

ARBITRARIEDAD, DISCRECIONALIDAD Y LIBERTAD EN LA FIGURA DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Alfonso Renato Vargas Murillo¹

Fecha de publicación: 01/04/2015

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Definición de Discrecionalidad. 3. Arbitrariedad y Discrecionalidad. 4. Discrecionalidad y Libertad. 5. Ámbitos de la discrecionalidad de la Administración Pública. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

Resumen:

El presente trabajo, aborda el tema de la discrecionalidad administrativa, primero desde una óptica conceptual, definiendo a la discrecionalidad, la arbitrariedad y la libertad, elementos que se confunden en la actividad administrativa, estableciendo los diversos parámetros y una comparación para evitar errores semánticos que devengan en una mala praxis de la función administrativa.

Por último, basados en la doctrina y la jurisprudencia, estableceremos una tipología de la discrecionalidad, representada en los grados de la discrecionalidad y los diversos ámbitos de la discrecionalidad en la administración pública para entender este fenómeno globalmente, en sus diversas manifestaciones.

Palabras Clave: Discrecionalidad, arbitrariedad, administración.

¹ Estudiante de la Escuela de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna y de la Escuela de Historia de la Facultad de Educación, Comunicación y Humanidades de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann.

1. INTRODUCCIÓN:

El Derecho, como medio de organización social basado en un criterio de justicia, en toda su amplitud muchas veces no logra dar soluciones en sentido estricto a diversos problemas, por los cuales otorga facultades tanto interpretativas como de decisión, una de esas facultades es la discrecionalidad.

Esta facultad la vemos materializada en el Derecho administrativo, donde en muchos casos la ley, otorga más de una alternativa de “solución” al problema o brinda un rango de libertad para actuar según criterios éticos y en base a aquello que resulte conveniente para el caso puntual en concordancia con el orden y el bienestar social.

El presente trabajo pretende dar aproximaciones conceptuales basadas en la doctrina y la jurisprudencia, al fenómeno de la discrecionalidad y en la medida de lo posible desambiguar el término y esclarecer posibles confusiones semánticas.

Por tanto, primero definiremos el concepto de “discrecionalidad” en sentido lato, hasta llegar al sentido estrictamente jurídico del término, y una vez definido se pretenderá esclarecer las posibles confusiones entre términos aparentemente similares, haciendo la debida comparación, así como los tipos de discrecionalidad; y como propósito superior de este trabajo, se busca brindar al lector, ya sea estudiante de derecho o abogado, una visión más amplia acerca del tema.

2. DEFINICIÓN DE DISCRECIONALIDAD:

La RAE define el término “discrecional” de este modo: “Se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas.” (Real Academia Española, 2001). Basándonos en aquella definición, podríamos decir que la discrecionalidad administrativa es la facultad que otorga el ordenamiento jurídico a un órgano administrativo para decidir sobre un tema del cual no está contemplada una solución estricta en el reglamento o norma, o si ésta es ambigua.

Isabel LIFANTE VIDAL nos dice que “La discrecionalidad es... el poder o la facultad de elegir entre dos o más cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como permisible por el sistema de referencia del que se trate; en nuestro caso, el Derecho “(LIFANTE VIDAL, 1989, Pág. 14). Entonces cuando el Derecho, permite al órgano competente, decidir su accionar, pero por el mismo hecho de ser el Derecho el que otorgue esta facultad, esta se ve limitada por el principio de legalidad.

Según Marcial RUBIO CORREA, la discrecionalidad es “el margen de arbitrio que el Derecho da a los órganos y organismos del Estado para ejercitar sus competencias en atención a los fines para los que fueron establecidas y en atención al interés público.” (RUBIO CORREA, 2006, Pág. 152)

Esta facultad no es ilimitada, ni está por sobre la ley, en cuanto es derivada de ella misma. Gabino FRAGA señala que “...la ley deja a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o cómo debe obrar o en fin qué contenido va a dar a su actuación.”(FRAGA, 2007, Pág. 232)

Es decir, la ley otorga la facultad de decidir sobre determinado tema a un poder administrativo, el cual obra de este independientemente pero dentro del marco legal, mediante un acto administrativo, el cual se define, según la Ley N° 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General” como: “Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.”

Como sabemos no todo está contemplado en el Derecho, y por ende no existe una solución en sentido estricto a la mayoría de problemas que se dan en la realidad, es decir por 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.” (NAVARRO, 2012, Pág. 202)

Para ampliar esta situación en la que la ley faculta a aplicar un criterio discrecional Gabino FRAGA agrega:

“Por lo general, de los términos mismos que use la ley podrá deducirse si ella concede a las autoridades una facultad discrecional. Así, normalmente, cuando la ley use términos que no sean imperativos sino permisivos o facultativos se estará frente al otorgamiento de un poder discrecional. Igual cosa ocurrirá en todos aquellos casos en que la ley deje a la autoridad libertad de decidir su actuación por consideraciones principalmente de carácter subjetivo tales como las de conveniencia, necesidad, equidad, razonabilidad, suficiencia, exigencia del interés u orden público, etc., lo mismo que cuando en la ley se prevean dos o más posibles actuaciones en un mismo caso y no se imponga ninguna de ellas con carácter obligatorio.” (FRAGA, 2007, Pág. 232)

Por tanto queda claro que el poder discrecional de la misma ley o la norma, la cual en determinado momento no obliga a proceder de determinado modo, por tanto otorga libertad de decisión (lo cual no implica

que esta sea absoluta como veremos más abajo) a aquella autoridad que ejercerá este poder, o cuando en la norma existe la posibilidad de más de un modo de obrar sobre determinada situación, entonces deja a “discreción” (apelando a su sensatez) y en base a la decisión más favorable obedeciendo a ciertos preceptos, como el bien común.

Además de la doctrina, la jurisprudencia también ha tratado el tema de la discrecionalidad, representando una gran fuente para poder aproximarnos a la definición del término.

Por ejemplo, la sentencia del TC emitida el 5 de julio del 2004 recaída en el expediente 0090-2004-AA-TC nos dice:

“8. La actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales. Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defensa, cómo deben hacerlo. En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento.” (RUBIO CORREA, 2006, Pág. 144)

Según el Tribunal Constitucional, la discrecionalidad es una facultad derivada del mismo Derecho, nunca de la mera voluntad humana, pues el hecho de que exista la libertad de decisión, no implica, que esta deba de actuar de un modo arbitrario, al contrario, al regirse bajo el principio de legalidad, el cual justifica la existencia de actos no reglados como explicamos antes (pues no todo está estipulado en la norma), es totalmente concordante con el Derecho, pues la calidad interpretativa del ente administrativo responde también a los criterios valorativos intrínsecos a su función. No puede entenderse la discrecionalidad fuera del principio de legalidad, pues “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 como un límite relacionado con el fin, la competencia y el procedimiento”. (RUBIO CORREA, 2006, Pág. 144)

En la misma sentencia, es justificada esta facultad y su concordancia con la organización y correcto funcionamiento del Estado, es decir, su correcto uso no debe afectar las instituciones en su labor, es más, en última instancia debe nutrirla y deja en claro que es posible una cierta “autonomía” en cuanto a la administración, respondiendo a las necesidades de la población frente a los diversos problemas que se presenten y teniendo en cuenta el contexto en el que desarrollan, pero a la vez subordinada a los principios de la ley.

En resumen: “9. la discrecionalidad tiene su justificación en el propio estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad,

convivencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal”. (RUBIO CORREA, 2006, Pág. 144).

3. ARBITRARIEDAD Y DISCRECIONALIDAD:

La arbitrariedad según la RAE es el “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.” (Real Academia Española, 2001) Por tanto la arbitrariedad por el solo hecho de proceder en contra de la razón es opuesta a la discrecionalidad. Por su oposición a la ley, antijurídico, y por proceder contra la justicia es contraria a los fines valorativos del Derecho.

Aunque en algunos casos, a pesar de su antagonismo, se confunde arbitrariedad con discrecionalidad, por su única semejanza, que en este caso, es el ejercicio de la voluntad, esto sucede cuando no se toma en cuenta el contenido ético de la discrecionalidad.

Ésta diferencia es mejor explicada en la sentencia del TC emitida el 6 de septiembre del 2000 recaída en el expediente 0250-2000-AA-TC que nos dice:

7.-(...)la discrecionalidad- que existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público- tiene como requisito la razonabilidad y no puede ser sinónimo de arbitrario, que es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, y desprendido o ajeno a la fundamentación debe extenderse a motivar suficientemente las decisiones administrativas, de acuerdo con los criterios razonables, justos, objetivos y debidamente motivados”. (RUBIO CORREA, 2006, Pág. 103)

María G. NAVARRO acota otra diferencia sustancial:

“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.” (NAVARRO, 2012, Pág. 202)

Respecto a la motivación y la importancia de la fundamentación de hecho, el TC, en la sentencia recaída en el expediente STC 8495-2006-PA/TC señala que:

“un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta – pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada”.

Entonces estos requisitos indispensables, tales como la finalidad de servir al interés público o finalidad pública, el órgano que ejerce dicha potestad discrecional (debidamente reconocido por la ley), así como la adecuada motivación son hechos que terminan por diferenciar a la discrecionalidad de la arbitrariedad, ésta última al no poder cumplir con la mayoría de tales requisitos es por ende, ajena al Derecho.

4. DISCRECIONALIDAD Y LIBERTAD:

Según Martín BULLINGER la discrecionalidad es “el margen de libertad que se deriva para la Administración Pública cuando su actuación no está completamente predeterminada por una ley ni puede ser revisada totalmente por un tribunal.” (VIGNOLO CUEVA, 2012, Pág. 138) Como dice Bullinger, se podría interpretar que aquel que realiza la Administración Pública tiene la potestad (la cual contiene un margen de libertad de acción) de elegir la opción que crea conveniente para resolver un determinado problema. Pero existe una diferencia entre la libertad y la discrecionalidad.

Marcial RUBIO CORREA aclara esta diferencia alegando que:

“La diferencia entre la libertad y discrecionalidad consiste en el margen de decisión. En la libertad los límites son hacer lo que está mandado y no hacer lo que está prohibido (artículo 2, inciso 24, literal de la Constitución). El ejercicio de la libertad solo puede ser cuestionado cuando incumple lo mandado o realiza lo prohibido.” (RUBIO CORREA, 2006, Pág. 145)

Por tanto la libertad implica, actuar de un modo en el que se cumple o se falta la ley, sin importar mucho el contenido ético ni la situación, es decir no es un proceso meramente racional.

“En cambio en la discrecionalidad...se debe decidir en concordancia con las necesidades del momento: oportunidad, conveniencia, utilidad y

utilización de valoraciones técnicas. Todo esto deberá ser argumentarlo, motivándolo sobre la base de la razonabilidad y la proporcionalidad ante los tribunales” (RUBIO CORREA, 2006, Pág. 145)

Esto último lo explica mejor Orlando VIGNOLO CUEVA agregando que: “en ningún caso, ni la libertad, ni la voluntad legitiman el bien, ya que solo la razón (práctica) puede darle carácter moral o jurídico a una acción, o permitir encontrar la verdadera naturaleza de las cosas” (VIGNOLO CUEVA, 2012, Pág. 138) Pues si vemos a la discrecionalidad, reducida simplemente a “libertad de obrar o decidir convenientemente”, sin un fin concreto, se desvirtúa y termina convirtiéndose en arbitrariedad.

La jurisprudencia señala que una de las diferencias entre la libertad y la discrecionalidad es que esta última tiene grados, la cual define el TC en la sentencia emitida el 5 de Julio del 2004 recaída en el expediente 0090-2004-AA-TC: en grado mayor, intermedio y menor.

-“**La discrecionalidad mayor** es aquella donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente.” (RUBIO CORREA, 2006, Pág. 146) Este grado, es donde la decisión goza de un margen más amplio de libertad, el cual de no hacerse un análisis reflexivo se podría interpretar como una absoluta autonomía, la cual al no estar restringido por ningún concepto jurídico, podría recaer en una actitud anti-jurídica, es decir fuera del Derecho, lo cual como explicamos antes no puede ser, pues la discrecionalidad como función, esta revestida por el principio de legalidad (el cual admite actos no reglados, pero no por ello anti-jurídicos)

-“**La discrecionalidad intermedia** es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión.” (RUBIO CORREA, 2006, Pág. 146) Es decir, interviene la interpretación sobre la problemática, pero obedeciendo coherentemente a un concepto jurídico indeterminado, del cual nos dice Miguel Ángel TOLA RUA, que “se configura como un supuesto de hecho que solamente admite una solución justa en la aplicación del Derecho” (TOLA RÚA, 2004, Pág. 27), es decir debe actuar de un modo u otro, pero considerando todos los criterios los cuales debe cumplir para tomar esta decisión, es decir el fin y la solución es única, pero debe llegarse a éste luego de interpretarse cada caso concreto.

-“**La discrecionalidad menor** es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables

predeterminadas por ley” (RUBIO CORREA, 2006. Pág. 146) Es decir, el modo de actuar está explícito en la ley, y la facultad de la administración se reduce a elegir entre las alternativas dadas por la misma.

5. ÁMBITOS DE LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

En la sentencia del TC emitida el 6 de septiembre del 2000 recaída en el expediente 0250-2000-AA-TC señala 4 ámbitos en la que se presenta la discrecionalidad por parte de la Administración Pública.

“La discrecionalidad normativa

Consiste en el arbitrio para ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.

Como consecuencia del ejercicio de dicha competencia, un ente administrativo puede dictar reglamentos institucionales, en donde se establezcan los aspectos referidos a la organización y funcionamiento administrativo, así como las responsabilidades y derechos de los funcionarios y servidores públicos a él adscritos; reglamentos ejecutivos, que tienen por finalidad principal la especificación de detalles y demás aspectos complementarios de una ley; y reglamentos autónomos, que no se fundan directamente en una ley, aunque coadyuvan al cumplimiento de tareas atribuciones o funciones encomendadas por ella.” (RUBIO CORREA, 2006, Pág. 151)

Es aquella facultad que tomando en cuenta la realidad y la aplicación de una norma o el funcionamiento de una institución, produce lineamientos que permitan por ejemplo un desempeño correcto de funcionarios o una correcta aplicación de la norma.

“La discrecionalidad planificadora

Se la entiende como el arbitrio para la selección de alternativas de soluciones en aras de alcanzar racionalidad y eficiencia administrativa. Para tal efecto, será necesario determinar la relación de objetivos, políticas, programas y procedimientos compatibles con los recursos materiales y humanos disponibles.” (RUBIO CORREA, 2006, Pág. 151)

Es decir el órgano administrativo, utiliza esta facultad tomando en cuenta la realidad de la propia Administración Pública, buscando la eficiencia y eficacia en cuanto a sus resoluciones.

“La discrecionalidad política

Es el arbitrio de la determinación de la dirección y marcha del Estado. Por ende, tiene que ver con las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental.

Para tal efecto, define las prioridades en lo relativo a políticas gubernamentales y al ejercicio de las competencias de naturaleza política.

Dicha discrecionalidad opera en el campo de la denominada cuestión política; por ello, se muestra dotada del mayor grado de arbitrio o libertad para decidir. Es usual que ésta opere en asuntos vinculados con la política exterior y las relaciones internacionales, la defensa nacional y el régimen interior, la concesión de indultos, la conmutación de penas, etc.

Esta potestad discrecional es usualmente conferida a los poderes constituidos o a los organismos constitucionales.” (RUBIO CORREA, 2006, Pág. 151)

Esta facultad es inherente, en nuestro ordenamiento jurídico, al Poder Ejecutivo, pues el uso mismo de estas facultades, está respaldado por la Constitución en cuanto obedece a las funciones que establece sobre este Poder.

“La discrecionalidad técnica

Se define como el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico.” (RUBIO CORREA, 2006, Pág. 152)

Se refiere a que la toma de decisiones, se ejerce por una persona u órgano capacitado o versada en la ciencia, que en base a su criterio (producto de sus conocimientos) elige la opción conveniente.

6. CONCLUSIONES:

PRIMERA: La facultad discrecional, es fundamental en el ejercicio de la función administrativa, pues considerando que el Derecho no puede regular todas las situaciones de un modo específico, otorga un margen de libertad (limitado por el principio de legalidad y criterios éticos) para que la autoridad administrativa solucione determinada situación de su competencia.

SEGUNDA: La discrecionalidad es totalmente opuesta a la arbitrariedad, por ser la primera respaldada por el principio de legalidad, es decir la misma ley es la que otorga esta facultad y la segunda por ser contraria a la razón y los fines valorativos del Derecho (carencia del criterio de justicia o bien común), resulta además de amoral, antijurídica.

TERCERA: El ejercicio de la facultad discrecional, en su goce de cierta autonomía al momento de tomar decisiones, no contradice los principios del Estado ni del ordenamiento jurídico, al contrario busca enriquecerlo, de modo que no se deja de resolver conflictos por el hecho de que exista una

norma imprecisa o la falta de ésta (para la resolución de un caso concreto), obedeciendo a la Constitución.

7. BIBLIOGRAFÍA

BORJA Y BORJA, R. (1984). *Teoría General del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma.

FRAGA, G. (2007). *Derecho Administrativo*. México: Editorial Porrúa.
Disponible en:
<http://www.inap.org.mx/portal/images/RAP/derecho%20administrativo.pdf>

LIFANTE VIDAL, I. (1989). *Dos conceptos de la discrecionalidad jurídica*. España: Departamento de Filosofía del Derecho - Universidad de Alicante.

NAVARRO, M. G. (2012). “Discrecionalidad administrativa”. *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, N°3, 200-206. Disponible en:
<http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2013/11/Eunomia3-final-revisado.pdf>

Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española: Real Academia Española*. Recuperado el 19 de Enero de 2015, de sitio web de la Real Academia Española:
<http://lema.rae.es/drae/?val=discrecionalidad>

RUBIO CORREA, M. (2006). *El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

TOLA RÚA, M. A. (2004). *Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Madrid: Mad. Disponible en:
http://books.google.com.pe/books?id=h1_7INQ5JQEC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false

VIGNOLO CUEVA, O. (2012). *Discrecionalidad y Arbitrariedad Administrativa*. Lima: Palestra Editores.