decisión. Pero, aún así, siguen siendo distintas y, además, *se trata de una presunción que puede ser desvirtuada*. Esta diferencia tiene poca relevancia si la Administración no aporta en ningún momento razón alguna que justifique su actuación, caso en que el acto podrá ser anulado por carecer de motivación y porque se presume arbitrario. Sin embargo, sí que adquiere importancia en los casos en donde la Administración pública proporciona las razones de su actuación, como consecuencia de la impugnación ante la JCA; es decir, estamos ante un acto no arbitrario, pero que, al haberse dictado sin la preceptiva motivación, tiene un vicio formal. ¿Debe ser anulado, en cualquier caso? ¿O acaso cabe que la Administración dé las razones de su decisión, originalmente no motivada, al resolverse la impugnación dirigida contra éste alegando justamente la presencia de este vicio, y se resuelva a favor de aquélla?

Evidentemente, si consideramos que la falta de motivación es un vicio sustancial, no hay siquiera lugar para la discusión, pues el acto no motivado es arbitrario, independientemente de los motivos que pueda tener la Administración. Por tanto, el acto debe anularse, y debería declararse inválido por un vicio de fondo, claro está. Sin embargo, debemos preguntarnos si podría la Administración dictar luego un acto con el mismo contenido que el anulado, ahora sí alegando desde el principio las razones que ya manifestó previamente, cuando el acto original fue anulado por ser arbitrario y estar *sustancialmente* viciado. Si el vicio es sustancial, debería entenderse que el fondo de la decisión es incorrecto y no puede dictarse un acto idéntico al anulado, explicando únicamente las razones que

lo justifican (como lo justificaban originalmente), pues de otro modo dicha “sustancialidad” no sería más que una etiqueta, vacía de significado. Pero es evidente que si existen razones, la Administración debe poder dictar la resolución correcta, a pesar de haber sido anulada por falta de motivación, como sucede normalmente con cualquier vicio formal.

Y volvemos así al carácter formal de la motivación, que no es posible desconocer. Por tanto, sus vicios serán vicios formales, que solo ocasionarán la invalidez cuando afecten al contenido del acto o produzcan indefensión, lo que constituye la piedra fundamental de la respuesta que se dé a las cuestiones planteadas más arriba. La falta de motivación es un vicio formal que, por sí misma, es capaz de anular un acto administrativo, porque, como doctrinal y jurisprudencialmente se reconoce, impugnar un acto sin conocer sus fundamentos es recurrir a ciegas. No obstante, podría justificarse la no anulación de dicho acto si durante el procedimiento de impugnación la Administración expone sus argumentos y, evidentemente, el administrado cuenta con los elementos suficientes para reaccionar ante ellos, pues si no habría indefensión⁵⁵. Evidentemente, uno de los requisitos que deben cumplirse para esta conclusión es que el recurrente tenga el tiempo necesario para contestar los argumentos de la Administración, pues de otro modo no existirá una verdadera posibilidad de defensa. En cualquier caso, como bien se ha indicado, la aportación tardía de los argumentos en todo caso priva el recurrente de los elementos de juicio necesarios para decidir si es pertinente o no la impugnación del acto, lo que le puede producir un perjuicio, especialmente si luego pierde el pleito. Por tanto, en estos supuestos la Administración debería pagar los costos y costas del proceso, así como indemnizar al administrado si logra acreditar el daño⁵⁶.

⁵⁴ ALONSO MÁZ, M^a. J., “La solución justa en las resoluciones administrativas”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 267 y 268.; y también en “La ejecución de las sentencias anulatorias de actos administrativos por falta de motivación (Comentario a la STC 83/2001, de 26 de marzo)”, en RAP 160, 2003, p. 210. Debe resaltarse que para esta autora si bien la falta de motivación provoca que el acto se presuma arbitrario, no se identifica sin más con la arbitrariedad.

⁵⁵ Es preciso reconocer que aquí he modificado mi posición previa, expuesta en el libro “La invalidez de los contratos públicos”, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, lo que muestra en realidad lo discutible que es el tema. El argumento principal entonces esgrímido era que así se desnaturalizaría la exigencia de motivación, pues podría darse el supuesto de que la Administración solo motivaría cuando se presentara un recurso, no al resolver. De esa manera, no se cumpliría la finalidad por la cual se exige este requisito, de modo que no sería aplicable el principio de conservación de los actos administrativos. Sin embargo, siendo ciertas estas afirmaciones, lo cierto es que la anulación de un acto formalmente no motivado cuando se resolvió, pero con motivos que el juez considera como válidos pecaría de un formalismo excesivo, al menos en la medida en que se haya reconocido el derecho de los administrados a oponerse a dichos motivos, y a obtener no solo el pago de los costos y costas, sino incluso una indemnización por el daño causado. De otro modo, simplemente se condenaría a la Administración a volver a decir lo mismo, pero ahora ya con unas razones que el juez ha validado. Evidentemente, la alternativa es negar la posibilidad de la Administración de aportar siquiera sus razones, para que sean enjuiciadas por los jueces; pero eso, además de convertir el contencioso en un proceso nomofiláctico, encajaría difícilmente con el principio de economía procesal, al menos si se admite que el acto no motivado está *formalmente* viciado y, por tanto, no necesariamente es arbitrario (aunque lo normal es que lo sea).

⁵⁶ DESDENTADO DAROCA, E., “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”, *Revista Vasca de Administración pública* 84, 2009, p. 88; y HUERGO LORA, A., “La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo” RAP 145, 1998, p. 107 y ss.

Más allá de su corrección, esta posición presenta ventajas pragmáticas, al encontrar perfecto acomodo con los principios de conservación y de economía procesal, que justificarían conservar aquellos actos con vicios formales que fueran correctos en el fondo y no arbitrarios, siempre y cuando no se produzca indefensión. Estos principios también exigirían que la Administración presente sus razones, aún a destiempo, para que puedan ser enjuiciadas por los Tribunales, de modo que si se consideran insuficientes por los tribunales, el acto se anularía por el fondo, no solo por motivos formales, y no sería posible para la Administración volver a dictar un acto idéntico, ahora sí con toda razón⁵⁷. Además, como se ha puesto de relieve, la propia naturaleza del proceso contencioso administrativo justifica que la Administración pueda argüir sus razones, incluso si no lo hizo a tiempo, pues si se trata de un proceso subjetivo y no meramente de un proceso al acto, su finalidad es determinar si las pretensiones de las partes están fundadas, para lo cual pueden alegarse razones que no hubieran sido aducidas en la vía administrativa⁵⁸.

7. La discrecionalidad política: ¿existen actos de gobierno en el Derecho peruano?

Como se ha indicado más arriba, la Setencia Callegari ha considerado dentro de las clases de discrecionalidad a la máxima o política, respecto de la cual el margen de arbitrio no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno, por lo que el ente administrativo dotado de ella se encuentra en la libertad de optar plenamente.

Esta referencia nos lleva a preguntarnos por el reconocimiento de la categoría de los actos políticos o de gobierno en el Derecho peruano⁵⁹.

Como es conocido, esta categoría nace en Francia, con el conocido *arrêt Laffite*, del 1 de mayo de 1822, cuando el todavía reciente Consejo de Estado recurrió a la teoría del móvil político para no enjuiciar un acto de la Monarquía, que no lo veían con muy buenos ojos debido a su origen napoleónico. Se les consideró como actos exentos de control judicial, aunque el fundamento fue evolucionando, entendiéndose a fines del siglo XIX (*arrêts Duc d'Aumale et Michel Levy* de 9 de mayo de 1867 y especialmente *Prince Napoleón* de 19 de febrero de 1875) que dicha limitación se justificaba por la especial naturaleza de los actos.

Sin embargo, la doctrina francesa no paró de criticar esta categoría⁶⁰, que se vio poco a poco reducida a un sistema de lista, en base a criterios de política jurisdiccional que jurídicos, que fue comparada con una "*peau de chagrin*", una piel de zapa, que como en la novela de Balzac, se reducía cada vez que se utilizaba⁶¹. Algunos autores fueron incluso más lejos, y plantearon que estos actos eran también judicialmente controlables, de acuerdo a las reglas propias de los actos administrativos discrecionales, con los cuales finalmente se identificarían⁶².

Por su parte, la misma cuestión se planteó en el Derecho español. En un primer momento, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa de 1888, no eran controlables judicialmente los actos discrecionales, entre los cuales se incluían las "cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen, pertenezcan al orden político o de gobierno"⁶³. Por tanto, los actos políticos, en tanto discrecionales, no eran

⁵⁷ HUERGO LORA, A., "La motivación...", cit., p. 94. En este caso, el beneficiado sería claramente el administrado.

⁵⁸ DESDENTADO DAROCA, E., "Discrecionalidad administrativa...", cit., p. 157; y HUERGO LORA, A., "La motivación...", pp. 90 y 91.

⁵⁹ Sobre esta cuestión, puede verse con más detalle BACA ONETO, V. S., "Los actos de gobierno. Un estudio sobre su naturaleza y régimen jurídico", Universidad de Piura, Piura, 2001, *passim*; y "Los actos de gobierno en el Derecho peruano", en *ITA IUS ESTO. Revista de estudiantes de Derecho de la UDEP*, N° 1, 2008, p. 139 y ss. <<http://www.itaiusesto.com/>>.

⁶⁰ En palabras de la profesora Josiane AUBERT-FINCK ("Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin?", *Revue du Droit Public*, 1995, pp. 168 y 169, "l'immunité de juridiction, la justice déniée aux plaideurs, apparaissent évidemment choquantes au regard des principes de l'État de droit. Aussi, les actes dits de gouvernement ont-ils focalisé l'attention critique de la doctrine depuis l'abandon de la théorie du mobile politique jusqu'à nos jours" Entre las numerosas obras existentes en el Derecho francés, es posible encontrar un cuadro muy detallado de las diversas posiciones existentes en CHAVILDAN, P. H., "Doctrine et acte de gouvernement", *Actualité juridique. Droit Administratif*, 1982, pp. 4 a 15, aunque no compartimos sus conclusiones.

⁶¹ MIGNON, M., "L'amenuisement de l'emprise de la théorie des actes de gouvernement", *La Revue Administrative*, 1951, p. 30 y ss.

⁶² En este sentido, DUEZ, P., "Les actes de gouvernement...", cit., p. 165 y ss.; para quien esta categoría es innecesaria desde el punto de vista teórico y desde el punto de vista práctico, pues la discrecionalidad es suficiente para garantizarle al Gobierno su margen de apreciación. Otros autores han sostenido que no se perdería gran cosa con su desaparición, por el margen de apreciación que conservaría el Gobierno, y se ganaría mucho admitiendo el control de estos actos, de cara a evitar una sensación de indefensión (en este sentido, MELLERAY, F., "L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol", *Revue Française du Droit Administratif*, 2001, p. 1086 y ss. WALINE, M., "Droit public", 7ª edición, Sirey, París, 1957, pp. 194 y 195. Años después, con idénticas palabras, reafirmaría esta posición en su obra "Précis de Droit administratif", Montchrestien, París, 1969, pp. 168 y 169.

⁶³ Artículo 4º inciso 1º del Real Decreto de 29 de diciembre de 1890, que aprueba al Reglamento general del procedimiento a que deberá ajustarse la sustanciación de los asuntos de lo contencioso-administrativo y sus incidentes.

susceptibles de ser impugnados ante el Poder judicial. El problema apareció cuando a partir de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 1956 (LJCA 1956) se admitió el control judicial de los actos discrecionales, al menos en sus elementos reglados, y al mismo tiempo se excluía del control jurisdiccional “a las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno”, respecto de los cuales cualquier recurso sería inadmisibles. Es decir, a diferencia de los actos administrativos discrecionales, controlables al menos en sus elementos reglados, los actos políticos estaban excluidos del control judicial⁶⁴.

Este régimen provocó numerosas críticas doctrinales⁶⁵, que arreciaron a partir de la Constitución de 1978, que señala la sujeción a la Constitución y al ordenamiento jurídico de los Poderes públicos, incluido el Gobierno, al tiempo que reconoce el derecho a la tutela judicial, proscribiendo cualquier tipo de indefensión. Por tanto, por imperativo constitucional, siempre que los derechos o intereses legítimos de un individuo se vean afectados por una actuación de los Poderes públicos, éste tendrá derecho a acceder a la jurisdicción, a obtener una resolución de fondo fundada en Derecho y a que ésta sea ejecutada⁶⁶. Así, la existencia de ciertos actos, excluidos por su naturaleza de cualquier control jurisdiccional, queda claramente en entredicho,

al punto que para algunos autores la citada disposición de la LJCA 1956 quedaba derogada por la Constitución⁶⁷.

En 1998 se aprueba la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA 1998), que marca un nuevo hito en el control de los actos políticos, al establecer expresamente que los jueces conocerán “de las cuestiones que se susciten en relación con (...) la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuera la naturaleza de dichos actos”. Es decir, quedaba claro que estos actos no estaban exentos *per se* de control judicial, tema sobre el que se pronuncia expresamente la Exposición de motivos de la norma⁶⁸. En principio, podría entenderse que la LJCA 1998 habría firmado la partida de defunción de la categoría de los actos políticos, aunque algunos autores se niegan a admitirlo, defendiendo más bien que la reconoció, al establecer que serán impugnables judicialmente “cualquier que sea su naturaleza”, lo que permite deducir que tienen una naturaleza distinta⁶⁹. Sin embargo, si lo que define a un acto político es su esencial injusticiabilidad, admitir que los jueces puedan controlarlos, con limitaciones

⁶⁴ En palabras de la exposición de motivos de dicha Ley, “creada la Jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las cuestiones que se susciten respecto de los actos sujetos al Derecho administrativo, sus límites están determinados normalmente por la esencia de esta rama del Derecho, en cuanto parte del ordenamiento jurídico. Con este criterio se definen, por exclusión, las cuestiones ajenas a esta jurisdicción. Entre ellas se incluyen las relativas a los actos políticos, que no constituyen una especie del género de los actos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente diferentes, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales”.

⁶⁵ En este sentido, es obligatoria la referencia al ya citado trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lucha contra las inmunidades...”, cit., pp. 180 a 195.

⁶⁶ Sobre el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, véase GONZÁLEZ PÉREZ, J., “El derecho a la tutela jurisdiccional”, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1989, *passim*, y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Artículo 24º: garantías procesales”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, III, dir. Oscar ALZAGA VILLAMIL, EDESA, Madrid, 1996, p. 19 y ss, en especial pp. 36 a 48.

⁶⁷ En este sentido, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., “Curso de Derecho administrativo”, I, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1979, reimpresión de 1981, p. 486.

⁶⁸ “La delimitación del ámbito material de la Jurisdicción lleva también a precisar algunas exclusiones [...] la Ley no recoge ya, entre estas exclusiones, la relativa a los llamados actos políticos del Gobierno, a que se refería la Ley de 1956 [...] La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad – llámense políticos, de Gobierno o de dirección política – excluidos “per se” del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de “acto político” se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido solo por el Derecho constitucional, y exento del control de la Jurisdicción contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho [...] Por el contrario, y por su alguna duda pudiera haber al respecto, la Ley señala – en términos positivos – una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes” (las cursivas son nuestras).

⁶⁹ Véase al respecto el Comentario al artículo 2º inciso a) de la LJCA elaborado por Luciano PAREJO, y publicado en REDA 100, 1998, p. 67 y ss; y el trabajo de GARRIDO CUENCA, N., “El acto de Gobierno. Un análisis en los ordenamientos francés y español”, CEDECS, Barcelona, 1998, pp. 725 a 734. También en este sentido, Tomàs FONT I LLOVET, en el Prólogo al trabajo de Joan BARATA I MIR, “Los actos de gobierno en el ámbito municipal”, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 15 y 16.

debido al extenso margen de discrecionalidad que existe en ellos, es darles el tiro de gracia, pues, tomando prestada una frase de Chesterton, hablar de un acto político susceptible de control judicial es como pretender hablar de un camello sin joroba^{70,71}.

Más allá de estas discusiones teóricas, es indudable que existe una función gubernativa, que se define por su contenido de dirección política, el *indirizzo politico* del que hablan los italianos⁷². Sin embargo, esta función gubernativa no puede ser contrapuesta a la administrativa o la legislativa, porque éstas no se definen por su contenido material, sino

por su régimen jurídico. Así, materialmente los reglamentos no se distinguen de las Leyes, porque se trata en los dos casos de actos con contenido normativo, pero se distinguen por el régimen jurídico al que se someten, pues unos se someten a la Ley, mientras que las segunda únicamente a la Constitución. Algo similar sucede con las sentencias judiciales y los actos administrativos no normativos, que deciden respecto a la situación jurídica singular de un sujeto, pero en un caso la presunción de legalidad es *iuris tantum*, mientras que en el otro es *iuris et de iure*, pues una vez que se obtiene una resolución de última instancia ya ésta no puede ser impugnada⁷³.

⁷⁰ En contra de esta afirmación podríamos citar a René CHAPUS (*“L’acte de gouvernement: monstre ou victime”, Dalloz, 1958 Chron.*, p. 8), para quien los actos de gobierno no se definen por su régimen jurídico, sino por su especial naturaleza. En este sentido, afirma que “si ce régime d’immunité était aboli ou altéré par une intervention législative ou une évolution jurisprudentielle, il faudrait continuer à reconnaître l’existence des actes de gouvernement, et à les distinguer dans la masse des actes du pouvoir exécutif”. Sin embargo, cabría preguntarle al profesor CHAPUS, ¿qué sentido tendría distinguir entre actos administrativos y actos de gobierno, si ambos estuvieran sometidos al mismo régimen?, ¿qué contenido jurídico tendría esta función de gobierno, si los actos dictados en virtud de ella no se distinguieran en nada de los administrativos?

⁷¹ En general, quienes niegan la existencia de una categoría autónoma de actos de gobierno, caracterizados por no ser susceptibles de control jurisdiccional, fundamentan su posición en que no es admisible que una categoría completa de actos esté exenta de control judicial, pues esto negaría el mismo Estado de Derecho. Sin embargo, todos admiten que algunos actos no son controlables por los jueces, aunque hay ciertas discrepancias en las razones que aducen. Así, por un lado tenemos la posición de GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*“Curso de Derecho administrativo...”, l. cit.*, pp. 36 y 37), para quienes no son impugnables ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa los actos del Gobierno en relación con otros Poderes del Estado y los actos de relaciones internacionales, porque no son actos administrativos, en la medida que no proceden de la Administración como persona. No obstante, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (*“La definitiva erradicación de los actos de Gobierno en nuestro Derecho”, REDA 106, 2000, p. 233*) ha admitido la posibilidad de que estos actos, que considera se dictan en ejercicio de una amplia discrecionalidad, sean controlados por el Tribunal Constitucional. El segundo grupo de autores críticos con la categoría de actos de gobierno sostiene que no es necesario buscar una explicación especial para justificar la inimpugnabilidad de ciertos actos dictados por el Gobierno, ya sea por su carácter constitucional o porque no son dictados por éste como cabeza de la Administración pública, pues la ausencia de control judicial se explica porque “se trata de actos con los que no se compromete *ad extra* al Estado, actos, en suma, de *trámite*, por así decirlo, en procedimientos cuya terminación requiere la intervención sustantiva y no solo formal de otros poderes del Estado” Martínez LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Gobierno y Administración del Estado en la Constitución y en su nueva regulación legal: una cuestión clave para el Estado de Derecho”, en *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica. XIX Jornadas de Estudio*, Dirección del servicio jurídico del Estado, Madrid, 1998, p. 326. La posición de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ entronca con la doctrina francesa, que desde el siglo XIX alertaba sobre categoría y su innecesidad para explicar los casos en que ciertos actos no eran controlables judicialmente (véase MICHOU, L., “Des actes de gouvernement”, en *Annales de l’enseignement supérieur de Grenoble*, tome I, n° 1, 1889, p. 263 y ss.; y BRÉMOND, “Des actes de gouvernement”, *Revue du Droit Public*, 1896, p. 23 y ss., para quien se trata de una categoría inútil y peligrosa), como también se sucedió en el siglo XX (entre otros, véase VIRALLY, M., “L’introuvable acte de gouvernement”, *Revue du Droit Public*, 1952, pp. 317 y ss.; y el trabajo de DUEZ citado en la nota 62).

⁷² Ejemplo evidente de esta función es lo establecido en el artículo 4.1. de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), de acuerdo al cual es una función exclusiva del Poder ejecutivo “diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno”. Las políticas nacionales, que conforman la política general del gobierno, “definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas”. Por su parte, las políticas sectoriales son “el subconjunto de políticas nacionales que afecta una actividad económica y social específica pública o privada. Las políticas nacionales y sectoriales consideran los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales y locales, concordando con el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República. Para su formulación el Poder Ejecutivo establece mecanismos de coordinación con los gobiernos regionales, gobiernos locales y otras entidades, según requiera o corresponda a la naturaleza de cada política”. Ambas se aprueban por Decreto supremo, con el voto del Consejo de Ministros.

⁷³ No obstante, es preciso indicar que en nuestro Derecho no siempre se ha tenido claridad al momento de definir la llamada función administrativa, haciéndolo a través de un concepto material. Así, por ejemplo, el INDECOP en la Resolución 033-2006/CLC (Expediente N° 004-2005/CLC, sobre el Instituto Huapaya y la PPF) sostiene que la función administrativa “es entendida como la actividad desarrollada por órganos públicos en relación jerárquica para la ejecución concreta y práctica de cometidos estatales y que se hace efectiva mediante actos y hechos jurídicos públicos. La función administrativa, en su aspecto sustancial, implicaría la existencia de un conjunto de actividades encaminadas hacia un fin, con prescindencia del órgano o agente que la realice, y que se expresa en la ejecución concreta y práctica del bien común”; agregando poco después que “la Administración Pública persigue con su actuación el bien común, para lo cual, por ejemplo, presta servicios públicos, administra bienes de dominio público, recauda impuestos, ejecuta actos de policía administrativa, regula el desarrollo de actividades económicas, fiscaliza que los administrados cumplan con determinados requisitos para realizar dichas actividades, sanciona el

Esto significa que existe la función política, pero no los actos políticos; es decir, no existe una categoría de actos con un régimen jurídico uniforme, exentos de control judicial por ser dictados en ejercicio de una actividad de dirección. La función política del Gobierno se manifiesta a través de actos legislativos (Decretos de Urgencia, Decretos Legislativos), de actos de trámite en el procedimiento legislativo (iniciativas de Ley), de actos administrativos con una muy amplia discrecionalidad (nombramientos, dictado de ciertos reglamentos, etc.) o a través de actos que no producen efectos jurídicos (la presentación del Primer Ministro en el Pleno del Congreso, o la publicación de un artículo en un diario por el Presidente), y que por esa razón no son susceptibles de control jurisdiccional, pues no afectan derechos o intereses legítimos, de modo que no hay nadie legitimado para impugnarlos.

Por tanto, los actos administrativos, dictados por el Gobierno como cabeza de la Administración, pueden constituir una forma de expresión de la función gubernativa, que en este caso se someterá al control judicial, como sucede con los actos discrecionales, aunque en este ámbito el margen de discrecionalidad sea muy amplio, como lo ha establecido nuestro TC. En realidad, la discrecionalidad siempre tiene un contenido político⁷⁴, porque se trata de determinar lo que es mejor para el interés general, pero en estos casos es todavía más patente, de modo que una sustitución judicial de la decisión significaría que lo que jueces estarían reemplazando a quien ha sido elegido democráticamente para gobernar⁷⁵.

Esta discrecionalidad, *independientemente de cuán máxima sea*, no se convertiría en una categoría

incumplimiento de las Leyes y reglamentos, etc.". Este mismo esquema había sido ya utilizado por el INDECOPI en la Resolución 048-2005/CLC (Expediente N° 007-2005/CLC), en donde se indica que "la actuación que realiza la Administración Pública tiene el propósito de procurar objetivos basados en el bien común. En este sentido, dentro del marco de las potestades otorgadas por el ordenamiento jurídico (la Constitución, las Leyes y los reglamentos administrativos), los entes administrativos realizan actividades tales como prestar servicios públicos, administrar bienes de dominio público, recaudar impuestos, ejecutar actos de policía administrativa, regular el desarrollo de actividades económicas, fiscalizar el desarrollo de estas actividades por parte de los administrados, sancionar el incumplimiento de las Leyes y reglamentos, entre otras funciones. Los fines basados en el bien común son determinados por el ordenamiento jurídico, especialmente por la Ley, acto que expresa la voluntad de la comunidad. En consecuencia, cualquier actuación de la autoridad administrativa debe enmarcarse y tener como guía los fines públicos establecidos en el ordenamiento jurídico". Es decir, la función administrativa se define por su vinculación al bien común, lo que en realidad es predicable de todos los Poderes públicos por igual, por lo que se ve en la obligación de hacer una enumeración de ejemplos de actuación administrativa, sobre la cual no se da finalmente una definición útil.

⁷⁴ En este sentido, MAGIDE HERRERO, M., "Límites constitucionales...", *cit.*, p. 255.

⁷⁵ No confundir con quienes justifican los actos de gobierno en el carácter democrático de éste, como GARRIDO CUENCA, N., "El acto de Gobierno...", *cit.*, p. 439; JIMÉNEZ DE ASENSIO, R., "La dirección de la Administración pública como función del Gobierno", *RVAP* 34-II, 1992, p. 78; LEGUINA VILLA, J., "Principios generales del Derecho y Constitución", *RAP* 114, 1987, p. 28; y ORTEGA ÁLVAREZ, L., "Prólogo" al libro de GARRIDO CUENCA, N., "El acto de Gobierno...", *cit.*, pp. 34 y 35. En realidad, la legitimidad democrática de origen del Gobierno no implica que ésta justifique el ejercicio de su poder. En este sentido, cabe remitirse a los trabajos de ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Contra las inmunidades del poder: una lucha que debe continuar", *REDA* 93, 1997, pp. 5 a 11; y, muy especialmente, de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Democracia...", *cit.* De acuerdo a este autor, debe quedar claro que el Estado social y democrático de derecho no deja de ser, esencialmente, un estado de Derecho. Por tanto, no implica que el Gobierno, por su legitimidad democrática no esté sujeto a la Ley, sino que ésta, la Ley, tiene una legitimación democrática (p. 13). En este sentido, la democracia, en tanto basada en la confianza, exige el control judicial de los actos del Gobierno (pp. 110 y 111). En consecuencia, "nada, por tanto, más contrario a la esencia misma de la democracia que pretender que el origen colectivo de los gobernantes les dispense de control o les legitime ante los ciudadanos frente a cualquier reclamación o exigencia que estos puedan judicialmente pedirles. La posibilidad de citar ante un Tribunal a la Administración y a sus agentes para someterlos en el proceso a la necesidad de que acrediten la observancia de la Ley y del Derecho, que la Constitución les impone, la racionalidad social y ética de su actuación, lejos de oponerse al principio democrático, resulta ser uno de los instrumentos más eficaces, e incluso imprescindibles, para su sostenimiento (pp. 11 y 112). Más adelante, y con la misma contundencia, sostiene que "no hay frente a la Ley y al Derecho sujetos ni órganos privilegiados, exentos de su imperio y, por consiguiente, del imperio del juez, incluyendo, por supuesto, a quienes se benefician de un mandato popular. En último extremo, la legitimación del Estado y del Derecho se consolida definitivamente cuando este Derecho es capaz de imponerse, a través del juez (¿de quién, si no?), sobre todos los hombres". *Ibidem*, p. 316. Ya en los años cincuenta, aunque refiriéndose en este caso a la actividad reglamentaria del Gobierno, defendía el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente actos con un alto contenido político. Así, afirmaba entonces que "es absolutamente evidente que este control tiene que ser hecho desde criterios objetivos de derecho [como el principio de interdicción de la arbitrariedad], que respete íntegra la responsabilidad de los juicios políticos que toda elaboración normativa implica necesariamente, juicios en los cuales no tiene competencia para penetrar (...) porque [entre otras razones] en cualquier caso merece siempre mucho más crédito la estimativa de la Administración que la que a la misma pueda oponer directamente el Tribunal, porque aquélla está específicamente montada para esa función y dispone para su ejercicio de medios informativos y técnicos superiores". GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 223, también publicado en *RAP* 30 (1959), p. 131 y ss. En el mismo sentido, aunque refiriéndose a toda la actividad del Gobierno susceptible de ocasionar efectos jurídicos, el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ sostiene que el control jurisdiccional de la actividad de todos los Poderes públicos, incluido el Gobierno, es una exigencia del Estado de Derecho, sin que ello implique convertirse en un "adorador monoteísta del artículo 24° de la Constitución", ni tampoco introducir un gobierno de los jueces, como afirma Luis ORTEGAÁLVAREZ. Los jueces no buscan suplantarse la actuación "política" del Gobierno, sino controlar su adecuación al Derecho, pues no es posible oponer "política" y "derecho" como realidades contrapuestas y antagónicas. A pesar de la mayor o menor trascendencia política de

diferente, o *politicidad*, como se ha sostenido⁷⁶, pues el régimen jurídico aplicable sería el mismo⁷⁷. La única diferencia, tan solo de grado, vendría dada por la *intensidad del control* que los jueces pueden realizar sobre los actos de gobierno, al ser más amplio en este caso el ámbito de apreciación discrecional de la oportunidad atribuido al Gobierno⁷⁸.

Esta *politicidad* no puede definirse, como lo pretende SAIZ ARNAIZ, sobre la base de la indeterminación del fin, lo que serviría para distinguirla de la discrecionalidad administrativa⁷⁹. El Gobierno, como cualquier Poder público, ha de buscar la consecución del interés general⁸⁰, que de este modo constituye el fin de toda su actuación, y que, como lo ha reconocido

el Tribunal Supremo español en numerosas sentencias⁸¹, también constituye un parámetro de enjuiciamiento de su actividad de dirección política. Por otro lado, y desde la perspectiva de la delimitación del interés general, la actividad discrecional constituye una actividad *política* en tanto participa en la concreción de éste, influyendo así en su determinación, pues no pueden separarse radicalmente ambos momentos⁸². Por tanto, si bien la "politicidad" es mayor cuando mayor sea el ámbito de discrecionalidad, esta escala no permite atribuirle una naturaleza distinta a unos actos frente a otros⁸³.

Más allá de la discusión teórica, encontramos dos casos en donde se ha planteado el alcance

la decisión, los Tribunales serán siempre capaces de controlar su adecuación a *Derecho*, pero no podrán enjuiciar el acierto o conveniencia de la decisión político-administrativa, y menos sustituirla, en el ámbito de la discrecionalidad o en el margen de apreciación que el ordenamiento jurídico otorga explícita o implícitamente al Poder administrativo. Véase MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "Gobierno y Administración...", cit., p. 324; y, del mismo autor, "Actos de gobierno y Administración local", en *Libro homenaje al Profesor José María BOQUERA OLIVER*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 646 a 649.

⁷⁶ SAIZ ARNAIZ, A., "Los actos políticos del gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RAP* 134, 1994, p. 235. En el mismo sentido, SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RIOS, J. A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R., "Práctica procesal contencioso administrativa", Tomo I, Volumen 2, Bosch, Barcelona, 1999, p. 1261.

⁷⁷ Esta identificación ha sido puesta de manifiesto por Tomás PRIETOÁLVAREZ, para quien el contenido *político* de estos actos es únicamente un *grado máximo de discrecionalidad*, pero discrecionalidad al fin. Entre los argumentos utilizados por este autor para fundamentar su posición, destaca especialmente, en la medida y que no han sido puestos de relieve hasta el momento por la doctrina, la indudable justiciabilidad de los reglamentos, actos de contenido político por excelencia. PRIETO ÁLVAREZ, T., "Tres cuestiones en torno al contencioso de Treviño: competencias de las Comunidades Autónomas sobre su territorio, alcance de la autonomía local, actos administrativos discrecionales de contenido político", *REALA* 285, 2001, p. 234 y ss.

⁷⁸ STS de 3 diciembre de 1998, RJA 10027.

⁷⁹ SAIZ ARNAIZ, A., "Los actos políticos...", cit., p. 235; o SÁNCHEZ MORÓN, *El control de las Administración públicas y sus problemas*, Espasa Calpe, Madrid, 1991 p. 60. En realidad, esta posición está estrechamente vinculada con la de quienes entienden que los actos políticos o de gobierno son expresión de una vinculación negativa del Poder público al ordenamiento, mientras que ésta es positiva en los supuestos de discrecionalidad (expresamente en este sentido, XIFRA HERAS, J., "El Gobierno y la función política", en *Gobierno y Administración en la Constitución*, II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, IEF, Madrid, 1988, p. 1846; y DE LA MORENA, L., "El Gobierno en la Constitución: sus claves conceptuales", en *Gobierno y Administración en la Constitución*, II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, IEF, Madrid, 1988, p. 1226). Por tanto, a diferencia de la actividad administrativa, por la cual se atiende de manera objetiva e imparcial al interés general, la función de gobierno consistiría en una dirección libre para obtener objetivos políticos (en este sentido, BARCELONA LLOP, J., "Principio de legalidad y organización administrativa (Gobierno, Administración, Ley, y reserva de Ley en el artículo 103.2 de la Constitución)", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, Vol. III., Civitas, Madrid, 1991, pp. 2369 y 237; GARRIDO CUENCA, N., *El acto de Gobierno...*, cit., p. 521; GARRIDO CUENCA, N., "Gobierno y Administración ante el Derecho administrativo", *Revista Jurídica de Castilla La Mancha* 18, 1993, p. 51.; y, especialmente, SÁNCHEZ AGESTA, L., y GOIG MARTÍNEZ, J. M., "El Gobierno, la función de gobierno y la Administración. Comentario introductorio al Título IV, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, VIII, dir. Oscar ALZAGA VILLAMIL, EDESA, Madrid, 1998, p. 37), ya que no estaría determinada en sus fines (DIEZ PICAZO, L. M., "La estructura del Gobierno en el Derecho español", *DA* 215, 1988, p. 46; y, especialmente SAIZ ARNAIZ, A., "El Gobierno y la dirección de la política", *RVAP* 34-II, 1992, p. 190).

⁸⁰ Por todos, véase SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "Gobierno y Administración: Una reflexión preliminar", *DA* 215, 1988, p. 77; y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "Gobierno y Administración...", cit., p. 331.

⁸¹ Así, por ejemplo la STSE de 15 de julio de 1997, RJA 5640, en tanto admite el control del fin del acto de gobierno, que no puede ser otro que la consecución del interés general.

⁸² Coincidimos así plenamente con MARIANO MAGIDE cuando sostiene que no es posible distinguir, como pretende BELTRÁN DE FELIPE ("Discrecionalidad administrativa...", cit., pp. 44, 98 y 167), entre apreciación o determinación y definición del interés general. Si bien la Administración no puede definir por sí sola el interés general, en el ejercicio de sus facultades discrecionales no aprecia algo que está completamente determinado, sino que, al ponderar los diversos intereses en conflicto, participa en su delimitación. Véase MAGIDE, M., "Límites constitucionales...", cit., p. 254 (por nota).

⁸³ Con una extraordinaria claridad, que justifica la transcripción de una cita tan larga, afirma Blanca LOZANO que "de la doctrina del Tribunal Supremo [español] que he expuesto, parece deducirse que existe una determinada categoría de actos políticos que no está sometida al régimen común de control jurisdiccional, en cuanto dicho control se ha de circunscribir a los límites o requisitos previos que haya podido establecer el legislador mediante "conceptos jurídicamente asequibles". No veo, sin embargo, en qué pueda diferenciarse este control jurisdiccional del que se opera sobre los actos discrecionales, que se realiza, fundamentalmente, mediante el control de los elementos reglados. Parece de que lo que se trata con esta doctrina sobre el control de los actos de dirección política es de excluir un control sobre el fondo de la decisión, sobre la facultad de actuar o no actuar o de decidir entre varios contenidos posibles de actuación, con el fin de preservar la libre voluntad del Ejecutivo a la hora

del control judicial de ciertas decisiones del Gobierno, controversia que ha alcanzado incluso la determinación de la naturaleza de los actos. El primero es el supuesto de la declaratoria de estados de emergencia. A diferencia de lo que sucede en Derecho español, donde se ha defendido que se trata de actos controlables por los jueces⁸⁴, nuestra Constitución expresamente establece que contra estos no procede recurso alguno, conformando un discutible ámbito de actuación del Poder exento de control jurisdiccional directo, aunque no indirecto, porque los jueces sí pueden conocer de las medidas concretas tomadas en aplicación de tales estados de emergencia, a través de las acciones de garantía. Sin embargo, esta falta de control jurisdiccional no puede atribuirse a la inclusión de estos actos en la categoría “actos políticos”, sino que se debe a una expresa, y discutible, previsión expresa de la norma⁸⁵.

Más interesante incluso es el caso del indulto presidencial, sobre el cual existen algunas sentencias del TC. Al respecto, cabe citar en primer lugar la STC de 11 de noviembre de 2011, recaída en el Exp. N.º 0012-2010-PI/TC, en la cual se declara que, en tanto el indulto incide directamente en la proporcionalidad entre las penas y las infracciones, limitando por lo que limitan ciertos valores constitucionales, “no

es posible [otorgarlo] de forma inmotivada, sino que dicha motivación debe estar sustentada en razones lo suficientemente poderosas como para contrarrestar la incidencia que la medida genera en los antedichos valores iusfundamentales” (§44). Es decir, se exige motivación en el indulto, cuya carga argumentativa en la resolución administrativa que concede el indulto deberá ser mayor mientras más grande sea el peso axiológico del derecho fundamental violado por la conducta perdonada (§45). Evidentemente, si se exige motivación es porque ésta puede ser controlada por alguien, pese a tratarse de un supuesto en donde la discrecionalidad es mayor o política, según lo indicado por la Sentencia Callegari⁸⁶.

El posible control jurisdiccional del indulto también ha sido analizado por la conocida STC de 25 de enero de 2011, recaída en el Expediente N.º 03660-2010-PHC/TC, sobre la controvertida resolución que dejó sin efecto el indulto concedido a José Enrique Crousillat López Torres. La discusión giró en torno a los efectos de cosa juzgada, que el artículo 139.13 le otorga al indulto, luego de prohibir el reinicio de procedimientos fenecidos con resolución ejecutoriada. De esta regla deriva el TC que es imposible revocar un indulto (§6). Sin embargo, también indica que la cosa juzgada, incluso cuando proviene de una resolución

de decidir, pero ello no permite, a mi parecer, distinguir estos actos de los realizados en el ejercicio de potestades discrecionales, porque en el caso que la decisión del Ejecutivo esté de alguna manera limitada o condicionada por el legislador con “conceptos jurídicamente asequibles”, los Tribunales podrían entrar, según lo expuesto, a controlarla (...) y en el caso de que no exista ninguna relación legal atinente al fondo de la decisión, no es que el acto esté exento de control judicial, sino que, al no estar vinculado su contenido en un sentido determinado, no infringe el Derecho (...) Considero, por todo lo expuesto, que los actos que la doctrina citada del Tribunal Supremo define como “actos políticos” o “de dirección político” no son sino decisiones para cuya adopción el ordenamiento jurídico atribuye un amplísimo – máximo si se quiere –, margen de discrecionalidad al Ejecutivo para apreciar “lo que sea de interés público”, pero sin que ello comporte una distinta naturaleza de estos actos en cuanto a su control jurisdiccional ni justifique, por consiguiente, una denominación diferenciada de los mismos, pues están sometidos a las reglas generales de vinculación a la Ley y al Derecho y de control jurisdiccional de los actos discrecionales de la Administración”. LOZANOCUTANDA, B., “El control judicial de los secretos de Estado: las sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID”, REDA 94, 1997, p. 274.

⁸⁴ Véase CRUZ VILLALÓN, P., “Estados excepcionales y suspensión de garantías”, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 139 a 141.

⁸⁵ Así, Mariano BAENA DEL ALCÁZAR distingue entre aquellos actos que son declarados expresamente como no impugnables y los actos políticos, expresión de una función política, distinta de la administrativa. En este sentido, afirma que “son cosas distintas que, basándose en razones políticas, se excluyan del conocimiento por los Tribunales determinados actos (por la propia Ley de la jurisdicción o por otra) y que se configure una categoría específica de actos del Gobierno, poderosamente cualificada en virtud de su consideración como manifestación concreta de la función política, distinta de la administrativa. En un caso, ciertos motivos han impulsado a dar un tratamiento peculiar a grupos de actos administrativos. En otro, nos encontramos ante actos que la Ley concibe como esencialmente diferentes”. BAENA DEL ALCÁZAR, M., “Los actos políticos del Gobierno...”, cit., p. 46. En el caso peruano, dada la previsión del artículo 148º de la Constitución, esta exclusión de control jurisdiccional solo puede ser realizada por la propia Constitución, como en este caso.

⁸⁶ Refiriéndose al Derecho español, sostiene MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (“Gobierno y Administración...” cit., p. 326) “la Jurisdicción contencioso-administrativa debería poder entrar a juzgar, en su caso, si el Gobierno se ha atendido a la Ley al proponer al Rey el correspondiente Decreto de gracia, con cuanto ello comporta, ciertamente, de delicada y residual intervención del Ejecutivo en la función reservada a la Justicia de hacer ejecutar lo juzgado. En el mismo sentido, sostiene Luis MARTÍN REBOLLO que “es obvio que un Tribunal contencioso-administrativo no puede verificar si procede o no indultar, pero quizás sí verificar si se dan o no las condiciones que la Ley o la Normativa aplicable exige para que se pueda utilizar esa potestad que tienen los poderes públicos”, *La reforma...*, cit., p. 62. También el profesor Paul DUEZ los consideraba como un acto impugnables, según las reglas de los actos discrecionales (“Les actes de gouvernement...”, cit., p. 196); y, antes que él, BRÉMOND sostenía que se trataba de un acto administrativo, y como tal impugnables jurisdiccionalmente (“Des actes...”, cit., p. 73 y ss). Véase también LOZANO, B., “El indulto y la amnistía en la Constitución” en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, Vol. II., Civitas, Madrid, 1991, pp. 1049 a 1051.

judicial, tiene límites, pues puede ceder ante graves supuestos de error en la vía ordinaria, y también puede ser cuestionada a través de procesos constitucionales. De este modo, se afirma en la resolución citada, “es posible afirmar que la calidad de cosa juzgada que ostenta una resolución está supeditada a que no atente contra derechos fundamentales u otros principios o valores de la Constitución. En este orden de ideas, el ejercicio de la potestad discrecional del indulto está sujeta al marco constitucional y, como tal, debe respetar sus límites” (§7). Además, la inmutabilidad de otras instituciones, como las amnistías y los sobreseimientos definitivos, a los que la Constitución les ha otorgado también efectos de cosa juzgada, está también supeditada a la conformidad de su concesión con el marco constitucional (§8).

A partir de aquí, concluye el TC, “para que un acto del poder público sea constitucionalmente válido no solo debe haber sido emitido conforme a las competencias propias sino ser respetuoso de los derechos fundamentales, principios y valores constitucionales. Así, por ejemplo, resulta exigible un estándar mínimo de motivación que garantice que éste no se haya llevado a cabo con arbitrariedad.

Ello implica que si bien el indulto genera efectos de cosa juzgada, lo cual conlleva la imposibilidad de ser revocado en instancias administrativas o por el propio Presidente de la República, cabe un control jurisdiccional excepcional a efectos de determinar la constitucionalidad del acto [...]. En suma, la decisión de indultar a un condenado genera cosa juzgada y como tal es inimpugnable y por tanto, irrevocable administrativamente, e impide la posterior persecución penal por los mismos hechos. Sin embargo, ello no obsta que pueda ser objeto excepcionalmente de anulación en sede jurisdiccional” (§9 y §10). A partir de este fundamento, el TC concluye que el indulto fue revocado, lo que escapaba de las facultades del Presidente. Sin embargo, va más lejos, y se pronuncia sobre la validez del indulto, que entiende fue otorgado en base a un error sobre la salud del indultado que torna en aparente a la motivación, por lo que se justifica su anulación. Es decir, la revocación estuvo mal, pero el indulto también, por lo que éste se anula.

Como podemos apreciar, existe un control jurídico sobre el acto por el cual se otorga el indulto, lo que permite excluirlo de cualquier lista de actos políticos, no susceptibles de control judicial. Sin embargo, la Sentencia del TC arriba citada nos deja algunas dudas, pues no queda claro cómo lograr este control judicial que indica sería posible en los casos de indulto: ¿quién puede presentar la acción? ¿Cualquier ciudadano, lo que implicaría reconocer una acción popular en defensa de la legalidad, frente a la regla general que exige un derecho subjetivo o un interés legítimo para impugnar un acto del Poder público? ¿El propio Jefe de Estado? En este caso, ¿cómo lo haría? ¿Utilizando los medios previstos en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS), para aquellos casos en que no cabe la anulación de oficio? Si esta fuera la solución, ¿no implicaría reconocer que estamos ante un acto administrativo? Y si el indulto lo es, como es lógico dado que es otorgado, como lo reconoce el TC, a través de una Resolución administrativa, ¿no sería más lógico entender que si bien no puede revocarse – o dejarse sin efecto, por emplear la terminología nacional –, sí puede ser anulado por quien lo dictó, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 202° LPAG, si se trata de un acto nulo de pleno derecho⁸⁷.

Evidentemente, el principal problema para una anulación en vía administrativa es el efecto de cosa juzgada que la Constitución le atribuye al indulto. Sin embargo, esta afirmación debe entenderse en el contexto en el que está, vinculada a la prohibición de reiniciar procedimientos fenecidos; es decir, lo que se pretende es impedir que una persona sea juzgada nuevamente por un delito por el cual fue condenada (...) e indultada. En realidad, se trata de una resolución administrativa, que impide un nuevo proceso judicial, y que en esa medida tiene carácter de cosa juzgada, pero no significa que sea una resolución que no pueda ser anulada si tiene un vicio, judicial o incluso administrativamente, razón por la cual no puede afirmarse sin más que sea cosa juzgada en todo el sentido de esta expresión, como en cierta medida lo ha venido a reconocer nuestro Tribunal cuando admite que pueda ser controlable judicialmente.

⁸⁷ Sobre la distinción entre la revisión de oficio, que afecta al propio acto y se produce siempre por su invalidez (que por definición es originaria) y la revocación, que afecta a los efectos del acto, y puede producirse por ilegalidad sobrevinida o por razones de oportunidad (opción esta última excluida en Derecho peruano), véase BACA ONETO, V. S., “La invalidez de los actos administrativos y los medios para declararla en la Ley N° 27444, del Procedimiento administrativo general”, en *La Ley de procedimiento administrativo general. Diez años después. Libro de ponencias de las Jornadas por los diez años de la Ley del procedimiento administrativo general*, Coord. ZEGARRA VALDIVIA, D. y BACA ONETO, V. S, Palestra, Lima, 2011, pp. 137 y 138.

En todo caso, sea que el indulto puede ser anulado únicamente en sede jurisdiccional o también en sede administrativa, lo cierto es que no es un acto exento del control judicial, lo que nos permite volver a nuestro tema: no hay actos que por su naturaleza estén exentos de control. Esta conclusión se muestra claramente en la STC de 21 de agosto de 2002, recaída en el Expediente N° 1297-1999-AA/TC, mediante la cual se resolvió el recurso de extraordinario interpuesto contra la resolución que declaró inadmisibles un amparo interpuesto para que se declare inaplicable el Decreto Supremo N° 011-99-PCM, por el cual se declara de utilidad pública la transferencia en propiedad de un terreno de un cedió la propiedad de un kilómetro cuadrado en Tiwinza al Ecuador.

El Tribunal Constitucional plantea la distinción entre las "cuestiones políticas" y las "cuestiones jurídicas". En relación a la primera, afirma que *"la doctrina y la jurisprudencia comparada es casi uniforme en señalar que la circunstancia y oportunidad de una decisión política directamente vinculada con las relaciones internacionales y la búsqueda de la paz entre los pueblos así como su desarrollo, no están sujetos a un control jurisdiccional, sino a la estimación de la opinión pública; por ende, la historia y el veredicto ciudadano expresado en las urnas, entre otros caminos, son los instrumentos por donde se viabiliza el control de dicha cuestión política. En tal contexto, los miembros del Tribunal Constitucional, de manera individual, reservan su*

derecho ciudadano a tomar y fijar posición cívica sobre dicha decisión de Estado" (§ 2).

Por tanto, admite el TC la existencia de una "cuestión política", que no es susceptible de control jurisdiccional, sino únicamente de control político, a través de las urnas. Es decir, expresamente niega que los jueces deban sustituir al gobierno en su tarea de dirección política, especialmente en un ámbito tan delicado como las relaciones internacionales. Sin embargo, ese mismo tema es susceptible de una valoración jurídica, para determinar si se han cumplido lo establecido por el artículo 71° de la Constitución, según la cual solo por razones de necesidad pública, declaradas por Decreto Supremo, es posible autorizar a los extranjeros ser titulares de derechos de propiedad dentro de los 50 Kms. De las fronteras.

En este caso, el Tribunal Constitucional concluye que se han cumplido con las exigencias constitucionales, mediante un Decreto Supremo que justifica la necesidad pública en el cumplimiento de los acuerdos internacionales, la necesidad de asegurar el desarrollo del país y que dichos acuerdos sentaban las bases para el fortalecimiento de una relación bilateral en función del beneficio mutuo. No entra al fondo político del asunto, pero sí reconoce que se trata de un acto susceptible de control jurídico, al menos en sus elementos reglados y a través de su motivación. Es decir, que es controlable como un acto discrecional.