

A VUELTAS CON LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

GRETHEL ARIAS GAYOSO
UNIVERSIDAD DE ORIENTE, CUBA

Resumen:

La posibilidad más cercana al dominio y posterior control de un fenómeno, es conocerlo. La discrecionalidad administrativa constituye uno de los temas inacabados del derecho administrativo; cuando parecen agotarse las discusiones, el tema reaparece con nuevas luces. Para la dinámica de la actividad administrativa constituye un motivo de constante reevaluación en aras de lograr una Administración actuante en forma eficiente.

En el presente artículo se analizan aspectos medulares en torno a la potestad discrecional de la Administración Pública, y que son, a nuestro entender, esenciales para conocer el por qué de la existencia de una institución tan polémica y controvertida.

Palabras clave: Administración, discrecionalidad, arbitrariedad.

El autor: Profesora de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba. [garias@fd.uo.edu.cu]

Recibido: 12 de mayo de 2010; *evaluado:* 24 de mayo de 2010; *aceptado:* 30 de mayo de 2010

BACK TO ADMINISTRATIVE DISCRETION

GRETHEL ARIAS GAYOSO
UNIVERSIDAD DE ORIENTE, CUBA

Abstract:

The closest possibility to the domain and subsequent control of a phenomenon, is to know. Administrative discretion is one of the unfinished items of administrative law, when they seem to run out the discussions, the issue reappears with new lights. For the dynamics of administrative activity is a source of constant re-evaluation in order to achieve an acting administration efficiently.

In this paper we analyze core issues surrounding the discretion of the Administration, and are, in our view, essential to know the reason for the existence of an institution as contentious and controversial.

Key words: Administration, discretion, arbitrariness.

The author: Administrative Law professor at the Law faculty in Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba, [garias@fd.uo.edu.cu]

Received: May 12, 2010, *evaluated:* May 24, 2010, *accepted:* May 30, 2010.

Introducción

El orden jurídico moderno presupone que el ejercicio del poder público debe ser practicado conforme a los estrictos postulados derivados de la implementación del principio de legalidad (en su más abarcador concepto), implicando un supuesto margen de actuación de los agentes administrativos debidamente reglado en las normativas respectivas.

Sin embargo, como las actividades que cumple la Administración Pública son múltiples y crecientes, la norma jurídica no siempre logra determinar los límites precisos dentro de los cuales debe actuar en su quehacer cotidiano, es por ello que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración dos tipos de potestades de acuerdo con la manera en que debe actuar con respecto a la ley: la reglada y la discrecional.

La noción de la discrecionalidad de la Administración nos remite a su trascendencia para el actuar de ella y, sobre todo, a la importancia que reviste en el logro de su finalidad, en torno a la satisfacción del interés público; implicando así la posibilidad de resolución de todos aquellos casos que para la norma, en sentido general, es imposible regular.

El problema central relacionado con el ejercicio de la potestad discrecional consiste en el hecho de determinar hasta dónde llega la legitimidad del acto emanado de la actividad discrecional de la Administración, en el sentido de verificar la defensa de los derechos reconocidos a los administrados. Por tanto, el control de la discrecionalidad se enfrenta a los desafíos que presuponen los cambios acaecidos en la organización y funciones del aparato estatal, por un lado, requiriendo una mayor libertad de acción ante una realidad compleja, pero por otro, necesitando de un control que “ilumine” ese mismo actuar y lo convierta jurídica y políticamente en responsable.

Problema jurídico analizado

La presente investigación está motivada por la ausencia de una adecuada percepción teórica y articulación sistémica de la potestad discrecional en el ordenamiento jurídico cubano, factor que ha influido en el hecho de que los mecanismos de control de la potestad discrecional en nuestro país presenten insuficiencias en cuanto a su articulación como sistema, lo cual no permite que tales mecanismos desplieguen

toda la efectividad requerida y que a través de ellos se cumpla, de manera consecuente, con la finalidad que los anima.

Es por ello que nos proponemos como premisa un acercamiento al tratamiento teórico de la institución que nos permita pertrecharnos de los elementos necesarios para el estudio posterior de los mecanismos de control de la discrecionalidad administrativa.

Métodos empleados

Se emplean los métodos de síntesis, deducción e inducción que permiten, mediante el estudio doctrinal y teniendo en cuenta elementos integradores del fenómeno de investigación, poder identificar sus particularidades y alcanzar ideas genéricas que nos posibilite acceder a una mejor visión del fenómeno, basadas en percepciones teóricas y doctrinales, conllevándonos a definir sus limitaciones. De igual manera, el análisis teórico-jurídico, que nos ayuda a presumir los elementos doctrinales que conforman el fenómeno. El método de revisión bibliográfica nos permite acceder al estudio de textos referentes el tema que se investiga, su expresión y profundización, lo que nos conduce a despejar incógnitas que constituyen el objetivo de nuestra investigación.

1. Alcance del sometimiento de la Administración Pública a la ley: los criterios de vinculación positiva y vinculación negativa

La respuesta al vínculo entre la Administración y la norma resulta clave para el análisis de la influencia que juega el principio de legalidad en el ejercicio de la potestad discrecional. En dependencia de este nexo los órganos administrativos contarán con un mayor o menor espacio de permisibilidad en su actuación y también delimitarán los contornos para su control. Hasta hoy ese tema no ha evitado que se diserte sobre el alcance de dicha relación; esta polémica no ha sido sólo el fruto de disquisiciones teóricas, sino también de los modelos implantados y moldeados históricamente.¹

¹ Véase, PALOMAR Olmeda, Alberto y LOSADA González, Herminio. El principio de legalidad en la actuación administrativa. En: El procedimiento administrativo y la gestión presupuestaria y su control [en línea], 1995. [fecha de consulta> 17 noviembre 2007]. Disponible en: <http://0-premium.vlex.com.llull.uib.es/doctrina/Procedimiento-administrativo-gestion-presupuestaria-control/Principio-legalidad-actuacion-administrativa/2100>.

La primera etapa que marca la evolución de la Administración Pública dentro del nuevo régimen estará marcada por una idea general que la concibe dependiente de ejecutar los preceptos legales y tomará como referente para particularizar su actividad la similitud con los tribunales en actividad y relación con la ley,² idea que comienza a declinar ante la diversificación de la actividad administrativa al servicio de los fines generales, marcando la diferencia con la actividad que realizan los tribunales. Esta situación encuentra su corolario en las facultades que, paulatinamente, el propio ordenamiento fue otorgándole a la Administración para actuar en uno u otro ámbito.

En consecuencia con esta línea explicativa se inserta el tema capital de la potestad discrecional. Su existencia marca un nuevo rumbo que se caracteriza por otorgar libertad de actuación a la Administración, independencia incluso con respecto de la ley. La discrecionalidad se alza como expresión de una libertad absoluta de acción que hace desaparecer —por los caracteres propios con los que emerge— la incipiente idea de una Administración limitada a la ejecución de la norma.

De este modo la noción inicial de vinculación entre la Administración Pública y el principio de legalidad parte de entender que ésta puede actuar en todo ámbito que no esté prohibido por la ley, abriendo un abanico de posibilidades de actuación para la Administración, a fin de entenderse como un límite a su voluntad,³ pero un límite de contornos imprecisos, pues le permite hacer todo lo que no contradiga a la norma. La vinculación negativa —o *negative Bindung*, en términos de la doctrina alemana que la desarrolló— sitúa a la Administración en un plano similar al exigido a los particulares,⁴ en virtud del cual *permissum videtur in omne quod non prohibitum* (“debe entenderse permitido todo lo que no está prohibido”), pero claro está, en el marco de lo que le exige el interés general, conduciéndonos a una posición menos

² En virtud de este nexos los actos administrativos guardaban estrecho vínculo con la sentencia judicial; de ahí que, si el Legislativo estaba por encima de ambos —Administración y tribunales— entonces la Administración debía actuar con respecto a la ley de la misma manera que lo hacían los órganos vinculados al poder judicial.

³ Citando a MEYER-Anschütz (*Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*), GARCÍA de Enterría, Eduardo. Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial. Madrid: Tecnos, 1970, p. 286. “La Administración —dirán, por ejemplo, Meyer-Anschütz en su clásica obra— no es mera aplicación de la ley, sino una actividad dentro de los límites legales... La ley no es presupuesto (*Voraussetzung*), sino límite para la actividad administrativa. La Administración puede hacer no meramente aquello para lo que la ley expresamente habilite, sino todo aquello que la Ley no prohíbe”. De manera similar lo explica KAZOR Aliste, Kamel. Principio de legalidad y criterios de vinculación positiva y negativa en la Constitución. Derecho [online] 8(1): 92-96, 1997, [fecha de consulta: 28 octubre 2008] Disponible en: http://mingaonline.each.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50718-09501997000200005&lng=es&nm=iso.

⁴ “Si el orden jurídico no obliga a los individuos a cierta conducta, éstos son legalmente libres”, afirma KELSEN, Hans. Teoría general del derecho y del Estado. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 321.

extrema que la simple actuación por la inexistencia de prohibición e imponiendo como límite la existencia de ese interés público, criterio menos radical pero no del todo compartido.

Un segundo momento marca el principio de la vinculación positiva —o positive Bindung— (quae non sunt permissa prohibita intelliguntur) (“ha de entenderse prohibido lo que no es permitido”), resultado de la evolución de la teoría del derecho y del régimen administrativo que integra a su vez el principio de legalidad como principio de legitimidad.

Esta tesis de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico es, en nuestra opinión, la única admisible al constatar los efectos que entraña en la esfera jurídica de los administrados la actividad administrativa, en especial el ejercicio de sus potestades.

Sin embargo, la relación entre la Administración y la ley no es, ni podrá ser, estática. El desarrollo normativo y los requerimientos sociales desempeñan un papel determinante en esta esfera. Se reformulan principios y relaciones, toda vez que se ha superado la concepción clásica de la posición jurídica y el rol que desempeña la ley dentro del ordenamiento. Nuevas concepciones respaldan estos cambios: la teoría de la esencialidad,⁵ desarrollada por la doctrina alemana, así como la transformación del principio de vinculación positiva en dirección estratégica por la ley de la actividad administrativa.⁶

En tal sentido, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández defienden con extraordinario rigor la vinculación positiva de la Administración: “El derecho no es, para la Administración, una linde externa que señale hacia afuera una zona de prohibición y dentro de la cual puede ella producirse con su sola libertad y arbitrio. El derecho condiciona y determina de manera positiva la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa”.⁷

⁵ Sintéticamente, la teoría de la esencialidad propugna la posibilidad de que el legislador trace las directrices generales dentro del espectro normativo de su competencia y luego la Administración lo concrete en la medida en que la naturaleza del asunto lo justifique. Ver BULLINGER, Martín. La discrecionalidad de la Administración Pública. *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía* (4): 904. Madrid: Edilex, 1987.

⁶ Esta concepción fue formulada por PAREJO Alfonso, Luciano. *Crisis y renovación del derecho público*, citado por SÁNCHEZ Morón, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 109.

⁷ GARCÍA de Enterría, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. Madrid: Civitas 2004, pp. 446 y ss. En igual sentido, CHAMORRO González, Jesús María. *Algunas notas sobre*

En contraposición, aunque sin desconocer el criterio de la vinculación positiva, merece destacarse el criterio de Nieto, para quien la vinculación positiva en el derecho administrativo no es más que *una magnificación fetichista de la ley*.⁸ Aun cuando lo parezca, Nieto no desconoce el criterio porque se trata desde su perspectiva no de repudiarlo, sino de absolutizarlo, a lo que se opone es al *literalismo*. Pero bien nos parece que su posición es extrema una vez concebida la idea de la habilitación administrativa en torno a la noción del *bloque de legalidad*.

De otra parte, se presenta la posición asumida por González Salinas (no tan radical como la de Nieto y consecuentemente explicativa), para quien es inevitable la existencia de la vinculación positiva asumida por tal en torno al ordenamiento jurídico, pero reconoce otros espacios en los que opera la vinculación negativa. Tal es el caso de la reserva de ley, siendo en este supuesto el límite a la actuación administrativa. Siguiendo la misma línea, este autor ratifica en la vinculación negativa de la reserva de ley un ámbito de reforzamiento para la vinculación positiva.⁹

Otros autores,¹⁰ como Garrido Falla y Pastor Santamaría han reconocido que las dos posturas expuestas son antagónicas y extremas, pero en cada una de ellas se registra una fracción de certeza. Examinando el amplio espectro de actividades que cubre la Administración Pública se verifica la necesidad de iniciativa con el fin de lograr la satisfacción del interés público, y justamente en la valoración de este fin se calificaría la acción administrativa de debida o no. De esta manera aluden que el principio de vinculación positiva como hasta ahora se ha anotado, sólo debe obligar a la Administración en el ejercicio de potestades limitativas y ablatorias de

el sometimiento pleno de la Administración al principio de legalidad: el acceso a la función pública y su control. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial (7): 289-298, 1992. [CD- ROM]; MENÉNDEZ Pérez, Segundo. El principio de eficacia de la función administrativa. Virtualidad práctica: estudio jurisprudencial. Cuadernos de Derecho Judicial, (32): 13-64, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994. [CD- ROM]; MARTÍN Mateo, Ramón. Manual de Derecho Administrativo. Madrid: Trivium, 1998, p. 95.

⁸ NIETO, Alejandro. Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública - Artegraff, 1986, pp. 246-247. Más adelante afirma de forma categórica: "Ni la ley es obra del pueblo, ni la Administración se atiene realmente a ella, ni puede atenerse y ni siquiera tiene que atenerse [...]". Esta última afirmación nos resulta en extremo radical.

⁹ GONZÁLEZ Salinas, Jesús. Puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo. RAP (121): 207, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1990. Sin embargo, pierde de vista el autor que para el desarrollo de la reserva de ley —si bien constituye límite para el actuar administrativo cuando aparece— la Administración ha de haber sido previamente apoderada para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Debemos aclarar que esta situación también parece darse con respecto a los reglamentos independientes.

¹⁰ Al respecto ver GARRIDO Falla, Fernando. Tratado de derecho administrativo. Madrid: Tecnos, pp. 242 y ss; SANTAMARÍA Pastor, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo General I. Madrid: Iustel, 2005.

los derechos de los administrados. En otras prácticas o actividades de prestación en las que la aceptación por los administrados fuera mayor —que por lo general se trata de aquellas potestades que mediante su ejercicio no crean actos de gravamen, sino favorables al administrado— el grado de vinculación de la Administración sería mucho menor pero nunca que llegara al extremo de vinculación negativa. Lo ideal parecería ser establecer este criterio ecléctico que permita ante determinados actos que la Administración actúe con apego expreso al criterio de vinculación positiva, y en otros conseguir que este vínculo sea menos extremo.

Sin embargo, consideramos que con ésta fórmula —que podría favorecer la dinámica de la actividad administrativa— quedaría el interés del administrado en situación de inestabilidad frente al actuar administrativo; no sabría el particular en qué momentos debe actuar la Administración de una manera o de otra, pues evidentemente la tecnicidad de la actuación queda fuera de la esfera de los administrados. Defendemos la idea de brindarle a la Administración la posibilidad de valoración en dependencia de las situaciones que se le presenten, pero no que ésta actúe alejada de lo que el derecho le ha permitido hacer. De lo contrario, cuando la Administración precisara de acrecentar su libertad o margen de maniobra invocaría la ausencia de prohibición, y cuando fuese menester una conducta predeterminada, suya o ajena, se ampararía en la norma.

En nuestra opinión, la respuesta al vínculo entre la Administración y la norma es el principio de vinculación positiva, que se convierte en sustento para el posterior control de los actos administrativos. En virtud de este nexo la Administración no se podrá amparar en la libre decisión para enfrentarse a la imposibilidad de revisión de sus actos; éste fue el escudo para que durante mucho tiempo se mantuviera la exención de dicha fiscalización.

2. El principio de legalidad como instrumento para la concesión de potestades

El principio de legalidad asume una de las funciones cardinales en nuestro ámbito con el otorgamiento de potestades imprescindibles para el actuar administrativo,¹¹ consagrando a la ley como *límite y condición*; de forma muy sucinta, la Administración podrá actuar hasta donde el ordenamiento le permita, podrá regular sobre

¹¹ “La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera y habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos”, afirman GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid: Civitas, 2004, p. 449.

aquellas materias en las que se le atribuya y sólo si el ordenamiento le concede la potestad para hacerlo. Nótese que hacemos referencia al ordenamiento, pues es menester puntualizar la situación que se crea cuando la propia Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria —reglamentos como norma jurídica integrada al ordenamiento y consecuentemente vinculantes por la noción del *bloque de legalidad*— se autoatribuye potestades.¹²

La trascendencia de la noción de las potestades administrativas —que en tanto poder de mando es identificado con la *potestas o autoritas*— emerge correlativamente a la importancia del actuar administrativo; la eficacia de la Administración sería imposible de alcanzar si no fuese la actividad el presupuesto básico para lograrla. Su inclusión en la norma como presupuesto habilitante implica su limitación y a lo que podríamos considerar la existencia de un *numerus clausus* de ellas, o lo que sería igual afirmar, su carácter tasado, recordando la teoría procesalista en el supuesto del derecho probatorio.

La potestad —contrastante con el concepto de derechos subjetivos— nos aclara la situación en la que se ubica la Administración y que marca su *imperium*. Una situación derivada del ordenamiento y al margen, completamente, de la aceptación del administrado. Aun cuando tanto la potestad como el derecho subjetivo se enmarcan en un mismo tronco —el de los poderes jurídicos— los efectos que entrañan para unos y otros sujetos son diferentes. Por un lado, las potestades administrativas son reconocidas directamente por el ordenamiento jurídico; son unilaterales; pueden ser ejercidas hasta tanto no desaparezca su reconocimiento por el ordenamiento; crean situaciones de sujeción general para los ciudadanos y no es necesaria la manifestación de conformidad de sus destinatarios cuando la Administración las ejecuta; de su ejercicio resultan actos administrativos concretos; son inalienables, aunque en determinadas condiciones puede cederse su ejercicio. De otra parte, los derechos subjetivos¹³ son fruto de un contrato o pacto, o sea, de

¹² En esta idea convive un elemento práctico ineludible y que hace frente a una Administración volcada a la realización de sus fines de las más disímiles maneras. Por lo tanto, la propia Administración a la que se le ha asignado una determinada potestad, dicta normas por las cuales crea competencias o nuevas potestades necesarias para cumplimentar las iniciales; como afirma Muñoz Machado, una autoatribución de potestades precisas (MUÑOZ Machado, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Público General, Madrid: Civitas, 2004, p. 513). Así se explica el principio de *Réglement préalable*, como exigencia del principio de legalidad sobre la necesidad de una atribución previa de potestades. Ver GARCÍA de Enterría, Eduardo. Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial, pp. 293 y ss.

¹³ Kelsen, a tenor de particularizar la doctrina de los derechos subjetivos, expone: “Cuando el derecho tiene carácter subjetivo, es necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea, a la conducta a que otro está jurídicamente obligado. El derecho subjetivo de una persona presupone el deber jurídico de otra” (ver

una relación jurídica en específico; recaen sobre un objeto particular, consisten en una pretensión concreta y diferencian un sujeto activo y uno pasivo u obligado; tienen carácter transmisible con respecto a terceras personas, salvo en los supuestos de derechos personalísimos.¹⁴

La doctrina jurídica actual, partiendo básicamente de las ideas elaboradas por Santi Romano¹⁵ ha perfilado el concepto jurídico de potestad. De tal forma, las potestades consisten en los poderes de actuación que ejercitados de acuerdo con el ordenamiento jurídico dan origen a relaciones y situaciones jurídicas concretas en las que unos sujetos quedan obligados frente a otros. La esencia de la actividad administrativa determina las características de su régimen de potestades, por el cual se configuran como potestades-función que se ejercen en interés de otro, o sea del interés público.

A los efectos de una puntualización terminológica debemos aclarar que, aunque el término potestad se ha extendido y es aceptado por la mayoría de los textos jurídicos, subsisten otras denominaciones que desde la sinonimia existente lo aluden indistintamente. Entre estas expresiones se pueden citar, verbigracia: función, competencia,¹⁶ poder,¹⁷ privilegio.¹⁸

KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 87). No sucede así en la potestad, por la cual no se impone un deber jurídico, sino una situación de sujeción inexorable del sujeto destinatario de los efectos del ejercicio de la potestad. En otro momento Kelsen añade: "Para poder constituir un derecho subjetivo en el sentido técnico de la palabra, aquella norma debe tener un contenido enteramente específico", que resulta de su derivación de una relación jurídica concreta, con efectos para las partes de la misma. Si las potestades resultan de la especialidad de los poderes jurídicos en torno a la Administración y los entes estatales, los derechos subjetivos descargan su influencia en el campo del derecho privado; a tales efectos Kelsen plantea: "[...] conceder 'derechos subjetivos', en el sentido técnico de la palabra, es —como ya se dijo— un rasgo típico de la técnica del derecho civil" (KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 98).

¹⁴ Véase Nueva Enciclopedia Jurídica, dirigida por BUENAVENTURA Pellisé, Prats. Barcelona: Francisco Seix, 1993, pp. 48-49; GARCÍA de Enterría, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, p. 449; GAMERO Casado, Eduardo; FERNÁNDEZ Ramos, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*, 4 ed., Madrid: Tecnos, 2007, pp. 50-51.

¹⁵ Ver ROMANO, Santi. *Fragments de un Diccionario Jurídico*. Granada: Comares, 2002, pp. 240 y ss.

¹⁶ En una relación de género a especie, la potestad sería la primera y la competencia la segunda. Si un órgano no tiene potestad para actuar en un ámbito administrativo específico, también carecerá de la competencia para actuar en esa esfera, o para fijar competencias relativas en ese orden a otros órganos. Aunque hay autores que fijan esta relación en sentido inverso. Ver MUÑOZ Machado, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Público General*, p. 511.

¹⁷ Ver BERMEJO Vera, José. *Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, p. 55; DE LA CUÉTARA Martínez, Juan Miguel. *Potestades administrativas y poderes constitucionales: en torno al proceso de juridificación del poder*. REDA, Madrid: Civitas 1983, (38):387.

¹⁸ La doctrina ius administrativista ha reconocido por tales los de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, los relativos al régimen jurídico de sus bienes y derechos, los de carácter procesal, y los económicos en los que se incluye la regla solve et repete. Entre los autores que reconocen en los privilegios

Asociado al principio de legalidad se han ofrecido hasta este momento significativos elementos que nos perfilan el camino en pos del estudio de la potestad discrecional, y de él cabe concluir su trascendencia para la Administración Pública, para quien su comportamiento ante el derecho no es simplemente de una función integrante del Estado, sino además de un sujeto creador y destinatario de sus efectos. Como sintetizó Maurice Hauriou¹⁹ “[...] la Administración nunca debe olvidar que no es el Estado, sino que es del Estado, verdadero propietario del poder, al cual debe servir en la correcta obtención de sus fines, estableciendo su actuación en base al interés general”.

3. La dicotomía potestad reglada - potestad discrecional

La actividad administrativa, como se ha apuntado, se materializa a partir del ejercicio de las potestades conferidas por el ordenamiento jurídico, actividad que puede manifestarse de diversos modos. Así, se puede referir la potestad reglamentaria, la de organización, de planificación, sancionatoria, expropiatoria, reglada, discrecional.²⁰ Superada en este momento la idea inicial de la Administración Pública como simple ejecutora de los preceptos legales, y evidenciada la diversificación de su actividad, se destaca como planteamiento fáctico la imposibilidad del ordenamiento para determinar taxativamente los términos en los que los órganos administrativos han de actuar. En virtud de este criterio son atribuibles a la Administración dos tipos de potestades administrativas: la reglada y la discrecional.

Cuando hacemos referencia a la potestad reglada nos adentramos en el campo del *espacio determinado*, en el cual la norma jurídica preestablece en forma concreta la conducta que ha de seguir el órgano administrativo en la resolución del asunto y una vez constatada la presencia del presupuesto de hecho narrado por la norma se

verdaderas potestades administrativas puede consultarse BERMEJO Vera, José. Derecho Administrativo, p. 56, y en contraposición a esta postura el criterio de BIELSA, Rafael. Los conceptos jurídicos y su terminología. 3ª ed., Buenos Aires: DePalma, 1961, p. 183.

¹⁹ HAURIOU, Maurice. El poder público y el servicio público, citado por DEL BURGO, Martín y MARCHÁN, Ángel. El poder administrativo. REDA, Madrid: Civitas, 1982 (33): 249 y ss.

²⁰ La enumeración anterior no es exclusiva, ha de recordarse que las potestades dependen del ordenamiento jurídico que las confiere y por tanto a él se deben. En lo que a nuestra investigación compete nos centraremos en el estudio de la potestad reglada y la discrecional, como instituciones que si bien podríamos denominar antagónicas en este momento, en el transcurso de estas páginas iremos esclareciendo sus caracteres definitorios. Como se ha explicado, las potestades administrativas no son exclusivas de enumeración, pero tampoco en su ejercicio, pues no es erróneo afirmar la posibilidad de su coexistencia; verbigracia, se reconoce dentro de la potestad reglamentaria un importante ámbito de discrecionalidad, o en la potestad sancionatoria la prevalencia de elementos reglados, aunque también pueden aparecer elementos de valoración por la Administración.

anula la posibilidad de apreciación por la Administración y se limita a la aplicación de la consecuencia jurídica también determinada,²¹ es lo que podríamos llamar el rasgo fundamental de lo reglado. En este caso se reafirma la posición del órgano que emite la norma de determinar qué se ha de entender por interés público, o qué es lo conveniente a un caso concreto, y consecuentemente la Administración no tiene otra alternativa que afirmar la decisión sin que medie criterio valorativo alguno.

En el reverso de esta situación se encuentra la potestad discrecional, uno de los acápites inconclusos del derecho administrativo; todo lo que se diga en torno a ella despierta grandes pasiones, criterios disímiles y encontrados.

Como se explicó *supra*, en la potestad reglada la norma jurídica predetermina qué es lo que más conviene al interés público, lo establece y la Administración lo aprecia sin margen valorativo alguno.

En contraposición, cuando la autoridad creadora de la norma se percata que puede alcanzar ese interés por una multiplicidad de formas, se limita a delinear el marco legal dentro del cual la autoridad administrativa podrá decidir entre varias alternativas cuál es la que representa de forma más atinada el interés público. Es en este supuesto en el que la Administración se despoja de todo papel ejecutor con respecto a la norma para, en la persona del operador jurídico, apreciar la *oportunidad*²² del acto que dictará. El ejercicio de esta potestad podría parecer que se circunscribe a la decisión entre varias elecciones, pero puede hallarse también en algunos casos en el análisis de la oportunidad para decidir, facultándola para obrar o abstenerse, según las circunstancias.²³

²¹ Las posturas en torno a la existencia de la potestad reglada no son tendientes a la contradicción, las características propias de la institución no da lugar a equívocos. Al respecto puede consultarse: COSCULLUELA Montaner, Luis. Manual de Derecho Administrativo. 5ª ed., Madrid: Civitas, 1994, pp. 161 y 345; BERMEJO Vera, José. Derecho Administrativo Básico, Parte General. 7ª ed., Navarra: Aranzadi, 2007, p. 273; GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 5ª ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. 14; MARTÍN Sánchez, Carlos Javier. Aproximación a la discrecionalidad técnica y su aplicación al medio ambiente. Boletín Aranzadi Administrativo, (32):1; MUÑOZ Machado, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Público General, Madrid: Civitas, 2004, p. 519.

²² Históricamente en el ejercicio de la potestad discrecional se ha distinguido entre dos supuestos básicos: legalidad y oportunidad. Visto el primero de ellos como la adecuación solución jurídica- ordenamiento, o sea, la conformidad con el derecho; y el segundo de ellos en virtud del vínculo con las circunstancias constitutivas del núcleo de acción administrativa. Aunque a la par de esa valoración de la oportunidad también se presentan casos en los que la decisión se basa en criterios de orden técnico.

²³ Ver GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, p. X-14; SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando. El Derecho Administrativo Iberoamericano, estudios y comentarios. Granada: INAP- UIM, 2005, p. 234.

La definición de la potestad discrecional de la Administración Pública podemos concebirla desde una perspectiva de disposición semántica. Si desmembramos la estructura gramatical nos queda, en primer término, la idea de la potestad, por ende la génesis de nuestra definición es ordinamental, relacionada con la habilitación legal previa para su existencia, traducido en los términos de imposibilidad de ser extralegal y correlativamente de respetar los elementos reglados que concurren en la norma habilitante, todo su ejercicio depende de la densidad con que ha sido regulada. Prototípico de esta potestad es el ejercicio apreciativo que realiza la Administración entre diversas alternativas o modos de actuación —que pueden estar o no incluidos en la norma jurídica— pero que le sirven al órgano administrativo para ampliar su marco de decisión. Esta actuación tendrá como límite la apreciación, siempre, del interés público y de la finalidad de la norma por la cual fue conferida, pues la Administración no puede desprenderse de su propia naturaleza finalista. Los criterios rectores de la decisión administrativa estarán dados por elementos extrajurídicos, esto es: políticos, económicos, de oportunidad, que justificarán en última instancia la elección de una alternativa con respecto a otra.

La discrecionalidad administrativa es, en estos términos, una forma de actuación administrativa previamente conferida por el ordenamiento, en virtud de la cual la Administración apreciará y elegirá entre diferentes alternativas tomando como fundamento de su acción criterios extrajurídicos, debiendo ser consecuente en todo momento con los imperativos de legalidad e interés público.

Grosso modo el *iter* discrecional transita por un primer momento en el que, como potestad al fin ha de ser concedida por el ordenamiento jurídico; pero resulta que de este otorgamiento se aprecian características —cobertura de actuación o margen de mayor o menor amplitud para la realización de los objetivos trazados por el legislador— que la distinguen con respecto a lo que hemos delimitado como normas que consagran el ejercicio de la potestad reglada. Y un segundo momento —antecedido por el proceso valorativo de la Administración— en el que se hace patente el ejercicio efectivo de la potestad a partir de la emisión al mundo jurídico de un acto administrativo con características discrecionales.

4. Génesis y desarrollo de una institución polémica

El desarrollo de la potestad discrecional ha estado marcado por el grado en que históricamente se ha perfilado la vinculación de la Administración al ordenamiento en virtud de una dependencia negativa o positiva a él. Como señala Martín Re-

tortillo, la evolución de la discrecionalidad ha sido un proceso largo, complejo y zigzagueante,²⁴ marcado por las influencias de los cambios políticos en la esfera administrativa.

Lo más trascendente en cuanto al desarrollo de esta institución resulta de la influencia que tiene su conceptualización para la ulterior apreciación de otros elementos asociados tales como los límites de su ejercicio y el control mismo. Por tanto —y a manera de preámbulo de lo que seguidamente se analizará— en el devenir de la discrecionalidad administrativa podemos establecer dos momentos cruciales: el de plena libertad de la Administración y el de vinculación a la norma como principio para la existencia de la potestad.

Ab origine la discrecionalidad se le presenta a la Administración como una libertad plena de actuación,²⁵ sin sujeción a elementos normativos y consecuentemente sin límites; el reducto de aquel poder omnímodo del monarca encarnó en la noción de la discrecionalidad, y posteriormente se visualiza como la teoría liberadora de determinados actos del devenido poder ejecutivo. En virtud de esta situación inicial, como ha afirmado Martín Retortillo, “esta libertad de disposición implica que se da por buena cualquier solución que la Administración adopte”.²⁶ En esta primera fase se desarrollan también los conceptos jurídicos indeterminados, o *conceptos discrecionales*,²⁷ entendidos como un acápite de la propia institución.

Esta primera visión del camino evolutivo de la institución coincide esencialmente con el criterio de vinculación negativa de la Administración al ordenamiento. Los cambios acaecidos en torno a la posición jurídica de la Administración, su dependencia parlamentaria y consecuentemente la modificación de la primigenia noción de mera actividad ejecutiva, hacen de la discrecionalidad administrativa un fenómeno creciente dentro del sistema jurídico. Sin embargo, no logra desvincu-

²⁴ Véase MARTÍN Retortillo Baquer, Lorenzo. Poder Ejecutivo, discrecionalidad, legalidad y control. Estudios de Derecho Judicial, 1997, (6):215-252. [CD-ROM].

²⁵ Ver LÓPEZ Rodó, Laureano. La discrecionalidad de la Administración Pública en la doctrina extranjera. REVI, 1941, VI (31): 6-10. Anota Bullinger al respecto: “[...] en la comprensión constitucional de la monarquía constitucional, era un espacio en el que la soberanía del monarca y su administración se mantenía sin restricciones”. También, BULLINGER, Martín. La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial. La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, 1987. (4):897.

²⁶ MARTÍN Retortillo Baquer, Lorenzo. Poder Ejecutivo, pp. 215-252.

²⁷ Bullinger utiliza esta terminología para referirse a los conceptos jurídicos indeterminados, entendidos como conceptos fijados por la ley cuya indeterminación hacía que su interpretación y aplicación no pudiesen ser comprobadas, al menos, en su totalidad, por los tribunales. Ver BULLINGER, Martín. La discrecionalidad de la Administración Pública, p. 898.

larse del poder de la norma jurídica, en la cual encuentra sustento la explicación al proceso evolutivo.

Progresivamente la reconsideración de la discrecionalidad fue ganando espacios, y de la exclusión de la ley y del control no fue quedando más que un acápite histórico. La discrecionalidad ya no habría de entenderse como el ámbito libre en el cual superviviese la potestad omnimoda del monarca, sino que debía derivarse de una habilitación legal para ello y convertirse de un ámbito de exclusión en un espacio de movilidad limitada a la hora de ejecutar una ley.

No obstante que la discrecionalidad siempre ha sido tratada evolutivamente desde estas dos perspectivas, ha de apuntarse que no ha sido un proceso uniforme, sino que ha transitado por momentos de álgida discusión doctrinal en cuanto a sus límites y funciones y períodos en los que el consenso ha imperado.

Aunque las etapas anteriormente reseñadas constituyen los dos grandes hitos dentro del proceso de desarrollo de la discrecionalidad administrativa, su evolución no se ha detenido²⁸ y una fracción de la doctrina *ius administrativista* tomando en consideración los elementos reglados que concurren en la potestad discrecional ha referido su desvanecimiento dentro de lo reglado, argumentando que si la discrecionalidad ha de vincularse exclusivamente en su ejercicio al interés público, entonces su libertad de decisión queda reglada con respecto a éste. De esa manera la discrecionalidad administrativa transitaría de un proceso de apreciación de alternativas igualmente justas, a un proceso de constatación objetiva del interés público; según Fernández Ferreres, consistiría en “el deber de apreciar y valorar ante cada situación concreta y específica la solución más adecuada y conforme al interés público”.²⁹ Queda la discrecionalidad administrativa al mismo nivel de la discrecionalidad interpretativa o judicial (en un plano de interpretación de las normas de una forma más o menos flexible para adecuar la decisión al caso concreto), y no es ésta su esencia, sino la posibilidad de elección dentro de un determinado contexto fáctico que la norma no puede determinar teniendo como elemento final la preservación del interés público, pero valoración de alternativas al fin.

²⁸ Como afirma Tomás Ramón Fernández, “La batalla de la discrecionalidad es así una batalla permanente y permanentemente inconclusa, que, no bien parece ganada, vuelve a recrudecerse de forma inopinada en el momento más inesperado y en la que sólo con la ayuda de la Historia es posible apreciar el sentido general de su evolución” (FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Arbitrariedad y Discrecionalidad*. Cuadernos, 1991, p. 20).

²⁹ FERNÁNDEZ Ferreres, G. *La subvención: concepto y régimen jurídico*, citado por DESDENTADO Daroca, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2ª ed., Madrid: Aranzadi, 1999, p. 70.

5. La discrecionalidad administrativa. Planteamiento de su necesidad

La consecución del interés público representa para la Administración Pública el fin de toda su actividad, y la dinamicidad que le imprime a su actuar la interacción con él es clave para la existencia de un actuar administrativo discrecional.

Aun cuando se trata de una institución que a lo largo de su evolución ha ocasionado más de una situación dispar, su existencia constituye un tema capital en la arquitectura del derecho público y su necesidad imperiosa para el desenvolvimiento de la Administración.

En la referencia realizada *supra* a la potestad discrecional se ha dejado entrever la primera de las causales que justifican su existencia, la imposibilidad normativa para precisar todas y cada una de las situaciones que en el orden práctico se suscitan en el actuar administrativo. La Administración no puede desprenderse por su naturaleza de la función meramente ejecutiva con respecto al ordenamiento y en virtud de este accionar y de su vínculo con el principio de legalidad que precisa se le otorgue un margen de actuación más o menos amplio que le permita *move* *se* sin quebrantar el ordenamiento y lograr sus fines.³⁰

La discrecionalidad existe por una necesidad material lógica de imposibilidad de la norma y de exigencia de la actividad administrativa en su quehacer cotidiano. Ésta no se configura como una anomalía dentro del subsistema administrativo, sino como un elemento indispensable para el logro de una Administración que actúe eficientemente.³¹ Su función es, por tanto, de coadyuvar al desenvolvimiento de la actividad administrativa, pues de lo contrario debería esperar la Administración por la habilitación legal expresa para cada acción, incurriendo en dilaciones indebidas

³⁰ En torno a este particular Davis ha anotado: "Nadie sabe cómo redactar las leyes que tengan respuesta para todos los casos y para todos los hechos, ni siquiera los de mayor envergadura: la mejor manera de encontrar respuestas es dejar que los administradores las busquen a medida que se vayan presentando" (DAVIS, Kenneth Culp citado por BELTRÁN de Felipe, Miguel. Discrecionalidad administrativa y Constitución. Madrid: Tecnos, 1995, p. 26).

³¹ García de Enterría ha apuntado atinadamente: "La Administración Pública no podrá reducirse nunca a un sistema de respuesta fijas, que puedan quizás ser codificadas un día agotadoramente por un ordenador. Lo sustancial de los poderes administrativos son poderes discrecionales, que es verdad que es la ley que los otorga y los regula, que es verdad que el juez administrativo podrá controlar en cuanto a sus posibles excesos, pero que sustancialmente dejan a los administradores extensos campos de libertad, de cuyo ejercicio podrá derivarse una buena o mala gestión". Ver GARCÍA de Enterría, Eduardo. La Administración Pública y la ley. REDA, Madrid: Civitas, 2002, (108):574.

y repercutiendo negativamente en la esfera de los administrados, para quienes una acción a destiempo se convertiría no sólo en retraso, sino también en desprotección de sus intereses. Mal comprendida es la demora en el actuar administrativo, por tanto, para que la Administración pueda actuar de forma ágil y eficaz precisa de ese margen de libertad relativa para determinar medios e instrumentos necesarios en su quehacer cotidiano. Esa capacidad de movilización en la toma de decisiones es, en buena medida, una garantía de la buena Administración (sin que por eso neguemos los riesgos que efectivamente puede incluir).

La discrecionalidad se ha de concebir como un modo normal de actuación en aquellos ámbitos donde se considera trascendente que los órganos administrativos adopten decisiones sobre la base de sus valoraciones y en virtud de las circunstancias objetivas que rodean los casos concretos que se evalúan.

Por lo tanto, el planteamiento no está dirigido a determinar si se precisa o no de la discrecionalidad administrativa, porque su necesidad es inevitable.³² Lo verdaderamente importante consiste en determinar hasta dónde puede llegar el operador jurídico en el ejercicio de esa potestad sin que se convierta en un problema para la Administración y para los administrados como depositarios de la gestión administrativa; para que no se convierta en caballo de Troya³³ dentro del derecho administrativo.

6. Los límites de lo discrecional

A lo largo de toda la evolución y desarrollo de la sociedad la idea de imponer límites al poder ha sido un imperativo esencial adjudicado en buena parte al derecho. Limitar los poderes inherentes al Estado no es para nada una idea fuera de contexto, por el contrario, ha servido como fuente de realce a la posición jurídica del ciudadano en su interrelación con el aparato estatal. No escapa por tanto la Administración Pública, y mucho menos el fenómeno discrecional, tan “temido” por sus características.

³² Al respecto García de Enterría y Tomás Ramón Fernández han expuesto: “La necesidad de apreciaciones de circunstancias singulares, de estimación de la oportunidad concreta en el ejercicio del poder público, es indeclinable y ello alimenta inevitablemente la técnica del apoderamiento discrecional” (GARCÍA de Enterría, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo I. Madrid: Civitas, 2004, p. 463.

³³ Se ha dicho del poder discrecional que es “[...] el verdadero caballo de Troya en el seno del derecho administrativo de un Estado de derecho” (HUBER, Hans, citado por GARCÍA de Enterría, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo [Poderes discrecionales, Poderes de gobierno, Poderes normativos]. RAP, (38):167.

Particularmente, en lo referente a la potestad discrecional administrativa podemos enunciar un conjunto de límites “naturales” o intrínsecos, propios de las particularidades que entraña; y un conjunto de límites “relacionales” o extrínsecos que son el resultado de su ejercicio e interacción con lo social.

Dentro de los límites “naturales” o intrínsecos es imperativo mencionar en primer término a la norma jurídica discrecional, asociado por tanto a la explicación ofrecida en el epígrafe anterior en lo referido al principio de legalidad y su trascendencia como presupuesto para la existencia de la potestad discrecional.³⁴

De la mano del principio de legalidad se presenta el principio de interés público, fundamento de todo el quehacer administrativo y especialmente del actuar discrecional. Ese elemento de adecuación al fin realza de manera concluyente el elemento teleológico que caracteriza a la rama administrativa y deriva, o bien de la norma jurídica que habilita al ejercicio discrecional, o en última instancia del ordenamiento en su conjunto que determina cuáles son los fines públicos a cumplimentar por la Administración.³⁵ En los casos de la doctrina nacional se entiende extendido a lo señalado por la dirección política del Estado,³⁶ en buena medida porque los lineamientos políticos en nuestro país van de la mano con la estrategia trazada para cumplimentar los fines estatales. En relación con la inobservancia del interés público hay una consecuencia esencial que se traduce básicamente en la proscripción de la arbitrariedad. En este sentido Gordillo resalta la desviación de poder como prohibición de actuar con una finalidad impropia,³⁷ que en nuestra opinión más que un límite en sí, es la consecuencia de la desatención de uno de estos límites, específicamente del interés público como principio.

La imposibilidad de actuar arbitrariamente conecta con la idea general de los límites a la discrecional, exigiendo una reflexión inaplazable. Discrecionalidad y arbitrariedad constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. La

³⁴ Nos dice al respecto Lucés Gil: “Las normas legales que otorgan a la Administración la facultad de moverse libremente por una senda más o menos amplia señalan también los linderos de la misma, linderos que en ningún caso le está permitido al agente rebasar” (LUCES Gil, Francisco. La discrecionalidad de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. REVL,(53), p. 677).

³⁵ La noción de interés general cumple dos funciones básicas en términos de Sainz Moreno, como fundamento y como límite de las potestades administrativas; éstas no existen más que en la medida que lo determina el interés general. Ver SAINZ Moreno, Fernando. Sobre el interés público y la legalidad administrativa. RAP (82):443. [CD-ROM].

³⁶ GARCINI Guerra, Héctor y REYES, Miguel. Manual de Derecho Administrativo. t.I., Parte General, Universidad de La Habana, Facultad de Humanidades, Escuela de Ciencias Jurídicas, 1963, p. 28.

³⁷ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, p. X-29.

discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino el ejercicio de una potestad legal que posibilita a la Administración una estimación subjetiva para escoger la solución que mejor represente la finalidad de la norma, la utilidad o el interés general. La arbitrariedad³⁸ se caracteriza por expresar la voluntad ilegítima de quien ejerce el poder, no constituye una potestad reconocida por el derecho, sino una definición que se halla fuera del derecho y se extiende a los principios generales,³⁹ en una suerte de consecuencia del bloque de legalidad.

Mientras que en el actuar arbitrario la autoridad se exime de motivar sus actos, porque obviamente parten de su voluntad y capricho, en el actuar discrecional han de expresarse los motivos de su decisión. La motivación y la justificación⁴⁰ de las decisiones constituyen elementos esenciales y diferenciadores de ambos conceptos. La primera incluye la explicación de los motivos que permiten tomar una decisión, aun cuando no precisa que sean explicitados. Estos motivos pueden apreciarse, en ocasiones, de forma implícita, de los documentos que se utilizan para el actuar administrativo. La justificación obliga, por su parte, a explicar las razones que apoyan el proceder que ha tenido en cuenta la Administración para su decisión.⁴¹

Debe distinguirse la arbitrariedad de la terminología que ha sido empleada⁴² para describir a la potestad discrecional como *arbitrio*, tratándose de un arbitrio legítimo u ordinario, nunca equiparable a la noción de arbitrariedad ya referida.

³⁸ “La arbitrariedad consiste, pues, en que el poder público, con un mero acto de fuerza, salte por encima de lo que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a ninguna regla de carácter general [...]. El mandato arbitrario es aquel que no se funda en un principio general —aplicable a todos los casos análogos—, sino que responde a un simple porque sí [...]”, expone RECASÉNS SICHÉS, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. México: Porrúa, 1983, p. 215. Ver en igual sentido la opinión de los autores VALDIVIA Onega, Marisabel; VIZOSO García, María de los Ángeles; CASTANEDO Abay, Armando. Separata de Derecho Administrativo. Universidad de la Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 1989, p. 44.

³⁹ Ver GARCÍA de Enterría, Eduardo. ¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota”. Revista de Administración Pública, (124), p. 218.

⁴⁰ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad, p. 20; DESDENTADO Daroca, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico, pp. 157-161.

⁴¹ Al respecto nos dice Igartúa Salaverría: “Una decisión es arbitraria, no porque en línea de principio no haya razones en su favor, sino porque quien la ha tomado no tiene razones para justificarla” (IGARTÚA Salaverría, Juan. Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial. Revista Vasca de Administración Pública, (46):98.

⁴² Este término es empleado por autores como Linares, Juan Francisco. Poder discrecional administrativo (Arbitrio legítimo). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958, pp. 15 y ss. El mismo autor, debido a las irregularidades interpretativas que el término incluye, aclara la utilización del término dentro de los límites del arbitrio lícito.

Sin obviar su característica de acto administrativo se impone el deber general de respetar los derechos adquiridos, que como se ha explicado, es una consecuencia directa del principio de legalidad para el actuar de la Administración.

Aunque se ha hecho referencia a dos de los principios claves que actúan como límites para el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, no se pueden obviar otros que también asumen este papel.⁴³ Pueden citarse los principios de razonabilidad (como prohibición para la Administración de actuar irrazonablemente, esto es, cuando no ofrezca los fundamentos de su actuación, o ésta se funde en elementos inexistentes), proporcionalidad (en razón de la medida que debe respetarse entre los fundamentos de hecho y la consecuencia, los medios y métodos que se empleen para lograr esa consecuencia y el fin que propone la norma), buena fe (como principio general de actuación para la Administración que debe sentar su actuar sobre las bases de la legalidad y sin hacer incurrir al administrado en el error o utilizando mecanismos que vayan en detrimento de la posición del mismo o de sus derechos), equidad (que no se trata de ofrecer igual tratamiento, sino de apreciar con igualdad las circunstancias que concurren, ofreciendo a cada supuesto una valoración justa y equitativa).

Como límites “relacionales” o extrínsecos reconocemos fundamentalmente los que derivan, una vez ejercida la potestad, en relaciones jurídicas concretas, interviniendo de esta forma en la esfera jurídica de los administrados. Se reconoce en los derechos fundamentales un límite puntual, conectándose con la función clásica de los derechos fundamentales como delimitadores negativos de la acción del poder público⁴⁴ y que es reconocido en los términos de Gordillo como *regulación indirecta o inversa*⁴⁵ para incluir así todos los casos en los que la ley protege a los particulares de la interferencia en sus actividades.

Hasta aquí hemos querido enunciar y dar explicación algunos de los elementos claves en torno a la existencia de la potestad discrecional, una institución polémica dentro del extenso campo del derecho. No son éstos todos los aspectos controversiales que la misma entraña, a tales efectos debe continuar nuestra investigación.

De los aspectos anteriores salta a la vista la necesidad de controlar, o al menos, lograr instrumentar un sistema de mecanismos que posibiliten la fiscalización de los actos

⁴³ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, pp. X-29-30.

⁴⁴ Esta posición es ponderada por SARMIENTO Acosta, Manuel I. Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales. Poder Judicial. (3):205-234 [CD-ROM].

⁴⁵ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, p. X-19.

que emanan del ejercicio de la potestad discrecional de la Administración Pública. El principio de legalidad se alza como bandera y garantía para estos propósitos.

Referencias

- ANDRÉS Ibañez, Perfecto. *Contra las inmunidades del poder: una lucha que debe continuar*. Revista Española de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 1997, (93).
- ANDRIEU, Mónica G. *La función administrativa pública, acción y pretensiones judiciales*. LexisNexis Jurisprudencia Argentina. 2000 (0003/007703, 00-III-1109).
- ALARCÓN Jaña, Pablo Andrés. *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena*. Santiago de Chile: Cono Sur, 2000.
- ÁLVAREZ TABÍO, Fernando. *El proceso contencioso-administrativo. Doctrina, legislación, jurisprudencia*. La Habana: Martí, 1954.
- *Política y legalidad*. Ciencias jurídicas. La Habana: Ciencias Sociales, 1977.
 - *Comentarios a la Constitución socialista*. La Habana: Pueblo y Educación, 1988.
- APRELL Lasagabaster, María Concepción. *El control judicial de la discrecionalidad administrativa en materia de nacionalidad*. Revista Española de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 1993,(57).
- ARENA, Gregorio. *Transparencia administrativa y democracia*. Revista Vasca de Administración Pública, Gipuskoa: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988. (37).
- ATIENZA, Manuel. “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85. Madrid: Civitas, 1995.
- BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1997.
- BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BARNES Vázquez, Javier (coord.). *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*. Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía. Madrid: Civitas, 1993.
- BASSOLS Coma, Martín. *Consideraciones sobre los controles extrajurisdiccionales de la Administración: en torno a la reforma del estatuto del mediateur francés*. RAP. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977, (82).
- BELTRÁN De Felipe, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1993.
- BERÇAITZ, Miguel Ángel. *Proceso y procedimiento contencioso administrativo*. RAP. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964, (44).
- BERMEJO Vera, José. *Derecho Administrativo Básico, Parte General*, 7ª ed. Navarra: Aranzadi, 2007.

- BETANCOURT, Ángel C. Nueva edición del procedimiento contencioso- administrativo vigente en la República de Cuba. La Habana: Rambla, Bouza y Ca, 1916.
- BIELSA, Rafael. Los conceptos jurídicos y su terminología. 3ª ed. Buenos Aires: De Palma, 1961.
- BOCANEGRA Sierra, Raúl. La teoría del acto administrativo. 1ª ed. Madrid: Iustel, 2005.
- BOCANEGRA Sierra, Raúl; HUERGO Lora, Alejandro. Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2002, (111).
- BULLINGER, Martín. La discrecionalidad de la Administración Pública. *La Ley*. *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, Madrid: Edilex, 1987, (4).
- CABRAL, Pablo; MALJOR, Daniel E. Herramientas para el control de la arbitrariedad de los poderes públicos en el orden nacional y bonaerense. Su antecedente español. *LexisNexis Jurisprudencia Argentina*, 2002, (JA 2002 III-1524).
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo II*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- CHINCHILLAN Marín, Carmen. *La desviación de poder*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2004.
- CLAVERO Arévalo, Francisco. La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico. *Revista de Administración Pública*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967, (54).
- COSCULLUELA Montaner, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. 18ª ed. Navarra, España: Aranzadi, 2007.
- DEBBASCH, Charles. *Droit Administratif*. Francia: *Económica*, 2002.
- DE LA CUÉTARA Martínez, Juan Miguel. Potestades administrativas y poderes constitucionales: en torno al proceso de juridificación del poder. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, 1983, (38).
- DESDENTADO Daroca, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2ª ed. Madrid: Aranzadi, 1999.
- DE SECONDAT, Carlos Luis, Barón de Montesquieu. *Del Espíritu de las Leyes*, La Habana: Ciencias Sociales, 1976.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- ENTREÑA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*, volumen I, 12ª ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- FERNÁNDEZ Bulté, Julio. *Teoría del Derecho*. La Habana: Félix Varela, 2002.
- FERNÁNDEZ Rodríguez, Tomás Ramón. *Discrecionalidad y jurisdicción revisora*. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, 1974, (2).
- *Arbitrariedad y discrecionalidad*. *Cuadernos*, Madrid: Civitas, 1991, (35).

- Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 76. Madrid: Civitas, 1992.
- GABINO FRAGA, F. *Derecho Administrativo*. México: Porrúa, 1948.
- GALINDO CAMACHO, Miguel. *Teoría de la Administración Pública*. México: Porrúa, 2000.
- GAMERO CASADO, Eduardo; FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*, cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 38. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.
- *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1970.
- “Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en derecho español”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 59. Madrid: Civitas, 1988.
- “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 124. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1991.
- “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89. Madrid: Civitas, 1996.
- *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid: Civitas, 1999.
- “La definitiva erradicación de los actos políticos o de gobierno en nuestro derecho”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 106. Madrid: Civitas, 2000.
- *Democracia, jueces y control de la Administración*, quinta edición ampliada. Madrid: Civitas, 2000.
- *La Administración Pública y la ley*. Madrid: Civitas, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2004.
- GARCÍA OVIEDO, Carlos. *Derecho Administrativo*, tercera edición. Madrid: EISA, 1951.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1973.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Parte General. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- JAWITSCH, L. S.. *Teoría general del derecho*. La Habana: Ciencias Sociales, 1988.
- KAZORALISTE, Kamel. “Principio de legalidad y criterios de vinculación positiva y negativa en la Constitución”, en *Rev. Derecho*, volumen 8, núm. 1. Valdivia, 1997. Disponible en: http://mingaonline.each.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-095019970002000005&lng=es&nmsiso. Consultado el 28 de octubre de 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

- MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, Ángel. “El poder administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 33, edición electrónica. Madrid: Civitas, 1982.
- MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*, vigesimasexta edición. Navarra, España: Aranzadi, 2007.
- MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada, España: Comares, 2004.
- MORELL OCAÑA, Luis. “El «criterium» de la Administración Pública y el derecho administrativo contemporáneos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 29, edición electrónica. Madrid: Civitas, 1981.
- NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, tomo XX. Barcelona, España: Francisco Seix, 1993.
- O. SHIDKOV; V. CHIRKIN; YU. YUDIN. *Fundamentos de la teoría socialista del Estado y el derecho*. Moscú: Progreso, 1980.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto; LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. “El principio de legalidad en la actuación administrativa”, en *El procedimiento administrativo y la gestión presupuestaria y su control*, 1995. Disponible en: <http://0-premium.vlex.com.llull.uib.es/doctrina/Procedimiento-administrativo-gestion-presupuestaria-control/Principio-legalidad-actuacion-administrativa/2100>. Consultado el 17 de noviembre de 2007.
- PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- PAREJO ALFONSO, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2007.
- RECASÉNS SICHÉS, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1983.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General I*. Madrid: Iustel, 2005.