

Original**Discretion and Legitimate Expectation**
Discrecionalidad y Confianza LegítimaDOI: <https://doi.org/10.33324/dicere.v2i1.895>

Jorge Vargas-Morgado,  0000-0003-3129-0058  jvm@vargasmorgado.com
Universidad Anáhuac Querétaro, Querétaro, México

Recibido: 05-11-2024 **Revisado:** 30-01-2025 **Aceptado:** 17-03-2025 **Publicado:** 30-05-2025

Resumen

Existe una ya muy estudiada pero no resuelta tensión entre lo discrecional y los derechos fundamentales de las personas, en este texto se esboza una propuesta de conceptualización de lo discrecional y se plantea a la *confianza legítima* como un instrumento adicional para morigerar el impacto de lo *discrecional*.

Palabras clave

Discreción, Poder Discrecional, Autoridad Discrecionalidad, Confianza Legítima.

Abstract

There is a well-studied but unresolved tension between discretion and the fundamental rights of individuals. This text outlines a proposal for conceptualizing discretion and presents legitimate expectation as an additional tool to mitigate the impact of discretion.

Keywords

Discretion – Discretionary Power – Discretionary Authority – Legitimate Expectation

1 Introducción

En los países en desarrollo, valga el eufemismo, el abuso de la autoridad es presente y actuante de manera muy agresiva

a los derechos fundamentales y humanos, para ello se utilizan diversos resortes que, así como Jean Bodin justificó el poder ab-

soluto del rey de Francia, ahora se trata de justificar, también de maneras que parecen teóricamente nobles, pero que no lo son. Un arma poderosa de la autoridad es la que suelen llamar, equivocadamente, discrecionalidad, con la que, junto con otras herramientas como el sortilegio del *interés pú-*

blico, insisten contumazmente en mantener un régimen de abuso. Contra ello hemos de auspiciar una teorización racional y desarrollar instrumentos como la *confianza legítima* para contener el poder arrollador de los órganos del Estado.

2 La faceta lingüística

El enunciado *discrecionalidad* es un significante cuyos significados presentan una serie de vericuetos en sus aspectos lingüístico y sintáctico, que ameritan hagamos una serena reflexión. En el Diccionario de la Real Academia, encontramos que *discreción* es un nombre o sustantivo, en primera acepción, que es la que, por el momento, nos interesa, *sensatez para formar juicio y tacto para hablar*. Por su parte, *discrecional*, tiene por significados útiles para nuestro tema jurídico, en primer lugar, como adjetivo, *que se hace libre y prudentemente*, en segunda acepción, *dicho de una potestad gubernativa: que afecta a las funciones de su competencia que no están regladas*. Y, finalmente, *discrecionalidad*, es un sustantivo que refiere la *cualidad de discrecional*¹.

Bien, iniciemos asumiendo con convicción que una lingüística acertada conduce a una correcta conceptualización jurídica, por ello es que propongo esta ruta para la exploración. El desconocimiento de la lingüística del derecho hace imposible su cabal comprensión en los ámbitos social, económico, político, administrativo, y, de particular interés, jurídico. El lenguaje se utiliza para transmitir ideas, sentimientos, anhelos, gusto, disgusto, valores, principios, reglas, normas, es decir, todo lo que las personas intentan comunicar, dicha comuni-

cación requiere de un instrumental lingüístico suficiente, claro y, muy principalmente, común a quienes se sirven de él.

El idioma nos dotará de reglas lingüísticas generales que nos habilitan para el uso del idioma en el ejercicio profesional, en cualquier campo que se realice. Los vocablos, las frases, en general, cualquier enunciado debe cumplir con las características pertinentes para que sean verdaderamente útiles para la comunicación que se intenta entablar de suerte que esa comunicación origina relaciones y vínculos entre los sujetos que se comunican. Ahora bien, el lenguaje es, ordinariamente, un instrumento dinámico, en constante crecimiento, parecería en ocasiones tener vida propia, Manuel Atienza, al parafrasear a Humberto Maturana, dice que “el Derecho sería un sistema *autopoyético*”², es decir, de auto-generación o autorreproducción.

Las distintas capas sociales, grupos de intereses comunes, ambientes profesionales y científicos adoptan lenguajes propios, es decir, crean vocabularios y usos lingüísticos con sentidos semánticos propios con el fin, no siempre consciente, de crear lenguajes comunes que propicien y faciliten la comunicación.

1. Real Academia Española. Definición de discrecionalidad. *Diccionario de la Lengua Española*. [versión en línea] [<https://dle.rae.es>].

2. Manuel Atienza, *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho*. (Madrid: Pasos Perdidos, 2013), 16.

El tema de la semántica es tremendamente importante porque nos permite entender no solo el lenguaje en cuanto a su significado idiomático, sino en el sentido que se utiliza cada vocablo. El lenguaje jurídico, es decir, el idioma jurídico, si cabe la expresión, es una faceta primordial del sentido, comprensión, creación y aplicación del Derecho. Esto se debe a que el Derecho tiene un único instrumento para ser creado, analizado, interpretado, aplicado y ejercido, ese instrumento es la palabra, el lenguaje, no existe otro medio que este, así entonces, el indudablemente esencial que los profesionales del derecho tengan un manejo pertinente del idioma en general y de la semántica jurídica en particular.

La semántica y la sintaxis jurídicas nos proveen el conocimiento del sentido particular y específico de los enunciados, como significantes y sus significados. Es decir, es el conocimiento de los vocablos, frases y textos a los que la ciencia o el uso jurídico les ha conferido un sentido semántico concreto, sentido que idealmente vendría a típico, estricto e indudable por el requerimiento de seguridad y de certeza jurídicas, condiciones que son anhelos de la filosofía y de la metodología jurídicas no del todo alcanzados hasta la fecha.

Pero nos tropezamos frecuentemente con escollos como la imprecisión del significado del lenguaje utilizado en el derecho, sea por antinomia, por omisión sintáctica, porque al tomar el lenguaje coloquial social o lenguaje refinado de otra ciencia los enunciados involucrados devienen en *conceptos jurídicos indeterminados*, expresión intrínsecamente absurda, cómo puede haber un *concepto*, que es un enunciado descriptivo de una idea, ser *indeterminado*, o sea, ser un enunciado sin descripción.

Insisto, es, quizá no absurdo, sino abstruso, efectivamente incomprensible.

Pero tenemos extendidamente la realidad jurídica de la conceptualización sin concepto de los *conceptos jurídicos indeterminados*, lo que, en todo caso, sirve para que ahora nos reunamos a desahogar tan interesante temática.

Permítanme ahora recordar el diálogo platónico *Cratilo o del lenguaje*³, en esta obra, Sócrates es requerido por Hermógenes -hijo de Hermes, el dios de la velocidad-, para que resuelva si el significado de las palabras se concreta de forma natural -por lo que no tendría sentido el nombre de Hermógenes, que no era veloz-, o si tiene rasgos de arbitrariedad y sometido al uso que del idioma hacen las personas.

Este es el constante dilema en el que cotidianamente vive el lenguaje, entre la exactitud conceptual y el uso corriente, muchas veces poco ilustrado. En este tenor, el Derecho como ciencia y como orden jurídico debe agorar la tarea de investigar y definir los sentidos semánticos sociales, económicos, políticos y de todo orden que sea preciso, además del sentido semántico jurídico que se atribuyen a los vocablos que como palabras o enunciados básicos o clave utiliza, estas voces resultarán objeto esencial de estudio para alcanzar la debida claridad y consistencia en su uso.

Lo anterior es de toda relevancia, porque el sentido semántico que hemos mencionado, que es del uso común y generalizado en la sociedad o en grupo determinado, debemos considerar que al hablar solemos encontrar en él, el ánimo personal, que, al utilizar el lenguaje, obra en las personas que se comunican, el cual agrega una carga de

3. Platón. *Diálogos* (México: Porrúa. 16ª edición. 1976), 249 y ss.

contenido y sentido a los vocablos o enunciados que se transmiten. Ciertamente, no es lo mismo cuando el Partido Comunista cubano alude a la *democracia*, que cuando lo hace un campesino en el Amazonas. Igualmente, el sujeto receptor del enunciado puede darle un sentido personal, peculiar, si no es que enteramente diverso al que otra persona en distinto sitio pueda darle.

No es siempre posible tener la certeza de que el enunciado transmitido tiene la misma significación para el emittente y para el receptor de dicho enunciado, esta realidad puede llegar a tener efectos trágicos en el Derecho y en su práctica. En México, por ejemplo, utilizamos el vocablo *cancelar* para aludir la idea de anular o suprimir, pero en Ecuador, la cancelación se suele utilizar para referir el pago de un servicio o un producto. Si lo analizamos detenidamente, en ambos casos se da por terminado algo, un evento, en México, y una deuda en Ecuador, de modo que el significante tiene una verdad, si bien el significado la efectiviza de distinta manera.

Encontramos entonces que si los enunciados que se comunican tienen un significado y un sentido específico, pero también hay, por parte del sujeto emisor y del sujeto receptor del mensaje inferencias acerca del estudio significativo y semántico del enunciado, en este contexto, el que emite el enunciado intenta dar una fuerza o color al mismo para obtener un resultado y, de la misma forma, el receptor del enunciado da determinados efectos considerativos al mensaje, de tal suerte que el análisis lingüístico se toma, si algo le faltaba para ello, en un ejercicio fundamental para la creación estudio, aplicación e interpretación de los enunciados jurídicos.

Los textos normativos presentan los mismos rasgos, son enunciados que refie-

ren una hipótesis jurídica, que no es fría o inocua, es también un mensaje de decisión que intenta promover un comportamiento determinado, aspectos todos que no siempre son claros y consisten con el sistema jurídico general, por ello no siempre son funcionales o, peor aún, realizables. La teoría de los *conceptos jurídicamente indeterminados* entonces, con todo y lo abstruso que su esencia tiene, es un esfuerzo reflexivo útil relativo al idioma, al idioma jurídico, porque lo cierto es que, con todo lo inconsistente que sostengo es la idea de *conceptos indeterminados*, la expresión recoge una realidad, que no es metodológicamente puntual siempre. Porque como corrigiera el filósofo de Güemes, el abogado mexicano Ramón Durón Ruiz, "Todo lo que sube tiene que bajar... A menos que se quede arriba"⁴, con esta expresión de ingenio ilustro que, la ciencia ha de ser -o intentar ser- exacta, sin embargo, la realidad no lo es siempre.

El lenguaje jurídico, es decir, el idioma jurídico, si cabe la expresión, es una faceta primordial del sentido, comprensión, creación y aplicación del Derecho. Esto se debe a que el Derecho tiene un único instrumento para ser creado, analizado, interpretado y ejercido, ese instrumento es la palabra, el lenguaje, no existe otro medio que este, así entonces, es indudablemente esencial que los profesionales del derecho tengan un manejo pertinente del idioma en general y de la semántica jurídica en particular. El idioma nos dotará de reglas lingüísticas generales que nos habilitan para el uso del mismo en el ejercicio profesional, en cualquier campo que se realice.

Las peculiaridades del lenguaje y de los enunciados que se intentan comunicar, entre ellos los enunciados jurídicos, nos llevan a observar que, no obstante, la muy presente carga positivista en la legislación mexicana, es necesario interpretar las leyes

4. Alberto Nájjar, "Así pasa cuando sucede" y otras frases que el Filósofo de Güemes aportó a la sabiduría popular de México, BBC Mundo, 3 de junio de 2016, https://www.bbc.com/mundo/america_latina/2016/06/160603_mexico_cultura_filosofo_guemez_frases_an.

con mucho mayor frecuencia de lo que estimamos deseable, este fenómeno se verifica por las ausencias que encontramos en los textos legales y por las contradicciones en las leyes.

Las consecuencias u omisiones en el texto legal se encuentran cuando el instrumento normativo elude pronunciarse acerca de determinados aspectos atinentes al correspondiente texto legal y, dentro de estas ausencias, resulta quizá más grave cuando la previsión de ley no es cabal, cuando no se desarrolla en supuesto en todas sus vertientes. Por ejemplo, cita Manuel Atienza⁵ a Álex Grijelmo, quien afirmara que: “la verdad jurídica de las palabras difiere a veces a veces de su verdad semántica y etimológica, y de cómo las entiende la sociedad. Eso suele generar un disgusto y derivar en controversia; pero, sobre todo, alienta la desconfianza.”

Atienza ilustra el punto con una narración en la que, en una estación de tren en Centroeuropa se prohibía el ingreso con perros, al atender a un desaguizado sucedido en algún momento, la situación se vino a hacer difícil cuando alguien intentó acceder⁶ a la estación llevando como mascota un oso, quizá una mayoría estaría conforme con que la autoridad administrativa hiciera una interpretación extensiva de la prohibición, que de suyo es evidente que no es sencilla la redacción ideal de la prohibición, pues impedir el acceso con mascotas sería demasiado radical ya que habría quien tenga un canario por mascota, de otro modo prohibir el acceso con animales peligrosos, aun cuando se escucha bien, es realmente un enunciado altamente subjetivo, porque la percepción de peligrosidad es siempre subjetiva, puesto que es una percepción de tal manera que no es pertinente como

enunciado normativo que debe ser básicamente objetivo para alcanzar el objetivo de la seguridad jurídica.

Naturalmente, se puede acudir a la analogía, o a otras técnicas resolutivas, pero siempre se debe aceptar que, mientras más nos alejemos del contenido sintáctico el riesgo de la desviación, si no que el despeñadero, es mayor. Así entonces, si se reconoce la dificultad que no pocas veces encontramos para la debida textualización de los enunciados normativos, aun al intentar a hacerlo bien, también debemos señalar el grave riesgo de dejar en manos de las autoridades administrativas la amplitud para *interpretar* los textos legales o normativos en general.

Una aspiración fundamental y plausible de la ciencia del Derecho es la búsqueda de la certeza jurídica, esta es un valor por sí misma, un avance civilizatorio esencial, por ello es una tarea permanente y siempre apremiante crear conceptos precisos de los enunciados valor, principio, regla, norma, institución jurídica, etcétera.

Ahora bien, en una fallida obsesión positivista, está la escuela de la exégesis, que es el *culto al texto de la ley*, o, mejor, el culto de la ley en sustitución del culto del derecho⁷, como caracteriza Julien Bonnecase. Este mismo autor apunta que toda ley tiene un alcance esencialmente limitado y objetivo, que se determina, por una parte, con la ayuda de la fórmula literal del texto, y, por otra, con la del fin social perseguido en el momento de la elaboración de la ley interpretada⁸, es decir, el texto frío no habla suficientemente, es preciso desentrañar el sentido, diría yo el sentido sintáctico y semántico. Pero pensemos, con León Duguit, que: “existe, pues, una correspondencia ín-

5. Atienza, Op cit., p. 12-13.

6. Atienza, Op cit. p. 14-14.

7. Julien Bonnecase, *Introducción al estudio del Derecho* (Bogotá. Tesis. 1991), p. 144.

8. Bonnecase, Op cit., p. 157.

tima entre la posesión del poder y la obligación de cumplir ciertas actividades, de prestar ciertos servicios. Esta correspondencia, sentida siempre, resulta claramente comprendida y querida con fuerza por el hombre moderno.”⁹

Es decir, tenemos ante nosotros, con frecuencia, el desafío de encontrar la finalidad contenida en el texto normativo, lo que no es sencillo. Por ejemplo, Friedman y Goodhart, aluden a la competencia de la banca central de determinar la tasa de interés originaria, al atender a criterios técnicos y con mucha discreción, al considerar el contundente efecto que dicha determinación tiene en la economía, pero al respecto señalan

el serio y cercano peligro de la influencia o presión política para ejercitar sus atribuciones de manera contraria a su mandato y a su fin: “considerando que el instrumento de la política monetaria envuelve el establecimiento de tasas de interés, que es un proceso altamente visible y que sus efectos en la economía requieren de largos y variables retrasos, es clara la no plausible instigación a cubrir el ciclo de los asuntos políticos vía las manipulaciones monetarias.”¹⁰

Vemos claramente cómo cuando las decisiones de autoridad se emiten con grados distintos de libre criterio, la desviación o el despeñadero que he mencionado previamente son un riesgo al alcance de la mano.

3 Discreción, discrecional y discrecionalidad

Al inicio quedó citado el significado del vocablo *discreción*, este sustantivo sugiere la prudencia, el buen juicio al actuar, *discrecionalidad* es lo relativo a o la cualidad de discrecional y, por último, *discrecional* es el adjetivo que califica un hecho como libre. Así entonces, si afirmamos que un acto autoritario es producto de la *discreción* o de la *discrecionalidad*, estamos diciendo que es producto de la prudente y juiciosa reflexión, lo que, en todo caso, sería -o tendría que ser- propio de toda actuación pública y no sólo de algunos hechos o actos, más no se trataría de actos o hechos discrecionales, es decir libres, que son otra cosa.

De lo anterior se colige que cuando se habla en los ambientes jurídicos de que tal o cual acto fue discrecional, estaría refiriéndose lo juicioso de su emisión, más no de

que fue libre de alguna manera, para significar esto último, el vocablo correcto sería que el acto fue *discrecional*, para que surta los efectos de adjetivo calificativo, lo que no acontece con las palabras *discreción* o con *discrecionalidad*, porque no califican al no ser adjetivos sino sustantivos. Tenemos pues una desviación lingüística que no ayuda a la cabal comprensión del tema.

Robert Alexy propone que, en Derecho, un principio es cuando “se exige la mayor medida de cumplimiento posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”, entenderíamos que se hace todo lo que se puede, por así decirlo, es su propuesta de los por él llamados *mandatos de optimización*, y, en cambio, una regla es cuando “se exige una determinada medida de cumplimiento”¹¹, ahora entonces se cumple

9. León Duguít, *Las transformaciones del Derecho Público y Privado* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2001), p. 34.10.

10. Milton Friedman y Charles Goodhart, *Money, inflation and the constitutional position of The Central Bank* (London: The Institute of Economic Affairs, 2003), p. 93.

11. Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, (México: Fontamara. 2ª edición. 1ª reimpresión. 2017), p. 14.

y ya. Esto no tiene qué ver con nuestro tema ¿o sí?

Yo creo que sí, porque observaría que, en ninguno de las dos categorías normativas, principios y reglas –o normas– hay espacio para la actividad discrecional porque en ninguno de los casos hay libertad de actuar.

Permítanme explicarme, si en el mandato de optimización el Derecho constriñe a la autoridad fundamentalmente a actuar con un apego dinámico a los principios optimizadores, de forma creciente, sin pasos atrás, con espíritu liberal, evidentemente no hay libertad para actuar, por el contrario, hay una obligación ineludible de acrecer al acervo de derechos fundamentales y humanos de las personas. Más estrechamente la autoridad va a estar oprimida a la actuación con apego a derecho en la categoría de las reglas. Así, la actuación autoritaria será emitida con discreción, pero no será discrecional.

Diría que, idealmente, hay –o debiera haber– discreción o discrecionalidad en toda autoridad en cada uno de los actos que realiza, en tanto son enunciados que refieren la prudencia en el actuar, pero son escasísimos y de muy limitado alcance los actos discrecionales, porque es escasa o escasísima la posibilidad de que las autoridades realicen actos *libres*, esos difícilmente existen.

La regulación del actuar público es pródiga, al iniciar por la determinación de funciones, que al determinar las tareas que realizará la dependencia, constriñe a un comportamiento teleológico, que de inicio impide la desviación del ejercicio autoritario. Se determinan las competencias que, de acuerdo con el autor clásico mexicano, Teodosio Lares, en el campo administrati-

vo son: “la *competencia administrativa*, es la medida de las facultades del poder ejecutivo, y comprende el deslinde de todas ellas, así como las reglas que determinan la naturaleza de ese poder, su acción y sus atribuciones.”¹²

Continuamos viendo la ausencia de libertades en el servicio público, las competencias confeccionadas para el desarrollo de las funciones determinan motivos, rutas y destinos en la labor pública. Llegamos finalmente a las atribuciones, que limitan taxativamente los actos jurídicos que en concreto la autoridad podrá realizar.

Si a la anterior estructura organizativa de funciones, competencias y atribuciones cruzamos la estructura normativa de valores, principios y normas, simplemente tendríamos que convenir que la posibilidad de los actos discrecionales es muy débil. Ahora bien, hay una irremediable relación directa entre aplicación discrecional del Derecho y el autoritarismo y el menor respeto a los derechos fundamentales. Scott J, Shapiro muy perspicazmente lo expone así:

En general, los sistemas de baja confianza absoluta son incompatibles con procedimientos interpretativos altamente discrecionales. Esta relación se obtiene por la siguiente razón: los mundos en los que individuos poco fiables afirman estar utilizando metodologías interpretativas altamente discrecionales son aquellos en los que estos procedimientos no se seguirán y, por lo tanto, no cumplirán una función útil. Esto es más claramente cierto para los sistemas cuyos objetivos incluyen la protección de la libertad y la autonomía. Los mundos en los que los individuos corruptibles usan procedimientos manipulables son aquellos en los que

12. Teodosio Lares, *Lecciones de Derecho Administrativo* (México: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852), p. 14.

interpretarán la ley a su gusto. Los fines de la libertad y la autonomía no se cumplirán porque la ley será incapaz de proteger a los ciudadanos contra los abusos de los funcionarios.¹³

Aprovecho para insistir como en muchas ocasiones anteriores lo he hecho, cuando la estructura orgánico-autoritaria del país acude a sortilegios, más que conceptos jurídicos indeterminados, como el *interés público*, el *interés general*, el *interés social*, y todo ese vendaval de expresiones para justificar todo género de abusos, buena parte ellos en función y justificación de lo que llaman actuación discrecional.

Siempre encuentro útil recordar a Francisco González Navarro, quien al aludir a la expresión *interés general* de la legislación española reflexiona: "lo cierto es que no sólo no sabemos qué sea eso de los intereses generales, sino tampoco sabemos a quién corresponde la potestad de calificar (o <<descalificar>>) como generar un interés, ni si cabe articular un control de existencia o no de un interés de esa naturaleza, o de la prevalencia de un interés general respecto de otro."¹⁴

Esta es la verdad, tras de esas expresiones misteriosas se halla el abuso, el recordado Don Jesús González Pérez afirmaba "De todos los males que ha de soportar el hombre en su paso por la tierra, quizá no exista ninguno peor que la administración pública"¹⁵. Definitivamente, es falso que las

instituciones gubernativas ejerciten un *derecho del Estado* oponible y preponderante frente a los *derechos de los particulares*, ese es un antagonismo por completo injustificado e insostenible, es contrario al paradigma constitucional humanista y democrático, por ejemplo, que la legislación tributaria y las prácticas sigan refiriendo que el fisco tiene *derechos* como acreedor impositivo frente a los posibles contribuyentes, es una atrocidad, parecería que el fisco tuviera personalidad o, peor aún, vida propia, eso es inaceptable, la autoridad tributaria sólo tiene determinadas atribuciones que debe ejercer con apego a la legislación, nada más; la extendida práctica actual de los servidores públicos, muy negativa y contraria a derecho, es presumir que representan el *derecho* del Estado, por lo que las ocurrencias expuestas bajo la exigua motivación de ser expresiones del *interés público*. Vamos a ver qué escaso es el espacio discrecional del actuar público:

Iniciaré exponiendo que la competencia y las atribuciones son indisponibles, es decir, no se encuentra en la voluntad o el ánimo del servidor público su ejercicio, deben ambas ser ejercidas cuando están previstas, y deben serlo en los términos en que lo están, de tal suerte que no está en mano de la autoridad la decisión sino realmente está en la norma. Los actos de autoridad deben estar previstos hipotéticamente en la normatividad, tienen -o deberían tener- una justificación genérica, es decir, tendrían que haber nacido concretamente para resolver un pendiente, un problema. En derecho pú-

13. In general, systems of *low absolute* trust are incompatible with *highly discretionary* interpretative procedures. This relation obtains for the following reason: worlds in which untrustworthy individuals claims to be using highly discretionary interpretative methodologies are ones in which these procedures will not be followed and, hence, will not serve a useful function. This is most clearly true for systems whose goals include the protection of liberty and autonomy. The worlds in which corruptible individuals use manipulable procedures are ones in which they will interpret the law in their own liking. The ends of liberty and autonomy will not be met because the law will be incapable of protecting citizens against abuse by officials.

Scott Shapiro, *Legality* (London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011), p. 371.

14. Francisco González Navarro, en González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. (Pamplona: Thompson-Civitas, 4ª. Edición, 2007. Tomo I), p. 297.

15. Jesús González Pérez. *Administración Pública y libertad*. (México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006. 2ª edición), p. 17.

blico no tenemos *actos innominados*, como los hay en derecho privado, solo tenemos *actos nominados*, es decir, deben estar explícitamente dispuestos en la normatividad.

Esos propios actos de autoridad tienen –o deberían tener– una finalidad como supuesto hipotético normativo, es decir, hay señales fijas de tránsito para lograr el orden en el tráfico de vehículos. Los actos de molestia, de perjuicio, los que impongan obligaciones o cargas, deben estar fundados en derecho, en definitiva, deben encontrar normas anteriores y precisas que acrediten su emisión. Este tipo de actos no admiten analogías, mayoría de razón ni se puede acudir a los principios generales del Derecho, son de aplicación estricta porque significan cargas para el individuo.

La emisión de los actos de autoridad o de los actos administrativos, sean autoritarios o no –sé que esta expresión es altamente polémica–, deben ser motivados, por tanto, deben contar con la justificación de la pertinencia del acto y su relación con la fundamentación argüida. Esta motivación no puede ser la alusión de que se trata de un supuesto de *interés público*, de *interés social*, ni cosa parecida, eso no es motivar, eso es exorcizar, invocar un poder superior que por su sola mención se justifica, lo que no es admisible en forma alguna. Quiero recordar el ensayo de Alf Ross denominado *TûTû*¹⁶, en el que habla de los términos que llama metafísicos, tan fuera de época y tan presentes paradójicamente. De esta manera recojo la afirmación de que no existen actos discrecionales, hay competencia discrecional.

André Gonçalves Pereira con agudeza apunta que la discrecionalidad no proviene de la ausencia de la ley sino que procede de

ella¹⁷, en este sentido Bandeira de Mello señala que cuando la solución administrativa no pueda ser unívoca, habrá de elegirse la que sea “más adecuada a la satisfacción de la finalidad legal”¹⁸, es entonces, aquello que llamamos acto discrecional, un ejercicio competencial y no la emisión de un acto propiamente libre, por lo que no está en la voluntad o en el ánimo libre del titular del órgano, sino que la decisión está determinada por el diseño competencial del referido órgano y por las funciones y fines que la norma de determina.

Caracterizo entonces el ejercicio discrecional como: la libertad competencial conferida al administrador para emitir un acto jurídico normativamente previsto, en función de su finalidad específica, determinada también por la norma, con cierta medida de criterio subjetivo igualmente previsto y de dimensiones jurídicas igualmente preestablecidas por la regulación.

He escuchado a Celso Antonio Bandeira de Mello decir que “el poder es una vicisitud de la atribución”, no hay duda pues, en la competencia y en el ejercicio atributivo lo relevante es el régimen de derecho, el poder es meramente contingente, accidental, por lo que no define ni determina la actuación. Las instituciones públicas, tanto normativas como orgánicas, antiguamente obedecían a la fuente de poder de la que emanaban, es decir, provenían del rey y a él servían, la tradición atribuye a Luis XVI, el Rey Sol, la expresión “L’Etat, c’est moi”, el *Estado soy yo*, frase que, si la pronunció o no, carece de relevancia, lo que importa es que correspondía a una realidad jurídica y política.

En el presente, las personas han asumido el papel protagónico que sus aspiraciones democráticas prescriben, son ahora

16. Alf Ross. *Tû-Tû*. (Buenos Aires: Abeledo Perrot), pdf. <https://es.scribd.com/doc/59573815/ALF-ROSS-TuTu>.

17. André Gonçalves Pereira, citado en Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de Derecho Administrativo Brasileño* (México: Porrúa-UNAM, 2006), p. 814.

18. Celso Antônio Bandeira de Mello, Ídem. p. 825.

la fuente del poder político y también son su beneficiario, de suerte que el poder no pertenece al gobierno y menos a sus titulares, el poder pertenece a los individuos y, un conjunto, a la colectividad, el gobierno

entonces es habilitado para existir y para actuar mediante el otorgamiento de atribuciones que serán ejercidas siempre en beneficio de los propios individuos y de la colectividad.

4 La confianza legítima

La *confianza legítima* surgió en Europa, en Alemania y en Polonia, como principio rector del actuar público y consiste en que cualquier autoridad con atribuciones resolutorias, queda obligada con los criterios de fundamentación, de motivación, de valoración de pruebas y constancias y de resolución que haya adoptado.

Es una suerte de precedente emitido por una autoridad y esta queda constreñida a su aplicación reiterada en todos los casos subsiguientes similares o análogos. Como una instancia, en la actualidad en México, las autoridades fundamentan y motivan, muchas veces con los mismos argumentos e iguales fundamentos distintos casos, pero las resoluciones expresan sentidos contradictorios, es decir, con las mismas consideraciones afirman o niegan, absuelven o condenan, tramitan o desechan, no perciben vinculación alguna de sus resoluciones con los antecedentes que consideran.

Esta condición del actuar público suele defenderse con la argucia de que se trata de atribuciones discrecionales, lo cual, como he intentado plantear, es falso, no hay tal metodología discrecional. Pues bien, la autoridad verdaderamente asume que puede resolver atendiendo a su percepción subjetiva, si no es que, a su estado de ánimo, o, lo que es peor, en función de actos de interés político o dinerario.

La confianza legítima, así se llama por la confianza o certeza que genera en las personas de que la autoridad ha de actuar en determinada manera ante casos equiparables, de suerte que, si el particular sabe que la autoridad ha dado su beneplácito a determinada petición anterior, tiene la confianza de que en un caso subsecuente similar resolverá de la misma manera. Naturalmente, el criterio podría variar, en función de nuevas consideraciones, pero para hacerlo, la autoridad ha de motivar y fundar, primeramente, el cambio de criterio, y, después, la adopción de la o las nuevas consideraciones que lleven a una nueva resolución. Evidentemente, esto no sería pertinente realizarlo frívolamente ni con frecuencia.

Este principio, me parece que es de la dimensión y complejidad de la fundamentación y de la motivación, sirve como un margen adicional al ejercicio discrecional de las competencias autoritarias, en beneficio de los derechos fundamentales de las personas, alrededor de los cuales hemos de construir el derecho público, porque hasta ahora vivimos alrededor del derecho público.

5 Epílogo

El Derecho es una ciencia lingüística, la única herramienta con que contamos para plantearla, desarrollarla y practicarla es el idioma, el lenguaje, de manera que los juristas, además de ser buenos matemáticos –por el necesario enfoque sistémico algorítmico de su conceptualización–, debemos ser lingüistas, aficionados si se quiere, pero serios, nuestra conceptualización debe ser exacta, no caben las imprecisiones menos las ocurrencias o los engaños. Hemos de

conocer los *significantes* lingüísticos que utilizamos y hemos de conocer, quizá crear, los *significados* que configuren un sistema jurídico cierto, sistémico, sistematizado, cognoscible, y, a la vez, funcional.

Ruda tarea es la de contener el cáncer ideológico –que no racional– de lo discrecional en el actuar público, para ello servirá de manera eficaz y eficiente la implantación y la práctica de la *confianza legítima*.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no existe conflicto de intereses.

Referencias

- Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara. 2ª edición. 1ª reimpresión, 2017.
- Atienza, Manuel. *Podemos hacer más. otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Pasos Perdidos, 2013.
- Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Derecho Administrativo brasileño*. México: Porrúa-UNAM, 2006.
- Bonnecase, Julien. *Introducción al estudio del Derecho*. Bogotá: Tesis, 1991.
- Duguit, León. *Las transformaciones del derecho. público y privado*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2001.
- Friedman, Milton y Charles A.E. Goodhart. *Money, Inflation and the Constitutional Position of the Central Bank*. Londres: The Institute of Economic Affairs, 2003.
- González Navarro, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Vol. 1. Pamplona: Thompson-Civitas, 2007.

González Pérez, Jesús. *Administración Pública y libertad*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006. 2ª edición.

Lares, Teodosio. *Lecciones de Derecho Administrativo*. México: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852.

Nájar, Alberto. "Así pasa cuando sucede" y otras frases que el Filósofo de Güémez aportó a la sabiduría popular de México. BBC Mundo, 3 de junio de 2016. https://www.bbc.com/mundo/america_latina/2016/06/160603_mexico_cultura_filosofo_guemez_frases_an.

Platón. *Diálogos*. México: Porrúa. 16ª edición, 1976.

Real Academia Española. "Definición de discrecionalidad." *Diccionario de la Lengua Española*. Versión en línea. <https://dle.rae.es>.

Ross, Alf. *Tû-Tû*. Buenos Aires, Abeledo Perrot. pdf. <https://es.scribd.com/doc/59573815/ALF-ROSS-TuTu>.

Shapiro, Scott J. *Legality*. Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.