

El control judicial de la potestad discrecional de la administración pública en Cuba¹

Judicial Control of the Discretionary Power of Public Administration in Cuba

Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration publique à Cuba

Benjamín Marcheco Acuña²

Resumen

La potestad discrecional de la Administración Pública y el control de su ejercicio por los órganos judiciales es uno de los temas clásicos del Derecho Administrativo. En el presente trabajo se analizan brevemente los aspectos teóricos relacionados con el uso que hace la Administración de sus potestades discrecionales y el control que de las mismas pueden hacer los tribunales, las técnicas puestas a su disposición y su manifestación en el ordenamiento jurídico cubano. Con este artículo se busca propiciar, en la realidad jurídica cubana, un replanteamiento de los criterios que todavía hoy conciben a la discrecionalidad como un poder absoluto, libre de cualquier posible fiscalización o corrección externa y exento de justificación; dichos criterios contradicen la verdadera esencia de ese poder discrecional.

Palabras clave: administración, discrecionalidad, control judicial, contencioso administrativo, acto administrativo.

1 Este trabajo es el resultado parcial de las investigaciones que realiza el autor, dentro de un proyecto más amplio sobre el mismo tema que deberá concluir con la elaboración de la tesis en opción al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas, inscrita en la Universidad de Oriente, de Santiago de Cuba.

2 Licenciado en Derecho. Universidad de Oriente, Cuba. Diplomado en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de Oriente, 2008. Profesor Adjunto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Cuba. Correo electrónico: benjamin@tsociales.co.cu, benjaminmarcheco@yahoo.es

Este artículo fue recibido el día 3 de marzo de 2009 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria No. 9 del 24 de junio de 2009.

Abstract

The discretionary power of Public Administration and the control of its use by the judges are one of the classic issues of Administrative Law. This paper briefly discusses the theoretical aspects related to the use of the Administration's discretionary powers and their control by the judges, as well as the techniques available to do this control, and the manifestation of those powers in the Cuban legal system. This article has been written in order to foster a rethinking on the Cuban legal reality, whose criteria still look at discretion as an absolute power, free from any control or correction from the outside, which contradicts the very essence of that discretionary power.

Key words: administration, discretion, judicial control, contentious administrative, administrative act.

Résumé

Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration Publique et le contrôle exercé par les Tribunaux constituent l'un des thèmes essentiels du droit administratif. Dans cette étude, nous analysons brièvement les aspects théoriques qui concernent l'usage du pouvoir discrétionnaire de la part de l'Administration ; le contrôle qu'exercent les Tribunaux dans cette administration et les techniques mises à leur disposition aussi bien que la manière dont ce pouvoir ressort dans le système juridique cubain. Ceci dans le but de réviser au sein du contexte juridique cubain actuel les critères qui guident encore aujourd'hui le pouvoir discrétionnaire sans aucun devoir de justification en tant que pouvoir absolu, dégagé de toute contrôle, ce qui contredit l'essence même de ce pouvoir discrétionnaire.

Mots Clés: administration, discrétion, révision judiciaire, contentieux administrative, acte administratif.

Sumario

Introducción. I. Potestad reglada y potestad discrecional de la administración Pública. II. El control judicial de la potestad discrecional. III. Las técnicas de control de la discrecionalidad. Conclusiones.

Introducción

El ideal de justicia encarnado en los distintos textos constitucionales a partir del surgimiento del Estado burgués, hacia finales del siglo XVIII, ha impuesto como principio esencial del Estado de Derecho la exigencia del control de la actuación de los órganos administrativos por órganos independientes de la actividad administrativa³. En tal sentido, el control ejercido por la jurisdicción administrativa

3 La jurisdicción contencioso-administrativa, es una concepción y creación del derecho francés, originado con la Revolución Francesa de 1789 y producto de una evolución progresiva que la fue consolidando. Con la Revolución se produjo una circunstancia histórica que se convirtió en el fundamento de la jurisdicción administrativa —y del mismo derecho administrativo— y que fue la desconfianza de los hombres de la Revolución hacia los Tribunales o Parlamentos Judiciales por cuanto en la etapa previa estos administradores de justicia se habían convertido en un obstáculo en la aplicación de la política del Rey, pues idearon mecanismos para no aplicar sus decisiones cuando las consideraban improcedentes; por lo cual, temían que los jueces de la época posrevolucionaria aplicaran la misma estrategia cuando estuvieran en desacuerdo con las decisiones de los gobernantes. Para evitarlo, adoptaron la decisión de prohibir a los jueces inmiscuirse en los asuntos de la Administración, (principio que fue llevado a rango constitucional, en la Constitución de 1791. Título III. Cap. V. artículo 3º) con lo cual, en la práctica, esta última quedaba sin control, situación que afectaba gravemente la concepción del Estado de Derecho en la medida de que el principio de sometimiento a la ley quedaba en realidad como un simple postulado teórico, sin significado práctico.

Para resolver esta contradicción, se ideó el mecanismo de *administración-juez*, mediante el cual las reclamaciones eran resueltas por el Ejecutivo, lo que fue completado con la creación del Consejo de Estado, órgano asesor del Ejecutivo en asuntos administrativos, que entre sus funciones tenía la de estudiar las reclamaciones presentadas por los ciudadanos y proponer su solución. El Consejo de Estado fue consolidando un prestigio en su labor de administrar justicia en materia administrativa, al punto que en él se fue depositando la confianza para decidir los asuntos puestos a su consideración. Luego, la Ley de 24 de mayo de 1872 le reconoció carácter jurisdiccional.

Por esa misma época se produce uno de los hitos más importantes en la formación del Derecho Administrativo, con el famoso fallo *Blanco* emitido por el Tribunal de Conflictos en 1873, en el que se consagró, si bien no por primera vez ni como principio general, pero sí de manera más clara y expresa, el principio consistente en que la actividad de la Administración debe regirse por normas y principios especiales a los aplicables a las relaciones entre particulares, es decir, que asentó el principio de la autonomía de la rama

ha sido considerado como un mecanismo eficaz para garantizar el sometimiento de la Administración a la legalidad y atenuar así su posición hegemónica como poder público encargado de administrar a los individuos que integran la sociedad y por ende, el instrumento más efectivo para la protección de los derechos e intereses legítimos de éstos frente a aquella; efectividad que no sólo se circunscribe al plano de los derechos individuales, sino que extiende su valor como mecanismo de garantía también del interés público. En otras palabras, lo que justifica la existencia de la jurisdicción contencioso- administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al Derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponden. Sin embargo, en relación con el control de las potestades discrecionales de que goza, el tema siempre ha resultado controvertido. Numerosas han sido las discusiones doctrinales alrededor de la conveniencia o no del control por los jueces de las facultades discrecionales de la Administración. Unos en defensa de la libertad de que debe gozar ésta para tomar determinadas decisiones necesarias para satisfacer las necesidades generales, otros esgrimiendo la necesidad de que se asegure el estricto sometimiento del poder público a la legalidad. En el presente trabajo se analizan brevemente los aspectos teóricos relacionados con el uso por la Administración de sus potestades discrecionales y el control que de las mismas pueden hacer los tribunales, las técnicas puestas a su disposición y su manifestación en el ordenamiento jurídico cubano. Se busca, con este artículo, propiciar un replanteamiento en nuestra realidad jurídica de los criterios que todavía hoy conciben a la discrecionalidad como un poder absoluto, libre de cualquier posible fiscalización o corrección externa y exento de justificación, los cuales contradicen la verdadera esencia de ese poder discrecional.

I. Potestad reglada y potestad discrecional de la administración pública

La atribución de potestades a la Administración por el ordenamiento jurídico puede hacerse de dos maneras. Por una parte, mediante la determinación por la

administrativa, e igualmente afirmó la autonomía del Consejo de Estado de Francia para administrar justicia en forma independiente, así como la independencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Con esa misma filosofía se fue reconociendo esa independencia en otros países del continente europeo, aunque es obvio con las particularidades propias impusieron las necesidades y conveniencias de cada uno.

ley en forma precisa y completa de todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de manera que cree un supuesto legal concreto y una potestad aplicable al mismo, también definida en todos sus términos y consecuencias. En este caso se está ante el ejercicio de una *potestad reglada*. Por otra parte, definiendo la ley algunas de las condiciones de ejercicio de la potestad y remitiendo a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones, ya sea en cuanto a la integración última del supuesto de hecho, o en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable, o bien de ambos elementos. Estos supuestos se refieren a la *potestad discrecional*. En el primer caso, la ley preestablece qué es lo conveniente al interés público; en tal caso la autoridad administrativa no tiene otra opción que cumplir con lo prescrito y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no tiene ella libertad de elegir entre más de una decisión. En el segundo caso, la ley difiere en el órgano administrativo la apreciación subjetiva de la oportunidad o conveniencia del acto a los intereses públicos; ella no predetermina totalmente cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, “sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia” (Gordillo, A., 2003, p. X-11).

Esta estimación subjetiva de la Administración que comporta la discrecionalidad, como bien señalan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2006):

...no es una facultad extralegal, que surja de un supuesto poder originario de la Administración, anterior o marginal al Derecho; es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter”. (p. 459)

No existe un ordenamiento jurídico que autorice a un funcionario a hacer absolutamente cualquier cosa, sin limitación alguna; siempre existirá una norma o principio que le fije de antemano ciertos límites a los que tendrá que ajustar su actuación.

Por tales razones y contrario a lo que opina el Tribunal Supremo cubano, el que a través de su Consejo de Gobierno, en el Dictamen No. 284 de 29 de fe-

brero de 1988 declara que la potestad discrecional “consiste en la libre decisión, sin sujeción a norma alguna, del órgano que la disfruta”; la discrecionalidad no es un supuesto de libertad absoluta de la Administración frente a la norma, sino que en ella se fija “un ámbito de acción y la facultad de elegir entre varias formas posibles de comportamiento, dentro de los límites jurídicos enmarcados en la norma” (Garcini, 1986, p. 115).

La discrecionalidad constituye, al decir de García de Enterría y Fernández (2006), un caso típico de remisión legal:

(...) la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo. (...) No hay, pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto. (p. 460)

II. El control judicial de la potestad discrecional

La doctrina más tradicional ha coincidido en afirmar que, siendo el contencioso administrativo un procedimiento de control de la legalidad de los actos de los órganos administrativos, no es acertado someter a este control las decisiones que tomen los funcionarios públicos en el ejercicio de la potestad discrecional, es decir, aquellas decisiones que, enmarcadas en la ley, tengan un margen de discrecionalidad que permita a la autoridad decidir entre dos o más alternativas igualmente justas, en miras del interés público, cuando la ley le otorga esta libertad parcial. Dicha posición se fundamenta ciertamente en que, en la actuación discrecional *estrictamente considerada*, el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración un poder de decisión propio y exclusivo que responde a criterios extrajurídicos: la Administración puede actuar o no y, si decide hacerlo, elegir cualquiera de las opciones posibles, pues todas ellas son igualmente legítimas.

En las actuaciones discrecionales, por definición, la ley no regula completamente las condiciones de ejercicio de la potestad, remitiendo las mismas a la apreciación de la propia Administración conforme a criterios de oportunidad y, por tanto, se distinguen de los actos reglados en que implican una facultad de opción entre dos

o más soluciones igualmente válidas, según la ley. Existen situaciones en que son posibles varias soluciones de índole sustancialmente igual en cuanto a la justicia y procedencia de las mismas y claro es, que en uno de estos supuestos la decisión administrativa no puede ser sustituida por la judicial.

El control que realizan los tribunales es de legalidad, no de oportunidad, porque la función de juzgar que constitucionalmente tienen asignada consiste única y exclusivamente en la aplicación (previa la interpretación en su caso) del Derecho al caso concreto. Los jueces no resuelven los conflictos aplicando otro tipo de criterios (de oportunidad) y, por eso, permitir su control supondría sustituir la discrecionalidad administrativa por la judicial. Ello conllevaría, en definitiva, a convertir al órgano judicial en un ente administrativo que sustituiría a la Administración en la solución de los problemas propios de ésta, lo cual sería contradictorio con el principio de separación de funciones sobre el que erige el Estado moderno.

Ahora bien, una adecuada tarea de control o fiscalización de la actividad de la Administración Pública por parte del juez implica que éste analice cada caso concreto, para determinar si efectivamente se encuentra frente a un acto dictado en ejercicio de una potestad discrecional típica y, por tanto, excluida de revisión judicial o si, por el contrario, existen otros elementos en la actuación administrativa que puedan ser justiciables, puesto que la existencia de una facultad discrecional no debe coartar en absoluto la facultad de los órganos judiciales para extender su control sobre los actos en los que se ejercita, hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración a la legalidad, mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad.

Ahora, contrario a este planteamiento, nuestro ordenamiento jurídico limita esta posibilidad. La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (No. 7 de 1977) excluye del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa el ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración, disponiendo expresamente que la acción que se dirija contra el acto administrativo que contenga el ejercicio una facultad de esta naturaleza, es presupuesto de inadmisibilidad de la demanda⁴.

4 Artículo 657: "No corresponden a la jurisdicción administrativa las cuestiones que se susciten con relación a las disposiciones que emanan de una autoridad concerniente a:
(..) 6) el ejercicio de la potestad discrecional".

Pero si desafortunada ha sido la previsión del legislador, más lo es la posición adoptada por el Tribunal Supremo cubano, cuando en el ya referido Dictamen 284 de 1988 que emitiera el Consejo de Gobierno en ejercicio de la potestad normativa que le reconoce la Constitución⁵, ratifica el carácter inimpugnabile de los actos discrecionales al declarar que:

Las resoluciones de la Administración en ejercicio de su facultad discrecional, no son interpelables en la vía jurisdiccional, así que a quien el órgano administrativo le otorgue menos de lo que de él interesó o se le rechace íntegramente, no puede interponer demanda contra la misma, y de hacerlo, debe ser de plano rechazada (...).

Con esta posición, que es una consecuencia del erróneo criterio de considerar todavía a la potestad discrecional como un poder marginal al ordenamiento, como ya se vio anteriormente, el máximo órgano judicial, sin tener en cuenta los amplios argumentos en contrario esgrimidos por la doctrina administrativista moderna, incluyendo la cubana⁶, cierra las puertas a los administrados para recabar la interven-

Artículo 680: "Presentada la demanda en forma legal, el tribunal declarará no haber lugar a su admisión si constare de manera expresa:

1) la falta de jurisdicción o competencia;
2) que la disposición o resolución objeto del proceso no es susceptible de impugnación conforme a las reglas de los Capítulos que anteceden".

- 5 El hoy artículo 121, párrafos segundo y tercero de la Constitución de la República de Cuba, que reproduce el artículo 124 del texto constitucional original de 1976 establece que: "El Tribunal Supremo Popular ejerce la máxima autoridad judicial y sus decisiones, en este orden, son definitivas. A través de su Consejo de Gobierno ejerce la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria; toma decisiones y dicta normas de obligado cumplimiento por todos los tribunales y, sobre la base de la experiencia de éstos, imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley"; lo cual se hace efectivo a través de la emisión de Acuerdos, Dictámenes e Instrucciones.
- 6 Garcini (1986), en su libro *Derecho Administrativo* refiere que: "Si el acto que dicta la discrecionalidad —dice Fiorini—, es un acto administrativo con todos los significados de esa figura jurídica, no hay razón para que todos sus elementos no sean tratados en la misma forma que los dictados por actividades vinculadas (regladas). Esa concepción nos lleva a admitir, como es ya corriente en la doctrina y en la legislación de muchos países, la posibilidad de que un acto discrecional pueda ser objeto de control, esto es, que pueda ser revisado una vez que se produzca, si su destinatario o una autoridad competente estiman que se aparta de los límites que enmarcan la discrecionalidad administrativa. (...) Con respecto al control jurisdiccional ya hemos visto que es una consecuencia, como también lo es el control administrativo o interno, de los límites que enmarcan dentro de la legalidad la facultad discrecional (...)"

ción judicial contra los posibles excesos o injusticias de la Administración Pública en el ejercicio de sus potestades discrecionales (aunque el propio Dictamen prevé la posibilidad de impugnación del acto administrativo cuando lesione derechos subjetivos de terceros lo que, si bien es favorable al control del acto discrecional, resulta muy limitado e insuficiente). No responde a un verdadero sentido de justicia que los tribunales, con la sola verificación de la naturaleza reglada o discrecional de un acto, descarten la posibilidad de la revisión y anulación de aquellos que, siendo discrecionales en apariencia, no cumplan con los requisitos que todo acto, de la naturaleza que fuere, debe cumplir. La discrecionalidad administrativa no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto; no existen actos discrecionales puros de los que se pueda hacer una enumeración taxativa que pueda sustraerlos del control judicial. Es más, en rigor, no existen los *actos discrecionales*, sino actos que contienen decisiones discrecionales.

Si por comodidad idiomática, pues, los códigos o los autores hablan de acto discrecional, no significa ello que el acto sea irrevisable ni que sea totalmente discrecional: sólo quiere decir que es un acto determinado en el que hallamos un margen de discrecionalidad mayor que en otros actos y que en ese margen el régimen de revisión judicial difiere del común; (...) ningún acto es totalmente irrevisable por tener algún contenido discrecional: sólo en esa parte discrecional puede serlo. (Gordillo, 2003, p. X-20)

Por tanto, resulta evidente la admisibilidad de la impugnación judicial con respecto al acto mismo pues, en cualquier caso, el juez deberá verificar si ese acto se encuentra enmarcado dentro de los límites de la legalidad y si se ha producido con arreglo a los fines para los que la ley le concedió ese margen de libertad de elegir o si se corresponde, igualmente, con los principios generales del Derecho.

(p. 89). Por su parte, el distinguido jurista Fernando Álvarez Tabío (1954) manifiesta que: "Llegada a su madurez, la organización política y administrativa, debe someter a un control jurisdiccional todas las manifestaciones de voluntad de sus agentes. Los administrados deben tener siempre a su alcance el recurso que les permita el control de la legalidad de los actos administrativos, ejercitado ante autoridades organizadas jurisdiccionalmente y con facultades para decidir en forma jurisdiccional, porque el control de esta clase es el único que ofrece este tipo de garantías" y más adelante señala "Es indudable que para la existencia de una administración eficaz resulta indispensable que subsista un poder activo libre de trabas jurisdiccionales, siempre que se desenvuelvan dentro del círculo de la Constitución y la Ley, pues una supervisión constante de órganos extraños puede ser funesta para una actuación eficiente. Pero esa actividad fuera de todo control debe reducirse al mínimo indispensable a fin de no ofender las garantías individuales" (pp. 382, 383).

Ese cierto margen de libertad que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración para apreciar en determinados supuestos lo que sea más conveniente al interés público, que comporta la actuación discrecional, cuya existencia y legitimidad no se discute por considerarse necesario para que aquélla pueda cumplir los fines que tiene asignados, se encuentra indisolublemente ligado a su actuación reglada, en un marco más amplio sometido a la ley y al derecho.

El principio de legalidad, que vincula a la Administración a actuar de conformidad con la ley y al derecho, no distingue dentro de él dos tipos de actuaciones, según ejerza potestades regladas o discrecionales. La actuación de la Administración debe realizarse siempre dentro del marco fijado por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, por lo que debe imperar el criterio de que la actuación administrativa ha de ser siempre, *a priori*, justiciable. En consecuencia, el pretendido carácter discrecional de un acto de la Administración no debe considerarse un supuesto de inadmisibilidad de la pretensión de anulación en el proceso administrativo, sino que ha de formar parte de la cuestión de fondo a decidir en la sentencia definitiva; de tal modo que al juzgar únicamente sobre la legitimidad del acto cabe concluir sobre su discrecionalidad y por tanto se justificaría la improcedencia de la pretensión en tanto que no cabría controlar los elementos en los que el ordenamiento ha delegado en la Administración y no en el juez, su configuración.

En suma, al ser los actos discrecionales no susceptibles de control jurisdiccional respecto a su núcleo de decisión extrajurídica, pero sí con respecto a los elementos de reglados que contienen, deberá el juzgador comprobar la estricta legalidad de esos elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido discrecional no controlable, por existir la potestad que le sirve de cobertura.

III. Las técnicas de control de la discrecionalidad

De lo antes dicho, queda claro que más que de control judicial de la discrecionalidad hay que hablar de control de los elementos reglados de la actuación discrecional de la Administración que se realiza al enjuiciar la cuestión de fondo planteada con el contencioso-administrativo.

Las denominadas técnicas de control de la discrecionalidad alumbradas por la doctrina y la abundante jurisprudencia en el Derecho Administrativo, a partir del principio de sometimiento de la actividad administrativa a la legalidad y del control judicial pleno de dicha actividad, persiguen delimitar estrictamente el contenido puramente discrecional de la actuación administrativa el que, por definición, quedaría exento de control jurisdiccional, determinando la apreciación de su existencia la desestimación de la pretensión en cuanto al fondo por ser la actuación de la Administración conforme a Derecho. Dichos mecanismos o técnicas han devenido límites a la discrecionalidad, ampliando, por consiguiente, el aspecto reglado de los actos administrativos para garantizar un adecuado control de la Administración en sus actuaciones.

Como acertadamente expresa una Sentencia del Tribunal Supremo español, de 28 de febrero de 1989 (citada en Cordón, 2003):

La discrecionalidad no existe al margen de la ley, sino justamente en virtud de la ley (que le proporciona cobertura) y en la medida en que la ley lo haya dispuesto y la revisión jurisdiccional de los actos discrecionales está impuesta por el principio según el cual la potestad de la Administración no es omnímoda, sino que está condicionada en todo caso por la norma general imperativa del cumplimiento de sus fines, al servicio del bien común y del respeto al Ordenamiento Jurídico, ya que nunca es permitido, y menos en el terreno del Derecho, confundir la discrecionalidad con lo arbitrario, y para ello, esta jurisdicción, al enjuiciar actos dictados en el ejercicio de la facultad administrativa calificada por la discrecionalidad, no cabe detenerse en la periferia de dichos actos, entendiéndolo por tal las cuestiones relativas a la competencia y al procedimiento, sino que hay que atenerse en la entraña de los expresados actos, penetrando en la forma de ejercitarse la discrecionalidad, a través del control de los hechos sobre los que se mueve así como también sobre su uso proporcional y racional. (p. 149)

La asunción de estas técnicas y mecanismos por nuestra jurisprudencia constituirían, sin dudas, un gran paso de avance en la protección del interés público y los intereses de los administrados, ofreciéndoles mayores garantías para reclamar y obtener respuesta frente a cualquier posible comportamiento ilícito de los funcionarios administrativos, cualquiera que sea la forma en que se manifieste. Y es que, si bien nuestra ley procesal requiere de reformas que le den una nueva ordenación al proceso administrativo, de manera que resulte congruente con las ampliaciones que

del mismo se han realizado en los últimos años y que se han consolidado en varios ordenamientos positivos⁷, ante las limitaciones actuales que presenta, corresponde a la jurisprudencia, con su función interpretativa, complementadora e integradora del ordenamiento jurídico, avanzar hacia la plena realización del derecho y su adecuación al principio de justicia social que se consagra como valor superior en el primer artículo de la Constitución, pues la jurisprudencia no ha de quedarse estancada en nociones o criterios que respondieron a un momento histórico de la evolución del Derecho Administrativo, que hoy se encuentran superados.

Estos mecanismos se basan en conceptos y principios del Derecho Administrativo que han ido consolidándose para devenir en formas de control de la discrecionalidad y que sirven al juez contencioso administrativo para conocer y juzgar la legitimidad de los actos administrativos.

La delimitación de la discrecionalidad

Consiste en delimitar el ámbito mismo de la discrecionalidad, excluyendo de él todos aquellos supuestos que, por suponer la aplicación por parte de la Administración de *conceptos jurídicos indeterminados*, no forman parte de ella, sino de su actuación reglada.

Los conceptos jurídicos indeterminados son aquellas expresiones en que la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su

7 La Constitución española de 1978 consagra el principio de sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho y el control de su actividad por los tribunales (arts. 103 y 106). La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa – No. 29/1998, de 13 de julio que sustituyera a la anterior de 1956 y que tuviera como objetivo, entre otros –según expresa su Exposición de Motivos– el de “completar la adecuación del régimen jurídico del recurso contencioso-administrativo a los valores y principios constitucionales”, somete a control de la Jurisdicción la actividad de la Administración Pública de cualquier clase, que esté sujeta al Derecho Administrativo. De igual forma, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999 reconoce el derecho de toda persona a la tutela judicial de sus derechos (art.26), establece como principio el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho (art. 141) y deposita en la jurisdicción administrativa la facultad de anular los actos de La Administración contrarios a derecho (art.259). Por su parte el Código Contencioso- Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, Argentina (Ley 12008 de 1997) extiende la jurisdicción administrativa al control de la casi totalidad de la actividad de la Administración (arts. 1 y 2), excluyendo de ella las controversias relacionadas con la competencia entre administraciones; o aquellas que se ventilan en otra jurisdicciones, como las regidas por el derecho privado o por convenios laborales, o las tramitadas en juicio de desalojo o pretensiones posesorias (art. 4).

enunciado; no obstante, es claro que se intenta delimitar un supuesto concreto. La ley no determina con exactitud el límite de tales conceptos porque éstos no admiten una cuantificación rigurosa, sino que se refieren a un supuesto de realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado a la hora de su aplicación, y por tanto para realizarse requieren de un análisis concreto en el caso examinado. Sin embargo, la calificación de la realidad puesta a examen al órgano no permite más que una solución conforme a la ley. En otras palabras, el margen de libertad de que goza la administración ante la indeterminación, está referido al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la única actuación legalmente autorizada para atender el interés público y que sólo genéricamente ha sido definida.

La distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad, la señalan García y Fernández (2006) de esta manera:

La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites con la intención de agotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejerce una potestad discrecional. (pp. 464-465)

La desviación de poder

Delimitado el carácter discrecional de la actuación administrativa, han de ser objeto de control, en primer lugar, los propios elementos reglados. García y Fernández (2006, p. 460) exponen que son al menos cuatro los elementos reglados por la ley en toda potestad discrecional y que no pueden dejar de serlo: la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta), la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y –dentro de éste- a un órgano determinado y no a cualquiera y, por último el fin, porque todo poder es conferido

por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que, en cualquier caso, tendrá que ser necesariamente una finalidad pública. Este último elemento reviste de especial naturaleza y por ello tanto la doctrina como una abundante jurisprudencia ha contemplado, como motivo de nulidad del acto la *desviación de poder*.

Como se dijo anteriormente, las potestades administrativas están dirigidas siempre a la consecución de un fin de interés público, que constituye así una importante limitación de la libertad de elección entre las diversas alternativas y de la forma en que ha de operar la Administración en el ejercicio de su actividad. Cuando en su actuación la autoridad administrativa se aparta del fin específico, bien porque persiga un interés privado, ajeno por completo a los intereses generales, bien un interés público, pero diferente del concretado en la norma, incurre en un vicio de desviación de poder, vicio de estricta legalidad que determinará la nulidad de la decisión, por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público, significando una desviación finalista del propósito inspirador de la norma.

La cuestión, obviamente, radicará en determinar cuándo el interés perseguido por el órgano administrativo supone una desviación o menoscabo del interés público concreto previsto en la norma habilitante. Pero este es un problema a dilucidar por los tribunales en cada caso concreto en función de la prueba practicada: todas las potestades administrativas se otorgan para alcanzar un interés público, concepto indeterminado cuya aplicación puede ser revisada en vía jurisdiccional, si bien el problema mayor que comporta es la prueba de la divergencia de los fines, que nunca podrá ser plena, habiéndose admitido suficiente para llegar a declarar la convicción que se forma el Tribunal, y todo ello a la vista de los hechos que en cada caso concreto resulten probados, ya que lógicamente el acto viciado no expresará nunca que el fin que le anima es distinto al legítimo.

Los principios generales del Derecho

Los principios generales del Derecho son aquellas reglas, escritas o no, sobre las cuales se construye y funciona un ordenamiento jurídico determinado, expresan los valores básicos del ordenamiento, “aquéllos sobre los cuales se constituye como

tal, las convicciones ético- jurídicas fundamentales de una comunidad” (García y Fernández, 2006, p. 85).

Estos principios, que constituyen además reglas técnicas, con plena fuerza reguladora, se transforman en mecanismos de control de la Administración pues determinan el marco reglado al que debe ajustarse ésta en el ejercicio de la potestad discrecional, en tanto ésta debe atenerse a los límites sustanciales que vienen impuestos por la vigencia éstos principios, en especial aquellos que tienen una mayor incidencia en el ejercicio de las potestades discrecionales, en particular los principios *de razonabilidad y de buena fe*, invocados constantemente como límite de la discrecionalidad y que, entre otras cosas, aspiran a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales.

El principio de razonabilidad

Consiste en que todo acto emitido por la Administración Pública debe tener sustento fáctico, ser motivado y además coherente y racional. En consecuencia, la decisión “discrecional” del funcionario será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es “irrazonable,” lo cual puede ocurrir fundamentalmente cuando: a) no exponga los fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan, o b) no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios, o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o c) no exista coherencia entre los fundamentos expuestos y la decisión, o d) no exista una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr.

La motivación implica que la autoridad administrativa ha de hacer expresa alusión del fin que se persigue con su emanación y las razones que justifican la decisión tomada. Tal exigencia aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales y que desde el punto de vista del particular o administrado traduce una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales, ya que de su cumplimiento depende que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto. Es obviamente el elemento que permite distinguir la actuación discrecional de la arbitraria. Como argumenta esta sentencia del Tribunal Supremo de España:

.... lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita. (Citado en Córdón, 2003, p. 152)

Por tanto, la Administración no puede limitarse a invocar genéricamente una potestad discrecional, sino que debe exponer, en cada caso, cuáles son las concretas circunstancias de hecho y de Derecho que, a su juicio, justifican la elección realizada. Es decir, que será necesario por un lado, una expresión clara, concreta y relacionada del derecho aplicado (no bastando, pues, la simple mención de los preceptos jurídicos que supuestamente fundamenten la decisión, sin que se explique cómo y por qué lo fundamentan) y, por otro lado, la necesidad tanto de que el acto exponga los fundamentos de hecho que llevan a su dictado, como de que exista verdaderamente una situación de hecho externa al acto que realmente lo justifique o fundamente; en otras palabras, el acto deberá estar objetivamente sustentado, o sea, basado en los hechos y antecedentes que le sirven de causa.

Debe tenerse en cuenta que la potestad de la Administración parte de unos hechos, cuya determinación no entra dentro de la discrecionalidad que se le reconoce y, por lo tanto, son controlables por los tribunales. Estos hechos, que conforman los presupuestos objetivos legalmente exigibles para que pueda realizarse por la Administración la consecuencia jurídica contemplada en la norma, son tal como la realidad los exterioriza y no le es dado a la Administración prescindir de ellos, inventarlos o desfigurarlos, aunque tenga facultades discrecionales para su valoración. De lo dicho se desprende que el acto administrativo entonces estaría viciado, tanto si los hechos invocados son inexistentes o falsos o, si aunque no se falsee la realidad, de todos modos carece de hechos justificativos, es decir, si carece de hechos externos que en forma suficiente y adecuada sirvan de base a dicho acto.

La “falsa causa” o “falta de causa” puede probarse por todos los medios admitidos en derecho, mientras que la falta de motivación o motivación insuficiente (no explicación o insuficiente de la causa) es un vicio que resulta de la mera lectura del acto.

De la misma forma, los tribunales pueden controlar la coherencia lógica interna de la disposición administrativa verificando que la decisión adoptada es congruente con los datos en que se basa, es decir, que de los hechos determinantes puede derivarse la conclusión a la que ha llegado la Administración. Verificada la realidad de los hechos, la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá a valorar si la decisión discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integre su presupuesto, tal decisión resultará viciada. Ello incluso en los supuestos calificados como de discrecionalidad técnica que no pueden entenderse inmunes al control jurisdiccional. Los modernos criterios doctrinales y jurisprudenciales que, profundizando en el control judicial de la discrecionalidad administrativa, enseñan que la solución técnica en que se concrete la discrecionalidad debe venir respaldada y justificada con los datos objetivos sobre los cuales se opera, de tal manera que cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a la que se aplica, la jurisdicción contenciosa debe sustituir esa solución por la que resulte más adecuada a dicha realidad o hechos determinantes, con el fin de evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica.

Por último, dentro de este principio de razonabilidad, deberá verificarse la racionalidad del acto, es decir, que la decisión tomada por la autoridad administrativa, deberá ser proporcionalmente adecuada a la finalidad que resulte de la norma que otorga la potestad; o sea, deberá existir proporcionalidad entre: a) el fin de la ley y el fin del *acto*; b) el fin de la ley y los *medios* que el acto elige para cumplirla; c) las circunstancias de hecho que dan causa al acto y las *medidas o el fin* que el acto persigue.

La Buena fe

Determinante igualmente de la nulidad del acto es el ejercicio de una potestad pública usando ésta de mala fe, es decir, utilizando artilugios o artimañas –por

acción u omisión, incluso el silencio- para engañar a un particular, induciéndolo a error. Tal tipo de conducta es por cierto incompatible con lo que debe ser el ejercicio de la función administrativa y es ilegítima aunque la facultad que en el caso se ejerciera fuera discrecional. También se le vincula con la doctrina de los actos propios y la prohibición de autocontradicción.

Conclusiones

1. La potestad discrecional que se le reconoce a la Administración Pública, no es un poder de libre decisión, sin sujeción a norma alguna, del órgano que la disfruta, sino que es una facultad sometida a la norma que la confiere, en la medida en que ella lo establece, y en un marco más amplio, sometida a la ley y al Derecho.
2. La potestad discrecional de la Administración, estrictamente considerada, no es susceptible de control jurisdiccional, pero el acto que la contiene sí es revisable por esa vía con respecto los a elementos reglados que todo acto administrativo debe observar, en consecuencia la procedencia o no de la pretensión que contra él se dirija ha de ser una cuestión de fondo a examinar en la sentencia y no previo al proceso como condición de admisibilidad de la demanda.
3. La legislación y –sobre todo- la jurisprudencia cubanas, requieren de un replanteamiento de los criterios que hoy limitan la revisión judicial de los actos administrativos donde se ejercitan potestades discrecionales, al propósito de adecuar nuestra realidad a las concepciones actuales del Derecho Administrativo y avanzar hacia la plena realización del Derecho y la justicia social.

Bibliografía

- Álvarez Tabío, F. (1954). *El proceso contencioso- administrativo*. La Habana: Librería Martí.
- Asamblea Nacional del Poder Popular. (1977). *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*. Cuba.
- Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo* (7ª ed.). Buenos Aires: Abelardo Perrot.
- Cordón Moreno, F. (2003) El control judicial del uso por la administración de sus facultades discrecionales. *Revista Jurídica de Castilla y León*, (1).
- Cortes Generales. (1998). *Ley No. 29 de 13 de julio: Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. España.
- España. (1978). *Constitución*.
- Fernández, T. R. (1991). *Arbitrariedad y Discrecionalidad*. Madrid: Editorial Civitas.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2006). *Curso de Derecho Administrativo* (13ª ed., Tomo I). Madrid: Thomson- Civitas.
- Garcini Guerra, H. (1986). *Derecho Administrativo*. Editorial Pueblo y Educación.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo I, Parte General). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Parada, R. (1997). *Derecho Administrativo: Parte General* (9ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Pierre Arrau, P. (1984). El Control de la Discrecionalidad Administrativa. *Revista Chilena de Derecho*, II, 479-491.
- Senado y Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires. (1997). *Ley 12008. Ley por la que se aprueba el Código Contencioso Administrativo*. Argentina.
- Temas de Derecho Administrativo Cubano*. (2004). La Habana: Editorial Félix Varela.
- Tribunal Supremo Popular Consejo de Gobierno. (1988). *Dictamen 294 de 29 de febrero*. Cuba. Extraído el 20 de diciembre de 2008 de la base de datos del Tribunal Supremo Popular.
- Venezuela. (1999). *Constitución*.

