

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

AÑO VI

ENERO - FEBRERO 1947

NUM. 31

La discrecionalidad de la Administración en la doctrina extranjera ⁽¹⁾

Aunque estos cursos de verano sean de divulgación, me temo que esta vez ocurra todo lo contrario. Si divulgación es llevar a la calle lo que es patrimonio de la Ciencia, hoy más bien vamos a arrancar del dominio público, de la calle, el concepto de discrecionalidad y hacerlo poco menos que incomprensible. No sin razón se ha dicho—y es frase conocida—que la Ciencia jurídica es el arte de ignorar sistemáticamente lo que todo el mundo sabe.

Hoy nos es preciso remontar el vuelo y seguir a los autores en sus arriesgadas ascensiones. El próximo día dedicaremos casi todo el tiempo a resolver problemas prácticos, a desentrañar nuestro Derecho positivo y la interpretación jurisprudencial del mismo, para descubrir con toda la precisión posible las dimensiones exactas de esta valla que nos cierra un camino tan frecuentado por los profesionales del Derecho como es el del recurso contencioso-administrativo, pues sabido es que en nuestro Derecho positivo donde hay discrecionalidad no hay recurso.

Discrecionalidad de la Administración, ¿qué quiere decir? Pues actuación discrecional de ese conjunto de órganos del Estado y demás instituciones públicas que llamamos Adminis-

(1) Conferencia pronunciada en el IV Curso de Verano de La Coruña, el 23 de julio de 1946.

tración. Y ¿cómo actúa la Administración? Hoy día los teóricos del Derecho bifurcan la actividad de la Administración en dos direcciones: reglada y discrecional, distinción que suscita grandes polémicas y que, a la vez, entraña una enorme trascendencia práctica. Veremos hoy cómo ha caracterizado la doctrina extranjera ese tipo de actividad administrativa que llamamos discrecionalidad.

Pero antes, para hacer honor a la Historia—no en vano el Derecho es un ente histórico, y entre la escuela española del Derecho Administrativo se ha iniciado un movimiento de «vuelta a Colmeiro», es decir, a la Historia—, antes de analizar las actividades administrativas de hoy, contemplaremos breves instantes las de ayer.

La Administración anterior a la contemporánea, la del Antiguo Régimen, es la que corresponde al Estado de policía, nombre que, como es sabido, se da al que existió antes de la sumisión del Estado al Derecho, antes del Estado de Derecho.

¿Cuándo aparece dicha Administración?

Pues cuando surge el Estado moderno, al hundirse el mundo medieval. Fernando el Católico—dice un prologuista anónimo—es el primer Rey que comprende ser necesaria al Estado una nueva forma de ejército, entiéndase, un ejército que sirva para ganar batallas, fabricando a medida de esta finalidad y no meramente para pasear pendones y dar, si acaso, lugar al heroísmo singular y romántico del romance fronterizo. Tal vez pueda afirmarse que delante de Málaga se hace el primer ensayo, aún muy rudimentario y tullido de un ejército moderno. Para ello junta Fernando a las mesnadas de la tradición las tropas de nuevo estilo, que son profesionales: suizos, bohemios, lasquenets. Calculamos que en total sumaban veinte mil hombres. Como era de esperar, en este primer ensayo nada funcionó bien, pero se había sentado el principio, y de la fusión entre aquellas dos fuerzas dispares surgió no mucho tiempo después el tercio castellano, prefiguración de todos los ejércitos posteriores hasta la Revolución Francesa y aun, en ciertos caracteres, hasta la fecha actual.

La aparición de los *ejércitos permanentes* y de otra podero-

sa institución, *la burocracia*, es lo que afianza al Estado de la Edad Moderna.

Pero este joven Estado tiene unas características que no pueden pasarnos inadvertidas. No es un Estado jurídico, sino político, y su acción, su administración, no es reglada, sino discrecional.

Parejamente al aventurero, comienza por ejecutar una acción impremeditada, no importa cual. Esta acción le pone en un brete y afronta el brete. Nada más. Y así sucesivamente. Tal es el auténtico y puro hombre de acción. En él lo primero no es reflexionar, sino al revés, hacer algo, sea lo que sea: sólo luego averigua qué es lo que ha acontecido. Así lo confesaba el mayor aventurero, Napoleón Bonaparte: «D'abord je m'engage, puis j' y pense».

El Estado joven, Estado aventurero, también primero actúa y luego reflexiona, nueva versión del apotegma «primun vivere, deinde philosophare».

El Estado no dicta reglas para predeterminar su actividad. Su actividad, su administración, es libre, espontánea, *discrecional* en el más absoluto sentido de la palabra.

Hemos dicho que el Estado de policía es más político que jurídico. Pues bien, la política entonces es por esencia arcano.

Ya Felipe II había sido un gran misterioso y Richelieu hará de sí mismo un personaje hermético, enigmático. De aquí que el móvil de la política, sus designios, no se filtran hasta los órganos administrativos que emplea en su servicio y mucho menos llegan a conocimiento de los administrados.

Los funcionarios vivían en los sótanos del palacio del Príncipe (de aquí su nombre de covachuelistas), a las órdenes del Bibliotecarium. El procedimiento para la tramitación de expedientes era secreto.

Las pocas reglas que tiene la Administración, las instrucciones u órdenes de servicio, son también secretas y sólo las conoce el funcionario concreto a quien van dirigidas. No las conoce ni puede invocarlas el administrado, a quien no conceden derechos subjetivos: no son, por tanto, verdaderas normas jurídicas. Contra las actuaciones administrativas no cabe

recurso ni fiscalización alguna: son, por tanto, enteramente discrecionales, sobre todo en los órganos ejecutivos superiores.

El Príncipe administra, desligado de la ley—*legibus solutus*—, más en su propio interés que en el del pueblo y es dueño de vidas y haciendas:

«Al Rey la hacienda y la vida
se ha de dar.....», dice Calderón.

Posteriormente, la idea del bien común va robusteciéndose. Aunque el Príncipe gobierna sin el pueblo lo hace para el pueblo, con un sentido paternal y filantrópico, característico del despotismo ilustrado.

Procura el Soberano rodearse de consejeros sabios y prudentes. Los Consejos reales o de la Corona adquieren extraordinaria importancia.

En España el sistema de los Consejos fué organizado antes que en los demás países, y a principios del siglo XVIII había alcanzado su perfección. El Licenciado Bermúdez de Pedraza, en su obra «El Secretario del Rey», nos dice con orgullo que «el gobierno superior de esta Monarquía está con admirable traza en doce Consejos dividido y distribuídos los negocios por reinos y materias diferentes.»

En Alemania, los negocios públicos se despachan en la Cámara del Príncipe, que estudia detenidamente todos los problemas. Y los hombres de Ciencia allí reunidos elaboran las Ciencias Camerales, entre ellas la Ciencia de la policía, que tiene este nombre por el del Estado de la época. En realidad viene a ser una teoría de la prudencia política y constituye el antecedente inmediato de la Ciencia de la Administración fundada por Mohl.

Y ¿cómo concibe la Ciencia de la policía, la actividad administrativa?

Pues, como no podía menos de concebirla, como una actividad enteramente discrecional.

Veamos algunos autores, según la noticia que de ellos nos da Jordana de Pozas, en una interesante conferencia que pronunció en 1943.

Uno de los más notables es Juan Enrique Gottelob von Justi, Comisario General de Policía del Ducado de Brunswik, a quien Federico el Grande nombró Administrador de Minas en 1765 y fué luego encarcelado, por causa de un desfalco, en la prisión de Küstrin, donde murió en 1771.

Sus «Elementos de Ciencia de la Policía» aparecieron en Gotinga en 1758, obra que un cuarto de siglo más tarde tradujo Puig y Gelabert de la versión francesa al castellano.

Para von Justi, el objeto de la Policía es afirmar y aumentar el poder del Estado. Concibe la Administración como una actividad ilimitada, paternalista e inspirada en un sentido hedonístico.

Como idea dominante, la nota que destaca en la acción administrativa es la discrecionalidad. La Administración pública posee un fuerte poder discrecional que caracteriza los «asuntos de policía» frente a los «asuntos de justicia», propios de los Tribunales, cuyas decisiones van ligadas al precepto legal.

La misma doctrina se encuentra en otro célebre «Tratado de la Policía», de De la Mare, publicado en París en 1718 y traducido al español por Valeriola, bajo el título «Tratado de policía sacado de los mejores autores que han escrito sobre este objeto», Valencia 1798, que en realidad sólo está sacada de De la Mare.

De todas las obras de Ciencia de la policía aparecidas en España, la más original son las «Cartas sobre la Policía», de Valentín Foronda, impresas en Madrid en 1801. Aunque su doctrina se inspira también en fuentes extranjeras, con todo, su libro no es una traducción y contiene ideas de interés.

Su ideología revolucionaria le originó un proceso que terminó en prisión por reimprimir, precisamente en La Coruña, una carta que primero apareció en Filadelfia, sobre «La venta de las Américas o lo que debe hacer un Príncipe que tenga colonias a gran distancia».

(Un dato curioso, relativo a Foronda, es que publicó una serie de opúsculos para divulgar el descubrimiento del wolfran, ocurrido en Vergara en 1770).

Este, como todos los autores de Ciencia de la policía, concibe

la Administración como actividad discrecional, si bien en él ya se advierte una protesta contra la excesiva amplitud de fines que la Administración persigue, al propugnar, en contra de la generalidad de la doctrina, una disminución del intervencionismo, alzando el grito contra el «Regidorismo», sistema que, según su expresión, «facilita a los que gobiernan, a los escribanos, a los alguaciles, medios seguros de robar al público».

Sin embargo, en el período de la policía apenas se vislumbra la posibilidad de coartar la absoluta discrecionalidad administrativa y someter el Estado al Derecho.

El centro de gravedad de la Administración—dice Pi y Suñer—está en los dirigentes. Sólo en el siglo XVIII, tratará de pasarlo a los administrados la escuela del Derecho Natural al preocuparse de sus libertades contra la omnipotencia del Estado.

La Declaración francesa de 1789 encuentra su eco en Alemania en el Derecho Territorial prusiano de 1794. Sólo a partir de este momento empezó a crearse el Derecho Administrativo y la moderna ciencia de la Administración, más en la práctica que en la teoría, más bien realizando grandes reformas que perorando y escribiendo sobre sus ventajas.

Al terminar aquella espantosa conmoción, al caer de su eminente altura el hombre colosal que la contuvo, dejó a Francia el legado inapreciable de una Administración organizada con un cuerpo de leyes y reglamentos que permitieron el nacimiento de una nueva y verdadera ciencia jurídica.

El siglo XIX ofrece el proceso de ir haciendo jurídico el obrar de la Administración, a base del acto administrativo—por vez primera lo concibe Merlin—y de «jurisdiccionalizar» la Administración, es decir, convertirla en juez, en defensa del Derecho violado por ella misma, para más tarde crear verdaderas jurisdicciones o Tribunales que enjuicien la actividad de la Administración y la rectifiquen cuando infrinja el Derecho establecido.

Veamos con algún detenimiento esta evolución, que se realiza bajo el signo de la distinción entre el reglado y lo discrecional y que condiciona el proceso de formación del Derecho Administrativo.

En Francia, el triunfo de las ideas revolucionarias, consagró

el principio de que la ley—expresión de la voluntad general—debe imperar en todo, incluso en la vida administrativa (principio de la legalidad de la Administración).

Este principio, de trascendencia indudable, ha sido objeto, en su alcance, de distintas interpretaciones. Los revolucionarios de la primera hora exigieron una sumisión absoluta a la ley, que más bien era absorción por ésta de toda otra actividad del Estado. Se sustrajo a los órganos administrativos la materia que ordinariamente tiene encomendada y la ley cuidó incluso de fijar el número de botones que debían llevar los uniformes, y de caballos, los carruajes.

Al lado de estas exageraciones, el principio envuelve un germen fecundo: la libertad se hace jurídica. La Administración se somete a la ley—al igual que el individuo—y entonces su libertad, su discrecionalidad, es también jurídica. El Derecho ya no regula tan sólo relaciones privadas, entre ciudadanos, sino que ordena también la actividad administrativa: la Administración, lo mismo que los particulares, deberá respetar el Derecho, usar de sus facultades sin perjuicio de las que se reconocen a los demás sujetos de derecho. Las facultades de la Administración han de estar necesariamente reconocidas por la ley, pues de lo contrario su actividad sería ilegítima.

Pero esto no quiere decir que la Administración se reduzca al cumplimiento de la ley. Una cosa es que la Administración esté sometida a la ley y otra cosa es que lo único que tenga que hacer sea ejecutar la ley. La actividad administrativa no tiene por fin realizar el Derecho, sino cuidar los intereses públicos. El Derecho sólo le sirve de límite exterior para que no invada otras esferas de libertad.

Las exigencias de la vida real, que escapan a las mallas de la ley, obligaron a la Administración a sustraerse a la soberanía legal y obrar por su cuenta. Es el triunfo de la discrecionalidad. La propia Administración es quien determina los fines de interés general que tiene que cumplir. La Administración se halla, pues, ante el Derecho en la misma situación que los particulares, que deben acomodarse al Derecho, obrar jurídicamente, pero no ejecutar, realizar el Derecho. La Administración

cuando actúa lo hace, no para ejecutar la ley, sino para satisfacer los intereses generales: como yo compro una casa porque me interesa y no para darme el gusto de cumplir determinados artículos del Código Civil.

Existe en Francia ausencia absoluta de fiscalización jurisdiccional por cuanto, a partir de la ley de 16 del fructidor del año III, cesó la antigua intromisión de los Parlamentos judiciales en la Administración, al consagrarse el principio de separación de poderes, que respetó después la célebre Constitución administrativa francesa de 28 pluvioso del año VIII. La actividad administrativa sólo quedó sujeta a la fiscalización parlamentaria jerárquica.

Cuando los administrados, ante los atropellos que sufren por parte de los funcionarios, reclaman protección jurisdiccional, se les concede primero un recurso con el sistema de la justicia retenida, que después se hace delegada, pero excluyendo la materia discrecional. Sólo se puede recurrir si existe una lesión de derechos subjetivos: en otro caso no cabe más recurso que el jerárquico (actos no contenciosos o de pura administración).

También en Italia, a raíz de la influencia napoleónica, la actividad administrativa cae fuera de la fiscalización de los Tribunales. A éstos sólo compete la declaración de los derechos civiles. Los derechos administrativos son objeto del recurso contencioso—se excluye, por lo tanto, la materia discrecional—, y los simples intereses se ventilan ante la propia Administración. En 1865, al suprimirse los Tribunales contencioso-administrativos, queda también lo discrecional, como antes, fuera de la jurisdicción de los Tribunales ordinarios.

Esta es la idea que de la Administración tienen Bahr, Stahl, von Stein, Gneist, Gierke, Karl, von Stengel, etc., y los autores franceses e italianos del siglo XIX.

Pero el principio de la legalidad de la Administración que originariamente se traduce en un límite exterior, determina después un movimiento de invasión legal sobre el campo administrativo, pues se teme que con la simple limitación externa de la actividad de la Administración no estén suficientemente protegidas las libertades individuales. Como consecuencia de esto se

afirma que la Administración no puede elegir discrecionalmente sus fines, sino que sólo debe hacer aquello que la ley le señale. La ley marca entonces los fines de la actividad administrativa.

Sin embargo, como es imposible prefijar todos los fines concretos de la actividad administrativa, quedan algunos por determinar, constituyendo el campo de la actividad discrecional. Así, por ejemplo, el artículo 102 de la ley de 1935, al señalar las materias propias de la competencia municipal, enumera una serie de fines relativos a la ejecución de obras y servicios, pero como no puede agotarlos todos termina en el apartado i) con estas palabras: «Y cualesquiera otras obras y servicios que guarden similitud con los citados y complementen la vida ciudadana». Ya tenemos aquí los fines indeterminados, y por lo tanto, la puerta abierta a la discrecionalidad de la Administración en el señalamiento de los fines de su propia actividad.

A diferencia de lo que ocurre con la actividad jurisdiccional—de *juris dicere*: declarar o realizar el derecho; el juez es la *viva vox legis*—en la actividad administrativa, los actos reglados constituyen la excepción; la Administración por regla general, se mueve dentro de la esfera de su libertad, sobre todo en sus relaciones internas.

Al ir aumentando la esfera de la legislación, se regula cada vez más la actividad administrativa y así, como dice Georg Jellinek, mientras la actividad legislativa y la de gobierno son fundamentalmente libres, la actividad administrativa tiene, junto a elementos libres, otros vinculados. También Otto Mayer, al distinguir el Gobierno de la Administración, sitúa al primero, junto con la legislación, fuera del ordenamiento jurídico, y, en cambio, a la Administración la caracteriza como actividad ejecutiva de la ley, y advierte que la dependencia de la Administración respecto de la ley no es siempre la misma: en unos casos es absoluta (actividad reglada); en otros, aun cuando la ley le señala los fines, puede apreciar las circunstancias, y tenemos la discrecionalidad ligada (*gebunden Ermessen*); por último, a veces, ni siquiera los fines están señalados, y hay discrecionalidad libre (*freies Ermessen*). Desde luego, la discrecionalidad no

existe cuando se trata de libertades individuales y otras materias de carácter fundamental para el orden jurídico.

Del mismo modo se expresa Fleiner.

Pero la invasión legislativa fué progresando. Más tarde, la ley no se limita a proteger los derechos fundamentales, sino que asume la dirección de toda la actividad administrativa, instaurándose nuevamente en toda su pureza el sistema democrático-legalista y perdiendo la Administración su antiguo carácter autocrático. La ley no protege sólo los derechos subjetivos, sino también los intereses más débiles o más insignificantes, pudiéndose recurrir contra la Administración sin que exista un derecho subjetivo agraviado: cualquiera puede ir contra la Administración para que se someta a la ley. Y es que la ley se considera *ratio* y no *voluntas*, y por tanto puede y debe aplicarse en todo caso, mediante la interpretación; y los órganos jurisdiccionales pueden siempre fiscalizar esta aplicación de la ley.

El número de los derechos subjetivos ha aumentado tan extraordinariamente que es de presumir su existencia siempre que hay un precepto legal. Las leyes se presumen leyes materiales, que definen y garantizan los intereses de los particulares, a quienes otorgan derechos subjetivos y que excluyen la discrecionalidad administrativa. De aquí, según Tezner, el carácter jurídico de los preceptos legales, aunque sean abstractos y susceptibles de cierta apreciación, y de aquí también, que dicha apreciación sea labor jurídica y pueda ser fiscalizada por el Juez.

Donde hay ley material hay derechos subjetivos. Solamente cuando se trate de intereses generales, no individuales, dejará de haber derechos subjetivos y el funcionario tendrá facultades discrecionales, que deberá usar con arreglo a la ley de la más racional administración y obedeciendo a fines de interés público.

También Bühler deriva la discrecionalidad de la existencia de *normas no vinculantes* (que no son verdaderas normas jurídicas, pues no crean derechos subjetivos). Ante ellas, la Administración puede moverse sin necesidad de autorización ni fundamento legal, obrando del modo que juzgue mejor para el cumplimiento de los fines del Estado. En cambio, frente a las

normas jurídicas en sentido propio, la Administración queda vinculada.

Laun, en su célebre monografía «La discrecionalidad y su fundamento», publicada en 1910, y en otros trabajos posteriores, se aparta del anterior criterio, afirmando que la existencia de un poder reglado es independiente de la del derecho subjetivo. La actividad administrativa puede estar regulada por una norma que no establezca derechos en favor de nadie y entonces no habrá discrecionalidad a pesar de que tampoco existan derechos subjetivos.

Partiendo de la distinción entre normas categóricas y disyuntivas, afirma que la discrecionalidad aparece cuando la Administración se encuentra ante una norma que contenga un precepto disyuntivo, es decir, que permita varias salidas.

Ejemplo de norma categórica: «Las obras municipales se ejecutarán siempre con arreglo a los correspondientes proyectos y presupuesto previamente aprobados por el Ayuntamiento». No hay más que una salida: antes de ejecutar una obra es preciso tener aprobado el proyecto y el presupuesto.

Ejemplo de norma disyuntiva: artículo 113 de la Ley Municipal: «Los Ayuntamientos fomentarán la construcción de casas baratas y con tal fin... podrán: arrendar, vender..., ceder... terrenos..., para edificar viviendas baratas, construirlas por su cuenta, adquirir terrenos, emitir empréstitos especiales, etcétera». Aquí tenemos varias salidas y una puerta abierta a la discrecionalidad de la Administración para elegir la que le parezca mejor o las que le parezcan mejores, según los casos y circunstancias. No tenemos aquí la discrecionalidad más amplia de poder elegir los fines, sino el resquicio de discrecionalidad que queda cuando el fin se determina en una norma disyuntiva. En nuestro caso el fin está señalado: «fomentar la construcción de casas baratas», pero se admiten varios caminos para llegar al mismo, se concede un margen de discrecionalidad.

Interesa subrayar cómo a lo largo de la evolución que contemplamos, la idea de discrecionalidad ha ido caminando desde un campo exterior a la ley, al seno de la misma.

La discrecionalidad, en los últimos autores considerados, ya

no supone ausencia de normas, sino que más bien las presupone. Lo discrecional no es lo no reglado, sino lo reglado de un modo impreciso, con margen para la libre apreciación. Pero en último término, la discrecionalidad arranca y se apoya en una norma. Esta nueva concepción la expone aún más claramente Herrnritt cuando dice que el poder discrecional es la *autorización contenida en una norma jurídica para ejecutarla* según la *propia* concepción de los fines generales del Estado. La discrecionalidad es, pues, un episodio de la aplicación de las normas. De aquí que no exista verdadera oposición (cualitativa) entre poder reglado y poder discrecional. La actividad administrativa está siempre presidida, o mejor, dirigida por normas jurídicas, y el poder discrecional y reglado no son más que las vías de realización, los modos de llevar a cabo, según las circunstancias exigen, la ejecución de la ley.

La actividad administrativa consiste simplemente en ejecutar y aplicar la ley (con todo lo que de emocional y creador supone esta función). No queda ningún campo libre a la actividad administrativa, ni siquiera dentro de los límites legales, pues la ley, como hemos dicho, ya no es sólo la norma que delimita y protege las esferas de libertad individual (concepto material), sino toda norma emanada del órgano legislativo que ha de ser aplicada por los órganos ejecutivos (concepto formal), y por tanto, no sólo los actos administrativos que rocen aquellas esferas de libertad requieren la previa autorización legal, sino *todos* los actos administrativos (Merkl).

Tras la evolución a que se ha hecho referencia y cuando el individuo se hallaba plenamente protegido contra los abusos del Estado por haber quedado reducida la Administración a una simple ejecución de la ley por vía de silogismo, se produjeron en la vida social nuevas transformaciones que obligaron a un cambio radical en la postura del individuo frente a la comunidad. El Derecho individualista, con su delimitación rígida de las esferas de libertad, pugnaba con las exigencias sociales e ideológicas de una época enmarañada por conflictos de intereses nacidos de una vida económica y política mucho más intensa, que provocó el intervencionismo del Estado. El Estado sigue

siendo Estado de Derecho, pero no con el contenido ideológico del individualismo, sino con un contenido mucho más amplio, es un Estado formalmente legal, que realiza sus fines en forma y por medios jurídicos, pero que ya no se limita a los fines jurídicos sino que alcanza también los relativos al bienestar social.

La Administración multiplica su actividad y las leyes ya no pueden regularla al detalle, y tiene que dotar de discrecionalidad a los órganos ejecutivos para que suplan la impotencia del legislador, para que lleguen en la previsión de lo concreto a donde el legislador no puede llegar.

Y así aparece la discrecionalidad como autonomía concedida a los órganos encargados de aplicar la ley, con un margen mayor o menor, según el grado de indeterminación del precepto legal. La ley señala las directrices, pero su desarrollo corresponde a la Administración, porque la ley es especulativa mientras que la Administración está más cerca de la realidad de la vida. Y cuando estamos en el terreno de la práctica no se puede especular.

De aquí que la ley, en los tiempos actuales de intervencionismo administrativo, haya tenido que iniciar una retirada, replegarse del campo de la Administración, declarándose incompetente para resolver minuciosamente los múltiples problemas que ofrece la vida administrativa, dando paso a un nuevo florecimiento de la actividad discrecional de la Administración.

La ley tiene que limitarse muchas veces a recoger conceptos indeterminados, cláusulas generales, «Blankettbegriffe», ante los cuales surge la discrecionalidad. Pero esta discrecionalidad tiene nuevas características. No es la discrecionalidad antigua, que se daba en defecto de norma jurídica. Cuando la ley se repliega, después de haber invadido el campo de la Administración, no se retira de un modo absoluto, sino que conserva las plazas fuertes. La ley da las reglas generales a que tiene que someterse la Administración y simplemente concede discrecionalidad cuando no puede ir más allá en su regulación, cuando se encuentra con la frondosidad exuberante de la vida administrativa moderna, verdadera selva virgen, donde no puede entrar el grueso de las fuerzas legislativas.

Ha habido, pues, un desplazamiento en la discrecionalidad. Antes se movía al margen de la ley. Ahora es una libre apreciación de la ley, y por lo mismo, se apoya siempre en una ley. No se encuentra al margen de la ley, sino dentro de ella. Pero esta ley no esclaviza a la Administración, no desciende al detalle, como la de los revolucionarios franceses, sino que deja la apreciación de estos detalles a los órganos administrativos.

Tal es la posición del «modernismo jurídico». De acuerdo con sus principios, Zitelmann señala que hay poder discrecional cuando la Administración se encuentra con varias posibilidades de acto jurídico, es decir, cuando tiene que poner en juego el elemento arte, elemento no teórico y racional, sino práctico.

De modo parecido opina Bernatzik, para quien la discrecionalidad consiste en la apreciación subjetiva que el funcionario tiene que realizar cuando se encuentra frente a conceptos normativos imprecisos. Dicha apreciación o discrecionalidad podrá fiscalizarse, pero hasta un cierto límite puesto que en muchos casos está condicionada por juicios de orden técnico, que sólo los peritos pueden decidir. Y cuando se trata del interés público es a la Administración a quien toca resolver, por ser el «perito del interés público». Ante juicios de carácter práctico, la ley queda en una prudente reserva y establece sólo un concepto de valor, dejando su apreciación a la Administración.

Una ley dice, por ejemplo, que el Ayuntamiento podrá acordar el derribo de aquellos edificios que perjudiquen las perspectivas artísticas de la población. Para aplicar esta ley habrá que hacer necesariamente un juicio de valor sobre lo que es una perspectiva artística, que la ley no contiene y que queda a la discrecionalidad de la Administración, que deberá decidir sobre el terreno. Los ejemplos podrían multiplicarse.

Mención aparte merece la doctrina normativista iniciada por Kelsen y desarrollada en el campo del Derecho Administrativo por Merkl. Según ellos, una actividad del Estado jurídicamente irrelevante sería una *contradictio in adjecto*, puesto que el Estado se confunde con el Derecho.

El Derecho se forma gradualmente, a partir de la norma soberana y cada grado inferior está determinado por el superior

pero tiene un contenido más concreto. En esta diferencia de contenido radica el poder discrecional que presupone, por tanto, la sumisión a la voluntad del legislador; la ley no es sólo *condictio sine qua non*, sino *condictio per quam* de la discrecionalidad.

También los autores franceses registran el fenómeno del auge de la legislación administrativa y precisamente a este aumento cuantitativo de las leyes atribuyen el que hayan perdido en intensidad y que en ellas se deje un margen para su libre interpretación.

Como dice Bonnard, la ley se incorpora a la moralidad, tiende a moralizar la Administración. Ya no hay actos discrecionales, en el sentido de actos de pura administración, pero en todos los actos administrativos cabe la discrecionalidad como margen de libre apreciación de sus motivos. Y esta discrecionalidad queda excluida de la fiscalización jurisdiccional aún después de haberse hecho objetivo el recurso. También Reglade afirma que sólo puede fiscalizarse la existencia material y la corrección jurídica de los motivos, pero no su oportunidad.

La expresión «poder discrecional» es poco grata a Duguit, si bien reconoce que el funcionario es quien debe juzgar de la oportunidad de sus actos y que al ejercicio de este juicio de oportunidad se le designa de aquel modo. Niega que exista discrecionalidad para elegir los fines, pues esto sería arbitrariedad.

De mayor interés es la doctrina de Hauriou, según la cual, la Administración es esencialmente autónoma puesto que es poder: poder público encuadrado en una organización y sometido a la idea del bien común (concepto institucional de la Administración). Ahora bien, como es preciso heterolimitar este poder (limitarlo desde fuera), se le somete a la ley, pero no totalmente. A diferencia de los normativistas, no admite que la Administración está animada por una voluntad interna legal, sino por una voluntad ejecutiva libre, sometida a la ley como a un poder exterior. A la Administración compete pronunciarse por la acción o la abstención, escoger el momento de obrar y apreciar los elementos de su decisión. La ley no es más que un límite externo de la actividad administrativa.

Pero hay otros límites de la discrecionalidad: los resultan-

tes de la idea institucional (elemento espiritual interno). La idea del bien del servicio público ha de ser la directriz de la actividad administrativa, que si obedece a otros móviles incurre en el vicio de desviación de poder. La Administración no puede renegar de la idea del bien común que le sirve de alma. Sin embargo, no puede otorgarse de plano a los tribunales competencia para fiscalizar los móviles subjetivos de la actividad administrativa, porque según Hauriou y en contra del parecer de Bonnard, en principio, la Administración no está obligada a motivar sus decisiones. (Yo, en cambio, en esto doy la razón a Bonnard.)

André Hauriou, en un interesante artículo sobre «Le pouvoir discretionnaire et sa justification» (publicado en «Mélanges Carré de Malberg», 1933), parte también del principio de que la Administración tiene normalmente independencia para precisar las medidas que exigen las situaciones de hecho, siendo, en cambio, reglados el análisis y la calificación de dichas situaciones de hecho.

La fiscalización jurisdiccional no anula la discrecionalidad de la Administración, puesto que el Juez sólo puede comprobar los límites establecidos por la norma jurídica, pero no crearlos. Combate la posición normativista que considera el poder discrecional como un episodio de las relaciones entre las normas jurídicas cuando en realidad es un episodio de las relaciones que se establecen entre las normas y los sujetos de derecho. La iniciativa y la actividad jurídica corresponden a los individuos y las normas son únicamente los límites, las restricciones impuestas a su libertad y autonomía. El poder discrecional de la Administración es, pues, la parte de iniciativa e independencia jurídica que no le ha sido limitada por la ley y como el paralelo en Derecho público del principio de la autonomía de la voluntad en Derecho privado y de la soberanía de los Estados en el campo del Derecho Internacional.

La Administración está compuesta de instituciones que acometen, por cuenta del Estado y de los administrados, la empresa del orden y de la utilidad pública y en la dirección de esta empresa se necesita un cierto margen de iniciativa y de inde-

pendencia, esto es, de discrecionalidad. ¡He aquí su fundamento!

Ahora bien, mientras en Derecho privado los sujetos de derecho pueden determinar el carácter de la empresa a que se consagran, en Derecho Administrativo, en cambio, las instituciones administrativas se hallan sometidas a una idea y a una finalidad precisas: la del interés público. Y por lo tanto, mientras la autonomía individual sólo se halla limitada por la ley, la discrecionalidad administrativa está sometida, además, a las directrices internas que nacen de su naturaleza institucional. Por eso, a medida que la Administración va estando animada por una voluntad de interés público, el poder discrecional queda progresivamente limitado, bien sea por la ley, bien, sobre todo, por la propia Administración, procediendo por autolimitación. Sin embargo, aun cuando no existan actos plenamente discrecionales siempre subsistirá un cierto margen de discrecionalidad porque la noción de interés público no es absoluta y definitiva y ha de determinarse gradualmente por la propia Administración.

Para terminar con la referencia a la doctrina extranjera, diremos solamente que también en los países anglosajones se habla de discrecionalidad aunque con distinto alcance, pues se la circunscribe a los actos de gobierno. Según Lasky, «discretionary Power» es el que se confiere a una autoridad ejecutiva, en cuestiones de fondo, de procedimiento o ambas a la vez, que puede ejercerse libremente, según se juzgue oportuno. Señala el gran desarrollo que ha experimentado, a partir de 1915, a expensas del poder legislativo, como consecuencia de la extensión de las funciones de gobierno después del tránsito del Estado negativo del siglo pasado al Estado positivo de hoy. Sería erróneo encerrar la dinámica social, en el lecho de Procasto de unos principios legales estáticos. La discrecionalidad se impone. Pero encierra serios peligros. Es preciso determinar exactamente el objetivo que debe perseguir. Hay que sentar la primacía del poder legislativo, del cual deriva la competencia del ejecutivo, y por tanto, habrá de asegurar que éste no se exceda de los límites de la delegación recibida, y que el poder legislati-

vo esté en todo momento informado del uso que de ella se haga. Para esto propugna Lasky el nombramiento de unas comisiones fiscalizadoras, puesto que los tribunales ordinarios no son los más competentes cuando entran en juego elementos políticos como factores determinantes del ejercicio de la discrecionalidad.

L. LÓPEZ RODÓ