

A vueltas con la discrecionalidad administrativa* **

Back to Administrative Discretion

*Grethel Arias Gayoso****

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 trabajo se analizan aspectos medulares en torno a la discrecionalidad de la Administración Pública, que son, a nuestro entender, esenciales para conocer el porqué de la existencia de una institución tan polémica y controvertida.

PALABRAS CLAVE. Discrecionalidad administrativa. Derecho administrativo. Administración Pública.

ABSTRACT. The closest possibility to the domain and subsequent control of a phenomenon is to know it. Administrative discretion is one of the unfinished items of Administrative Law; when discussions seem to cease, the topic re-emerges with new lights. For the dynamics of administrative activity it is a source of constant re-evaluation so as to achieve an efficient acting Administration. This paper briefly discusses major issues surrounding

* Este artículo forma parte de la línea de investigación que sigue la autora en opción al Doctorado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba (Cuba).

** Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 24 de junio de 2010. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 6 de setiembre de 2010, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

*** Profesora de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho en la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba (Cuba).

the discretion of Public Administration, in our view, essential to understanding the answer to the existence of such a contentious and controversial institution.

KEYWORDS. Administrative discretion. Administrative Law. Public Administration.

SUMARIO. **I.** La dicotomía *potestad reglada-potestad discrecional*. **II.** Génesis y desarrollo de una institución controversial. **III.** La discrecionalidad administrativa. Planteamiento de su necesidad. **IV.** Los límites de lo discrecional.

I.

LA DICOTOMÍA POTESTAD REGLADA-POTESTAD DISCRECIONAL

La actividad administrativa 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.¹ 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

¹ 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, presentan caracteres definitivos que se irán esclareciendo en el transcurso de estas páginas. 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.

la presencia del presupuesto de hecho narrado por la norma se anula la posibilidad de apreciación por la Administración y se limita a la aplicación de la consecuencia jurídica también determinada;² 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 capítulos 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 de 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 que la Administración se despoja de todo papel ejecutor con respecto a la norma para, en la persona del operador jurídico, apreciar la *oportunidad*³ 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, que la faculta para obrar o abstenerse, según las circunstancias.⁴

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, traducida en los términos de imposibilidad de ser extralegal y, correlativamente, de respetar

² Las posturas en torno a la existencia de la potestad reglada no son tendientes a la contradicción; las características propias de la institución no dan lugar a equívocos. Al respecto puede consultarse: Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho administrativo*, 5.ª ed., Madrid: Civitas, 1994, pp. 161, 345; José BERMEJO VERA, *Derecho administrativo básico*, Parte general, 7.ª ed., Navarra: Aranzadi, 2007, p. 273; Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo I, 5.ª ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. X-14; Carlos Javier MARTÍN SÁNCHEZ, "Aproximación a la discrecionalidad técnica y su aplicación al medio ambiente", en *Boletín Aranzadi Administrativo* n.º 32, 2001, p. 1; Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y público general*, tomo I, Madrid: Civitas, 2004, p. 519.

³ Véase GORDILLO, o. cit. (nota 2), p. X-14; Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, en *El Derecho administrativo iberoamericano. Estudios y comentarios*, Granada: INAP-UIM, España, 2005, p. 234.

⁴ Véase Lorenzo MARTÍN RETORTILLO BAQUER, "Poder Ejecutivo, discrecionalidad, legalidad y control", *Estudios de Derecho judicial*, n.º 6, en CD-ROM, 1997, pp. 215-252.

los elementos reglados que concurran 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—, los cuales 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 de lo que hemos delimitado como normas que consagran el ejercicio de la potestad reglada. Y en el segundo momento —antecedido por el proceso valorativo de la Administración— se hace patente el ejercicio efectivo de la potestad a partir de la emisión al mundo jurídico de un acto administrativo con características discrecionales.

II.

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. Como señala MARTÍN RETORTILLO, la evolución

de la discrecionalidad ha sido un proceso largo, complejo y zigzagueante,⁵ 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,⁶ 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”.⁷ En esta primera fase se desarrollan también los conceptos jurídicos indeterminados o *conceptos discrecionales*,⁸ 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 desvincularse del poder de la norma jurídica, en la cual encuentra sustento la explicación del 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 capítulo histórico. La

⁵ Cf. Laureano LÓPEZ RODÓ, “La discrecionalidad de la Administración Pública en la doctrina extranjera”, en *REVISTA* n.º 31, año VI, 1941, pp. 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”. Véase Martín BULLINGER: “La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial”, en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n.º 4, 1987, p. 897.

⁶ MARTÍN, o. cit. (nota 5), pp. 215-252.

⁷ 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. Véase BULLINGER, o. cit. (nota 6), p. 898.

⁸ 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 recrudescerse 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”. Tomás Ramón FERNÁNDEZ, “Arbitrariedad y discrecionalidad”, en *Cuadernos*, 1991, p. 20.

discrecionalidad ya no habría de entenderse como el ámbito libre en el cual superviviese la potestad omnímoda 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 la discrecionalidad siempre ha sido tratada evolutivamente desde estas dos perspectivas, hay que apuntar 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 por períodos en los que el consenso ha imperado.

Aunque las etapas reseñadas constituyen los dos grandes hitos dentro del proceso de desarrollo de la discrecionalidad administrativa, su evolución no se ha detenido,⁹ y una fracción de la doctrina *iusadministrativista*, 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 este. De esta 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 FARRERES consistiría en “el deber de apreciar y valorar ante cada situación concreta y específica la solución más adecuada y conforme al interés público”.¹⁰

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 esta 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 que es valoración de alternativas al fin.

⁹ G. FERNÁNDEZ FERRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, citado por Eva DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Madrid: Aranzadi, 2.ª ed., 1999, p. 70.

¹⁰ 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”. Kenneth Culp DAVIS, citado por Miguel BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid: Tecnos, 1995, p. 26.

III.

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 una 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 precisa que se le otorgue un margen de actuación más o menos amplio que le permita *move* sin quebrantar el ordenamiento y lograr sus fines.¹¹

La discrecionalidad existe por una necesidad material lógica de imposibilidad de la norma y de exigencia de la actividad administrativa en su quehacer cotidiano. Esta no se configura como una anomalía dentro del subsistema administrativo, sino como un elemento indispensable para el logro de una Administración que actúe eficientemente.¹² Su función es por tanto coadyuvar al desenvolvimiento de la actividad administrativa, pues de lo contrario debería esperar la Administración por la habilitación legal expresa para cada acción, lo que la haría incurrir en dilaciones indebidas y repercutiría negativamente en la esfera de los administrados, para quienes una acción a destiempo significaría no solo retraso sino también 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

¹¹ 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”. Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Administración pública y la ley”, en *REDA*, n.º 108, Madrid: Civitas, 2002, p. 574.

¹² 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”. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo I*, Madrid: Civitas, 2004, p. 463.

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 la discrecionalidad administrativa, porque su necesidad es inevitable.¹³ 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 transforme en caballo de Troya¹⁴ dentro del derecho administrativo.

IV.

LOS LÍMITES DE LO DISCRECIONAL

A lo largo de toda la evolución y el 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 le escapa por tanto la Administración Pública, y mucho menos el fenómeno discrecional, tan temido por sus características.

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.

¹³ Se ha dicho del poder discrecional que es “[...] el verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho”. Hans HUBER, citado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en *RAP* n.º 38, 1962, p. 167.

¹⁴ Nos dice al respecto Luces 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”. Francisco LUCES GIL, “La discrecionalidad de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *REVL*, n.º 53, 1950, p. 677.

Entre los límites *naturales* o intrínsecos es imperativo mencionar en primer término la norma jurídica discrecional, lo que se asocia a la explicación ofrecida en la sección anterior en lo referido al principio de legalidad y su trascendencia como presupuesto para la existencia de la potestad discrecional.¹⁵

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 bien, en última instancia, del ordenamiento en su conjunto, que determina cuáles son los fines públicos a cumplimentar por la Administración.¹⁶ En los casos de la doctrina nacional se entiende extendido a lo señalado por la dirección política del Estado,¹⁷ en buena medida porque los lineamientos políticos en Cuba 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,¹⁸ 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 lo discrecional y exige una reflexión inaplazable. Discrecionalidad y arbitrariedad constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. La 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 arbitrariedad,¹⁹ en cambio, se caracteriza por expresar

¹⁵ La noción de interés general cumple dos funciones básicas en términos de Sainz Moreno, como fundamento y como límite de las potestades administrativas; estas no existen más que en la medida que lo determina el interés general. Véase Fernando SAINZ MORENO, "Sobre el interés público y la legalidad administrativa", en *RAP* n.º 82, CD-ROM, 1977, p. 443.

¹⁶ Héctor GARCINI GUERRA y Miguel REYES, *Manual de Derecho administrativo*, tomo I, Parte general, La Habana: Universidad de La Habana, Facultad de Humanidades, Escuela de Ciencias Jurídicas, 1963, p. 28.

¹⁷ GORDILLO, o. cit. (nota 2), p. X-29.

¹⁸ "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 Luis RECASÉNS SICHÉS, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, México: Porrúa, 1983, p. 215. Véase en igual sentido la opinión de Marisabel VALDIVIA ONEGA, María de los Ángeles VIZOSO GARCÍA y Armando Castanedo Abay, *Separata de Derecho Administrativo*, La Habana: Universidad de la Habana, Facultad de Derecho, 1989, p. 44.

¹⁹ Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, "¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota", en *Revista de Administración Pública* n.º 124, 1991, p. 218.

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,²⁰ 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 justificación²¹ 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 se precisa que sean explicitados. Estos motivos pueden apreciarse, en ocasiones, de forma implícita en 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.²²

Debe distinguirse la arbitrariedad de la terminología que ha sido empleada²³ para describir la potestad discrecional como *arbitrio*, tratándose de un arbitrio legítimo u ordinario, nunca equiparable a la noción de arbitrariedad ya referida.

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

Aunque ya 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 cumplen esta función.²⁴ Pueden citarse los principios de razonabilidad (como prohibición para la Administración de actuar irrazonablemente, esto es, sin ofrecer los fundamentos de su actuación o fundándola 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 ni utilizar mecanismos que vayan en detrimento de la posición de este o de sus derechos),

²⁰ Cf. FERNÁNDEZ, o. cit. (nota 9), p. 20; DESDENTADO, o. cit. (nota 10), pp. 157-161.

²¹ Al respecto 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”. Juan IGARTÚA SALAVERRÍA, “Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 46, 1996, p. 98.

²² Este término es empleado por autores como Juan Francisco LINARES, *Poder discrecional administrativo (arbitrio legítimo)*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958, pp. 15 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*.

²³ GORDILLO, o. cit. (nota 2), pp. X-29-30.

²⁴ Esta posición es ponderada por Manuel I. SARMIENTOS ACOSTA, “Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales”, en *Revista Poder Judicial* n.º 3, 2.ª época, CD-ROM, 1993, pp. 205-234.

equidad (que no consiste en ofrecer igual tratamiento, sino en apreciar con igualdad las circunstancias que concurren y ofrecer 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 y de esta forma intervienen en la esfera jurídica de los administrados. Se reconoce en los derechos fundamentales un límite puntual, que se conecta con la función clásica de los derechos fundamentales como delimitadores negativos de la acción del poder público²⁵ y que es reconocido en los términos de GORDILLO como *regulación indirecta o inversa*, 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 explicar algunos de los elementos clave en torno a la existencia de la potestad discrecional, una institución polémica dentro del extenso campo del derecho. Sin embargo, no son estos todos los aspectos controvertibles que ella entraña, por lo que la investigación debe continuar.

²⁵ GORDILLO, o. cit. (nota 2), p. X-19.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Contra la inmunidades del poder: una lucha que debe continuar”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 93, Madrid: Civitas, enero-marzo 1997.
- ANDRIEU, Mónica G., “La función administrativa pública, acción y pretensiones judiciales”, en *Jurisprudencia Argentina* (número especial), n.º 6208, 23 de agosto de 2000.
- ALARCÓN JAÑA, Pablo Andrés, *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena*, Santiago de Chile, Jurídica ConoSur, 2000.
- ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *El proceso contencioso-administrativo. Doctrina, legislación, jurisprudencia*, La Habana: Librería Martí, 1954.
- *Política y legalidad. Ciencias jurídicas*, La Habana: Editorial de las 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”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 057, Madrid: Civitas, septiembre-diciembre 1993.
- ARENA, Gregorio, “Transparencia administrativa y democracia”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 37, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, enero-marzo 1988.
- ATIENZA, Manuel, “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 85, Madrid: Civitas, enero-marzo 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, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.
- BARNES VÁZQUEZ, Javier (coord.), *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Madrid: Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía y Civitas, 1993.
- BASSOLS COMA, Martín, “Consideraciones sobre los controles extrajudiciales de la Administración: en torno a la reforma del estatuto del ‘médiateur’ francés”, en *RAP*, n.º 82, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, enero-abril 1977.
- BELTRÁN de FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid: Tecnos, 1993.

- BERÇAITZ, Miguel Ángel, “Proceso y procedimiento contencioso administrativo”, en RAP, n.º 44, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, mayo-agosto 1964.
- BERMEJO VERA, José, *Derecho administrativo básico. Parte general*, Navarra: Aranzadi, 7.ª ed., 2007.
- BETANCOURT, Ángel C., *Nueva edición del Procedimiento Contencioso-Administrativo vigente en la República de Cuba*, La Habana: Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Cía., 1916.
- BIELSA, Rafael, *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Buenos Aires: Depalma, 3.ª ed., 1961.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *La teoría del acto administrativo*, Madrid: Iustel, 2005.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, y Alejandro HUERGO LORA, “Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 111, Madrid: Civitas, 2002.
- BULLINGER, Martín, “La discrecionalidad de la Administración Pública”, en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n.º 4, Madrid: Edilex, 1987.
- CABRAL, Pablo, y Daniel E. MALJOR, “Herramientas para el control de la arbitrariedad de los poderes públicos en el orden nacional y bonaerense. Su antecedente español”, en *Jurisprudencia Argentina*, n.º III-1524, 2002.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo II*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 4.ª ed. act., 1994.
- CHINCHILLAN MARÍN, Carmen, *La desviación de poder*, Madrid: Civitas, 2.ª ed., 2004.
- CLAVERO ARÉVALO, Francisco, “La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 54, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, septiembre-diciembre 1967.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho administrativo*, Navarra: Aranzadi, 18.ª ed., 2007.
- DEBBASCH, Charles, *Droit administratif*, París: Economica, 2002.
- DE LA CUÉTARA MARTINES, Juan Miguel, “Potestades administrativas y poderes constitucionales: en torno al proceso de juridificación del poder”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 38, Madrid: Civitas, julio-septiembre 1983.
- DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Navarra: Aranzadi, 2.ª ed., 1999.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984.
- ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid: Tecnos, 12.ª ed., 1998.

- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría del Derecho*, La Habana: Félix Varela, 2002.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “Discrecionalidad y jurisdicción revisora”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 2, Madrid: Civitas, julio-septiembre 1974.
- *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid: Civitas, Cuadernos Civitas n.º 35, 1991.
- “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 76, Madrid: Civitas, octubre-diciembre 1992.
- GABINO FRAGA, F., *Derecho administrativo*, México: Porrúa, 1948.
- GALINDO CAMACHO, Miguel, *Teoría de la Administración Pública*, México: Porrúa, 2000.
- GAMERO CASADO, Eduardo, y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de Derecho administrativo*, Madrid: Tecnos, 4.ª ed., 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Administración Pública y la ley*, Madrid: Civitas, 2002.
- “Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 59, Madrid: Civitas, julio-septiembre 1988.
- “La definitiva erradicación de los actos políticos o de Gobierno en nuestro Derecho”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 106, Madrid: Civitas, abril-junio 2000.
- *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid: Civitas, 5.ª ed. amp., 2000.
- “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 124, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, enero-abril 1991.
- *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid: Civitas, 1999.
- *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid: Tecnos, 1970.
- “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 38, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, mayo-agosto 1962.
- “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 89, Madrid: Civitas, enero-marzo 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo I*, Madrid: Civitas, 2004.
- GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho administrativo*, Madrid: EISA, 3.ª ed., 1951.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1973.

- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo. Parte general*, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- JAWITSCH, L. S., *Teoría general del Derecho*, La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1988.
- KAZOR ALISTE, Kamel, “Principio de Legalidad y criterios de vinculación positiva y negativa en la Constitución”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 8, n.º 1, 1997, disponible en http://mingaonline.each.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-095019970002000005&lng=es&nm iso (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 MARCHAN, Ángel, “El poder administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 33, Madrid: Civitas, abril-junio 1982.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho administrativo*, Navarra: Aranzadi, 26.ª ed., 2007.
- MERKL, Adolfo, *Teoría general del Derecho administrativo* (edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez), Granada: Comares, 2004.
- MONTESQUIEU (Charles Louis DE SECONDAT), *Del espíritu de las leyes*, La Habana: Editorial de las Ciencias Sociales, 1976.
- MORELL OCAÑA, Luis, “El ‘criterium’ de la Administración Pública y el Derecho administrativo contemporáneos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 29, Madrid: Civitas, abril-junio 1981.
- Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XX, Barcelona: Francisco Seix, 1993.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, y Herminio LOSADA GONZÁLES, “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: 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.
- SHIDKOV, O., V. CHIRKIN y Y. YUDIN, *Fundamentos de la teoría socialista del Estado y el Derecho*, Moscú: Progreso, 1980.