



## Discrecionalidad administrativa

María G. Navarro

*Instituto de Filosofía, CCHS, CSIC*

[maria.navarro@cchs.csic.es](mailto:maria.navarro@cchs.csic.es)

### Resumen

El acto administrativo discrecional se diferencia del acto reglado, porque mientras este último se refiere a la simple ejecución de la ley aquel alude a los casos en los que existe cierto margen de libertad para realizar una comprensión y posterior aplicación de la norma. La discrecionalidad es necesaria, por ejemplo, cuando la ley prevé dos posibles actuaciones sin que ninguna de ellas se imponga con carácter obligatorio o cuando la legislación se limita a señalar fines sin especificar los medios necesarios para alcanzarlos. Cuando no está dissociada del ejercicio de las facultades discrecionales de una autoridad constituida, la discrecionalidad es lo contrario de la arbitrariedad. Tras la definición de esta importante noción, en estas páginas se insiste en dos aspectos sobresalientes de la facultad discrecional, a saber: que el fundamento de dicha facultad radica en la misma legislación y que el rasgo diferenciador de un acto discrecional es la justificación de los motivos de la decisión.

200

### Palabras clave

Principio de legalidad, acto administrativo, aplicación de la norma, arbitrariedad, interpretación, componente prudencial.

## Administrative Discretionary

### Abstract

The administrative discretionary act differs from regulated act because while the latter refers to the simple execution of the law, the former refers to cases where there is some leeway for a further understanding and application of the rule. For example, discretionary is necessary when the law can provide two possible proceedings, none of which is mandatory. It is also necessary when legislation merely indicates its ends, without specifying the means to achieve them. When it is not dissociated from the exercise of the discretion of a constituted authority, discretionary is the opposite of arbitrariness. After defining this important notion, this paper emphasizes two highlights of it, namely, that the foundation of its power lies in the law itself, and that the distinguishing feature of a discretionary act is the justification of the reasons for the decision.

### Keywords

Principle of legality, administrative act, application of the norm, arbitrariness, interpretation, reasonable component.

## 1. Introducción

Así como el significado lexical del término 'discrecional' se define como "aquello que no está sometido a regla sino que depende del criterio de una persona o autoridad dada" (Seco y Ramos, 1999) puede decirse, sin embargo, que el significado del término 'discrecionalidad', cuando connota la cualidad discrecional de un acto administrativo, está relacionado con complejas cuestiones de fondo; por lo que, en cierto modo, su definición exige atender tanto al significado lexical como al contextual.

La cualidad discrecional de un acto administrativo se puede definir, al menos inicialmente, en oposición al acto administrativo reglado. Mientras que el acto reglado se refiere a la simple ejecución de la ley, la cual señala cómo debe la administración pública comprender el deber de actuar en el ejercicio de su autoridad, el acto administrativo propiamente discrecional alude a aquellos casos en los que existe cierto margen de libertad necesario para el aseguramiento de una apreciación y comprensión justas en la aplicación de la norma y, por consiguiente, en el marco del respecto al principio de legalidad.

De lo anterior puede deducirse que la cualidad de un acto discrecional es indisoluble del ejercicio de las facultades propiamente discrecionales de una autoridad constituida. A este respecto, algunos autores (Marienhoff, 1995) sostienen que la existencia de procedimientos formales para la emanación de un acto administrativo no implica la exclusión de la posibilidad racional de que dicho acto sea discrecional. Así han de entenderse, por ejemplo, los casos en los cuales la ley prevé dos posibles actuaciones y ninguna se imponga con carácter obligatorio o cuando la legislación se limita a señalar fines sin especificar los medios necesarios u obligatorios para alcanzarlos. Pero no sólo la existencia de estos dos casos nos lleva a pensar en la importancia de definir el concepto de discrecionalidad administrativa con el fin de distinguirlo de la arbitrariedad, es la propia implicación de la administración en todas las esferas y etapas de la política pública lo que revela la dimensión moral de las administraciones públicas en esa doble vertiente a la que han aludido algunos autores, a saber: la relativa a la actividad profesional desarrollada por los empleados públicos y la relacionada con su servicio orientado a los intereses generales, interés que comparte con la misma organización de dicha función pública (Ausín, 2011: 142).

## 2. El acto libre y el componente prudencial

Parece notorio, pues, que el fundamento de la facultad discrecional en cuanto tal radica, de hecho, en la misma legislación y no connota ausencia de legalidad; de ahí que el significado lexical del adjetivo 'discrecional' describa el acto libre pero también prudencial, dando ello idea de la existencia del ejercicio de una potestad y de una facultad cuya competencia se basa en que no puede estar reglada sin más.

Resulta elocuente a este efecto que la discreción, según suele definirse en las distintas ediciones promovidas por la RAE, lo sea respecto de aquello que exige tino, medida, tacto e incluso agudeza; pero sin desprender estos calificativos de la primordial prudencia e incluso de la parquedad de opinión y/o de conducta, cuando no de la justeza y corrección merecedoras de idéntica atención en las mismas circunstancias.



Visto así, el componente prudencial puede entenderse en el Derecho Administrativo a la luz del motivacional, puesto que la potestad y facultad discrecional debe poder expresar los motivos de su decisión, algo imposible de exigir bajo el supuesto de la arbitrariedad: carente de motivación por definición al mantenerse al margen de la ley, y a la que suele tenerse también por un sinónimo del término que aquí nos ocupa, mas en los casos en que se produce el abuso de la discrecionalidad. Y es precisamente en estos últimos casos en los cuales la arbitrariedad, según autores como Tomás R. Fernández (1991), sobrepasa el límite de su significado convencional para desarrollar uno nuevo en el campo del Derecho Administrativo. En razón de ello, la relación entre ambos conceptos ha sido descrita en términos dialécticos por autores como Galligan (1990: 140).

La dimensión prudencial inherente a la facultad discrecional no se sustenta, sin embargo, en la existencia de una motivación —si bien esta última parece expresión suya—, sino que es más bien consecuencia de la imposibilidad misma de la ley para regular todo caso concreto a partir de alguna forma de generalidad, ya que lo precisado por la ley permite realizar valoraciones conforme a ella. Por este motivo, algunos autores postulan la existencia de conceptos jurídicos indeterminados, consecuencia de la generalidad y abstracción ínsita en las leyes; pero cuya actualización se reclama irreductible a la potestad discrecional. Parece aconsejable entender esta teoría de los conceptos jurídicos indeterminados de modo tal que no llegue a implicar una crítica a una presunta equiparación de la potestad discrecional a un acto de la subjetividad. Sin la libertad de apreciación, tal y como indican García de Enterría y Ramón Fernández (2006), no hay discrecionalidad; como tampoco la hay al margen de la ley, sino en virtud de ella y/o tal y como ella hubiera dispuesto, esto es, que la norma legal debe disponerla de esa manera. Otros autores han relacionado la indeterminación jurídica con la discrecionalidad en el sentido de que aquella podría ser una consecuencia de esta en los casos en los que se deja un margen (de discrecionalidad) al órgano aplicador. Autores como Kelsen identificaron y tipificaron las causas de la indeterminación a la que aludimos (Kelsen, 1979)<sup>1</sup>.

Volviendo a lo anterior, puede señalarse que el componente prudencial no sólo se aprecia merced a la archifamosa dificultad de asumir el *sensus plenior* en el *sensus singular*, y viceversa, sino más bien por el hecho sobrevenido de que la discrecionalidad sólo puede ser parcial, nunca plena.

Puede decirse que la discrecionalidad se opone propiamente a la arbitrariedad más que a la normatividad, ya que en el ámbito de la legalidad se puede efectuar un control de los actos administrativos discrecionales atendiendo a su legalidad y al control jurisdiccional sobre los elementos característicos de todo acto discrecional. Dichos elementos hacen de él un acto susceptible de impugnación, y han sido consignados del siguiente modo: (i) motivación, (ii) órgano que ejerce dicha potestad discrecional, (iii) finalidad de servir al interés público o finalidad pública sin más y, por último, (iv) hechos determinados en cada caso o, mejor dicho, requisitos de hecho necesarios para emitir dicho acto discrecional.

### 3. La discrecionalidad y el principio de legalidad

La discrecionalidad no puede entenderse independientemente del principio de legalidad; y cuando así se hace se convierte en un medio favorecedor de la corrupción y la injusticia, pues es en la potestad discrecional donde la ley se expresa

<sup>1</sup> Véase a este respecto Núñez Vaquero (2011: 176), y para la noción de espacio de discrecionalidad interpretativa, véase el estudio de Lifante (1999).

como un límite relacionado con el fin, la competencia y el procedimiento. En razón de ello, con frecuencia se señala que el rasgo diferenciador de un acto discrecional (en contraposición a la arbitrariedad ajena al derecho) es la motivación; ya que en un acto discrecional la autoridad debe poder justificar los motivos de su decisión.

Algunos autores han señalado la necesidad de realizar una “escala de la discrecionalidad” para distinguir los fines y matices de ésta. A tal efecto, y siguiendo rigurosos criterios de clasificación, sin merma de su sugestiva dimensión pragmática, Ponce Solé (2003: 17-31) distingue y define la denominada ‘discrecionalidad reglamentaria’ en función del sujeto que ejerce dicha discrecionalidad (por ejemplo, cuando dicho sujeto es el Gobierno estatal, o bien el autonómico o el local). Asimismo, distingue una discrecionalidad reglamentaria en función de la relación existente entre la ley y el reglamento: tanto en los casos en los que éste es independiente como en los que es ejecutivo. El autor también considera un factor determinante el momento temporal en el cual se efectúa el ejercicio de la misma, así como el tipo de regulación desarrollada. A este respecto, señala, por ejemplo, que no es lo mismo un tipo de reglamento sobre temas de contenido político que un reglamento destinado a regular un sector cualquiera en función de parámetros técnicos pues, a primera vista, parece notorio que el ámbito discrecional del primero será mayor —o al menos de distinta naturaleza— que en el caso del segundo.

#### *Interpretar las leyes y desarrollar una acción pública legal*

Estos distingos son tal vez suficientemente elocuentes como para llamar la atención sobre el hecho que los funcionarios públicos juegan un papel determinante no sólo en la definición sino en la aplicación de las políticas públicas, ya que la potestad discrecional puede entenderse como un medio legítimo para interpretar las leyes y desarrollar una acción pública legal.

Por ese motivo, y por difícil que resulte, es tan importante definir y establecer los límites del control judicial de la discrecionalidad, pues tal y como señalaba García de Enterría (1983: 48), siempre quedará “un último residuo en el que se manifiesta como una apreciación de valores singulares [...] y esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente, ni puede serlo, porque los Tribunales sólo pueden usar para la medida del actuar administrativo criterios jurídicos generales.”

En este sentido, algunos autores como Applbaum (1992) se han llegado a plantear hasta qué punto son justificables, e incluso legítimas, las estrategias de disenso llevadas a efecto por los funcionarios públicos cuando existe un desacuerdo entre el funcionario y la ley (también denominada “fuente del mandato”) que esté fundado, por ejemplo, en un conflicto irreconciliable acerca de lo justo.

El interés de presentar este conflicto aquí radica en que consigue llamar la atención sobre el hecho de que la Administración no sólo dicta normas jurídicas con las cuales regular su relación con los ciudadanos, sino con la propia vida social. En razón de ello, algunos autores como Marcel Waline (1956) han llegado a señalar que la esencia del Derecho Administrativo consiste en el estudio del poder administrativo de las autoridades administrativas. Sin embargo, si esto es así, puede decirse que existiría un problema de fondo de mayor calado, y es el que algunos autores han descrito cuando apelan a que la existencia de una facultad discrecional no implica que sea discrecional la elección de la forma en cuanto tal, ya que entre ambas discrecionalidades no existe una correlación necesaria incluso cuando algunos autores como Fernández de Velasco (1919: 453) afirman que “la discrecionalidad tiene siempre el límite de la forma”.



### *Grados de discrecionalidad de los reglamentos*

Al hilo de estas digresiones uno de los más controversiales debates corresponde a la distinción de grados de discrecionalidad entre los reglamentos. Autores como De la Cruz Ferrer (1988) distinguen reglamentos ejecutivos con un grado mínimo de discrecionalidad; reglamentos *remitidos* que disponen de un grado medio de discrecionalidad al poder regular con libertad su campo asignado legalmente; y en tercer lugar, reglamentos autónomos que disponen de un grado máximo de discrecionalidad al poder regular sin más límites para la Constitución y los principios generales del Derecho. Esto último tiene una implicación evidente, y es la de que “las materias en las que la Administración dispone de un grado de discrecionalidad medio o máximo quedan a su libre configuración” (De la Cruz Ferrer, 1988: 71).

Consiguientemente, uno de los temas relacionados con la definición del concepto que aquí nos ocupa, es el de las técnicas existentes para el control de la discrecionalidad reglamentaria. En términos generales, puede decirse que la mayoría de los autores coincide en señalar que dichas técnicas de control pueden resumirse en (i) la existencia de la propia potestad reglamentaria asignada al Gobierno por la propia Constitución en su artículo 97, así como (ii) la participación de los interesados en la elaboración de disposiciones generales y (iii) la existencia de principios generales del Derecho.

### **Bibliografía**

- APPLBAUM, A.I. (1992), "Democratic Legitimacy and Official Discretion", *Philosophy and Public Affairs*, Núm. 21, pp. 240-274.
- AUSÍN, T. (2011), "Ética de las Administraciones", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 1, pp. 141-147.
- DE LA CRUZ FERRER, J. (1988), "Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria", *Revista de Administración Pública*, Núm. 116, pp. 65-105.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. (1919), "*La acción popular en el Derecho administrativo*", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Núm. 67, pp. 135-148.
- FERNÁNDEZ, T.R. (1991), *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1983), *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2006), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid.
- GALLIGAN, D.J. (1990), *Discretionary powers. A legal study of official discretion*, Oxford University Press, Oxford.
- KELSEN, H. (1979), *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México.
- LIFANTE, I. (1999), *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporáneo*, CEPC, Madrid.
- MARIENHOFF, M.S. (1995), *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- NÚÑEZ VAQUERO, A. (2011), "Hans Kelsen: Preface. On Interpretation. Estudio Introductorio", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 1, pp. 173-179.

- PONCE SOLÉ, J. (2003), “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 162, pp. 89-144.
- SECO, M. y RAMOS, G. (1999), *Diccionario del Español Actual*, Aguilar, Madrid.

