

Orlando Vignolo Cueva. *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*. Lima: Editorial: Palestra Editores, 2012.

La presente publicación introduce en la doctrina administrativa nacional un estudio metódico y práctico a la vez sobre dos instituciones jurídicas no estudiadas anteriormente con el rigor que el autor demuestra: la arbitrariedad y la discrecionalidad, conceptos cuyo escaso tratamiento previo ha generado imprecisiones en su entendimiento y aplicación en las relaciones entre el gobierno y los ciudadanos. En ese sentido, la obra se divide en dos secciones principales. En la primera, se desarrolla un estudio sobre la arbitrariedad y, en la segunda, se explica el concepto de discrecionalidad administrativa, enlazando finalmente las relaciones entre uno y otro concepto.

En la primera sección, el autor inicia explicando los orígenes históricos del término arbitrariedad, indicando que si bien actualmente el significado generalmente aceptado del término se refiere a toda actuación contraria a la razón y a las leyes producida en el ejercicio de la sola voluntad o capricho del la origina, ello no fue siempre así. En el derecho romano, las controversias se sometían a un individuo llamado *arbitrer*, quien resolvía sin recurrir al derecho, y en caso lo hiciese con el aporte de un jurisconsulto transformaba su condición a la de un *iudex*, estándole prohibido lo caprichoso y lo contrario a la razón. Dicha noción fue mutando al confundirse en la Edad Media y Moderna las *auctoritas* y las *potestas*. En consecuencia, ya en el siglo XVIII apareció la primera acepción documentada –negativa– del término arbitrario, iniciando así la evolución de la connotación peyorativa del término, lo que se vio reflejado en los escritos de Montesquieu, Locke, los revolucionarios estadounidenses, entre otros. El sentido actual de la arbitrariedad implica el entendimiento de la razón y del sentido común como estándar de conducta, ya que estos sirven como parámetros a los cuales deben estar sujetos los poderes públicos.

El autor explica que para definir la arbitrariedad se debe recurrir a lo absurdo como lo contrario a la lógica, lo insensato como lo opuesto al sentido común de un hombre medio y honesto, y lo antisistémico como lo contrapuesto a los requerimientos intrínsecos de cada uno de los sistemas en los que está organizada la realidad, precisando que

no todas las arbitrariedades son jurídicamente relevantes, ya que solo merecerán censura aquellas que se plasmen en exigencias de comportamientos obligatorios para otras personas a partir de la voluntad de un sujeto con el poder de decidir sobre la conducta de otros. A partir de dichas consideraciones, el autor prosigue explicando el origen del Estado de derecho como principio encaminado a sustentar las distinciones entre el poder legítimo del que no lo es, para luego explicar el principio de legalidad aplicado sobre la administración pública. Así, cuando se menciona al principio de legalidad, debe asumirse que no se refiere en exclusiva a la vinculación de la administración pública a la ley parlamentaria, sino a la Constitución, a las leyes y a las normas infra-legales en su conjunto. A continuación, el autor desarrolla su relación con la *positive* y *negative bindung*, señalando las deficiencias de una y otra a través de su evolución histórica, indicando sobre este punto finalmente que en la historia reciente se constitucionalizó la vinculación positiva desde la guía del subprincipio de la previa norma. Sobre esta base, se desarrolla la vinculación estratégica a la norma a partir de la imposibilidad del legislador de reglar todos los supuestos fácticos al mínimo detalle y la teoría de la esencialidad como una reserva a favor del Parlamento de toda decisión que deba ser estimada como esencial para la vida de la comunidad, generando que no pueda ser delegada a otro poder.

Tras definir al detalle dichos conceptos, se desarrolla la proscripción de la arbitrariedad por la Constitución, explicando en primer momento su presencia en la Constitución de España, para luego aterrizar a las debilidades conceptuales de la jurisprudencia constitucional nacional, sección de la obra en la que se analiza detalladamente las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional y otros tribunales competentes que, si bien han contribuido en poco a la definición de los conceptos aludidos, deberían, como indica el autor, atreverse a desarrollar de forma más completa los conceptos de manera que sirvan como verdadero sustento en defensa de los ciudadanos ante los atisbos de arbitrariedad perpetrados por el Estado. Sobre este punto, se señala que los mejores argumentos del Tribunal Constitucional han surgido de las tres aplicaciones conjuntas de esta con el debido procedimiento, el principio de razonabilidad y la motivación de los actos, otorgando a la interdicción de la arbitrariedad la categoría de principio implícitamente constitucional. Finalizando la primera sección de la obra, el autor resalta la necesidad del directo reconocimiento

constitucional de la interdicción de la arbitrariedad como garantía de los ciudadanos.

En la segunda sección, el autor explica que la discrecionalidad proviene de una potestad o facultad jurídica y no de hecho, porque está prevista, tasada y controlada por la misma ley que la otorga o por el ordenamiento jurídico, por lo que no supone ausencia de la ley, sino presencia de la cual ella emana. Así, se entiende la discrecionalidad como el margen de libertad que se deriva para la administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada por una ley ni puede ser totalmente revisada por un tribunal. El autor plantea reelaborar el principio de legalidad, sin perder los avances ganados por este, definiéndolo como la exigencia de programación o densidad normativa mínima en la que resulta viable la aparición de espacios administrativos decisorios provocados desde la propia indeterminación o la falta de regulación normativa (descripción bifronte). Por tanto, no hace falta exigir que en todos los casos exista una habilitación forzosa para cada caso puntual o una regulación absolutamente detallista, ya que la administración pública estaría constitucionalmente legitimada para actuar en los ámbitos que le competen, cumpliendo las órdenes del legislador o tomando las decisiones que no son adoptadas directamente por este, generando que convivan la vinculación positiva unida al reconocimiento de la discrecionalidad como un margen jurídico y necesario para la actuación administrativa en determinadas situaciones o conseguir objetivos específicos. El concepto de discrecionalidad defendido, como indica el autor, es una operación de puesta en valor de la relación legislador –organización administrativa–, siendo las limitaciones a la intensidad del control jurisdiccional de la actuación administrativa discrecional proyección de ese núcleo, razón por la que la estructura normativa generada condiciona completamente su proceso de interpretación, y con él los niveles de intervención, legitimidad y límite de la fiscalización judicial. Tras presentar su postura, el autor analiza otras posturas defendidas por diversos autores europeos, a partir de las explicaciones de la citada postura bifronte asumida abiertamente por el profesor alemán Bullinger.

La presente obra, sin duda, es una excelente propuesta de entendimiento de conceptos no desarrollados cabalmente a nivel jurisprudencial y doctrinario en el Perú, por lo que su lectura contribuirá en el afianzamiento de una correcta interpretación de los mismos en las

relaciones que impliquen el uso de potestades públicas. Finalmente, debo indicar que su autor mereció por esta obra el XIII Premio de Derecho Público Gascón y Marín, otorgado por la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación (España).

Alvaro Klauer D'Acunha