

## Nociones acerca de la Discrecionalidad y Arbitrariedad practicadas por la Administración Pública\*.

Orlando Vignolo Cueva\*\*

Excelentísimo Señor Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, D. Ángel Bonet Navarro.  
Excelentísimos Señores miembros de la Mesa de Gobierno y Académicos de número de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Excelentísimo señor representante de la Caja Inmaculada.

Excelentísimo señor representante del Colegio de Notarios de Aragón.

Excelentísimo señor D. José Bermejo Vera, miembro de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y Catedrático de la Universidad de Zaragoza.

Dignas autoridades que acompañan este solemne acto.

Señoras y señores asistentes:

Quiero que mis primeras palabras sean de sincero agradecimiento a cada uno de los integrantes de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y la institución financiera Caja Inmaculada, por haberme otorgado en el año 2009 el XIII Premio de Derecho Público “Gascón y Marín”, al haber seleccionado y galardonado mi trabajo denominado “Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa”. Para el suscrito fue una grata sorpresa y enorme responsabilidad hacerse merecedor de esta importante distinción. Lo primero, porque el premio proviene de un país -España- que para los peruanos no es tan cercano, formando parte de nuestra mestiza esencia cultural y sociológica (como lo dijo un literario nacional nosotros somos “un país de todas las sangres”, a lo cual yo agregaría que el aporte español constituye uno de los sustratos que nos define como Nación), y, luego, porque el mismo proviene de una señera institución zaragozana que se muestra no sólo –como reza su fin institucional- como “un instrumento de cultura

\* Discurso por la recepción del XIII Premio de Derecho Público “Gascón y Marín” Edición 2009. En el Palacio del Notariado de Zaragoza, 27 de junio del 2011.

\*\* Doctorando por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad de Piura (Perú). Abogado asociado del Estudio Echecopar (Perú). Profesor de Derecho Administrativo y Metodología de la Investigación Jurídica (sección de Derecho Administrativo) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Unión Iberoamericana Municipalista.

jurídica de la sociedad aragonesa”, sino y creo sin temor a equivocarme, es una auténtica propulsora de la unión académica entre pueblos que comparten la misma raíz jurídica europea-continental.

Sin embargo, también como dije antes, es un compromiso enorme recibir el “Gascón y Marín”, fundamentalmente por una cosa: por el reflejo del jurista y político aragonés que da nombre a esta condecoración, cuyo prestigio y labor universitaria incansable llevó a que lo catalogaran, ni más ni menos en la Revista homenaje por sus 50 años de ejercicio profesoral editada por la antigua Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid, como el motor de “la inmensa tarea de haber sacado al Derecho administrativo de los estrechos cauces, más o menos legalistas, en que discurría en el siglo pasado, para llevarlo a otros más amplios de un orden de doctrina de fuerte fundamentación filosófica, que lo transformó en un derecho científico, propio y caracterizado, que no sólo logró escuela en nuestro país (...) sino que difundió su pensamiento también al extranjero en discusiones y deliberaciones de congresos y conferencias científicas”. No hay nada más excelso y gratificante para un hombre o su memoria, que la trascendencia de sus actos por encima de los límites naturales de su existencia. En esto radica —a mi modo de ver— la importancia de este profesor universitario, pues luego de casi 50 años de haber fallecido, se sigue hablando de él, resguardando para las nuevas generaciones su memoria y la importancia de sus actos.

Dicho esto, y antes de pasar de lleno a la explicación del trabajo premiado, quiero agradecer a todos aquellos que han permitido que yo esté aquí parado frente a ustedes. Primero, a mi padres y dos hermanos, quienes a pesar de estar tan lejos comparten la alegría por uno de los suyos; ellos, sobre todo los primeros, permitieron con su sacrificio y dedicación que me forme como persona y profesional, impulsando luego los fomentos para una carrera que en mi país es poco entendida, degradada y mal remunerada, como lo es la docencia universitaria. De este mundo, con este primer apoyo externo y con un propio fuego interno por materializar nuestra herencia de entrega por los demás —mediante la enseñanza— legada por nuestro abuelo Antonio Cueva, es que surgió la idea de hacer actividad universitaria en serio (con disciplina), siendo un ámbito del cual nunca he salido ni saldré jamás. En ese contexto es que escribí este trabajo gracias al invaluable aporte de Don José Bermejo, mi director de tesis doctoral, a quien considero como un universitario en toda la extensión de la palabra (una persona que siempre intenta buscar la verdad por encima de lo artificioso o superficial, muestra de ello son sus obras y el nivel formativo logrado por sus distintos alumnos, algunos de estos últimos también ganadores de este premio). En este punto valga el reconocimiento al Catedrático D. Fernando López-Ramón y todos los profesores del área de Derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza, quienes me acogieron en mis diferentes estancias de investigación realizadas en tierras mañas. Luego, no podía dejar de mencionar a José María Recio, mi amigo y compañero del doctorado, y su digna familia, quienes son causantes de que quiera a esta ciudad como si fuera

Chiclayo (mi terruño), ya que siempre me han tratado con muchísimo afecto, no teniendo formas verdaderas para poder devolver tanto aprecio. A mis buenos amigos Dr. Luis Castillo y Dr. Víctor Baca, Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, de quienes recibí los consejos debidos y el impulso para persistir en las labores académicas. En penúltimo término quiero rescatar el aporte invaluable dado por la Biblioteca Central de la Universidad de Piura, mi primera Alma Mater y el lugar donde pacientemente comencé la aventura de buscar el dato como medio para catapultar una investigación. Finalmente, y en un lugar preferencial, mis palabras de agradecimiento son para Claudia, mi novia, de quien siempre obtengo más de lo que puedo brindarle.

\*\*\*\*\*

Sería faltar a la verdad, decir que en el Derecho administrativo peruano existen suficientes luces y menos sombras sobre el tratamiento de la discrecionalidad de la Administración pública. A nosotros, nos hace falta dedicarle mucho más tiempo, esfuerzo y análisis a esta esencial figura de la ciencia jurídico-administrativa. En el Perú, el Legislador (muchas veces desordenado y poco claro en la normas que emite), la bisoña jurisprudencia contencioso-administrativa (nacida desde abril del 2002 con la entrada en vigor de la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo) y la doctrina (forjada esencialmente desde los años noventa) poco han hecho por trabajar y construir nociones alrededor de esta figura; desde su definición, pasando por su carácter fundamental en las actuales circunstancias de desarrollo —necesarísimo y urgente— del Estado Social Democrático de Derecho, su contraposición diametral con la proscrita arbitrariedad, las diferentes clases existentes, o los enlaces y distancias con los conceptos jurídicos indeterminados, entre otras cuestiones. Todos estos son elementos casi imposibles de seguir a través de una vía nacional segura y sin tropiezos, se hace necesario entonces acudir a los avances, polémicas y retrocesos de las ciencias jurídico-administrativas más maduras y de mayor data.

En vista de este panorama, a lo largo del trabajo presentado se encontrarán materias hartamente discutidas en España, Italia, Francia y Alemania, los cuales permitirán mostrar, entre otras cosas relevantes, el nacimiento, progreso, deformación y énfasis superior (puesto en marcha después del término de la segunda guerra mundial) en la construcción de un cabal Estado de Derecho, más aún, estos emprendimientos no sólo fueron dirigidos a que éste pueda resolver los verdaderos límites de sujeción del Poder público, sino que solventaron los sustentos necesarios para validar la configuración social mediante la acción estatal (al inicio mediante el estatocentrismo y luego a través de la subsidiariedad) y la participación colaboradora de los ciudadanos en las decisiones públicas que les afecten; teorías, que concretaron luego el Estado social y democrático tan acopladas a nuestro objeto de estudio.

Avanzando un poco en la misma línea, resulta innegable que para estudiar la evolución de la discrecionalidad administrativa es obligatorio acudir a la revisión y examen

de la legislación, doctrina y jurisprudencia de Europa aparecida durante todo el siglo pasado, datos que muy bien podrían encauzarse dentro de un movimiento pendular muy recurrente en muchos sectores del Derecho público, que va desde su control y reducción al mínimo, o en casos extremos, de postular su posible extinción por estar emparentada con la arbitrariedad –diría HUBER en un frase representativa del momento, la discrecionalidad es “un caballo de Troya en el seno del Derecho administrativo de un Estado de Derecho”- hasta llegar al entendimiento actual (casi generalizado) de que ésta “no es ni un dato meramente periférico o externo al ejercicio de la autoridad pública, ni tampoco una indeseada desviación respecto de un gobierno ideal de normas. Las potestades discrecionales son esenciales en cualquier sistema de toma de decisiones públicas, y por tanto no tienen por qué ser necesariamente arbitrarias ni ajenas al mundo del derecho”.

El trabajo quiere dejar en claro las abismales diferencias existentes entre discrecionalidad y arbitrariedad, negando aquellas posiciones que intentan acercarla, a partir de darle connotaciones negativas o indebidas a la primera, o que, incluso, en grado extremo llegan a negar su origen constitucional o legal. Es así, que la primera parte busca definir la arbitrariedad, indicar sus sentidos y ver las figuras que han aparecido para aniquilarla, en especial en España y en Perú. La segunda parte se dedica a analizar el concepto, alcances básicos y posturas sobre la discrecionalidad administrativa tomando como punto referencia, entre las varias existentes, la doctrina que más aportes originales ha hecho en este sentido: la alemana. Finalmente, a partir de las consideraciones propuestas, se termina por indicar las posibilidades del control de la discrecionalidad, y la posibilidad (necesidad) de que éste no es completamente ejercitado por los Jueces.

La arbitrariedad como concepto relevante para la ciencia jurídica, a mi modo de ver, exige su entendimiento no sólo en *clave* de razón (lógica), puesto que resultaría inseguro y hasta podría reducir, llevada a extremos, el contenido de su noción. Ante esta cuestión, es necesario redirigir la noción hacia el viejo concepto romano del *sentido común*, aceptando obviamente, la validez de los significados recogidos por casi la totalidad de la doctrina, centrados en dar un juicio valorativo de las decisiones administrativas a partir de su condición de ser actuaciones obligatoriamente razonables, capaces de soportar una explicación objetiva, ya que “la autoridad es una cualidad de la comunicación, más que una persona. La elaboración razonada es la fuente de la autoridad, que es un valor social básico”. Consecuentemente, el Derecho siempre exige que las decisiones de los Poderes públicos sean justificadas a partir de no rehuir (o camuflar) el fundamento de todas sus actuaciones; en suma, es imprescindible, en los actuales momentos, que la razón prevalezca ante todo.

Pero, ¿por qué regresar al sentido común para definir a la arbitrariedad? El sentido común del hombre medio honesto que reivindica la búsqueda del bien razonable, es una forma segura y pragmática de indagar si los actos humanos, que indefectiblemente deben estar basados en la libertad, pueden ser buenos (y por ende justos), en-

tendiendo que “el bien no es sino la conformidad de un objeto con la razón en virtud de la naturaleza misma de las cosas. Por tanto, es insensato, es contrario al sentido común (a lo que Balmes llamó criterio) lo irracional y lo irrazonable. Lo irracional no es tanto lo contrario a la lógica formal como a la lógica deóntica, o sea, la de lo que debe ser según las exigencias naturales del buen sentido. Lo irrazonable no es tanto lo no motivado –pues la motivación es simplemente la explicación de los móviles de un sujeto- cuando lo no fundamentado, lo que no encuentra explicación en las exigencias íntimas derivadas de la naturaleza de las cosas”.

Entonces si mezclamos correctamente el sentido común (como un patrón o estándar humano) y lo hacemos trascender en una específica razón para explicar la naturaleza de las cosas, entendida ésta como “un sistema en una unidad de intelección coherente, tanto en sí mismo, en virtud de la mutua imbricación de sus componentes, como en sus relaciones con los demás sistemas que integran esa inmensa alteridad que denominamos el mundo”, tendremos una vía allanada para encontrar los significados correctos y actuales de arbitrariedad.

Con estos tres ingredientes, *el sentido común* que permite trascender a *la razón práctica* indispensable para explicar un determinado problema jurídico *según la naturaleza de las cosas*, podemos avanzar en compendiar y entregar los significados que podría soportar la palabra arbitrariedad, ya que habríamos acotado su contenido relevante para el Derecho administrativo. Éstos serían *lo absurdo* entendido como lo contrario a toda lógica, *lo insensato* asumido como lo opuesto al sentido común de un hombre medio y honesto, y *lo antisistémico* como lo contrapuesto a los requerimientos intrínsecos de cada uno de los sistemas en los que está organizada la realidad. Estos tres sentidos conforman una escalera gradual, mostrada de abajo hacia arriba, en la que “todo lo absurdo es insensato y antisistémico; todo lo insensato es también antisistémico, aunque quizás no sea absurdo si respeta las pautas de la lógica formal o deóntica. Finalmente, podríamos encontrarnos proposiciones que no son absurdas ni insensatas, pero que son antisistémicas”.

Ahora, bien para luchar contra la arbitrariedad de las organizaciones administrativas, el Derecho, y en particular el Derecho administrativo ha ido construyendo un arsenal de institutos, principios jurídicos y sistemas de fiscalización en sedes propias o ajenas a la Administración Pública. Pero, quizás el más relevante entre todos estos, pero a la vez el menos conocido por los peruanos (incluyendo los jueces de todo orden), es la interdicción de la arbitrariedad.

La figura del título de este párrafo fue inicialmente planteada por el alemán LEIBHOLZ, como un concepto surgido desde los linderos vinculantes del Principio de igualdad ante la Ley, que al ser aplicados sobre el proceso de producción de las normas legales (y no sólo sobre los de aplicación efectuados por las Administraciones públicas y los Tribunales de justicia) determinaba la prohibición expresa y genérica de que éstas sean establecidas con tintes arbitrarios, es decir, aparezcan como contra-

rias a lo razonable y opuestas a la justicia. Este deber, que también puede ser extendido a la Administración en cuanto titular de potestades reglamentarias, implica una restricción de la libertad de determinación del Legislador, no sólo desde los no siempre útiles cánones de legalidad formal (como la subordinación de las normas inferiores a las de mayor rango), sino, y en eso encierra su capital valor, desde los aspectos sustanciales directamente contruidos a partir de la noción de arbitrariedad.

En resumen, lo descrito es una técnica de proscripción para que en el sistema jurídico no emerjan y rijan normas irrazonables o injustas, fundada en la reconducción del concepto de arbitrariedad a la técnica *ius* administrativista del abuso de discrecionalidad, cuestión que para el autor era perfectamente factible, ya que “la diferencia entre la potestad discrecional del Legislador y la de la Administración o de los Tribunales es, desde el punto estructural, puramente cuantitativa; simplemente su *Spierraum*, su campo de juego, su ámbito de movimiento es mayor”. Queda fijada así una noción, luego de uso muy recurrente en la doctrina, de que toda ruptura del Principio de igualdad es una genérica arbitrariedad legislativa.

Son los intentos contemporáneos a los de la obra de LEIBHOLZ promovidos por GARCÍA DE ENTERRÍA, profesor empeñado desde los inicios de su actividad investigadora en buscar soluciones a la falta de fiscalización judicial en varias zonas privilegiadas e incontrolables que tenían las organizaciones administrativas; los que introdujeron la interdicción de la arbitrariedad en el Derecho administrativo iberoamericano, esencialmente, para “posibilitar un control sobre la actividad reglamentaria de la Administración en su significación precisamente material, de respeto a los principios generales del Derecho que informan sustancialmente el Ordenamiento”. El triunfo definitivo de la institución llegó con su aceptación en el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978, después de varios años de madurez doctrinal y de cotidianeidad en la actividad jurisdiccional preconstitucional, es decir, los Constituyentes la recogieron con una bien ganada carta de naturaleza y ejercicio producida de la conjunción de los esfuerzos de la doctrina y los Tribunales, los cuales afanosamente buscaron que los Poderes públicos pudieran realizar el legítimo ejercicio de sus potestades, cualquiera sean éstas, pero sin caer ni tropezar en el agujero de las actuaciones arbitrarias.

A diferencia de su par española, nuestra Constitución Política de 1993 no recoge expresamente la interdicción de la arbitrariedad en su texto, sea como un principio o bajo la configuración de una disposición. Esta omisión, aunque no impide la utilización de la técnica, si produce una atenuación de la fundamentación y eficacia del control jurídico de los Poderes públicos nacionales. Más aún, este silencio podría haber determinado que su existencia pasara casi inadvertida en nuestro Derecho, situación que sólo se ve parcialmente remediada merced a algunas pocas piezas de la jurisprudencia constitucional y otras tantas producidas por el más alto nivel de la función administrativa consultiva y decisoria, las cuales desde una derivación bastante forzada y más cercana a la imagen del “cajón de sastre”, asumen que nuestro objeto

de estudio surge “desde el Estado de Derecho” siendo un principio “inherente a sus postulados esenciales (...) y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora”.

Planteadas las nociones sobre la arbitrariedad, la obra se ocupa de la definición de la discrecionalidad administrativa y su reconocimiento con una figura propia del Estado Constitucional de Derecho. Desde hace buen tiempo, ha ido apareciendo un nuevo escenario a la luz de la vertiginosa incidencia administrativa sobre todos los ámbitos de la realidad, merced a las obligaciones normativamente impuestas. Todos estos deberes implican la superación del individualismo y la necesidad de configurar efectivamente el orden de la sociedad en pos de lograr la vigencia real de los derechos fundamentales y los niveles adecuados de bienestar reclamados desde el colectivo. Lo dicho no es otra cosa que la definición de la cláusula constitucional del Estado Social en su interpretación normativa.

En ese contexto, existen imposibilidades de parte del Legislador para poder reglar todos los supuestos fácticos, al mínimo detalle y con extrema abundancia, en los que la Administración Pública debe desenvolverse. Estas cuestiones siguen contradiciendo tercamente aquella evolución dogmática comúnmente aceptada, pero cada vez más desgastada y que merece ser repensada, de que la “Administración está sometida al Legislador de tal forma que necesita habilitaciones permanentes para actuar (...) es el Legislador el que fija los objetivos y fines a alcanzar por la Administración y quien, al mismo tiempo, le proporciona el utillaje apropiado para ello”.

Cuando aparecen materias que requieren explicaciones que no se encuentran únicamente en el contenido de la *positive bindung* (o del sub-principio de la previa norma), tales como los múltiples y amplios ámbitos de discrecionalidad administrativa permitidos por la Ley y el uso instrumental marcadamente amplio -ahora menos recurrente- que tuvo el Derecho administrativo de especies y conceptos del Derecho privado para salvaguardar “de mejor manera” el interés general (a sazón, también querido por el Legislador), se aprecian las dificultades de una única explicación para una exclusiva e irrefutable vertiente del Principio de legalidad.

Además, se consuma el actual (y al parecer antiguo y permanente) avasallamiento de la división absoluta de poderes propuesta por Montesquieu. Esta tesis, aunque resulta una cuestión básica e insoslayable en los sistemas occidentales en los que se practica el Estado de derecho, nunca pudo acercarse a lo que planteó en su momento el autor ilustrado. Ni existen los números previstos por él (ahora son muchos más los Poderes públicos y las potestades por distribuir), ni el instituto resulta completamente aplicable en su contenido a las sucesivas fases históricas, ni menos pudo ser defendida a raja tabla por los Tribunales de justicia.

En la actualidad, al ser bastante común que las organizaciones administrativas aprueben reglamentos e incluso puedan tener competencias legislativas otorgadas desde la Carta magna, el propio Legislativo administre directamente por medio de Leyes singulares, y finalmente,

el Poder Judicial sustituya las decisiones administrativas puestas en su fuero; resulta obligatorio reelaborar las relaciones que puedan existir entre ellos, además de proyectar un reacomodo del Principio de legalidad a los actuales tiempos de vorágine y de respuesta rápida a los requerimientos sociales, pero claro, sin llegar a relativizar la indudable y obligatoria vinculación jurídica de todos éstos a la Constitución y al conjunto del Derecho.

Por eso, si se quiere cumplir con la razón de ser de la Administración pública, no debe redoblarse los esfuerzos en liquidar su discrecionalidad, o, en aceptar sólo una limitada regulación positiva previa como modalidad exclusiva y excluyente de la legalidad, o en ser impreciso en señalar los límites del control judicial. Todo lo contrario, el camino a seguir es la “recuperación e, incluso, la reivindicación de la discrecionalidad”, sumado al entendimiento de que en el Derecho son aceptables tanto las ordenaciones y regulaciones ordinarias (que rígidamente determinan las clásicas potestades regladas) como las normas que sean “instrumento de dirección o programación de la acción administrativa. Por eso en muchos sectores la ley se limita a establecer criterios materiales, principios, estándares, objetivos, transfiriendo la decisión de fondo a otros poderes, que han de crear las reglas (generales o de caso concreto) aplicables”.

Dicho esto, resulta obligatoria la admisión de un sistema de fiscalización judicial que no sustituya por su propia decisión aquella regla creada por la Administración Pública, la cual ha sido permitida por la norma jurídica. En consecuencia, debe ser un censo que “no puede reproducir exactamente la actuación administrativa, por desbordar tal reproducción el ámbito de su función propia; debe limitarse a reproducir los extremos o aspectos formalizados o reglados (en el sentido de regulados), es decir, estrictamente jurídicos de dicha actuación”.

Por otro lado, el trabajo, siguiendo a PAREJO ALFONSO, admite la convivencia pacífica entre las vinculaciones positiva y estratégica a la norma aplicada sobre la actividad administrativa. Esto puede entenderse mejor si se asume la atribución específica que opera “en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima (...) La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar”. Frente a esta primer molde coexisten apoderamientos legales -graduados por el Legislador- con una densidad relativa, depositarios de un carácter programador, planificador o meramente delimitador, que resultan favorables para la aparición de un mayor margen de acción, concretización y decisión administrativa.

Entonces, nos encontramos ante un modelo de definición del Principio de legalidad más favorable para la discrecionalidad, puesto que desde el seno del primero

pueden aparecer varios ámbitos netamente jurídicos marcados con el signo de la segunda figura, siendo ésta una situación imposible de negar, tal como lo reconoció TORNOS MAS cuando indicaba que ciertamente “debe admitirse que en determinadas materias, y en particular en la económica, la discrecionalidad administrativa será mucho mayor. Es decir, como la reserva constitucional es más flexible, la remisión normativa permitirá una mayor opción política al Gobierno”.

Todo lo dicho, nos lleva a aceptar a la *vinculación estratégica* como una modalidad regular del Principio de legalidad, sin más tapujos, que la indagación y análisis sobre las posibilidades del control judicial sobre los actos discrecionales producidos en aplicación de ésta. No obstante, debemos detenernos un poco en algunos puntos tomados de la doctrina y jurisprudencia alemana que pueden considerarse como insumos o antecedentes de la formulación propugnada por PAREJO.

La enseñanza que nos dejan todas estas corrientes doctrinales es la adaptabilidad que la reserva de Ley y su figura de base -el Principio de legalidad- deberán tener para ser solventes frente a la nueva idea *general de relación entre los Poderes estatales*, la cual supera con creces las concepciones de separación o de división a ultranza tradicionalmente expuestas durante el primer constitucionalismo liberal europeo. Estos últimos conceptos, expansivos e ilimitados, imposibles de ser mantenidos en este nuevo contexto, deberán afinarse para ser capaces de aceptar no sólo el carácter relacional expuesto, sino la legitimidad constitucional de la Administración para actuar en los ámbitos que le incumba, cumpliendo las órdenes estrictas del Legislador o tomando las decisiones que no son adoptadas directamente por éste. Con lo cual, será forzoso que convivan tanto la vinculación positiva (en todas aquellas materias reservadas constitucionalmente a la Ley tales como las libertades ciudadanas, exigencias provenientes de la seguridad jurídica, o aplicaciones del Principio de igualdad) unida al reconocimiento de la discrecionalidad como un margen legítimo y necesario para la actuación administrativa en determinadas situaciones o conseguir objetivos específicos.

La última parte del trabajo galardonado intenta definir la discrecionalidad administrativa, partiendo desde un punto seguro y hartamente verificable: La Ley. Es en ella, en la que se dan casos -muy frecuentes- de falta de consistencia normativa, que determinan la imposibilidad de conectarla con la realidad (impedimento para regular) debido a dos problemas puntuales: en primer término, la no determinación de “la extensión y contenido de las respectivas prestaciones, así como la intensidad de las posibles intervenciones en la esfera de los afectados, es decir, cuando entra en juego la llamada *imprevisibilidad*. La segunda complicación cuando se da cuando dicha regulación produzca una considerable pérdida de *eficiencia y productividad* de la Administración”. En otras palabras, en ambas situaciones, la legalidad aparecería como infructuosa debido a que “una *realidad objetiva* impide su realización, y esto es única y exclusivamente cuando la multiplicidad y disparidad de las situaciones de hecho a tipificar permite hablar de una *imprevisibilidad*”, y en or-

den secundario, porque realizarla conllevaría la pérdida considerable de elasticidad administrativa para responder a la vorágine de la realidad.

Es en estas condiciones cuando aparecen -por obra y gracia del Legislador- *las cláusulas generales, los conceptos jurídicos indeterminados y las habilitaciones a favor de la Administración con poderes discrecionales*, como medios cotidianos de cubrimiento de los no pocos requerimientos de regulación en varios sectores de la realidad; en todos los casos, al menos, desde grandes marcos generales en los que se fijen las modalidades de actuación, límites, vinculación a los derechos de los administrados y fines; elementos que por cierto, jamás deberán ser dejados en la mano subjetiva del Poder público (de la Administración), porque, allí si que, -bajo la desnuda voluntad de éste- se pondría en serio riesgo la esencia limitadora del Estado de derecho y del Principio de legalidad.

Como se puede ir advirtiendo de las últimas explicaciones, el centro de gravedad de la definición de la figura que podamos asumir, deberá mirar, de manera obligatoria y detenida, la labor bastante particular que realiza el Legislador al momento de atribuir las potestades discrecionales a las organizaciones administrativas, punto, que por cierto, fue descuidado en varios trabajos de la doctrina -sobre todo los publicados en nuestro idioma- ya que muchos de ellos centraron sus esfuerzos en tratar de explicar las formas y posibilidades de la fiscalización judicial de los actos producidos en relación con este tipo de poderes jurídicos, “relegando a un plano secundario la faceta de la discrecionalidad como forma de articulación entre el Poder legislativo y la Administración pública”.

Por eso, las reformulaciones desde los parámetros normativos y enlaces que éstos permitan al control judicial, serán parte de la definición anhelada por este trabajo, pues, nuestro concepto debe encontrar un lugar exacto de manifestación en la norma jurídica, ya que a “ésta hay que acudir para tratar de descubrir las formas en que, primariamente, aparece aquélla, si es que existen tales formas y en la medida en que puedan identificarse como expresiones indudables de otorgamiento de poder discrecional a favor de la Administración”.

Para lograr este cometido, hace falta recoger una posición básicamente *positiva*, que involucre forzosamente el margen o libertad permitida y asegurada por el Legislador a la Administración, antes que una visión *negativa*; la cual, en suma, termina por no puntualizar la amplitud de la noción de nuestro instituto, confinándolo meramente al estudio de las carencias o indeterminaciones de las normas que contienen las pautas de fiscalización contencioso-administrativa y a los límites intrínsecos de ese control jurídico, aplicados, sobre este margen o ámbito de libertad de actuación administrativa.

Entonces, la habilitación normativa de competencias discrecionales y los métodos para el censo judicial de éstas -sin dejar de reconocer su importancia- desunidas del análisis sobre la propia *densidad* de la correspondiente norma, no permiten alcanzar una explicación certera y completa de la institución, siendo imperioso que “el método científico para comprender el fenómeno (...) sea

capaz de contestar a la pregunta de cómo se manifiesta normativamente tal facultad, cuando una norma atribuye un poder discrecional. La discrecionalidad es un problema estricto de relación norma jurídica-Administración pública (principio de juridicidad)”.

Por otro lado, entiendo y asumo que en todo acto discrecional, como *administrativo* que es, existen elementos reglados (sujetos, causa, contenido, fin, procedimiento). Entonces, no cabe aceptar postulados que intenten definir la discrecionalidad tratando de aislar los elementos del acto administrativo de uno y otro corte, como verdaderas piezas para armar una irreal dicotomía, un *burdo dualismo* de conjuntos de actos discrecionales versus agrupaciones de actos reglados.

La anterior situación se debió esencialmente al desarrollo del control jurisdiccional “que al operar *ex post facto*, sobre resoluciones ya producidas, se centra en indagar en qué parte de la actuación administrativa radica la discrecionalidad, contraponiéndose así dialécticamente al *acto discrecional en bloque* (que realmente nunca existe pues la competencia para dictarlo, el procedimiento a seguir y, más tarde, el fin a satisfacer siempre estarán predeterminados legalmente) frente al *acto con elementos reglados* y, eventualmente discrecionales”.

Ahora bien, en la dogmática administrativista alemana del siglo pasado se cimentó la posición que ponía especial atención a la relación entre el Poder legislativo y la Administración pública, como núcleo y elemento definitorio clave de la discrecionalidad administrativa. Esta tesis propugnada, entre otros, por BULLINGER, es recogida en nuestro idioma de manera matizada, en épocas más cercanas, por MAGIDE en España y BACA ONE-TO en Perú, desde la definición que la muestra, en sentido extenso, como “*el margen de libertad que se deriva para la Administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada por una Ley ni puede ser revisada totalmente por un Tribunal*”.

Sobre esta postura, señalaba DESDENTADO que con ella “se pretende retomar un sentido originario, propio de la segunda mitad del siglo XIX, de la discrecionalidad como esfera libre frente al juez y al legislador y se opone a la tendencia de después de la segunda guerra mundial que consideró esta concepción de la discrecionalidad contraria a la existencia de un Estado de derecho, *en el que la Administración ha de estar vinculada positivamente por la ley y controlada por los tribunales con las menores lagunas posibles*”.

Las explicaciones que puedan surgir alrededor de esta formulación, determinan una composición mínima de la discrecionalidad, al menos, integrada por dos ingredientes conceptuales esenciales e íntimamente ligados, en primer término, debe ser vista como un fenómeno de *naturaleza bifronte* de perfecta correspondencia entre los Poderes públicos involucrados; conformado, a su vez, en su interior por *un margen de independencia administrativa* aplicable a las relaciones que surjan entre ésta y los Poderes legislativo y judicial. Ambos caracteres permiten una serie de cuestiones favorables, incluso para la implantación y reconocimiento constitucional de la institución estudiada, aunque si debo ser claro en señalar que

son nociones que colisionan directamente con posturas de amplio arraigo y cercanamente divulgadas, así que se hace necesario abordar, primero, las bondades de la posición defendida, y luego entrar al análisis de otras formas de definición presentadas en la doctrina del Derecho administrativo.

La descripción *bifronte* nos lleva, como primer e indispensable replanteamiento, a dirigir todas las miradas hacia el trabajo del Legislador, antes, que a cargar toda la responsabilidad del control administrativo al Juez, ya que será este primer Poder público, al conceder potestades discrecionales y un ámbito relativo de libertad a la Administración, él que termine limitando o ampliando, intensificando o haciendo decrecer, las posibilidades de censo del Poder judicial. Por eso, los resultados ocasionados desde la tarea de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales, tendrán directa relación con el previo trabajo de atribución de poderes hecho por el Legislador, puesto que “el juez contencioso-administrativo puede (y debe) llegar a la conclusión de que la escasa densidad normativa con la que el legislador ha programado la actuación administrativa impugnada le impide fiscalizarla con la intensidad propia de una tutela judicial efectiva (...) la densidad de la programación legal de la actividad administrativa determina –de forma mediata o refleja- la intensidad de su control jurisdiccional”.

438

Por tanto, el concepto de discrecionalidad aquí defendido es una operación de puesta en valor –como eje medular- de la relación Legislador-organización administrativa, que nada tiene que ver con la implantación de dos espacios o márgenes coincidentes o intercalados, acumulativos o alternativos, que van apareciendo, como planteaba GALLIGAN en su *central sense of discretionary power*, de la unión de dos variantes marcadamente separadas, por un lado, una norma que le otorga libertad a una autoridad administrativa para adoptar una decisión, y por otro, el respeto y la actitud que los Jueces (y otros Poderes) deben tener en favor de ese ámbito, y bajo las cuales sólo “cuando ambas variables confluyen de tal forma que queda un ámbito reconocido a la Administración para la adopción de decisiones finales existe discrecionalidad en un sentido central”.

Tampoco definiendo la implantación de una tercera vía, como han esbozado muchos, en la que se ponga especial énfasis sólo a una de las dos facetas, sin tomar en cuenta las implicancias, y a veces, el carácter principalísimo que puede tener el ámbito no previsto o dejado de analizar. Menos, puedo propugnar una teoría difusa que intente proponer como fuente de la discrecionalidad y sus límites al conjunto del Ordenamiento (a todo el Derecho) –volveríamos forzosamente a la pregunta ¿cuál es el segmento normativo exacto en el que encontraríamos la solución en un caso concreto?- que no prevea que la norma habilitante es la clave *única* que permite discernir si se han entregado estos poderes a la Administración, cómo han sido posibilitados para su ejercicio, y si, finalmente, recoge algunos supuestos en los que pueda comprimirla, debido a la limitación del número de alternativas entre las que la Administración puede elegir, o, incluso, reducirla

a cero –según términos extraídos de la doctrina alemana- debido a la disminución de alternativas a una sola.

En definitiva, lo que si patrocino (y lo vuelvo a repetir) es que la discrecionalidad administrativa tiene como parte nuclear a “la relación entre el Poder legislativo y la Administración, siendo las limitaciones a la intensidad del control jurisdiccional de la actuación administrativa discrecional proyección de ese núcleo”, en razón, de que la estructura normativa generada por el primero, condiciona completamente su proceso de razonamiento en la interpretación, y con él, los niveles de intervención, legitimidad y límite de la fiscalización judicial basada (exclusivamente) en este razonamiento jurídico.

La remisión parcial hecha por el Legislador a la Administración para contribuir en el paulatino proceso de determinación del interés general, desde la ponderación de diversos intereses colectivos o privados enfrentados, o, desde, los que simplemente se presentan en el caso específico –operación que es reconocida incluso por algunos autores lejanos a esta posición- deberá ser puesta en marcha siguiendo los límites constitucionales establecidos para la atribución legislativa (no es ésta, en consecuencia, una actividad libre del Legislador).

Por otro lado, considero que es esencial determinar la ubicación de los ámbitos donde operaría nuestra figura en la estructura lógico-formal de la norma jurídica, sobre todo para señalar y mostrar (de manera coherente) el tronco doctrinal que este trabajo ha seguido. Y, creo que la discrecionalidad administrativa se generaría, tanto, en la indeterminación de los *supuestos de hecho* (la Administración pública tendría en ellos verdaderos márgenes de decisión y no sólo de operación interpretativa) como en la imprecisión de las *consecuencias jurídicas*.

Debe indicarse que esta doble ubicación normativa de la discrecionalidad se denomina *teoría unitaria*, y tiene al profesor BULLINGER como uno de sus más conspicuos defensores. Esta tesis fue la corriente mayoritaria y tradicional durante los años anteriores a los cincuenta en Alemania, incluso con antecedentes lejanos aparecidos en la formulación de la *discrecionalidad técnica* de BERNATTIZIK en el siglo XIX, luego se mantuvo con menos bríos durante los años setenta, como fórmula contraria al sector mayoritario de la doctrina germánica que buscaba separar en dos categorías completamente distintas a nuestra figura de los conceptos jurídicos indeterminados.

Contra estos últimos intento diría el citado autor alemán que no resulta “posible limitar la discrecionalidad al campo de las consecuencias jurídicas como sucedió desde 1985 (...) esta restricción es considerada, cada vez más, como una evolución disfuncional (...) También en los supuestos de hecho de una disposición legal es posible que (...) el legislador conceda discrecionalidad para que la decisión directriz legal sea concentrada por un programa administrativo y realizada en cada caso mediante concreción”.

Claro, retomando la doble posibilidad que daría la tesis expuesta, podemos indicar que ésta serviría, de mejor manera, para rastrear espacios de discrecionalidad

no sólo en normas de estructura teleológica o finalista (como serían aquellas que impondrían, lógicamente en los supuestos de hecho, *los fines u objetivos a la organización administrativa pero sin señalar los medios para conseguirlos*), sino, también en aquellas que simplemente habilitan de discrecionalidad administrativa fijadas a través de cúpulas tales como *podrá, deberá, concederá, denegará, hacer, no hacer, es discrecional para satisfacer de mejor manera al interés general*, las cuales permiten la validez de una determina consecuencia en relación con un supuesto de hecho específico, o, la elección administrativa de la concreta entre dos o varias posibles, o, finalmente, la adopción de la medida que se considere más oportuna para servir al interés público.

Estimo que este modo de delimitar a la discrecionalidad en la norma jurídica permitiría, en concordancia con nuestro concepto, que la remisión legislativa pueda ser aplicada administrativamente de manera segura y efectiva, puesto que en estos casos el margen relativo de libertad puede referirse tanto a la ponderación de intereses como a la producción de criterios que no necesariamente vienen incluidos en los supuestos de hecho. Estos últimos deberán servir como insumos esenciales, en todo o en parte, del contenido de una próxima decisión discrecional que se tenga que adoptar. Lógicamente, los criterios de oportunidad, conveniencia, técnicos, políticos, o jurídicos no fijados por la norma habilitante, aparecen allí donde el supuesto de hecho es imperfecto, permitiéndose en estos casos que la Administración pública deba realizar todas las labores jurídicas para encontrar aquellos que creen, completen, perfeccionen o integren a los establecidos (o no) positivamente, lo cual, a la larga, debe llevar a la adopción de la o las posibilidades correctas, entre una o muchas consecuencias jurídicas aparecidas en una norma.

La postura entregada y ya delineada, tendría un valor positivo más por explicar, en cuanto a la posibilidad de retomar al Principio de legalidad como un elemento articulador entre el Poder legislativo y la Administración, que supere la idea de que el primero es sólo un medio garantizador de la esfera jurídica de los administrados. En su momento, el profesor SÁINZ MORENO puntualizó este carácter, asumiendo que en “el ámbito de la discrecionalidad (...) no se trata sólo de resolver ciertos problemas de interpretación y aplicación, sino de establecer las razones por las que el Poder judicial puede revisar las decisiones que en esta materia ha tomado la Administración. Entra en juego, pues, el tema de la relación entre la Administración y la Justicia y el de los poderes que la Administración tiene para cumplir sus fines, pero sobre todo, y fundamentalmente, *el de la legalidad de la acción administrativa* o, lo que es lo mismo, el de la libertad de los ciudadanos”.

Por otro lado, asumir la efectiva *posición institucional y las relaciones que de ésta puedan surgir* entre la Administración pública y el conjunto de Poderes constitucionales, como una cuestión nacida de la formulación planteada, es la mejor manera de vincular el concepto de la discrecionalidad administrativa con la división de poderes y, de, a su vez, conseguir la eliminación de cualquier tipo de diferencia poco

reveladora de la esencia de la institución, que siga el criterio exclusivo del *grado* que tendría ésta frente a otros ámbitos discrecionales provenientes del Poder legislativo o judicial, que algún sector de la doctrina promovió con el afán de precisarla desde un mega concepto que sea transversal a todos los Poderes públicos. Indicaba ATIENZA sobre esta criticada cuestión, que “el Juez (en los casos difíciles) ejerce una discrecionalidad *débil*, en cuanto que su decisión no está completamente predeterminada por las reglas (en realidad, los casos difíciles vendrían a ser aquellos en cuya resolución los principios jurídicos juegan un papel destacado) (...) la administrativa sería una discrecionalidad *fuerte*, en cuanto que la conducta en cuestión está expresamente no determinada (...) Finalmente, existe también una discrecionalidad *fortísima*, característica de la legislación”.

Esta misma concepción, con los mismos escalones graduales pero con diferentes nombres para cada uno de ellos (denomina discrecionalidad *jurídica* a la de los jueces y *política* a la del Parlamento) podemos encontrar a la tesis presentada por DESDENTADO, la cual coloca (de nuevo) a la figura en posición intermedia entre los otros dos ejercicios de potestades discrecionales, asumiéndola como “una mezcla de juicio y voluntad en una proporción variable dependiendo, en cada caso, del carácter de la actividad en la que opere la Administración y de la mayor o menor intensidad de las constricciones que la rodeen. Dependiendo de la proporción en que se encuentren los momentos técnicos, cognoscitivos o de juicio y los momentos de voluntad o de valoración, el grado de discrecionalidad de que disponga la Administración será más o menos amplio”.

Considero, que las diferencias entre los tres tipos de “discrecionalidad” no tienen nada que ver con intensidades máximas ni mínimas en sus respectivas y efectivas prácticas, por el contrario, el contraste se da por argumentos ontológicos que colocan la discusión en otro plano, ya que la *discrecionalidad judicial o jurídica* aparecida en la formulación de una solución (sentencia) de un pleito específico “no es otra cosa que el resultado de las dificultades e incertidumbres propias de toda labor de interpretación jurídica, y de que la a veces llamada *discrecionalidad legislativa* es nada menos que la enorme capacidad conformadora del ordenamiento jurídico que tiene el Poder legislativo en el marco de la Constitución”.

Finalmente, no estamos pues frente a grados sucesivos de discrecionalidad, según el actuar de cada Poder público, permitidos desde un concepto transversal, común y aplicable sin mayor problema a todos ellos (esto es, un ámbito propio en el que las decisiones adoptadas tengan carácter final o terminante, en razón de que ningún otro Poder estatal está legitimado para sustituir dichas decisiones por las propias), sino, y en esencia, frente a actividades institucionales (incluso permitidas y habilitadas desde la Constitución) que conforman y definen la propia naturaleza jurídica de cada uno de ellos.

Este es un apretado resumen de los temas que se tratan en la obra. Sin más que decir, y volviendo a subrayar mi satisfacción y emoción por este momento, agradezco vuestra atención y paciencia.