

# UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

## CARRERA DERECHO



Acreditada por Resolución CEUB N° 1126/02

### MONOGRAFIA JURIDICA

"NECESIDAD DE IMPLEMENTAR UN REGLAMENTO PARA  
EL CONTROL DE LOS ACTOS DISCRECIONALES EN LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA"

Para optar al título académico de Licenciatura en Derecho

**INSTITUCION** : ABC "Administradora Boliviana de Carreteras"

**POSTULANTE** : Nataly Beatriz Arias Ramos

**TUTOR ACADEMICO** : Dr. Juan Carlos Ayala Rojas

**LA PAZ - BOLIVIA**  
**2009**

**AGRADECIMIENTO:**

A la Dra. Valencia por su sabiduría, tolerancia, calidad humana,  
Gracias Dios la bendiga

**DEDICATORIA:**

Desde el fondo de mi ser con plena gratitud a Dios, el Altísimo  
Dedico este trabajo a los seres que amo.

A mis padres Ricardo y Lidia que con su ejemplo y apoyo me  
enseñaron el camino recto del Derecho

A mis hermanos que me dieron fortaleza moral y espiritual  
Son ellos la fuerza de mi lucha diaria y el gran sentido de mi vida.

## PRÓLOGO

La Polémica sobre la discrecionalidad, surge a raíz de no existir un control judicial para poder explicar la posición de los administradores. Creo que no es exagerado afirmar que la discrecionalidad jurídica; es uno de los conceptos que mayor atención e interés despiertan entre los juristas por tal razón es un tema complejo desde la perspectiva de la discrecionalidad administrativa, el interés perseguido es el bienestar de los administrados tal y como lo explica el presente trabajo, el cual propone un reglamento que regule estos actos para evitar la arbitrariedad y así no existir lagunas jurídicas.

El movimiento no existe fuera de las cosas, pues todo necesita un cambio y es imprescindible tener un ordenamiento jurídico sin lagunas y resguardando el bienestar de los administrados, lo cual se cumplirá con el aporte del presente reglamento propuesto por la universitaria Arias, es menester resaltar que es importante viabilizarlo, para así poder regirnos mediante un reglamento que regulara los actos discrecionales y así poder realizar actos de justicia.

*Dra. Norma Valencia Aquino*

## ÍNDICE

PORTADA	
DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTOS	
PRÓLOGO	
INTRODUCCIÓN.....	1
<b>TITULO PRIMERO</b>	
<b>DESARROLLO O CUERPO DE LA MONOGRAFIA</b>	
<b>CAPITULO I: EVALUACIÓN Y DIAGNÓSTICO DEL TEMA</b>	
Marco Teórico.....	3
Marco Histórico.....	7
Marco Conceptual .....	8
Marco Jurídico.....	11
<b>CAPITULO II DIAGNÓSTICO DEL TEMA DE LA MONOGRAFÍA</b>	
Delimitación del Tema de Monografía.....	13
Delimitación del Tema.....	13
Delimitación del Espacial.....	13
Delimitacion Espacial.....	14
Delimitacion Temporal.....	14
Definición de los Objetivos.....	14
Estrategia Metodológica y Técnicas de Investigación Monográfica.....	14
<b>TITULO SEGUNDO</b>	
<b>DESARROLLO DEL DIAGNÓSTICO DEL TEMA</b>	
<b>CAPÍTULO I ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</b>	
1Concepto de Administración Pública.....	16
2. Formas de la Administración Pública.....	20
3. Sujetos en la Administración Pública.....	20
4. Doctrinas de la Administración Pública.....	21
5. Administradora Boliviana de Carreteras.....	22
<b>CAPÍTULO II: ACTO DISCRECIONAL</b>	
1. Concepto de Acto Discrecional.....	26
1.1. Características del Acto Discrecional.....	28
1.2. Tipos de Discrecionalidad.....	29
1.3. Diferencia entre Acto Reglado y Acto Discrecional.....	30
1.4 Similitudes del Acto Reglados y los Actos Discrecionales.....	32
1.5. Interpretación y Discrecionalidad .....	33
1.6. Discrecionalidad y Legalidad.....	40
1.7. Control de la Potestad Discrecional.....	42
1.8. Discrecionalidad y Arbitraje.....	46
1.9 Criterios de Deslinde entre la Discrecionalidad y la Arbitrariedad.....	50
1.10. El arbitrio Subjetivo administrativo.....	51

1.11. Límites a la Facultad Discrecional.....	52
1.11. Silencio de la Ley.....	52

### **CAPÍTULO III: DOCTRINAS DEL ACTO DISCRECIONAL**

1. PRINCIPIOS.....	53
1.1. Principio de Interés Público.....	53
1.2. Principio de Legalidad.....	54
1.3. Principio de Reserva de la ley.....	55
1.4. Principio de Proporcionalidad en Sentido Estricto.....	55
1.5. Principio de Seguridad Jurídica.....	56
1.6. Principio de Justicia.....	58
1.7. Principio de Igualdad.....	59
1.8. Principio de Imparcialidad.....	60
1.9. Principio de Buena Fe y Protección de la Confianza.....	60
1.10 Principio de Buena Fe.....	61
1.11. Principio de Especialidad.....	62
1.12. Principio de Isonomía.....	62
1.13. Principio de Jerarquía.....	63
2. TEORÍAS DEL ACTO DISCRECIONAL	
2.1. Teoría del desvío de poder.....	64
2.2. Teoría de la oportunidad.....	64
2.3. Teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.....	65

### **CAPÍTULO IV: LEGISLACION BOLIVIANA**

1 Ley 2341 “Procedimiento Administrativo.....	67
2. Ley 1178 de Administración y Control Gubernamental.....	68
3. Reglamento de la Responsabilidad por la Función Pública.....	72
4. Decreto Supremo 27113 Reglamento a la Ley N° 2341.....	72

### **CAPÍTULO V: “REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”.....72**

Conclusiones.....	73
Anexos.....	73
Bibliografía.....	74

## INTRODUCCIÓN

La necesidad de implementar un reglamento que controle la discrecionalidad en los actos administrativos, surge porque no existe un control minucioso de los actos administrativos discrecionales, lo que muchas veces lleva a que los actos administrativos dictados al margen de la normativa, o en contra del interés público no sean sancionados como debería ser.

Asimismo cabe señalar que cualquier sociedad humana, independientemente del grado de civilización en que se encuentre, necesita un orden determinado, este orden no es arbitrario ni causal, sino el fruto de la observancia de aquellas normas jurídicas, que a los efectos de organizar la vida en sociedad se crean. La legalidad es el requisito de observar ese determinado orden, ese sistema de normas jurídicas, todo lo cual asegura una conducta adecuada de los ciudadanos y evita las acciones arbitrarias.

En ese sentido la legalidad abarca dos aspectos de la regulación jurídica, la creación del derecho y el cumplimiento de la norma de derecho. Dicho cumplimiento que bien podemos entender dentro del amplio marco de ejecución, que tienen a su cargo los órganos administrativos de la sociedad. Esta legalidad con el tiempo, ha sufrido transformaciones que han llevado al estado a dotar de ciertas potestades discrecionales a algunos de sus órganos, para agilizar el proceso de aplicación de la norma, lo cual conduce a que las autoridades amparadas en la norma que faculta la toma de decisiones discrecionales; en el marco de la Ley 1178 y el reglamento de la responsabilidad por la función pública, cometan actos de desviación de Poder o en otras ocasiones abusos a los administrados.

Es un hecho que la administración actual, regula numerosos aspectos de la vida social a través de decisiones. La administración pública ya no asume una

posición vicaria de la ley, hoy la administración ejecuta las leyes y actúa en el marco de las leyes; el fin de la administración, es satisfacer los intereses generales y para ello se le debe dotar de un espacio de poder propio. La norma se muestra incapaz, para anticipar exactamente la pluralidad de situaciones a los que se enfrenta la Administración Pública.

Es por tal razón que el presente trabajo se avocara a la investigación de la discrecionalidad en los actos administrativos, analizando la doctrina y la legislación boliviana; para poder implementar un reglamento que controle los actos discrecionales.

**TÍTULO PRIMERO**  
**DESARROLLO O CUERPO DE LA MONOGRAFÍA JURÍDICA**  
**CAPÍTULO I**  
**EVALUACIÓN Y DIAGNÓSTICO DEL TEMA**

**a) MARCO TEÓRICO**

***Teoría del Desvío de Poder.***

En relación a esta teoría podemos comentar que el desvío de poder aparece cuando se persigue un fin que no es aquél que en el caso debía perseguir, al obedecer el órgano administrativo un motivo distinto del que conforme al sentido implícito de la ley debió tomar en cuenta.

Cabe señalar, que ésta técnica llamada desvío o desviación de poder, viene precisamente de ese Derecho Francés, el cuál ante la actitud del órgano administrativo de perseguir un fin distinto del que señalara la ley expresa o tácitamente para su actuar, da al particular cuatro motivos para impugnar los actos ilegítimos, éstos eran causas que daban pie a la anulación del acto administrativo, dichas causales son las siguientes:

- a) Por incompetencia del funcionario o empleado.
- b) Por omisión o incumplimiento de las formalidades que legalmente debía haber revestido el acto administrativo.
- c) Por violación a la disposición aplicada o aplicación indebida de la misma.
- d) Desvío de Poder.

Esta doctrina Francesa influyó para que se tomara relevancia a la “Teoría del desvío del poder”, y autores como Rafael Martínez Morales opinaran que entre

abuso de poder y desvío de poder hay diferencia, ya que en la primera categoría, según este autor, se incluyen los actos que han sido emitidos con total arbitrariedad y rebasando los límites que la ley fija para la actuación del servidor público. En tanto que hay desvío del poder, cuando dentro del marco creado por la ley se actúa de modo exagerado e inequitativo al hacer uso de facultades discrecionales, de tal suerte que se desvirtúa la finalidad que debe perseguir todo acto administrativo.

El autor Jorge Olivera Toro, comenta que la desviación de poder constituye la ruptura de la obligación que tiene el órgano de la administración de realizar un fin público y específico del caso concreto que la ley le ha fijado al otorgar la competencia del órgano, por lo tanto, pudiera en un amplio sentido, implicar un motivo de incompetencia puesto que el acto debe acomodarse al ordenamiento jurídico.

En relación a la opinión que emite este autor, pensamos que la desviación de poder y la incompetencia del órgano son causales diferentes, ya que como bien sabemos puede un acto administrativo haber sido realizado por el funcionario competente con todas las apariencias de regularidad, y sin embargo este acto discrecional realizado, que el funcionario calificado tenía el derecho estricto de realizar, puede estar afectado de ilegalidad si su autor ha usado de sus poderes para un fin distinto del interés general.

Y es que difícilmente se puede encontrar una modalidad de ilegalidad del acto administrativo diferente de las que se han elaborado por el Consejo del Estado Francés (Incompetencia del funcionario, omisión de las formalidades que debe revestir la resolución, violación a la disposición aplicada y desvío de poder).

El autor Gabino Fraga, comenta que como ilegalidad de los fines del acto se conoce con el nombre de desviación de poder, ya que el poder administrativo se desvía cuando persigue fines distintos de los que señala la ley o cuando ya

no se sigue la finalidad que debe perseguir siempre el agente administrativo y que es el interés público.

Por lo anteriormente expuesto, y en base a la opinión de María Isabel Urrutia Cárdenas, pensamos también que el desvío de poder es “un vicio del acto administrativo emanado por la autoridad legalmente capacitada para ello, que no consiguió los fines previstos en la ley, o que si ésta no los preveía, el funcionario al hacer uso de sus facultades discrecionales erró en determinar el verdadero espíritu de la ley fundamental o bien el caso concreto no ameritaba la posición del acto dictado”

En virtud de lo anterior, y ante la actividad del juez para encontrar la probable existencia o no de desvío de poder, debe buscar entre otros elementos, el fin con que el legislador confirió cierta facultad a determinada autoridad, así como también analizar con que fin, de hecho, la autoridad en el caso litigioso ha usado sus facultades, comparar así estos dos fines para determinar así la existencia o no de desvío del poder.

### ***Teoría de la Oportunidad***

Esta teoría del mérito o de la oportunidad, según el tratadista Olivera Toro, se refiere al mérito como elemento del acto administrativo, entendido como la adecuación necesaria de medios para lograr los fines públicos específicos que el acto administrativo de que se trate tiende a lograr

También se entiende por mérito, nos comenta el mismo autor, como la conveniencia y oportunidad del mismo, es decir, reiterando su adaptación a la obtención del fin específico que con la emanación del acto se pretende obtener.

El elemento mérito se observa en los actos administrativos dictados con una competencia discrecional, en que la administración necesita señalar qué debe

hacerse. La falta de apreciación correcta de las consecuencias produce vicio de mérito, el que se nota con mayor claridad en estos actos, sin que este elemento sea exclusivo de ellos.

Dicha teoría del mérito, podría entenderse para ser incluida como irregularidad perteneciente al desvío de poder; pero no obstante si bien la autoridad realizó una apreciación inoportuna, también lo es que no encuadra dentro del recurso de la desviación de poder, ya que la autoridad, bien podría estar cumpliendo con el fin específico o general de la ley, pero en base a una motivación inexistente o errónea, por lo que se impugnaría no el supuesto desvío de poder sino la motivación que la autoridad haya señalado o haya dejado de señalar.

Es por lo anterior, que la teoría del desvío de poder y la teoría del mérito si bien las dos implican actitudes erróneas de la autoridad, también lo es que una y otra se impugnarían por diferentes razones (Desvío de poder por seguir una finalidad distinta a la que señala la ley, y la del mérito, por apoyarse en una motivación no apreciada de manera correcta y que no necesariamente implica llegar a una finalidad distinta a la que señala la ley).

### ***Teoría de los Conceptos Jurídicos Indeterminados***

A esta teoría se le llamo también como conceptos flexibles o de goma. Dicha doctrina distingue entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados. Al referirnos a concepto jurídico indeterminado hacemos referencia a aquellos conceptos existentes en las leyes que por ser abstractas, universales y generales, tienen que incluir términos universales ante la imposibilidad de un casuismo ejemplo utilidad pública, precio justo, etc.

Dicha teoría nos señala que al actualizar un concepto jurídico indeterminado no depende de una voluntad discrecional sino de una interpretación de la ley, pero no una elección entre alternativas igualmente justas, por que admite una

solución justa, por lo tanto al hablar de conceptos jurídicos indeterminados hacemos referencia a unidad de solución, en oposición a la facultad discrecional que admite pluralidad de soluciones.

Como ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados, tenemos a la utilidad pública, bien común, precio justo, etc.; que nos dan a entender el no poder considerar que existan en dichos casos la posibilidad de facultades discrecionales.

## **b) MARCO HISTÓRICO**

El Derecho Administrativo surge a raíz de la Revolución Francesa<sup>1</sup> como respuesta a las monarquías absolutistas y como medio para limitar un poder originariamente ilimitado. Esta circunstancia, convierte al Derecho Administrativo en instrumento de lucha contra la arbitrariedad del poder, y al control jurisdiccional de la Administración como una exigencia misma del Estado de Derecho. Puede decirse que la historia del Derecho Administrativo es la historia misma de la reducción de las inmunidades de la Administración mediante el control de la potestad discrecional<sup>2</sup>. La importancia de las potestades discrecionales para el derecho público es tal, que Marcel Waline dijo que "la esencia del Derecho Administrativo es el estudio del poder discrecional, de las autoridades administrativas y de su limitación de cara a la protección de los derechos de terceros".

El estudio de la discrecionalidad administrativa no puede prescindir pues, del concepto de Estado de Derecho vigente en cada etapa histórica. Y ello es así por cuanto no existe un único modelo de Estado de Derecho, sino que éste cambia a lo largo del tiempo. Constituyen evidencia las transformaciones operadas desde el Estado liberal de Derecho, al Estado Social y Democrático

---

<sup>1</sup> E. GARCIA DE ENTERRIA, "Revolución Francesa y Administración Contemporánea", 2 edición.

<sup>2</sup> B. SCHWARTZ, "Administrative law". pp. 652

de Derecho vigente hoy en España. Pues bien, uno de los pilares básicos de cualquier Estado de derecho es el principio de legalidad.

El Estado de Derecho es el imperio de la ley, pero no cualquier tipo de ley, sino sólo la que es fruto de la expresión de la voluntad popular, cuya obediencia se impone a los ciudadanos y a los poderes públicos. Así pues, el imperio de la ley implica la subordinación de todos los poderes del Estado a la ley. Por consiguiente, la actuación de la Administración, al igual que el resto de los poderes del Estado, está sometida a la Ley y al Derecho.

Se deriva de este principio que todo poder de la Administración, ya sea de carácter reglado o discrecional, tiene que ser atribuido previamente por el ordenamiento. No hay discrecionalidad al margen del ordenamiento jurídico<sup>3</sup>. La actuación de la Administración está vinculada al ordenamiento jurídico.

### **c) MARCO CONCEPTUAL**

Para el desarrollo de este trabajo utilizare los siguientes conceptos:

#### **DERECHO ADMINISTRATIVO - CONCEPTO**

##### **Zanobini:**

“El Derecho Administrativo es aquella parte del Derecho Público que tiene por objeto la organización, los medios y la forma de la actividad de las administraciones públicas y las consiguientes relaciones entre aquellas y otros sujetos”.

##### **Rafael Bielsa:**

“Conjunto de normas positivas y principios del derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente”

---

<sup>3</sup> R. VON IHERING, “El fin en el derecho”, pp. 174.

## **ACTO ADMINISTRATIVO - CONCEPTO.**

Al respecto podemos citar al maestro Acosta Romero<sup>4</sup> que define al acto administrativo como “una manifestación unilateral y externa de voluntad que expresa una decisión de autoridad administrativa competente en ejercicio de la potestad pública”

El maestro Rafael Entrena Cuesta<sup>5</sup> expresa que es un acto jurídico realizado por la administración con arreglo al Derecho administrativo. Es por ello que su contenido esta integrado por una declaración de voluntad, por una manifestación de juicio, etc., que conlleva la creación de determinadas consecuencias jurídicas. Es en virtud de lo anterior, nos comenta el citado autor, que no podrá considerarse como actos administrativos las meras operaciones materiales o intelectuales, ya que si bien indirectamente pueden producir efectos jurídicos, tales efectos no derivan de ellas de forma directa.

Luís Humberto Delgadillo estima que el acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad, conocimiento o juicio de un órgano administrativo, realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos concretos en forma concreta<sup>6</sup>

Además de lo comentado, podemos citar a Jorge Fernández Ruiz, el cuál manifiesta que como acto administrativo puede entenderse, como la declaración unilateral de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, con efectos jurídicos directos respecto de casos individuales específicos. Estos efectos jurídicos, nos comenta el autor citado, se traducen en la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones a favor o a cargo de sujetos individuales específicos, o en la determinación de las

---

<sup>4</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel, "Teoría General del Derecho Administrativo".

<sup>5</sup> ENTRENA CUESTA, Rafael. "Curso de Derecho Administrativo".

<sup>6</sup> DELGADILLO, Luis Humberto. "Compendio de Derecho Administrativo"

condiciones para la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones para un caso específico.

En vista de lo anterior, coincidimos con el último autor citado, ya que las primeras definiciones no contemplan de manera completa lo que debe entenderse a nuestro parecer, como acto administrativo.

### **ACTO DISCRECIONAL – CONCEPTO**

Al acto discrecional debemos entenderlo como un acto administrativo en el que si bien la administración actúa dentro determinados límites también lo es que goza de determinada libertad, ya que su conducta, análisis y decisión que llega a tomar ante determinado hecho no está constreñida por normas legales totalmente, sino por la finalidad jurídica a cumplir, que es la satisfacción de la mejor manera del interés público; haciendo lo anterior, mediante la valoración que hace la autoridad de determinados hechos o situaciones que se encuentran en presencia de la misma, tratando de guiarse por datos que representen la oportunidad y conveniencia para la satisfacción de la mejor manera de la finalidad jurídica obligada a realizar, y estando siempre respetando las reglas de la moral y del interés público en las que se encuentra.

### **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA- CONCEPTO**

Conjunto de organizaciones estatales que realizan la función administrativa del Estado. Por su función, la administración pública pone en contacto directo a la ciudadanía con el poder político.

La Administración Pública es el contenido esencial de la actividad correspondiente al Poder Ejecutivo, y se refiere a las actividades de gestión, que el titular de la misma desempeña sobre los bienes del Estado para suministrarlos de forma inmediata y permanente, a la satisfacción de las

necesidades públicas y lograr con ello el bien general; dicha atribución tiende a la realización de un servicio público, y se somete al marco jurídico especializado que norma su ejercicio y se concretiza mediante la emisión y realización del contenido de actos administrativos.

#### **4.4. MARCO JURÍDICO**

La elaboración de un Reglamento de Control para los actos Discrecionales, debe estar sustentado jurídicamente en el Procedimiento Administrativo, Ley 2341; El Estatuto del Funcionario Público, Ley 2027, Ley de Administración y Control Gubernamentales SAFCO Ley N° 1178 y Reglamento de Responsabilidad por la Función Pública D.S. 23318-A

##### **1. Procedimiento Administrativo**

En su Artículo artículo 27° (Acto Administrativo) establece “Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo”

##### **2. Ley 1178 SAFCO**

En su artículo 33 ““No existirá responsabilidad administrativa, ejecutiva ni civil cuando se pruebe que la decisión hubiese sido tomada en procura de mayor beneficio y en resguardo de los bienes de la entidad, dentro de los riesgos propios de operación y las circunstancias imperantes al momento de la decisión, o cuando situaciones de fuerza mayor originaron la decisión o incidieron en el resultado final de la operación”

##### **3.- Decreto Supremo 23318 A.-**

En su Artículo 63 (**Principio de prueba de las decisiones gerenciales**) señala:

I. A los efectos del artículo 33 de la Ley 1178, si el servidor público previa, concurrente o inmediatamente tomada la decisión, hubiera enviado a su superior jerárquico, a los máximos ejecutivos de su entidad y a la autoridad que ejerce tuición sobre su entidad o institución, un informe escrito sustentando su decisión, éste servirá como principio de prueba para fines de control posterior. El fundamento debe referirse a que la decisión fue adoptada procurando finalidades específicas, como ser:

- a. mayor beneficio o resguardo de los bienes de la entidad, considerando los riesgos propios de la operación;
- b. la solución o alternativa que a su juicio ofrece más posibilidades de resultados positivos netos bajo las circunstancias imperantes y razonablemente previsibles;
- c. neutralizar los efectos de situaciones de fuerza mayor dentro de lo razonablemente posible.

La valuación de estos principios de prueba será independiente de los resultados obtenidos.

II. Los casos en que los resultados fueran determinados por cambios drásticos en las circunstancias posteriores a la decisión o por causas demostrables de fuerza mayor sobreviniente, constituyen también principio de prueba.

## **CAPÍTULO II**

### **DIAGNÓSTICO DEL TEMA DE LA MONOGRAFÍA**

**“NECESIDAD DE IMPLEMENTAR UN REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LOS ACTOS DISCRECIONALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”**

#### **DELIMITACIÓN DEL TEMA DE MONOGRAFÍA**

##### **DELIMITACIÓN DEL TEMA**

La Delimitación Temática se encuentra en base a la Necesidad de Implementar un Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administradora Boliviana de Carreteras que es una entidad pública del Estado.

##### **DELIMITACIÓN ESPACIAL**

Para este punto tomare en cuenta a la Administradora Boliviana de Carreteras ABC

##### **DELIMITACIÓN TEMPORAL**

El trabajo se realizara en las gestiones de 2003 a 2008, para encuadrar una investigación precisa sobre el tema.

##### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

¿Cuáles serán las razones que obligan a implementar un Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública?

##### **DEFINICIÓN DE LOS OBJETIVOS**

###### **OBJETIVO GENERAL**

Demostrar la necesidad de Implementar un Reglamento de Control de la Discrecionalidad, para que de esta forma exista un control minucioso de los

actos administrativos discrecionales eliminando así la arbitrariedad y buscar el bienestar público de los administrados.

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Analizar el manejo de los Actos Discrecionales en la Administración Pública.
- Describir en que afecta la falta de reglamentación de los actos discrecionales.
- Proponer un reglamento que controle la discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública.

## **ESTRATEGIA METODOLÓGICA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN MONOGRÁFICA**

### **MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

**MÉTODO DEDUCTIVO.-** Es el razonamiento mental que conduce de lo general a lo particular y permite extender los conocimientos sobre determinados fenómenos a otro cualquiera que pertenezca a esta misma clase, recomendable cuando se tiene amplia información.<sup>7</sup>

En el presente tema se utilizara este método porque empezare el análisis de lo general a lo particular.

**MÉTODO JURÍDICO.-** Descubre los principios Generales y establece las consecuencias que derivan de tales principios y su concordancia con otras

---

<sup>7</sup> MOSTAJO, Machicado Max. "Seminario Taller de Grado". Pag.47

instituciones. Este método sirve para interpretar, construir, sistematizar y comunicar el conocimiento jurídico.

Este método ayudara a explicar la naturaleza jurídica de la necesidad de Reglamentar los actos Administrativos Discrecionales.

**TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.-** Utilizare las siguientes técnicas

**Entrevista.-** Es una conversación sobre un tema o propósito, sirve para cualificar o recoger opiniones generalmente de especialistas o entendidos en la materia.

Esta técnica se empleara en el trabajo para poder realizar entrevistas y así conocer la opinión de los administrados y funcionarios públicos.

**Encuesta.-** Es un técnica dirigida a recoger y reconocer la opinión de un población representativa sobre un tema. Sirve para cuantificar la fuente de información y los criterios, se realiza mediante cuestionarios relacionados con el problema, planteado a una población de acuerdo a la muestra probabilística.

En el tema se empleara para saber la opinión de los administrados sobre los actos discrecionales.

**Técnica Bibliográfica.-** Consiste en el registro de la información documental obtenida y que se halla contenida en las diferentes fichas bibliográficas, como ser de cita textual, resumen, comentario, hemerografía, etc.

Sirve para operativizar y sistematizar el trabajo científico.

**TÍTULO SEGUNDO**  
**DESARROLLO DEL DIAGNÓSTICO DEL TEMA**  
**CAPÍTULO I**  
**ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**1. Concepto de Administración Pública**

Para comprender mejor el concepto, de Administración Pública, Lino Fernández dice: La expresión actos administrativos esta referida a la actividad del Estado que ejerce una de las funciones fundamentales como es la función administrativa, cuya manifestación de voluntad se traduce a través de un conjunto de actos de administración, para alcanzar sus fines políticos jurídicos, económicos y sociales.

En sentido amplio el acto administrativo se aplica a toda clase de manifestaciones de la actividad de los sujetos de la administración publica; y en el sentido estricto, comprende y abarca a las "Manifestaciones de la voluntad del Estado para crear efectos jurídicos", particularmente esta ultima, de significación mas restringida y especifica, se constituye en el verdadero eje del derecho administrativo.

Administración pública es un término de límites imprecisos que define al conjunto de organizaciones estatales que realizan la función administrativa del Estado. Está integrada principalmente por el poder ejecutivo y los organismos que dependen de éste.<sup>1</sup> Por excepción, algunas dependencias del poder ejecutivo no integran la noción de "administración pública" (como las empresas estatales), a la vez que pueden existir áreas de "administración pública" en los otros dos poderes o en organismos estatales que no dependan de ninguno

La noción alcanza a los maestros y demás trabajadores de la educación pública, así como a los profesionales de los centros estatales de salud, a la policía y a las fuerzas armadas. Se discute en cambio si la integran los servicios

públicos prestados por organizaciones privadas por habilitación del Estado. El concepto no alcanza a las entidades estatales que realizan la función legislativa ni la función judicial del Estado.

### **1.1. Origen de la Administración Pública**

La palabra "administrar" proviene del latín "*ad-ministrare*", "ad" (ir, hacia) y "ministrare" (Servir, cuidar) y tiene relación con la actividad de los ministros romanos en la antigüedad.

No obstante, el concepto de administración pública puede ser entendido desde dos puntos de vista. Desde un *punto de vista formal*, se entiende a la entidad que administra, o sea, al organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales. Desde un *punto de vista material*, se entiende más bien la actividad administrativa, o sea, la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia, tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión.

También se puede entender como la disciplina encargada del manejo científico de los recursos y de la dirección del trabajo humano enfocada a la satisfacción del interés público, entendiendo este último como las expectativas de la colectividad.

### **1.2. Elementos de la administración pública**

- Medios personales o personas físicas
- Medios económicos, los principales son los tributos
- Organización, ordenación racional de los medios
- Fines, principios de la Entidad administrativa
- Actuación, que ha de ser lícita, dentro de una competencia de órgano actuante.

Jurídicamente, el concepto de administración pública se usa más frecuentemente en sentido formal, el cual en palabras de Rafael Bielsa, no denota una persona jurídica, sino un organismo que realiza una actividad del Estado. En este sentido, si decimos "responsabilidad de la Administración" se quiere significar que el acto o hecho de la Administración es lo que responsabiliza al Estado. Así pues, en realidad es el Estado la parte en juicio, a ese título tiene la administración pública el privilegio de lo contencioso administrativo.

Actualmente el modelo de administración habitual es el modelo burocrático descrito por Max Weber. Se basa en la racionalidad instrumental y en el ajuste entre objetivos y medios. La Administración posee una serie de prerrogativas que la colocan en una posición superior a la del administrado.

Entre dichos poderes destacan:

- La interpretación unilateral de contratos.
- La capacidad ejecutiva de los actos administrativos (por ejemplo, el cobro de multas por el procedimiento de apremio). Es decir, los actos de la administración deben cumplirse, son obligatorios, y la administración está autorizada para imponerlos unilateralmente a los particulares.
- El sometimiento a una jurisdicción especializada, la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Es un conjunto de funcionarios que están ligados al cumplimiento de las funciones estatales: en los niveles operativos, técnicos y profesionales comprendidos en las tareas administrativas, así como los niveles especializados bajo sistemas independientes de carrera. Las características de las burocracias exitosas dependen de una burocracia profesional y meritocrática, capaz de gestionar las políticas públicas - durante momentos de transiciones de gobierno y períodos de crisis.

Así, las funciones estatales tienen asegurada la capacidad técnica, la neutralidad de la implementación pues facilita la implementación efectiva y eficiente de las políticas y limita la discrecionalidad en las decisiones del gobierno: y la continuidad de las políticas. Así, los requisitos institucionales serían:

- principios meritocráticos para la contratación, promoción y destitución de los empleados públicos.
- autonomía técnica en el desempeño de las funciones.
- la existencia de un sistema adecuado de gestión de RR. HH que promueva la planificación, la optimización de la organización, fomente la capacitación, desarrollo y desempeño: una adecuada remuneración; y gestione las relaciones labores, sociales y humanas.
- esto debe articularse con un sistema de información que supervise desde un enfoque funcional y fiscal la evolución de los recursos humanos.

## **2. Formas de la Administración Pública**

**2.1 Centralización:** Existe una sola persona jurídica pública: el Estado en consecuencia no se demandará a un órgano sino a aquél. La centralización trae aparejada la subordinación jerárquica entre los distintos órganos del ente.

En la Administración Pública centralizada hay dos principios: el de jerarquía y el de competencia. Al interior de ella se dan relaciones ínter orgánicas y mantiene relaciones ínter administrativas con la Administración Pública descentralizada.

**2.2 Descentralización:** Compuesta por diferentes personas jurídicas, dotadas de personalidad jurídica propia en virtud de la particular actividad que desarrollan. La Administración Pública descentralizada mantiene hacia el interior relaciones ínter orgánicas y mantiene relaciones ínter administrativas con la centralizada.

**2.3. Desconcentración:** Es un procedimiento para agilizar la actividad de la Administración Pública. Existe desconcentración cuando un órgano, sin adquirir personería jurídica, es dotado (por su especialidad) de independencia operativa, y del manejo de sus propios recursos.

### **3. Sujetos en la Administración Pública**

**a) Persona:** Todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Hay personas de existencia visible y personas de existencia ideal.

**b) Persona jurídica:** Es una creación artificial; es el sujeto de derechos y obligaciones que no es persona física; es distinta a la persona de cada uno de sus componentes. Las personas jurídicas pueden ser:

- **privadas.**
- **públicas** (Estado Nacional, Provincias, Municipios, Entidades, Iglesia Católica).

#### **3.1. Diferencia entre Personas Jurídicas Privadas y Personas Jurídicas Públicas.**

Las personas jurídicas privadas se rigen por el derecho privado. Las personas jurídicas públicas por el derecho público.

Las personas jurídicas públicas están desempeñadas por funcionarios públicos, el patrimonio que les sirve de sustento son los fondos públicos, la actividad que realizan se lleva a cabo a partir del acto administrativo, las cuestiones que los involucren y sean llevadas a la justicia lo serán por ante el fuero contenciosos administrativo federal. Además poseen prerrogativas que hacen al poder público y están sujetas a fiscalización estatal.

##### **3.1.1. Personas Jurídicas Públicas**

Éstas pueden ser no estatales: La Iglesia católica, los Colegios y los Profesionales.

Los estatales están Integrados por la Administración Pública centralizada y descentralizada. Las personas jurídicas públicas estatales se caracterizan por:

- Tener un patrimonio mayoritario o íntegramente estatal.
- Por ser de *creación estatal*, por medio de ley o decreto (parques nacionales, universidades).
- Necesitar la *atribución de recursos* para poder funcionar.
- Estas sujetas al *control del Estado*, control restringido llamado tutela administrativa.

#### **4. Doctrinas de la Administración Pública:**

**4.1. Escuela de Viena:** Los máximos exponentes de esta corriente fueron Hans Kelsen y Adolfo Merkl, formularon la teoría gradualista o de la doctrina pura del derecho. Para esta escuela toda función del Estado es función creadora del derecho; es lo que se ha llamado la "teoría de la formación del derecho por grados", y que encuentra su imagen en la pirámide de Kelsen.

Kelsen observa que en la función administrativa, como en la jurisdiccional, hay también creación de normas jurídicas. Por lo que, para los grandes juristas de esta escuela, toda la actividad del Estado es creadora del orden jurídico, y en dicho proceso de creación jurídica, la norma de orden mas elevado determina mas o menos el contenido de la norma de grado inferior, De manera pues, que mediante la legislación se esta aplicando derecho, lo mismo que la administración y la justicia son actos de creación del derecho en relación a la ejecución de actos jurídicos en función de ellas mismas.

En la Teoría de Merkl se contempla una oposición entre la legislación y la administración y con respecto a la Constitución una nota diferencial, ya que la Constitución representa para la legislación un fundamento inmediato mientras que para la administración es mediato. La legislación viene, pues, a ser

entendida como ejecución de la Constitución, en tanto, que la justicia y la administración son ejecución de la legislación lo que significa esta por debajo o dependen de ella.

En conclusión para Merkl, la administración "Es actividad ejecutiva condicionada por las instrucciones mediante las cuales se interpreta la ley". La administración es pues entendida como las funciones de aquel complejo orgánico regido por relaciones de dependencia que se revelan en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en deber de obedecerlas del órgano inferior.

**4.2. Escuela Francesa.-** Sus creadores León Douguit y Mourice Hauriou, quienes consideran que la administración es la actividad estatal destinada a lograr el funcionamiento de los servicios públicos. Duguit considera que la diferenciación entre las funciones estatales surge del contenido de los actos, sin tomar en cuenta el órgano de donde emanan, postulado la existencia de tres tipos de actos: Actos Regla, Actos Condición y Actos Subjetivos.

- Actos Regla: Integran la función legislativa;
- Actos Condición y Subjetivos: Función administrativa e incluye en las operaciones materiales que garantizan el funcionamiento de los servicios públicos.

Razón por la cual define a la función administrativa "como la actividad estatal consistente en realizar, en vista del funcionamiento de los servicios públicos, actos subjetivos, actos condición operaciones materiales". En conclusión, la Escuela Francesa identifica a la función administrativa con el servicio público; por lo que, toda gestión de los servicios públicos por ser equivalentes a la administración debe estar sometido al Derecho Administrativo; de manera pues si bien "todo servicio público es administración, no toda la administración es servicio público".

**4.3. Doctrina italiana.-** Los autores italianos señalan como propósitos de la administración, la satisfacción de los intereses públicos y la conservación del derecho. Guido Zanabini, autor más moderno define la administración como "la actividad práctica que el Estado desarrolla para atender de manera inmediata, los intereses públicos que toma a su cargo para el cumplimiento de sus fines".

El profesor Massino Severo Giannini, se refiere a la función administrativa como el conjunto de las funciones desarrolladas por la administración. La función administrativa es, pues, la síntesis de una multiplicidad de funciones, positivamente individuales que se realizan en el complejo de la actividad administrativa.

## **5. ADMINISTRADORA BOLIVIANA DE CARRETERAS.**

### **5.1. Marco Normativo de Creación de la ABC**

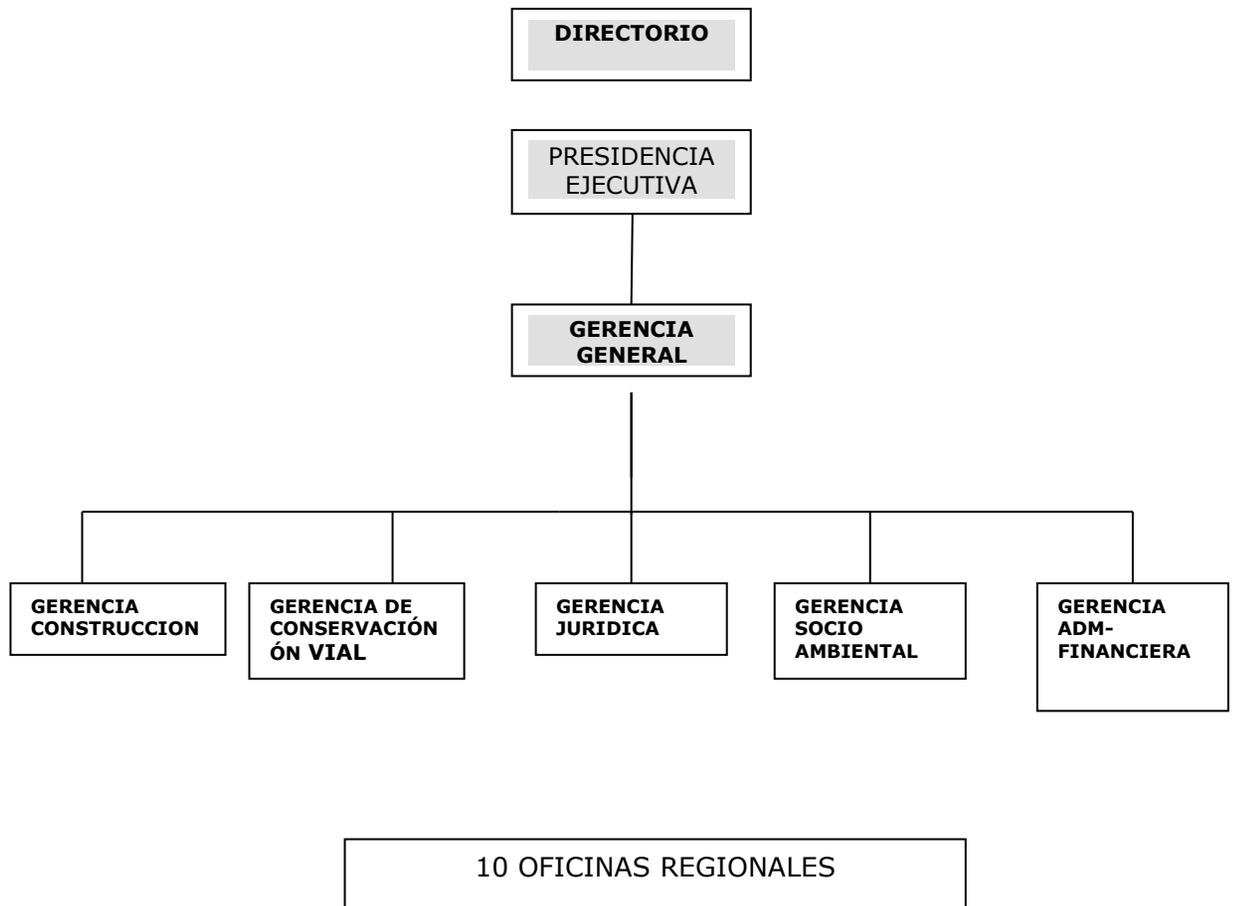
Mediante Ley N° 3507 de 27 de octubre de 2006 se crea la Administradora Boliviana de Carreteras, encargada de la Planificación y Gestión de la Red Vial Fundamental. Entidad de Derecho Público, Autárquica, con Personalidad Jurídica y Patrimonio Propios, y con autonomía de gestión técnica, administrativa, económico-financiera. Mediante Ley de la República N° 3506 de 27 de octubre de 2006, se liquida el Servicio Nacional de Caminos.

Para tal fin mediante Ley de la República N° 3507 de 27 de octubre de 2007 se crea la Administradora Boliviana de Carreteras, encargada de la planificación y gestión de la Red Vial Fundamental, en el marco del fortalecimiento del proceso de Descentralización.

El Decreto Supremo N° 28946 de 25 de noviembre de 2006, establece como misión institucional de la Administradora Boliviana de Carreteras la integración

nacional, mediante la planificación y la gestión de la Red Vial Fundamental, las cuales comprenden actividades de: planificación, administración, estudios y diseños, construcción, mantenimiento, conservación y operación de la Red Vial Fundamental y sus accesos, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo y de la gestión pública nacional, con el fin de contribuir al logro de servicios de transporte terrestre eficientes, seguros y económicos.

## 5.2. Estructura Administrativa de la Administradora Boliviana de Carreteras



## CAPÍTULO II

### ACTO DISCRECIONAL

#### 1. Concepto de Acto Discrecional

Una primera aproximación nos permitiría definir la discrecionalidad como la facultad de la Administración de actuar libremente cuando la Ley la habilita para ello. Luego matizaremos los límites y condiciones que atemperan esa libertad. Es pacífica la consideración de que el poder discrecional de la Administración siempre fue legítimo, porque siempre fue y será necesario.

El poder discrecional de la Administración siempre ha estado reconocido, aunque ya 30 años atrás, el profesor García de Enterría, con su magnífico y conocido estudio «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo», publicado en R. A. P. en 1962, empezara una auténtica batalla de exploración y conceptualización dogmática del poder discrecional de la Administración. Desde entonces el tema ha sido objeto de numerosos y variados estudios, y aún hoy sigue siendo objeto de no sólo matices y precisiones, sino de posiciones doctrinales y jurisprudenciales encontradas, en teorías casi rivales.

Sólo pues, desde una perspectiva histórica es posible entender la evolución del sentido de la discrecionalidad de la Administración. En palabras del profesor R. Fernández<sup>8</sup>, «En ningún tema como en este el poder discrecional de la Administración se manifiesta con mayor claridad esa especie de pecado original que la especie de juristas parece haber cometido. Todas las construcciones dogmáticas que se han ido fraguando a lo largo de la Historia, todas las técnicas jurídicas y todos los mecanismos que se han ido ideando a lo largo de dos siglos de esfuerzos continuados con este fin aparecen todavía hoy marcadas por la nota de excepcionalidad.

---

<sup>8</sup> FERNANDEZ, op. cit., p.129-133.

Cada parcela que se atrae al campo de lo jurídico se contempla como una excepción, cuyo alcance se somete siempre a un tratamiento restrictivo y exige en todo caso una justificación extraordinaria, mucho mayor de la que nadie osa pedir nunca al ejercicio del poder».

Por lo que supone la falta de control de la Administración cuando actúa discrecionalmente, la jurisprudencia y la doctrina aún no están de acuerdo de hasta donde los actos discrecionales son fiscalizables. Son las llamadas por García de Enterría «*inmunidades del poder*». El reducto de la llamada discrecionalidad técnica de los Tribunales es un buen ejemplo de ello. El control mínimo o la irrevisibilidad jurisdiccional de los juicios técnicos es la regla general en la jurisprudencia aún hoy.

En consecuencia, la discrecionalidad administrativa, ese margen de obrar libremente, a discreción, en la Administración, siempre ha estado permitido, porque ha respondido siempre a una necesidad del poder ejecutivo en el ejercicio de su propio poder. Por esto precisamente, parafraseando a T. Ramón Fernández, la historia del progresivo hallazgo de técnicas de control del poder discrecional de la Administración es la historia misma de la jurisdicción contencioso administrativa y del propio Derecho Administrativo.

Podría decirse que ha sido una lucha lenta, como bien se sabe, basada en una construcción teórica preconstitucional y que gracias a ella debemos que se halle recogida en la Constitución, mediante la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad de la Administración, como límite extremo y abusivo del poder discrecional de la Administración.

Y es que, ambos conceptos van inexorablemente parejos, de forma que la arbitrariedad no es, en última instancia, sino un abuso, un exceso o un uso incorrecto de la discrecionalidad. Esta circunstancia era y sigue siendo, a mi juicio, la que justifica e incluso obliga a que los actos dictados en virtud del

poder discrecional de la Administración pudieran y tuvieran que ser fiscalizados, porque como ya dijera García de Enterría, hace 30 años «El control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera se ordena a una reducción o limitación del mismo

Si no que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya trasgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades.

Al hablar de acto discrecional debemos entenderlo como un acto administrativo en el que si bien la administración actúa dentro determinados límites también lo es que goza de determinada libertad, ya que su conducta, análisis y decisión que llega a tomar un determinado hecho no está constreñida por normas legales totalmente, sino por la finalidad jurídica a cumplir, que es la satisfacción de la mejor manera del interés público.

Haciendo lo anterior, mediante la valoración que hace la autoridad de determinados hechos o situaciones que se encuentran en presencia de la misma, tratando de guiarse por datos que representen la oportunidad y conveniencia para la satisfacción de la mejor manera de la finalidad jurídica obligada a realizar, y estando siempre respetando las reglas de la moral y del interés público en las que se encuentra.

### **1.1. Características del Acto Discrecional**

Por lo anteriormente explicado, podemos sintetizar que las características del acto administrativo discrecional son las siguientes:

- La autoridad emisora del acto discrecional tiene la facultad de elegir de entre las posibles decisiones la más adecuada.

- Dicha elección se hará en base a la valorización y apreciación que hace de los hechos ante los que se encuentra. Apoyándose y respetando por tanto las reglas de la moral y del interés público.
- En el acto discrecional al momento de valorar el hecho se realiza un juicio de oportunidad en relación a normas o criterios de diversa naturaleza, pero no legislativos.
- En el acto discrecional se da una mayor libertad de elección por la autoridad, ya que ésta al decidirse por determinada posibilidad, lo hace mediante un análisis que no implica una conducta automatizada por la autoridad, sino una apreciación de los hechos ante los que se encuentra.

Es por ello, que si bien la autoridad debe forzosamente de partir de la norma para estar facultada a realizar un acto discrecional también lo es que no está constreñida para tomar dicha decisión de manera automática sin una apreciación de criterios de carácter no legislativo.

## **1.2. Tipos de Discrecionalidad**

Siguiendo al autor Rafael Martínez Morales<sup>9</sup>, podemos mencionar que entre las diferentes clases de facultades discrecionales se encuentran:

- La facultad discrecional libre consiste en que el órgano puede o no realizar la actividad que le está permitiendo la ley, existiendo una total libertad para actuar o no y también para determinar el sentido y alcance de la declaración unilateral de voluntad, como nombramientos, actos en las relaciones diplomáticas, etc.

---

<sup>9</sup> MARTINEZ, Rafael, pag. 278

- La facultad discrecional obligatoria consiste en que el funcionario o empleado público tiene que actuar en uno u otro sentido pero no puede abstenerse de emitir el acto.
- La facultad discrecional técnica consiste en que los entes gubernamentales tienen libertad para seleccionar los mecanismos idóneos para llevar a cabo sus tareas de naturaleza científica o técnica.

En relación a esta facultad discrecional técnica, hay otras opiniones en doctrina contrarias a poder concebirla como tal, ya que autores como Miguel S. Marienhoff<sup>10</sup> comenta que las reglas técnicas no pueden estar supeditadas a la discrecionalidad, ya que la técnica por su propia naturaleza excluye la posibilidad de una facultad discrecional y es que las reglas técnicas obedecen a conclusiones científicas y criterios que por ser Ineludibles escapan a la posibilidad de que la autoridad pueda tomarla como objeto para el ejercicio o no de su facultad discrecional.

En virtud de lo anterior, y desde nuestra opinión personal, pensamos que la posibilidad de que exista discrecionalidad técnica estará en la medida de que pueda optarse de entre varios métodos o procedimientos técnicos por la autoridad para el caso concreto, ya que la facultad discrecional de la autoridad no radica en que la autoridad misma tenga que crear por sí las reglas técnicas, sino en elegir mediante un juicio de oportunidad, las reglas técnicas que la ciencia en su respectivo campo las crea.

### **1.3. Diferencia entre Acto Reglado y Acto Discrecional**

Dentro las Diferentes de los actos reglados y discrecionales podemos señalar:

---

<sup>10</sup> MARIENHOFF, pag.417-419

1. Desde el punto de vista de su emisión. El acto reglado al concurrir los requisitos de hecho o de derecho exigidos por la norma para su emisión, debe ser emitido; en cambio el acto discrecional puede o no ser emitido, ya que la valoración de las circunstancias que justifican su emisión depende de la apreciación subjetiva del órgano competente para emitirlo.
2. El acto administrativo reglado se puede referir a cualquier aspecto del acto administrativo puede referirse tanto a la emisión del acto como a cualesquiera de sus elementos. En cambio el carácter discrecional se puede sólo referir a la emisión del acto administrativo como también a su contenido y forma.
3. El acto administrativo reglado ha de ajustarse al fin concreto expresado en la norma. El acto administrativo discrecional, si bien puede tener determinada su finalidad concreta, también es que en el supuesto de que no la tuviera de manera expresa siempre debe tender a la satisfacción de la mejor manera de las exigencias del interés público.

La valoración subjetiva que hace el órgano emisor del acto administrativo reglado es sólo como medio o presupuesto de hecho para la aplicación de la norma. En cambio en el acto administrativo discrecional la valoración subjetiva que hace el órgano emisor de dicho acto es esencial para determinar el contenido del acto que se emite.

El acto reglado es la mera ejecución de la ley, en el que la misma señala exactamente el cómo y el deber de actuar de la autoridad; en cambio en el acto discrecional la autoridad tiene un cierto margen de libertad de apreciación para decidir en que momento debe actuar o cómo debe actuar.

No obstante lo señalado, podemos comentar que no existe a veces un línea perfecta de separación entre estos dos tipos de actos. Esto se explica, por que al concederse por ley facultades discrecionales, dichas facultades más que referirse a la realización del acto en su integridad, sólo se referirán a algunos elementos del acto y no a todos.

#### **1.4 Similitudes de los Acto Reglados y los Actos Discrecionales.**

- a. El derecho que llega a emanar, tanto del acto administrativo reglado como en el discrecional, es de idéntica sustancia. Es por tanto que el derecho que nace de dichos actos administrativos es de igual consistencia jurídica.
  
- b. Ambos actos administrativos, el reglado y el discrecional son recurribles.

#### **1.5. Interpretación y Discrecionalidad**

Para darnos cuenta y ver en que casos estamos ante una facultad discrecional, el maestro Marienhoff <sup>11</sup>nos proporciona las siguientes reglas de interpretación: Las facultades discrecionales de una autoridad surgen cuando la legislación se limita a señalar los fines prescindiendo de la mención específica de los medios para lograr aquellos.

La existencia de formas o de un procedimiento especial para la emanación de un acto no es Impedimento para excluir la posibilidad de que el respectivo acto sea discrecional. A falta de otros elementos de juicio, la redacción literal de la norma puede determinarnos cuando estamos ante una facultad discrecional, facúltese, autorizase, podrá, etc.

---

<sup>11</sup> MARIENHOFF, Pág. 424-426.

En materia de actos que implican restricciones a las libertades públicas, en caso de duda ha de negarse la existencia de la facultad discrecional. Ya que como bien es sabido, dentro de un marco de legalidad y sobre todo en materia de libertades individuales, la autoridad sólo puede intervenir si expresamente la ley le faculta (Principio de legalidad).

Cuando la ley prevea dos o más posibles actuaciones en un mismo caso y no se imponga ninguna de ellas con carácter obligatorio estaremos ante una facultad discrecional.

### **1.6. Discrecionalidad y Legalidad**

El rasgo que mejor tipifica al Estado de Derecho que es el estado constitucional, es la sujeción de todos sus actos a la ley, asegurándose así, el imperio de ésta. Significa, la supremacía absoluta o predominio de la ley opuesto a la influencia del poder arbitrario y excluye la existencia de lo arbitrario. En este sentido, el imperio de la ley se opone a todos los sistemas de gobierno por personas investidas de poderes amplios, arbitrarios o discrecionales.

El principio fundamental está basado en que son las leyes y no los hombres que gobiernan. Dicho principio se formula sobre la base de que ningún órgano del Estado puede adoptar una decisión individual que no sea conforme a una disposición por vía general anteriormente dictada, esto es, que una decisión individual no puede ser jamás adoptada sino dentro de los límites determinados por una ley material anterior, es así un principio esencialmente protector del individuo.

Todo el proceso de surgimiento de las normas del Derecho Administrativo estuvo antecedido por un amplio movimiento de oposición al absolutismo que comenzó en el plano de las ideas. Entre sus principales exponentes aparecen los ideales de Montesquieu en su tesis sobre la tripartición de poderes y

Rousseau con la formulación del principio de legalidad, que nos ocupa, a partir de entender que la soberanía reside en el pueblo y se manifiesta por las leyes, emanación de la voluntad general.

Las leyes se distinguen por su generalidad de las otras manifestaciones de poder público, existiendo una diferencia entre estas y los otros actos de poder, el grado de su fuerza jurídica, teniendo como explicación que la ley es un acto de soberanía inicial e incondicionado, mientras que los otros actos nacen de un poder que la ley creó y que la misma ley condicionó al respeto de los mandatos y prohibiciones contenidos en las propias leyes. En pocas palabras sería que todo quede sometido a la Ley.

Sin embargo durante los años que siguieron al fin de la guerra mundial de 1939-1945, el principio de legalidad fue sometido a revisión, por variadas causas, entre ellas el temor a la vuelta a los regímenes totalitarios y por otra parte la pérdida de confianza en los Parlamentos, dando lugar a una nueva corriente que estimaba la necesidad de limitar el poder del legislador, al cual debe imponerse la obligación de respetar los valores fundamentales del pueblos y se insertan así los Jueces y Tribunales Constitucionales.

En los países en los que todas las leyes sin distinción tienen valor jurídico máximo, soberano, pues no quedan subordinadas a ningún otro acto jurídico, y a ellas se subordinan todas las demás actuaciones jurídicas, manteniéndose vigente el principio de legalidad en toda su amplitud.

La noción de legalidad tomó un nuevo auge en los países del extinto campo socialista, entendiéndose la legalidad dentro de los estrechos límites del cumplimiento estricto de la ley por parte del Estado y el resto de las ,

organizaciones así como por los ciudadanos, pero este concepto fue sometido a transformaciones convirtiéndose en un principio de existencia política.

El Dr. Julio Fernández Bulté<sup>12</sup>, definía la legalidad como "una forma de existencia de la sociedad políticamente organizada, como un método de dirección estatal, en realidad el único posible, mediante el cual se abandonan la arbitrariedad, el voluntarismo y el autoritarismo, y la sociedad es conducida por la ley que representa los grandes intereses y proyectos de la mayoría".

El paradigma propio del orden constitucional que rige el Estado Social de Derecho, nos ayuda a comprender que el ejercicio del poder público debe ser practicado conforme a los estrictos principios y normas derivadas del imperio de la Ley, no existiendo por tanto, actividad pública o funcionario que tenga plena libertad para ejercer sus funciones, las cuales se hallan debidamente regladas en las normativas respectivas.

Sin embargo, como las actividades que cumple la administración pública son múltiples y crecientes, la ley no siempre logra determinar los límites precisos dentro de los cuales debe actuar la administración en su quehacer cotidiano, es por ello entonces que el ordenamiento jurídico atribuye a la administración dos tipos de potestades administrativas: las regladas y las discrecionales.

La potestad reglada es aquella que se halla debidamente normada por el ordenamiento jurídico; en consecuencia, es la misma ley la que determina cuál es la autoridad que debe actuar, en qué momento y la forma como ha de proceder, por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva, por tanto *"La decisión en que consista el ejercicio de la*

---

<sup>12</sup> FERNANDEZ, Bulté Julio, "Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho". Pag. 202

*potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha revisto sobre ese contenido de modo preciso y completo".*

Por el contrario, la potestad discrecional otorga un margen de libertad de apreciación de la autoridad, quien realizando una valoración un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos. Ahora bien, el margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que, como bien lo anota el tratadista García de Enterría<sup>13</sup>, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto.

La discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, vale decir, la potestad discrecional es tal, sólo cuando la norma legal la determina de esa manera. En consecuencia, la discrecionalidad no puede ser total sino parcial, pues, debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala.

Por otra parte, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere como tal, dichos elementos son: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada extensión; la competencia de un órgano determinado; y, el fin, caracterizado porque toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades públicas.

---

<sup>13</sup> GARCIA de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo". Pág. 101

Es importante distinguir a la discrecionalidad de la arbitrariedad, estas categorías constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. La discrecionalidad es el ejercicio de potestades previstas en la ley, pero con cierta libertad de acción, escogiendo la opción que más convenga a la administración.

En este caso, la administración toma su decisión en atención a la complejidad y variación de los casos sometidos a su conocimiento, aplicando el criterio que crea más justo a la situación concreta, observando claro está los criterios generales establecidos en la ley. La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino el ejercicio de una potestad legal que posibilita a la administración una estimación subjetiva, que le permita arribar a diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentren presentes en la potestad. Y sobre todo, entendiendo que la solución que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso la finalidad pública, de la utilidad o interés general.

Por el contrario, la arbitrariedad se caracteriza por patentizar el capricho de quien ostenta el poder, en determinados casos. Lo arbitrario está en contra del principio constitucional de seguridad jurídica, puesto que el administrado se ve imposibilitado de actuar libremente por el temor a ser sancionado por el simple capricho o antojo de la autoridad, por lo tanto, la arbitrariedad no constituye una potestad reconocida por el derecho, sino mas bien, una definición que se halla fuera del derecho o, como se señala, una manifestación de poder social ajena al derecho.

El elemento que permite diferenciar la potestad discrecional de la arbitrariedad constituye la motivación, ya que en cualquier acto discrecional, la autoridad está obligada a expresar los motivos de su decisión, cosa que no ocurre con la

arbitrariedad, pues resulta absurdo exigir una motivación a quien actúa al margen de la ley.

En concreto, la potestad discrecional de la Administración en la producción de actos no reglados por el Derecho Administrativo únicamente se justifica en la presunción de racionalidad con que aquélla se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos y valores a tener en cuenta en su decisión, de tal suerte que la actividad discrecional no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue.

Cuando nos referimos a la discrecionalidad y al principio de legalidad, estamos planteando la obligatoriedad de todos los órganos del Estado de someterse a los preceptos en Ley establecidos, y obviamente a este principio no escapan los órganos administrativos. En cuanto a si toda actividad administrativa debe estar vinculada o autorizada por una ley se plantean diversos criterios.

En la opinión del catedrático Ramón Parada<sup>14</sup>, la respuesta no puede ser discutida, puesto que no ha de ser razonable que toda la actividad administrativa sea objeto de previsión legal, allí donde la actividad administrativa va en línea de ampliar derechos y esferas de actuación del particular no parece estar justificado ese rigor de vinculación positiva a la ley, mientras que por el contrario, la vinculación positiva es requisito esencial de toda actividad que comporte limitación de libertad.

---

<sup>14</sup> PARADA, Ramón, "Derecho Administrativo". Parte General. Pág. 2002

Históricamente la tesis de que toda actividad administrativa debe estar positivamente vinculada o autorizada por una ley, tiene por objeto asegurar la primacía del Parlamento sobre la administración, que de esta forma no disponía de márgenes propios de maniobra. Para esta concepción el Rey o Poder Ejecutivo no tiene más opción que la de ejecutar las leyes y decretos del cuerpo legislativo y por ello ninguna iniciativa administrativa resulta válida sin el manto legal.

Por el contrario la doctrina de vinculación negativa de la Administración Pública a la ley formal, es decir, que la ley no es requisito o presupuesto habilitante de la actividad administrativa sino la frontera que marca sus límites de actuación, arranca históricamente del principio monárquico o de prevalencia del Ejecutivo sobre el Parlamento que se percibe a partir del bonapartismo. Esta concepción llevaba la idea de que la actividad administrativa no vinculada por la ley era esencialmente discrecional y, por ellos, exenta de controles judiciales.

En la actualidad, por disímiles razones que van desde las críticas del formalismo kelseniano, para el que no pueden existir espacios jurídicos exentos, hasta motivaciones políticas como las nuevas tendencias democráticas, unidas siempre a la prevalencia del Parlamento sobre el Ejecutivo, se ha producido un renacimiento de la tesis de la vinculación positiva.

De esta forma toda limitación de la libertad o la propiedad exige una previa habilitación legal. García de Enterría y Fernández Rodríguez<sup>15</sup> exponen la exigencia de la vinculación positiva con extraordinario rigor. La Administración Pública, afirman, necesita de un respaldo normativo explícito. Criterio que compartimos a partir de la necesidad de la ley que permita la potestad discrecional, el actuar discrecional de la Administración en una determinada

---

<sup>15</sup> GARCIA de Enterría, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, " Curso de Derecho Administrativo" Pág. 245

esfera, sin embargo tampoco podemos olvidar que la potestad discrecional es precisamente fruto de la imposibilidad de la ley de regular cada caso concreto en el espectro amplio y rico de la vida en sociedad, a partir de sus características de generalidad.

Pero lo que si no deja dudas es que la discrecional ha de ser resultado de una normativa autorizante que deja a su decisión la solución de un determinado asunto sobre la base de la valoración de ciertas categorías también precisadas en ley.

### **1.7. Control de la Potestad Discrecional.**

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 torne jurídica y políticamente responsable.

El hecho de que un acto administrativo pueda o deba ser objeto de control mas que nada es una necesidad que tributa a la fiscalización de su ente productor y de los límites que enmarcan dicha discrecionalidad.

Una de las principales controversias relacionada con el control del ejercicio de la potestad discrecional se refiere a la posibilidad de ejercer este control por parte de las autoridades judiciales. Al respecto en el derecho comparado los criterios están divididos, por una parte están aquellos que sí incluyen la posibilidad que el juez de lo contencioso administrativo resuelva los conflictos derivados de actos discrecionales, mientras que por otro lado, se considera que estas cuestiones no deben ser objeto de revisión por parte de la autoridad judicial.

Autores como Parejo Alfonso y Miguel Sánchez Morón discuten acerca del alcance del control jurisdiccional de la actividad discrecional desde un punto de

vista teórico-práctico, coincidiendo en el reconocimiento de la plena vigencia del Estado de Derecho y su correspondiente exigencia de control por parte de los jueces, pero diferenciándose en cuanto a las modalidades e intensidad de dicho control. Así se reconoce que al estar sometida la actividad administrativa al Derecho, hace que las potestades discrecionales sean controlables por los jueces. Para ello, la jurisprudencia ha tomado las categorías construidas desde la doctrina principalmente por E. García de Enterría y ha determinado diversos elementos de control de los actos discrecionales.

Según nuestro ordenamiento jurídico, las cuestiones provenientes de la potestad discrecional no son impugnables ante el orden jurisdiccional de lo Contencioso Administrativo, sin embargo y pese a que en nuestra legislación, aparentemente las potestades discrecionales no se hallan sujetas al control jurisdiccional, la doctrina y la jurisprudencia de otras legislaciones reconocen ya que en todo acto discrecional concurren elementos reglados, los mismos que son perfectamente controlables, así por ejemplo, la existencia de la potestad discrecional, su extensión, la competencia para ejercerla y la finalidad a que debe responder, lo cual hacen el acto susceptible de impugnación.

Todo lo cual significa que en una sociedad el auge de la corrupción podría o está directamente relacionado con la concentración de poder de los órganos administrativos en materia discrecional, esto es, en función de dictar actos discrecionales, con una falta total de apego a la legalidad. Enunciamos la idea de que la discrecionalidad utilizada dentro de marcos poco legales puede convertirse en un arma de doble filo, lo que hace necesario e imprescindible su control, eso sin intentar excluir la idea de que los agentes administrativos no escapan a su naturaleza humana, que no excluyen las equivocaciones o algo más que eso.

Sin embargo cuando ese monopolio de la discrecionalidad se ejerce teniendo en cuenta la transparencia que sería semejante a valorarla como legalidad la

discrecionalidad entra a jugar su papel como dinamizadora de la acción de la administración.

### **1.8. Discrecionalidad y Arbitraje**

En relación a este punto la doctrina es tajante, ya que nos manifiesta que no se pueden confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad. Al respecto el maestro Miguel S. Marienhoff comenta que la arbitrariedad es una conducta antijurídica e ilegítima de los órganos del Estado; en cambio la discrecionalidad se desenvuelve en un contexto de juridicidad y es por principio legítima.

También así nos comenta el mismo autor, que un acto administrativo discrecional tiende a satisfacer los fines de la ley, como lo es el interés público; en cambio un acto arbitrario se aparta de la finalidad a que el acto emitido debe responder. Otra diferencia que apuntar, es que la arbitrariedad es una libertad mal orientada; en cambio la discrecionalidad si bien también goza de libertad, también lo es que esa libertad esta limitada por un fin, que es la satisfacción de los intereses públicos que marca la ley.

Además de lo anterior, podemos citar al maestro Manuel Gabino Fraga <sup>16</sup>que al respecto comenta, que “ ...siempre el poder arbitrario representa la voluntad personal del titular de un órgano administrativo que obra impulsado por sus pasiones, caprichos o sus preferencias.; en cambio la facultad discrecional, nos manifiesta el mismo autor, que aunque constituye la esfera libre de la actuación de una autoridad, tiene un origen legítimo, como lo es la autorización legislativa.

Y es por esta razón que una orden arbitraria carece de todo fundamento legal, en cambio la orden discrecional siempre tendrá que cumplir con los requisitos que exige el artículo 16 constitucional de fundar y motivar la causa legal del procedimiento.

---

<sup>16</sup> FRAGA Gabino, pag. 300

## **1.9 Criterios de Deslinde entre la Discrecionalidad y la Arbitrariedad**

Llegados a este punto parece obligado preguntarse: ¿Qué es lo que hace que un acto discrecional se convierta en un acto arbitrario? ¿Cómo distinguirlos?

Nuevamente seguimos a Fernández, quien apunta dos caracteres o indicadores diferenciadores cuya presencia o ausencia determinan la diferente categoría en la que conceptualizamos el acto administrativo: El primero de ellos es la Motivación del acto y el segundo la necesidad de una Justificación Objetiva del acto discrecional.

### **a) La Motivación**

La motivación es la exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto, la decisión de que se trate. Por la motivación se podrán conocer las razones que sirven de fundamento a la decisión. Como bien se sabe, una cosa son los motivos y otra distinta la motivación. Dice González Pérez<sup>17</sup> que, todo acto administrativo ha de basarse en unos motivos, pero la motivación lo que supone es la exigencia formal de que se expresen las razones -los motivos- que sirven de fundamento.

Para el profesor Ramón Fernández, la ausencia de motivación es lo primero que marca la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, porque si no hay motivación que sostenga el acto, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien lo adopta. «La necesidad de que las decisiones administrativas puedan reportar una explicación objetiva, no es una invención del estamento de los juristas para su propio recreo o para auto afirmar su hipotética preeminencia estamental en el sistema político, es, más bien, una forma imprescindible de búsqueda del consenso democrático en la sociedad actual.

---

<sup>17</sup> PEREZ, Gonzalo "Comentarios", Pag. 1039

Se trata de un esfuerzo puramente de justificación de las decisiones que muestra su carácter razonable y plausible cuando menos y pueda acreditar por ello la imprescindible legitimidad de ejercicio de sus autores, que la comunidad, que no acepta ya la mera imposición de las mismas por vía coactiva, inexcusablemente reclama»'.

En la misma línea, Arnio señala que en una sociedad moderna se exige no sólo que las decisiones estén dotadas de autoridad sino que se piden razones, de tal suerte que la presentación de la justificación sobre la que descansa la decisión es el medio de asegurar, sobre una base racional, la existencia de la certeza jurídica en la sociedad actual, ya que se ha reemplazado la fe en la autoridad por la exigencia de que las opiniones sean justificadas. La exigencia de la justificación fáctica ha desplazado a la fe en el poder mismo».

Así pues, parece claro que si la motivación de la decisión administrativa cumple diferentes funciones, como criterio diferenciador entre la decisión discrecional y la decisión arbitraria, la motivación cobra una especial y matriz significación.

Los actos discrecionales, pues, necesitan de un plus de justificación respecto de los actos reglados, porque mientras que en estos la propia norma habilitante delimita todos los elementos del acto, en las decisiones discrecionales, el margen de decisión del órgano es el que exige que se justifiquen el acierto o, al menos, la razonabilidad de la elección.

#### **b) Necesidad de Justificación Objetiva**

La motivación es causa necesaria pero no suficiente. Es decir, no vale cualquier motivación. No basta con que el órgano en uso de las facultades discrecionales elija una opción de las varias disponibles y explique por qué la ha elegido, falta algo más. Falta acreditar que la opción escogida es la mejor posible, la más adecuada al fin que se pretenda. Es preciso, por tanto, que la motivación sea

correcta, adecuada, es decir, que la operación intelectual que le lleva al órgano a elegir una de las varias opciones posibles, sea la más racional.

Elegir la mejor solución es siempre obligado para todo aquel que ejercita una función, esto es, un poder otorgado en consideración al interés de otro, como lo es también en tales casos dar cuenta a posteriori del concreto modo en que ese poder ha sido ejercido. La Administración no puede ser en esto una excepción, como es evidente.

En definitiva, lo que se está exigiendo a la Administración no es sino que actúe racionalmente cuando la ley le otorga libertad para elegir la opción. La enfatización de la racionalidad en los actos discrecionales sólo es consecuencia de la mayor libertad con que actúa la Administración, que a diferencia de los actos reglados, donde ésta sólo se limita a ejercer la opción que la norma le señala, y por tanto no se puede elegir, el órgano administrativo facultado para obrar discrecionalmente, se encuentra con una pluralidad de opciones.

Sin embargo, bajo esta apariencia de claridad es en este punto donde el asunto cobra de nuevo especial dificultad. ¿Qué se entiende por racionalidad?, ¿Cómo asegurar que se elige la mejor de las posibilidades que se presentan? Lejos de la pretensión de dar respuestas definitivas a tan espinosa cuestión, esbozaré lo que a mi juicio, podría ser un intento de clarificación de conceptos.

Jesús Mosterín conceptúa la racionalidad no como una facultad, sino como un método. «La aplicación del método racional presupone ciertas facultades. Pero ninguna facultad garantiza que se aplique el método racional». Para él, la racionalidad consiste en esclarecer nuestros fines y poner en obra los medios adecuados para obtener los fines perseguidos. Aun a riesgo de simplificar demasiado podríamos decir que, al menos, el método racional comprende dos operaciones:

**A.-**Esclarecimiento de los fines.

**B.-**Establecimiento de los medios adecuados para conseguir esos fines.

En el tema que nos ocupa podríamos decir que los fines, en última instancia, no pueden ser otros que los que vienen establecidos en la Constitución, ya como derechos, ya como principios generales; y los medios, allí donde el poder discrecional está otorgado a cualquier órgano administrativo, son los que este órgano debe establecer -a diferencia del acto reglado, donde la propia norma es la que los concreta. De aquí se deriva que el poder discrecional implica un trabajo de búsqueda y localización de los mejores medios para conseguir el fin propuesto.

### **1.10. El Arbitrio Subjetivo Administrativo.**

Lo opuesto al derecho administrativo objetivo en la actividad administrativa es el arbitrio subjetivo de la administración. Al análisis jurídico aparece la administración como producto de los dos factores, derecho administrativo y discreción administrativa.

La ciencia jurídica entiende bajo el concepto de arbitrio el fenómeno de la libertad jurídica del órgano estatal, una actividad del órgano que no está condicionada, o, por lo menos, lo está de modo distinto que la restante actividad de los órganos por el derecho objetivo, y que depende, por lo tanto, de la decisión propia del órgano en cuestión.

Una teoría antigua ha localizado el arbitrio exclusivamente en la administración, cuando no lo ha identificado con ella. Y la teoría actualmente dominante cree también, aunque no llegue a identificar administración y arbitrio, ni localicen este fenómeno exclusivamente en la administración, que se puede establecer, sin embargo, una relación cualificada entre administración y arbitrio. En la medida en que la administración fue en realidad, o interpretativamente, una

actividad desligada del derecho, claro que tuvo que ser considerada en su totalidad como una esfera discrecional.

Pero la realidad del creciente sometimiento de la administración al derecho y del creciente percatarse de esta realidad, ha minado esa concepción de la administración como la esfera propia de lo discrecional. Al mismo tiempo la creciente recepción de fórmulas discrecionales en el derecho judicial y el reconocimiento legal del movimiento a favor del (derecho libre), por ejemplo, la autorización concedida al juez para sentenciar como si él mismo fuera el legislador (en último término, con más libertad que el órgano administrativo), han hecho tambalearse la idea de que el arbitrio fuera algo exclusivo de la administración.

La teoría jurídica ha llegado a equiparar en tal grado la justicia y la administración en la cuestión del arbitrio que, actualmente, se acepta la existencia de este fenómeno en ambos campos, es decir, en los dominios totales de la ejecución. Pero esta equiparación de la justicia y de la administración en la cuestión del arbitrio, no llega hasta el extremo de que la doctrina corriente acepte la equiparación absoluta, en el particular, de ambas funciones estatales.

Suele buscarse la diferencia, a veces, en que el arbitrio es propio de la administración, mientras que para la justicia es algo prestado, así que puede caracterizar a la administración, mientras que no es más que un accidente para la justicia, algo necesario para la primera, posible para la segunda y, en el fondo, contraria a su naturaleza; además, se supone que la administración posee un mayor grado de libertad discrecional que la justicia, y hasta se cree poder constatar una diferencia esencial entre arbitrio administrativo y judicial, sin que se llegue a reconocer que la diferencia no puede residir en otra cosa que en el puro lecho de que, en un caso, es competente para el acto

discrecional un órgano administrativo, y en el otro, un órgano judicial.

Todos los intentos que traten de separar fundamentalmente la administración de las demás funciones estatales, y en especial de la justicia, inspirándose en el arbitrio, tienen que fracasar necesariamente. Para ver que el arbitrio no constituye una peculiaridad de la administración, sino que la encontramos, también, en otros dominios de la actividad estatal, no es menester la prueba, en cierto grado empírica, que nos proporcionan las fórmulas discrecionales corrientes en el moderno derecho judicial, puesto que ni constituyen por sí solas todo el arbitrio judicial ni son necesarias para la existencia de éste.

Por lo tanto, la distinción de actos discrecionales y actos condicionados no es una distinción absoluta, sino que representa, en el fondo, por un lado, un grupo de actos en que la norma jurídica condicionante resalta de tal modo que parece desaparecer el elemento discrecional, y por otro, aquellos actos en que esta discreción sobresale visiblemente. De todos modos la participación de ambos factores complementarios en cada uno de los actos de la aplicación del derecho, puede ser tan extremadamente diferente que, aunque no muy lógicamente, sin embargo, prácticamente, se puede hablar de actos condicionados jurídicamente y actos discrecionales.

Existen infinitos grados de condicionamiento jurídico y de libertad discrecional, de entre los cuales pueden entresacarse algunos tipos señalados: Puede ser que se encomiende a la discreción del órgano si el acto se ha de llevar a cabo o no, y en qué y cómo ha de consistir. El derecho se limita, todo lo más, a determinar a quién compete manifestar para el caso la voluntad estatal; pero compete al órgano determinar si la voluntad se manifestará y sobre qué se manifestará y en qué forma se manifestará. El derecho puede determinar qué es lo que el órgano

tendrá que decidir; por ejemplo, que un órgano, según las circunstancias cuya apreciación se deja a su arbitrio, tendrá que obrar de determinada manera, por ejemplo, declarando la guerra o celebrando un tratado.

El derecho a dar órdenes de los órganos administrativos superiores y la vía contenciosa, incluyendo la posibilidad de someter a la misma los actos discrecionales, coronados ambos por la fiscalización administrativa del Parlamento y, por último, la responsabilidad del órgano en los casos de abuso de poder, concurren a evitar que los beneficios que el arbitrio significa para la administración, como posibilidad de una individualización preciosa frente al vínculo legal inmovible, se convierta en la plaga de la Arbitrariedad.

### **1.11. Límites a la Facultad Discrecional**

Como bien es sabido todo acto de autoridad debe sujetarse a un ordenamiento jurídico para que su actuar sea permitido, es entonces que esto implica la existencia de límites dentro de los cuales la discrecionalidad tampoco escapa. Es por ello, una prioridad señalar, que los límites de la discrecionalidad, según el maestro Rafael Martínez Morales<sup>18</sup>, pueden entenderse como una evaluación de los motivos o razones que motivan el acto, así también serán objeto a seguir los fines que se persiguen con dichos motivos o razones.

En virtud de lo anterior, la discrecionalidad no puede ser una potestad ilimitada de la Administración Pública, apareciendo el Estado de Derecho que controlará cualquier posibilidad de la existencia de un acto caprichoso nacido con el pretexto del ejercicio de una facultad discrecional. Dicho Estado de derecho se

---

<sup>18</sup>MARTINEZ, Rafael, "Derecho Administrativo Pág. 278

valdrá de la Vía administrativa y Judicial para que dicho acto administrativo discrecional se sujete a los límites que la ley y la doctrina dominante toman como necesarios, para que el acto administrativo discrecional se desenvuelva dentro de un contexto de juridicidad.

Dentro de los límites que nos señala un Estado de Derecho podemos establecer la misma ley, ya que ella establecerá los lineamientos a los que se ha de sujetar la autoridad. En relación a esto, hay que recordar que si bien el ejercicio de la actividad discrecional se desarrolla apoyándose en criterios de carácter no legislativo, tampoco hay que dejar de reconocer que el punto del que parte todo acto de autoridad es la misma ley.

Un límite también importante es la satisfacción de la mejor manera del interés público, ya que éste es un límite infranqueable al cuál debe sujetarse el acto administrativo discrecional como un tipo de acto administrativo de los que contempla el ejercicio de la administración pública.

Otro límite es por tanto la finalidad a que debe responder la emisión del acto, ya que como bien se ha dicho, no existe la facultad discrecional en cuanto a la finalidad del acto. Y es que el fin sin lugar a dudas será siempre de carácter reglado, dándonos cuenta que el fin necesariamente estará expresamente o implícitamente señalado en la ley, pero que en el último caso el fin de la actividad administrativa se conducirá hacia el bien común.

Otro tipo de límites que son también necesarios para el desarrollo sano de una actividad discrecional son:

#### **a) Los hechos**

Este elemento no puede estar sujeto a apreciación alguna, no hay discrecionalidad que se pueda permitir para decir que se dieron o no los

hechos, ya que estaríamos ante un vicio, por una falta de causa por haber emitido el acto administrativo discrecional sin haber concurrido los requisitos de hecho necesarios para emitirlo.

### **b) Reglas formales**

Estos elementos se presentan en el acto administrativo, tanto el discrecional como en el reglado, con caracteres de uniformidad y de relativa estabilidad. Un ejemplo de ellos es la competencia que siempre será un límite obvio de todo acto administrativo. Y es que la existencia de formas o de un procedimiento especial para la emanación de un acto no es impedimento para excluir la posibilidad de que el respectivo acto sea discrecional.

### **c) Principios Generales del Derecho.**

Entre dichos principios se encuentra la razonabilidad, la prudencia, la buena fe, la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, el debido proceso legal, el evitar el mayor perjuicio, etc.

### **d) Autolimitación de la administración.**

Esta puede llevarse a cabo a través del ejercicio de la facultad reglamentaria del presidente, de actos administrativos generales como las llamadas circulares.

Una vez determinados los límites que se establecen para el desarrollo de la actividad administrativa discrecional, podemos comentar por último las teorías que han influido para someter una posible potestad discrecional ilimitada que pudiera originarse en manos de una autoridad con fines diferentes a los que le marca la Ley.

**1.12. Silencio de la Ley.-** Ante el silencio de la ley, podemos comentar que es necesaria la existencia de una ley para que se autorice el ejercicio de una

facultad, ya sea discrecional o reglada, ya que la discrecionalidad no deviene de un silencio o vacío legislativo, ya que como bien sabemos el fundamento de la facultad discrecional es la misma legislación, por tanto es de concluir que discrecionalidad no significa ausencia de ley.

Y es que aceptar que las lagunas legales en materia administrativa constituyen fuente de facultades discrecionales caeríamos en un Estado que violentaría los derechos de los gobernados ante la carencia de ley.

## CAPÍTULO III

### DOCTRINAS DEL ACTO DISCRECIONAL

#### 1. PRINCIPIOS

En el inicio los principios generales del derecho administrativo eran de naturaleza creativa de los jueces. Mas el positivismo jurídico nos dice que los principios son los que están señalados en la ley. En la actualidad, debemos de entender que los principios generales del derecho administrativo no sólo son los contenidos en la ley sino, también, los que la doctrina y jurisprudencia vayan descubriendo en su labor jurídica.

Como sabemos dos son los principios generales del derecho administrativo más conocidos, a saber: el principio de legalidad y el principio de supremacía del interés público sobre el interés privado.

Sin embargo, esta no es la única posición. El profesor Celso Antonio Bandería de Mello afirma “que todo el Derecho Administrativo se construye sobre los principios de Supremacía del Interés Público sobre el particular y la Indisponibilidad del Interés Público por la Administración Pública”.

A partir de estos principios, es posible encontrar toda una serie de principios propios del derecho administrativo. En este sentido, pasaremos a explicar, resumidamente, cada uno de los principios generales del derecho administrativo:

**1.1. Principio de Interés Público.-** En este sentido, por interés público debe entenderse el interés de la colectividad como un todo, conforme a lo previsto en el orden jurídico impuesto. Estos son los llamados intereses públicos primarios.

Los intereses públicos secundarios, del Estado como simple sujeto de derecho, normalmente coincidentes con los estrictos intereses patrimoniales o financieros, solamente deben ser entendidos cuando están en consonancia con los intereses primarios. El interés público es la finalidad única de la Administración, y el acto administrativo que se aparta de ese principio está viciado y configura abuso de poder por desvío de finalidad. Interés público es aquel que se refiere a toda la sociedad.

Los intereses públicos deberán siempre prevalecer en las relaciones con los intereses privados. Evidentemente existen límites para la aplicación de ese principio, y los más fuertes son los derechos adquiridos, la cosa juzgada y el acto jurídico perfecto.

**1.2. Principio de Legalidad.-** El principio de legalidad o imperio de la ley es un principio fundamental del Derecho público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de los hombres (ej. el Estado sometido a la constitución o Estado de Derecho). Por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica.

Se podría decir que el principio de legalidad es la regla de oro del Derecho público y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de Derecho, pues en él el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas. Dentro del Derecho Administrativo, podemos comentar que la función administrativa, encargada ésta de la ejecución de actos que determinan situaciones para casos individuales, necesita del principio de legalidad para su desarrollo adecuado dentro del marco jurídico.

Al respecto, el maestro Manuel Gabino Fraga<sup>19</sup> comenta que dicho principio tiene su importancia, en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada.

---

<sup>19</sup> FRAGA Gabino, pag. 129

Por lo tanto, la autoridad hará lo que expresamente le sea permitido; No obstante dicho principio, según el autor citado, tiene su excepción en la facultad discrecional, ya que dicha facultad discrecional si bien su punto de partida siempre será la ley, también dicha facultad discrecional implica en su ejercicio el tomar decisiones en vista de criterios de carácter no legislativo y que por consecuencia lógica se le atribuye a la autoridad tomar en cuenta esos criterios para optar o no por determinada decisión, originándose por tanto el realizar actos individuales que no están previstos estrictamente en una disposición general.

Legalidad administrativa en su planteamiento original, conforme al principio de legalidad, la Administración pública no podría actuar por autoridad propia, sino que ejecutando el contenido de la ley. Ello obedecía a una interpretación estricta del principio de la separación de poderes originado en la Revolución francesa.

Esta tarea de ejecución, a poco andar, llegó a ser interpretada como una función de realización de fines públicos en virtud de la autonomía subjetiva de la Administración, pero dentro de los límites de la ley (*doctrina de la vinculación negativa*). La ley sería entonces un límite externo a la actividad administrativa, dentro de cuyo marco la Administración es libre.

Actualmente, en cambio, se considera que es el Derecho el que condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa actual. El principio de legalidad opera entonces como una cobertura legal previa de toda potestad: cuando la Administración cuenta con ella, su actuación es legítima (*doctrina de la vinculación positiva*).

**1.3. Principio de Reserva de la Ley.-** El principio de reserva de la ley, establece que existen materias sobre las cuales sólo el órgano legislativo tiene facultad de regularlas, creándose así el orden jurídico respectivo. Por lo tanto, la reserva de la ley aparece cuando la regulación de una determinada materia

queda acotada en forma exclusiva a la ley formal. Es en virtud de lo anterior, que en el supuesto de que se permitiera a la administración la posibilidad de tener por ejemplo un poder discrecional sobre garantías individuales, traería como resultado el violentar este principio; ya que el principio de reserva manifiesta exclusividad de competencia del poder legislativo para que intervenga sobre determinadas materias, realizando y siendo el único para actuar sólo sobre las mismas que le señale la ley, ya que en caso contrario la constitución sería la única para facultar a los poderes federales el poder realizar determinada función que por naturaleza no les corresponde, extraordinarias del presidente en materia de suspensión de garantías para dictar las normas que sean necesarias ante la situación de emergencia) .

Por lo anteriormente explicado, las autoridades deben prestar especial atención al uso del lenguaje y a las materias que regulan en su caso, para así evitar los excesos de poder que en uso de un supuesto poder discrecional pueda hacer una determinada autoridad.

**1.4. Principio de Proporcionalidad en Sentido Estricto.**-El principio de proporcionalidad es también llamado principio de prohibición del exceso. La Administración debe hacer todo para no perjudicar a los particulares, debiendo siempre existir una proporción entre encargo/sacrificio y beneficio (si la Administración impone un encargo especial a un ciudadano con anuencia de la ley debe indemnizarlo)

Toda actuación de la Administración implica una decisión, y esta tiene que ser:

- 1.- Adecuada, la lesión de los derechos subjetivos privados tiene que ser apta a la prosecución del interés público.
- 2.- Necesaria, dicha lesión tendrá que ser necesaria, cuando no exista otro medio.

3.- Proporcional, proporcional y justa, en relación al beneficio que fue alcanzado con la prosecución del interés público.

**1.5. Principio de Seguridad Jurídica.-** Está relacionado con la previsibilidad del derecho y la estabilidad de las relaciones jurídicas. La prohibición de la interpretación retroactiva es uno de los ejemplos de efectividad de este principio.

**1.6. Principio de Justicia.-** Referido a la consideración que debe tener la Administración Pública de los valores fundamentales como la dignidad de la persona humana.

Este principio comporta por lo menos tres corolarios:

1.- Principio de Justicia "estricto sensu", que consiste en que todo acto administrativo manifiestamente injusto es contrario a la Constitución.

2.- Principio de Igualdad.

3.- Principio de Proporcionalidad.

**1.7. Principio de Igualdad.-** Implica tratar de forma igual al que es igual y tratar de forma desigual al que es desigual. Este principio se traduce en cuatro vertientes:

1.- Igualdad de repartición de encargos y deberes de los particulares.

2.- Exigencia de igualdad de sacrificios concedidos por la Administración.

3.- Utilizar criterios idénticos a casos idénticos.

4.- Derecho a la compensación de sacrificios.

**1.8. Principio de Imparcialidad.-** Este principio tiene que encarar dos vertientes:

1. La vertiente negativa, en esta vertiente el principio de imparcialidad se traduce en una especie de abstención (no hacer). En respeto del principio de imparcialidad los funcionarios, agentes o titulares de la Administración Pública, no pueden ser parte en contrato/procedimiento administrativa.
2. La vertiente positiva, que se desarrolla a través de dos deberes de la Administración Pública:
  - 2.1. Deber de ponderación, la Administración Pública en sus opciones debe tomar en cuenta todo lo que los particulares tracen para el procedimiento administrativo (ejemplo, Audiencia de los interesados)
  - 2.2. Deber de Abstención, la Administración Pública no puede tomar en consideración intereses de carácter político, religioso, etc.

**1.9. Principio de Buena Fe y Protección de la Confianza.-** Estos Principios discurren de la naturaleza contractual de los contratos administrativos. La buena fe objetiva, envuelve los principios de justicia, igualdad, de proporcionalidad, mas no se confunde con ellos. Es un imperativo para procurar el equilibrio de las relaciones bilaterales. La violación de este principio envuelve la responsabilidad civil de la Administración. La protección de la confianza, es un corolario de la buena fe, y asume principal relevancia en la prohibición de la retroactividad de algunas normas administrativas.

**1.10 Principio de Buena Fe.-** Es un principio general del Derecho, consistente en el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión, o la rectitud de una conducta. Ella exige una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso. En ocasiones se le denomina principio de probidad.

A diferencia de los antes señalado, encontramos otra forma de entender el principio de buena fe en los siguientes términos: Una autoridad competente da

una información cuya ilegalidad no es evidente y el particular se conforma con ese comportamiento.

### **1.11. Principio de Especialidad.-**

El Estado puede crear personas jurídicas públicas como forma de descentralización de los servicios públicos, objetivando la especialización de la función. La ley que instituye esa forma descentralizada de prestación de servicios públicos, establece precisamente las finalidades que deben ser atendidas por el nuevo ente público.

**1.12. Principio de Isonomía.-** Debe de ser comprendida dentro del principio de igualdad entre los iguales, la isonomía no puede ostentar llegar al absurdo de nivelar a los desiguales. Es un contra sentido imaginarse la legalidad de la función pública sin la obediencia del principio de isonomía.

**1.13. Principio de Jerarquía.-** Los órganos de la Administración Pública se estructuran de tal forma que existe una relación de subordinación entre unos y otros, cada cual con atribuciones definidas en la ley. De este principio, existente relativamente en las funciones públicas, discurren una serie de prerrogativas para la Administración: la de delegar y avocar atribuciones, la de punir internamente a sus agentes y, para el subordinado, surge el deber de obediencia.

Una vez determinados los principios que se establecen para el desarrollo de la actividad administrativa discrecional, podemos comentar las teorías que han influido para someter una posible potestad discrecional ilimitada que pudiera originarse en manos de una autoridad con fines diferentes a los que le marca la ley.

## **2. TEORÍAS DEL ACTO DISCRECIONAL**

Una vez determinados los principios que se establecen para el desarrollo de la actividad administrativa discrecional, pasamos a comentar las teorías que han

influido para someter una posible potestad discrecional ilimitada que pudiera originarse en manos de una autoridad con fines diferentes a los que le marca la ley.

### **2.1. Teoría del desvío de poder.**

En relación a esta teoría podemos comentar que el desvío de poder aparece cuando se persigue un fin que no es aquél que en el caso debía perseguir, al obedecer el órgano administrativo un motivo distinto del que conforme al sentido implícito de la ley debió tomar en cuenta.

Cabe señalar, que ésta técnica llamada desvío o desviación de poder, viene precisamente de ese Derecho Francés, el cuál ante la actitud del órgano administrativo de perseguir un fin distinto del que señalara la ley expresa o tácitamente para su actuar, da al particular cuatro motivos para impugnar los actos ilegítimos, éstos eran causas que daban pie a la anulación del acto administrativo, dichas causales son las siguientes:

- Por incompetencia del funcionario o empleado.
- Por omisión o incumplimiento de las formalidades que legalmente debía haber revestido el acto administrativo.
- Por violación a la disposición aplicada o aplicación indebida de la misma.
- Desvío de Poder.

Esta doctrina Francesa influyó para que en el Derecho Mexicano tomara relevancia la “Teoría del desvío del poder”, y autores como Rafael I. Martínez Morales opinaran que entre abuso de poder y desvío de poder hay diferencia, ya que en la primera categoría, según este autor, se incluyen los actos que han sido emitidos con total arbitrariedad y rebasando los límites que la ley fija para la actuación del servidor público. En tanto que hay desvío del poder, cuando dentro del marco creado por la ley se actúa de modo exagerado e inequitativo al

hacer uso de facultades discrecionales, de tal suerte que se desvirtúa la finalidad que debe perseguir todo acto administrativo.

El maestro Jorge Olivera Toro<sup>20</sup>, comenta que la desviación de poder constituye la ruptura de la obligación que tiene el órgano de la administración de realizar un fin público y específico del caso concreto que la ley le ha fijado al otorgar la competencia del órgano, por lo tanto, pudiera en un amplio sentido, implicar un motivo de incompetencia puesto que el acto debe acomodarse al ordenamiento jurídico.

En relación a la opinión que emite este autor, pensamos que la desviación de poder y la incompetencia del órgano son causales diferentes, ya que como bien sabemos puede un acto administrativo haber sido realizado por el funcionario competente con todas las apariencias de regularidad, y sin embargo este acto discrecional realizado, que el funcionario calificado tenía el derecho estricto de realizar, puede estar afectado de ilegalidad si su autor ha usado de sus poderes para un fin distinto del interés general.

Y es que difícilmente se puede encontrar una modalidad de ilegalidad del acto administrativo diferente de las que se han elaborado por el Consejo del Estado Francés (Incompetencia del funcionario, omisión de las formalidades que debe revestir la resolución, violación a la disposición aplicada y desvío de poder).

El maestro Gabino Fraga<sup>21</sup>, comenta que como ilegalidad de los fines del acto se conoce con el nombre de desviación de poder, ya que el poder administrativo se desvía cuando persigue fines distintos de los que señala la ley o cuando ya no se sigue la finalidad que debe perseguir siempre el agente administrativo y que es el interés público. Por lo anteriormente expuesto, y en base a la opinión de María Isabel Urrutia Cárdenas, pensamos también que el desvío de poder es “...un vicio del acto administrativo emanado por la autoridad

---

<sup>20</sup> OLIVERA. Jorge, op. cit., pag. 160-161

<sup>21</sup> FRAGA, Gabino. “Derecho administrativo”, Pág. 307

legalmente capacitada para ello, que no consiguió los fines previstos en la ley, o que si ésta no los preveía, el funcionario al hacer uso de sus facultades discrecionales erró en determinar el verdadero espíritu de la ley fundamental o bien el caso concreto no ameritaba la posición del acto dictado...”.

En virtud de lo anterior, y ante la actividad del juez para encontrar la probable existencia o no de desvío de poder, debe buscar entre otros elementos, el fin con que el legislador confirió cierta facultad a determinada autoridad, así como también analizar con que fin, de hecho, la autoridad en el caso litigioso ha usado sus facultades, comparar así estos dos fines para determinar así la existencia o no de desvío del poder.

## **2.2. Teoría de la oportunidad**

Esta teoría del mérito o de la oportunidad, según el maestro Olivera Toro,<sup>22</sup> se refiere al mérito como elemento del acto administrativo, entendido como la adecuación necesaria de medios para lograr los fines públicos específicos que el acto administrativo de que se trate tiende a lograr.

También se entiende por mérito, nos comenta el mismo autor, como la conveniencia y oportunidad del mismo, es decir, reiterando su adaptación a la obtención del fin específico que con la emanación del acto se pretende obtener.

El elemento mérito se observa en los actos administrativos dictados con una competencia discrecional, en que la administración necesita señalar qué debe hacerse. La falta de apreciación correcta de las consecuencias produce vicio de mérito, el que se nota con mayor claridad en estos actos, sin que este elemento sea exclusivo de ellos.

Dicha teoría del mérito, podría entenderse para ser incluida como irregularidad perteneciente al desvío de poder; pero no obstante si bien la autoridad realizó una apreciación inoportuna, también lo es que no encuadra dentro del recurso

---

<sup>22</sup> OLIVERA, Toro, op. cit., Pág. 162

de la desviación de poder, ya que la autoridad, bien podría estar cumpliendo con el fin específico o general de la ley, pero en base a una motivación inexistente o errónea, por lo que se impugnaría no el supuesto desvío de poder sino la motivación que la autoridad haya señalado o haya dejado de señalar.

Es por lo anterior, que la teoría del desvío de poder y la teoría del mérito si bien las dos implican actitudes erróneas de la autoridad, también lo es que una y otra se impugnarían por diferentes razones (Desvío de poder por seguir una finalidad distinta a la que señala la ley, y la del mérito, por apoyarse en una motivación no apreciada de manera correcta y que no necesariamente implica llegar a una finalidad distinta a la que señala la ley).

### **2.3. Teoría de los Conceptos Jurídicos Indeterminados**

Esta teoría se le llamo también como conceptos flexibles o de goma. Dicha doctrina distingue entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados. Al referirnos a concepto jurídico indeterminado hacemos referencia a aquellos conceptos existentes en las leyes que por ser abstractas, universales y generales, tienen que incluir términos universales ante la imposibilidad de un casuísmo, utilidad pública, precio justo, etc.

Dicha teoría nos señala que al actualizar un concepto jurídico indeterminado no depende de una voluntad discrecional sino de una interpretación de la ley, pero no una elección entre alternativas igualmente justas, por que admite una solución justa, por lo tanto al hablar de conceptos jurídicos indeterminados hacemos referencia a unidad de solución, en oposición a la facultad discrecional que admite pluralidad de soluciones.

Como ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados, tenemos a la utilidad pública, bien común, precio justo, etc; que nos dan a entender el no poder considerar que existan en dichos casos la posibilidad de facultades discrecionales.

## CAPÍTULO IV

### LEGISLACIÓN BOLIVIANA

**1. LEY 2341 “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO” de 23 de abril de 2002.-** Establece:

**Artículo 27.- (Acto Administrativo) establece** “se considera acto administrativo, a toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo.

**2. LEY 1178 DE ADMINISTRACIÓN Y CONTROL GUBERNAMENTAL de 20 de julio de 1990.-** Establece:

**Artículo 33.-** “No existirá responsabilidad administrativa, ejecutiva ni civil cuando se pruebe que la decisión hubiese sido tomada en procura de mayor beneficio y en resguardo de los bienes de la entidad, dentro de los riesgos propios de operación y las circunstancias imperantes al momento de la decisión, o cuando situaciones de fuerza mayor originaron la decisión o incidieron en el resultado final de la operación”

**3.- REGLAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR LA FUNCIÓN PÚBLICA aprobado por el DECRETO SUPREMO 23318-A de 3 de noviembre de 1992.-** Establece:

**Artículo 63.- (Principio de prueba de las decisiones gerenciales) señala:**

I. A los efectos del artículo 33 de la Ley 1178, si el servidor público previa, concurrente o inmediatamente tomada la decisión, hubiera enviado a su

superior jerárquico, a los máximos ejecutivos de su entidad y a la autoridad que ejerce tuición sobre su entidad o institución, un informe escrito sustentando su decisión, éste servirá como principio de prueba para fines de control posterior. El fundamento debe referirse a que la decisión fue adoptada procurando finalidades específicas, como ser:

- d. mayor beneficio o resguardo de los bienes de la entidad, considerando los riesgos propios de la operación;
- e. la solución o alternativa que a su juicio ofrece más posibilidades de resultados positivos netos bajo las circunstancias imperantes y razonablemente previsibles;
- f. neutralizar los efectos de situaciones de fuerza mayor dentro de lo razonablemente posible.

La valuación de estos principios de prueba será independiente de los resultados obtenidos.

II. Los casos en que los resultados fueran determinados por cambios drásticos en las circunstancias posteriores a la decisión o por causas demostrables de fuerza mayor sobreviniente, constituyen también principio de prueba.

#### **4. DECRETO SUPREMO 27113 REGLAMENTO A LA LEY N° 2341 DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE 23 DE JULIO DE 2003.**

##### **Artículo 33.- (ACTOS GENERALES)**

Los actos administrativos de alcance individual producirán sus efectos a partir del día siguiente hábil al de su publicación.

##### **Artículo 34.- (ACTOS INDIVIDUALES)**

I. Los actos que declaren procedentes peticiones o solicitudes que tengan incidencia colectiva producirán efectos generales. Sus efectos se extenderán a

todos los que se encuentren en la misma situación sin que sea necesario iniciar un nuevo procedimiento para el mismo objeto y por la misma causa.

**II.** Estos actos producirán sus efectos particulares con su notificación a las partes del procedimiento y sus efectos generales con su publicación.

**Artículo 35.- (ACTOS ESPECIALES)**

**I.** Los actos que declaren procedentes, peticiones o solicitudes que tengan incidencia colectiva producirán efecto general. Sus efectos se extenderán a todos los que se encuentren en la misma situación sin que sea necesario iniciar un nuevo procedimiento para el mismo objeto y por la misma causa.

**II.** Estos actos producirán sus efectos particulares con su notificación a las partes del procedimiento y sus efectos generales con su publicación.

## **CAPÍTULO V**

### **PROYECTO DE REGLAMENTO**

#### **1. Declaración de Motivos**

1. Siendo Bolivia un estado plurinacional, que se rige por el principio de legalidad, es evidente que la determinación legislativa de la totalidad de la actividad administrativa aparece como una utopía que debe ser dejada de lado en la medida que existan elementos operativos de racionalización del poder, en el entendido de que un margen de discrecionalidad es inevitable en el diseño de la actividad administrativa del Estado.
  
2. Que la potestad discrecional se encuentra limitada por las normas procedimentales y por los principios inspiradores del ordenamiento pues la potestad discrecional, que, puede y debe ejercerse válidamente en defensa del interés público, si fue otorgada por la norma, ha de llevarse a la práctica en el marco de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, garantizando que la decisión pueda ser calificada, a parte de racional como razonable.
  
3. Que en todo acto concurren elementos reglados y discrecionales y que no existen los actos discrecionales puros, por lo que si bien la elección discrecional se basa en criterios extrajurídicos de decisión, a ella concurren elementos predeterminados por el derecho, que son básicamente delimitados por la propia potestad atribuida al órgano.

4. Que el sometimiento de la actividad administrativa al derecho, hace que las potestades discrecionales puedan ser controladas a través de un conjunto de técnicas a la luz de los principios generales del derecho.

Por tal motivo nace la necesidad de incluir un Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los actos de la Administración Pública.

**PROYECTO:**

**REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**Artículo 1.- ÁMBITO DE APLICACIÓN.-** Las disposiciones del presente reglamento se aplicarán a todo acto administrativo que emane de la Administración Pública.

**Artículo 2.- DE LOS ACTOS DISCRECIONALES.-** La potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

La discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas, dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano. Todo acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad discrecional reglada es impugnabile en vía administrativa o judicial.

**Artículo 3.- DEL CONTROL DE LOS HECHOS DETERMINANTES.-** De forma previa a la expedición de los actos administrativos, los funcionarios cuidarán que exista una adecuada y correcta apreciación de los presupuestos de hecho

determinantes, y una acertada valoración que conduzca a que la toma de decisión se ajuste plenamente a los hechos que determinan la expedición del acto.

**Artículo 4.- DE LA MOTIVACIÓN.-** Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento.

La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución.

La motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión. Aquella será atacable en materialidad a través de la desviación de poder o la falta de causa del acto administrativo, pero en el caso de los actos discrecionales encontrará su principal instrumento de control en la justificación, precisamente por la atenuación de la posible fiscalización sobre los otros elementos del acto administrativo.

**Artículo 5.- ADJUDICACIONES DE CONTRATOS.-** En los actos de adjudicación de contratos no basta con la adjudicación sin más, es necesario que la administración valore íntegramente el contenido de las ofertas y del expediente administrativo y que exteriorice justificadamente su decisión. El control de la discrecionalidad permitirá determinar si la administración hizo un conector uso de sus potestades, la discrecionalidad reglada se ha de ejercer

ponderada y racionalmente, debiendo decidir sin sobrepasar el ámbito de la legalidad.

**Artículo 6.- INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD.-** El control a realizar deberá ser ejercido a través del principio de interdicción de la arbitrariedad, que incluye el más genérico de razonabilidad, que son los que se presentan como más idóneos para la tarea a realizar. No es suficiente que la motivación se constituya sobre premisas, sino que éstas deben ser verdaderas.

**Artículo 7.- DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA.-** La administración se encuentra facultada para determinar los medios técnicos que empleará en la ejecución o implementación de obras o servicios públicos, sin que pueda desconocer las exigencias técnicas necesarias para que las obras o servicios presten un adecuado y eficiente servicio a la colectividad.

La discrecionalidad técnica no debe implicar arbitrariedad, sino que es un supuesto especial de discrecionalidad reglada caracterizado por la presencia de un criterio económico, técnico o social permitido por la ley o norma aplicable. Es decir, consiste en la facultad de apreciar y exteriorizar en cada supuesto lo mejor para el interés público con libertad de elección entre alternativas igualmente válidas, decidiendo por criterios de oportunidad, económicos, técnicos o sociales.

**Artículo 8.- DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INTERPRETADOS.-** Frente a los conceptos jurídicos indeterminados tales como bien público, interés público, etc., la administración buscará su concreción a cada situación particular en función de los aspectos inequívocos que rodean cada circunstancia, procurando encontrar una única solución justa, aplicable al caso en concreto, en el marco de la potestad y competencia de la administración.

**Artículo 9.- DEL PROCEDIMIENTO NORMATIVO.-** La actuación de la administración debe respetar el procedimiento normativo establecido como previo a la emisión del acto, valorando las alternativas posibles, la relación costo-beneficio que suponen cada una de esas alternativas, no solamente desde el punto de vista económico, si no frente a efectos que pueden merecer otra valoración principal, como el impacto ecológico, cuestiones relativas a la seguridad y defensa, políticas demográficas, etc. La decisión debe ser, en consecuencia, ponderada.

**Artículo 10.- FINALIDAD.-** El acto discrecional debe ser cierto y jurídicamente posible, debiendo tender a la finalidad prevista en las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor sin poder perseguir encubiertamente otros fines públicos o privados distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Por tanto el elemento finalidad adquiere su principal importancia en la valoración del acto discrecional

**Artículo 11.- PROPORCIONALIDAD.-** Las medidas que el acto discrecionalidad involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad perseguida.

**Artículo 12.- RAZONABILIDAD.-** El control de la actividad discrecional debe confirmar, finalmente, si el proceso de la toma de decisión fue efectuado con sujeción al ordenamiento jurídico, conforme a los límites señalados en este reglamento y si la decisión discrecional, siendo racional puede y debe ser calificada como razonable.

**Artículo 13. - VIGENCIA.-** El presente reglamento entrará en vigencia a partir del día de su aprobación en el Directorio de la ABC.

PROYECTISTA

## **CONCLUSIONES**

En la Legislación Administrativa Boliviana, no existe un control minucioso de los actos administrativos discrecionales, lo que muchas veces lleva a que los actos administrativos, dictados al margen de la normativa o en contra del interés público; no sean sancionados como deberían ser, porque no reglamenta, muchas instituciones jurídicas, que son de gran envergadura y de muchísima utilidad para la Administración Pública y más aun para los administrados que necesitan seguridad jurídica para actuar. Toda vez que nos encontramos dentro de un Estado de Derecho donde imperan las normas.

Sin embargo los actos discrecionales se regulan especialmente a través de el artículo 33 de la Ley 1178 y el artículo 63 del decreto Supremo 23318 – A, en los cuales se exime de responsabilidad administrativa, ejecutiva y civil cuando se pruebe que el acto administrativo o la decisión hubiese sido tomada en procura de mayor beneficio y en resguardo de los bienes de la entidad, dentro de los riesgos propios de operación y las circunstancias imperantes al momento de la decisión, o cuando situaciones de fuerza mayor originaron la decisión o incidieron en el resultado final de la operación.

En este sentido podemos mencionar que este articulado faculta, a las autoridades públicas a tomar decisiones discrecionales, con un cierto límite que es la procura de mayor beneficio y resguardo de bienes públicos; lo que da un gran margen de discrecionalidad, por lo cual es de suma importancia limitar este tipo de actos.

Muchas veces las autoridades amparadas en la norma que faculta la toma de decisiones discrecionales en el marco de la Ley 1178 y el reglamento de la

Responsabilidad por la Función Pública, cometen actos de desviación de poder o en otras ocasiones abusos a los administrados, es por tal razón que propongo en la presente monografía, un reglamento de control de los actos discrecionales.

Para finalizar cabe mencionar lo que dice la doctrina, que un acto administrativo que no es fundado a través de una norma; es un acto de arbitrariedad o de voluntad personal o caprichosa aspecto que la norma, debe limitar para evitar que se vulneren los derechos de los administrados.

## **RECOMENDACIONES**

El tema de los actos discrecionales debe ser profundamente discutido, para establecer la forma de su inclusión en el ordenamiento jurídico nacional, para que de esta forma se pueda evitar la arbitrariedad en la administración Pública y así no vulnerar los derechos de los administrados. Es también muy cierto que es de marcada y urgente necesidad para lograr una gestión pública transparente.

# ANEXOS

## BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO Miguel, “Teoría general del derecho administrativo”, 3ª ED, México, Porrúa, 1979
- ACOSTA ROMERO Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo, 11ª edición, Edit. Porrúa, México, 1993.
- ALMANZA, Miriam,” Los actos discrecionales de la administración Pública Federal y su control jurisdiccional”, México, Edición 1999, p.48.
- ARAUJO, Aldemario, “Disciplina Derecho Administrativo”. Universidad Católica de Brasilia.
- BOQUERA, Oliver, José María, “Derecho Administrativo, Volumen I., Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1979
- DELGADILLO, Luis Humberto, “Compendio de Derecho Administrativo”. Ed. Porrúa, 1997. p. 256.
- DIEZ, Manuel María, “Manual de Derecho Administrativo”. Buenos Aires, Edición 1997
- ENTRENA CUESTA, Rafael, “Curso de Derecho Administrativo”, 5ª Ed. Madrid, Ed. Tecnos.
- FERNANDEZ de CASTRO, Pablo. “El acto administrativo, la delegación de facultades y la anulabilidad del acto administrativo”, Edición 2001
- FERNANDEZ Bulté, Julio, “ Teoría del Estado y del Derecho”, Editorial Félix Varela. La Habana, 2002
- FERNANDEZ, Ruiz Jorge, “Programa de Derecho Mexicano de Derecho Administrativo”, México, Editorial.
- FRAGA, Gabino. “Derecho Administrativo”, 13ª ed, México, Porrúa, 1969.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo I”. Editorial Civitas, S. A. Madrid, 1994.
- LARES Martines, Eloy, “Manual de Derecho Administrativo”, Décima Segunda Edición Universidad Central de Venezuela Caracas Venezuela, 2001.
- MARIENHOFF S. Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo”, 4ta edición, Buenos Aires.

- MARTÍNEZ, MORALES Rafael, “Derecho Administrativo”, 3ª.edición, México, Editorial Harla,
- OLVERA TORO Jorge, “Manual de Derecho Administrativo”, 4ª. Edición, México, Editorial Porrúa.
- PARADA, Ramón, “Derecho Administrativo”, Parte General, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1997
- PARRA, Manzano Galsuinda, “ Manual de Derecho Administrativo General”, Editorial. Vadell Hermanos, Año: Enero 2005. Valencia Venezuela
- PEREZ, Gonzalo, “Comentarios a la L.R.J.A.P.P.A.C”. Civitas 1997, pág. 1039.
- SERRA Rojas, Andrés.”Derecho administrativo”, 12ª ED, México, Porrúa, 1983.
- SERRA Rojas, Andrés Derecho Administrativo, México. Editorial Olimpo 1959.
- TENA Ramírez, Felipe, “Derecho constitucional mexicano”, 9ª Ed. México, UNAM, 1968.
- TOLENTINO SANTOS, “Derecho Administrativo” Edición 1999