

EL CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD Y SU CONTROL¹

Joan MESQUIDA SAMPOL

Universidad de las Illes Balears (España).

RESUMEN

En el presente trabajo se intenta ofrecer un concepto de discrecionalidad y analizar las formas de control que sobre ella pueden ejercerse. A partir del concepto de certeza jurídica, observamos como la discrecionalidad surge en aquellos casos previstos por las propias normas así como en los llamados casos difíciles. Con frecuencia suele sostenerse, sin embargo, que el único límite de la discrecionalidad se encuentra en la arbitrariedad y que, fuera de ella, cualquier decisión sería correcta. Ello supondría excluir a las decisiones discrecionales del control jurídico. En contra de esta opinión, hay autores que piensan que es posible el control jurídico de las decisiones discrecionales puesto que defienden la existencia de una única respuesta correcta. Otros autores rechazan la existencia de una única respuesta correcta o, al menos, la posibilidad de encontrarla. No obstante, aun aceptando que existen en las decisiones discrecionales aspectos que derivan no de normas jurídicas sino de preferencias personales, dichas pretensiones deben ser coherentes con alguna teoría que contenga criterios de corrección normativa. Estos criterios deberán ser lo más coherentes posible con el sistema de valores dominante en la sociedad.

SUMMARY

In this paper I attempt to offer a concept of discretion and to analyse the forms of control that can be exercised in this matter. From the concept of legal certainty, we can observe how discretion emerges in those cases that are envisaged by the norms and in the so called hard cases. Frequently it is maintained however, that, the only limit on discretion can be found in arbitrariness and that, apart from that, any decision would be correct. This could result in excluding discretionary decisions from legal control. Against this opinion, there are authors that think that legal control of discretionary decisions is possible because they defend the existence of only one correct answer. Other authors reject the existence of only one correct answer or the possibility of finding it. Nevertheless, even accepting that there are some aspects of discretionary decisions that do not derive from legal norms but from personal preferences, these preferences must be coherent with some theory that contains normatively correct criteria. These criteria must be as coherent as possible with the dominant system of values in the society.

1. Resultaría más que imperdonable no reconocer, en la elaboración del presente trabajo, el valor de los comentarios, de las sugerencias y, sobre todo, el apoyo del doctor Sebastián Urbina Tortella, Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de las Islas Baleares. Ante la imposibilidad de poder siquiera pensar en saldar mi deuda con él, quiero manifestar al menos mi más sincero agradecimiento.

I. INTRODUCCIÓN

En las sociedades democráticas modernas, la certeza jurídica es un valor fundamental del sistema jurídico. Como tal comprende la confianza de los ciudadanos en la correcta aplicación de las normas jurídicas. Se trata de un valor al que los ciudadanos no parecen dispuestos a renunciar. Salvo, por supuesto, en aquellos casos en los que la decisión final no les parece aceptable. Es decir, cuando, pese a su aparente corrección desde el punto de vista del derecho vigente, la decisión no resulta acorde con el sistema de valores dominante en la sociedad en que viven.

El aparente conflicto entre certeza jurídica y aceptabilidad de la decisión esconde la tensión que puede darse entre el contenido literal de las normas jurídicas y los valores morales dominantes. Ello puede venir ocasionado por una contradicción entre ambos o por tratarse de normas de contenido poco claro o indeterminado. En la mayoría de estos casos, con frecuencia se dice que nos encontramos ante el ejercicio de la discrecionalidad. Sin embargo, poco tienen que ver a veces la decisión de un juez ante un caso difícil con la de un ministro nombrando un subsecretario. Y en ambos casos suele hablarse de discrecionalidad.

Mi pretensión en este artículo es ofrecer un concepto de discrecionalidad algo más preciso y estudiar en qué medida puede ser objeto de control. Estudiaré en primer lugar el concepto de certeza jurídica para, a continuación, analizar las distintas manifestaciones con que se nos presenta la discrecionalidad en sus diversos ámbitos y ver cuáles son las exigencias mínimas para que resulte admisible. Veremos que una de estas exigencias es el respeto de la racionalidad, lo que me llevará a analizar otro concepto, el de arbitrariedad, con frecuencia relacionado con la discrecionalidad.

Con la arbitrariedad como máxima negación de la certeza jurídica es posible acotar de forma más precisa el concepto de discrecionalidad para poder entrar ya a ver cuáles son sus límites y cómo puede controlarse que estos no se rebasen. Será éste el concepto que utilizaré para establecer los criterios para su control.

II. LA CERTEZA JURÍDICA

La sociedad actual, con su frenético ritmo, precisa de ordenamientos jurídicos cada vez más dinámicos, que sean capaces de ofrecer una respuesta inmediata a los distintos problemas a los que los operadores jurídicos deben enfrentarse. Esta inevitable adaptación al cambio social debe realizarse a costa del sacrificio de determinados valores fundamentales del Estado de Derecho, sobre todo del de certeza jurídica.

La certeza jurídica en un sentido estricto significa, en palabras de Aarnio², que todo ciudadano tiene el derecho a esperar protección jurídica. En un sentido más

2. AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 26 y ss.

amplio, la certeza jurídica exige, además, que se evite la arbitrariedad en la decisión y que ésta sea correcta. Es decir, que resulte aceptable desde el punto de vista del sistema de valores dominante en la sociedad.

En parecido sentido se manifiesta Urbina³, al afirmar que la certeza jurídica se corresponde al requerimiento de que los conflictos jurídicos no duren indefinidamente sino que alguien tenga la última palabra sobre ellos. Última palabra que no debe ser arbitraria. Tradicionalmente, la arbitrariedad ha sido considerada como la negación de la certeza jurídica, en tanto que significa la quiebra de la confianza de los ciudadanos en la previsibilidad de las decisiones de los poderes públicos y, por tanto, de su corrección. Añade Urbina⁴ que la certeza jurídica puede observarse desde dos perspectivas. Por una parte, la certeza jurídica en sentido formal es aquella que exige que las decisiones jurídicas sean tomadas sobre la base de normas jurídicas válidas. Para un positivista jurídico estricto, este aspecto puede ser suficiente para entender que el ideal de certeza jurídica se ha cumplido.

Sin embargo, si hemos dicho que la certeza supone que la decisión que se tome resulte aceptable, este aspecto formal es insuficiente. Más adecuada resulta entonces la perspectiva de la certeza jurídica en sentido material. Significa ésta que no es suficiente que la decisión tomada optimice únicamente su predecibilidad a la vista de las normas jurídicas válidas sino que también debe optimizar su aceptabilidad moral. Por tanto, la corrección de la decisión jurídica supone satisfacer el sentido material del ideal de certeza jurídica. Aarnio⁵ hace hincapié en un matiz importante como es el de la racionalidad. En consecuencia, para este autor, la expectativa de certeza jurídica queda plenamente satisfecha solo si:

- a) la decisión (o interpretación) cae dentro del marco legal;
- b) el discurso procede de manera racional; y
- c) la decisión satisface el código de valores dominante.

La importancia del proceder racional del discurso radica precisamente en la necesidad, impuesta por nuestro propio contexto social y cultural, de que las decisiones jurídicas no se adopten en ausencia de una suficiente argumentación y justificación⁶.

III. LOS CASOS CONTROVERTIDOS

No obstante lo anterior, lo cierto es que en la mayor parte de las decisiones jurídicas, la aplicación de las normas jurídicas validas presupone ya de sí la

3. URBINA, S., *Reason, Democracy, Society. A study on the basis of Legal Thinking*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1996, pág. 69.

4. *Ibidem*.

5. AARNIO, *ob. cit.*, pág. 288.

6. URBINA, *ibídem*.

aceptabilidad de la decisión. Ello ocurre porque en un sistema democrático, las normas aprobadas por los órganos legislativos no suelen apartarse de los valores dominantes. Podemos decir, pues, que un ordenamiento jurídico democrático goza, a priori, de la aceptabilidad de los ciudadanos⁷. Como consecuencia de ello, lo mismo ocurrirá con el ejercicio cotidiano de las funciones de los jueces y de los funcionarios aplicando el derecho valido. Existe pues una generalizada presunción de aceptabilidad.

Sin embargo, es fácil encontrarnos con algunos casos en los que el ideal de certeza jurídica se ve especialmente comprometido. Ello puede ocurrir cuando la novedad o la especial dificultad de un caso concreto pone en evidencia un vacío en el propio ordenamiento jurídico o supone un conflicto entre diversos valores morales. Entonces la aceptabilidad no resultará pacífica y exigirá un esfuerzo de justificación mucho mayor. Ello ocurrirá, bien porque la decisión no contará con la base de la presunción de la que gozan las normas jurídicas válidas, o bien porque se producirá un conflicto entre varios valores morales que no podrá resolverse desde la mera aplicación de normas jurídicas, sino que el decisor deberá acudir a principios jurídicos, como más adelante veremos. Llamaré controvertidos a estos casos en los que el ideal de certeza jurídica se ve comprometido. Entre estos casos controvertidos podemos distinguir cuatro grupos.

A) El primero de ellos englobaría los llamados casos difíciles. Entiendo por tales aquellas situaciones no previstas por el legislador y que suponen un esfuerzo añadido importante en la tarea de ofrecer una solución jurídica al ciudadano. Los casos difíciles se plantean ante un juez o un funcionario en el momento de dar una solución jurídica a un conflicto dado.

B) El segundo grupo es el de los casos en los que debe ejercerse una potestad discrecional. La discrecionalidad es la facultad que el ordenamiento jurídico otorga a un juez o a un funcionario para que decida según los principios o estándares que considere justificadamente de aplicación ante la indeterminación o el carácter abierto de la norma jurídica a aplicar. La diferencia con el grupo anterior se encuentra, precisamente, en que la discrecionalidad es querida por el propio legislador.

No quiere ello decir que el legislador quiera provocar deliberadamente inseguridad jurídica, lo que resultaría inadmisibles en nuestro contexto cultural. Ocurre, sin embargo, que en muchos casos cierta vaguedad o flexibilidad en una norma jurídica puede ser algo muy positivo. Y lo es, como afirma Urbina, por la permanente disociación entre los textos normativos tal y como se aprueban y las cambiantes relaciones sociales, la auténtica materia prima de los conflictos legales⁸. Ante esta realidad, el legislador puede pues deliberadamente dictar una norma vaga

7. Se trata de un presunción que, naturalmente, admite su prueba en contra, pues de lo contrario estaríamos ante una concepción puramente formal del Derecho. Esta visión presuntiva de la validez, entendida en un sentido material que englobaría la aceptabilidad, guarda un cierto parecido con la "tesis de la validez" expresada por MacCormick. Vid. MACCORMICK, NEIL, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 1994, págs. 61 y ss.

8. Ob. cit., pág. 13.

o abierta para que sea el órgano que la aplicará el que decida cuál va a ser su última formulación para cada caso concreto.

Un ejemplo de este tipo de normas pueden ser las reglas sobre el establecimiento de medidas provisionales, por ejemplo, ante la detención de un sospechoso de haber cometido un delito. Desde la prisión preventiva a la libertad provisional, puede haber un conjunto acotado de posibles medidas a tomar. Será sin embargo el juez el que decida atendiendo a factores tan variados como la reincidencia, la repercusión social de la medida, la personalidad del preso o su entorno social y familiar, que puede ser indiciario de la posibilidad de que el preso intente escaparse o vuelva a delinquir, y otras tantas.

Lo mismo ocurre con las medidas a tomar cautelarmente en un procedimiento administrativo que suponga, por ejemplo, la paralización o no de una fábrica que vierte residuos en un río o la demolición de un edificio en inminente peligro de derrumbe. En estos casos, la persona que va a decidir carece aún de los conocimientos necesarios para tomar una decisión definitiva pero se ve obligada a hacerlo ante la posibilidad de que el mantenimiento de la situación actual pueda agravarse (por ejemplo porque la fábrica contamina o el edificio puede derrumbarse en cualquier momento).

Como veremos a lo largo de este trabajo, la discrecionalidad en estos casos no supone el mero ejercicio del libre arbitrio del decisor. Se trata de decisiones jurídicas que deben sujetarse al ordenamiento jurídico, especialmente a los principios y estándares jurídicos.

C) Un tercer grupo de casos controvertidos es el de las decisiones políticas. En este caso, nos encontramos ante una subcategoría de la discrecionalidad en la que las normas jurídicas otorgan al decisor la facultad de tomar decisiones sujetas a Derecho pero con un claro predominio del valor de la eficacia. Ello es así porque se trata de decisiones al servicio de una estrategia política. En estos casos, se plantea la duda sobre si la aplicación de los estándares de la eficacia son enjuiciables desde un prisma jurídico.

Un ejemplo de este tipo de decisiones es el nombramiento de altos cargos. Nombrar un ministro o un director general es algo sujeto a las formalidades del ordenamiento jurídico (debe ser español, mayor de edad, nombrado por el Rey, ...) pero que no se rige, en todos sus extremos, por principios o estándares jurídicos. Es decir, cuando el presidente del Gobierno designa a alguien como ministro no tiene que acreditar su mérito para el cargo ni justificar su valía frente a otros candidatos. Incluso es posible que el ministro sea un perfecto estúpido. Dicha circunstancia no invalidará, desde el punto de vista jurídico, su nombramiento. Por el contrario, si se tratase de un simple funcionario sí quedaría invalidado pues el propio ordenamiento jurídico exige requisitos que, como mínimo, deben cumplir los principios constitucionales de capacidad y mérito (artículo 103.3 de la Constitución). Ello haría difícil conciliar el nombramiento de alguien manifiestamente incapaz con el texto de este artículo.

La existencia de este tipo de decisiones no debe inducirnos al error de pensar que son decisiones no jurídicas. Se trata de decisiones tomadas por los poderes

públicos en el marco del Estado de Derecho y son, por tanto, decisiones sujetas a Derecho. No es posible afirmar entonces, como han hecho algunos autores, que el poder judicial es incompetente para enjuiciar este tipo de decisiones⁹. En primer lugar, porque la decisión política se sujeta a determinados deberes formales, así como también a algunos principios jurídicos, con las salvedades antes apuntadas. Todo ello es susceptible de control judicial y no tiene, en general, por qué plantear especiales problemas. Sin embargo, no hay que perder de vista que existe siempre un importante margen de libertad no revisable por los tribunales de justicia y que es lo que las convierte en decisiones peculiares.

En todo caso, dicho margen de libertad encuentra su fundamento en el sistema democrático mismo y en el principio de separación de poderes. Si no fuera así, el poder político sería ejercido en última instancia por los tribunales de justicia, que son los que tienen en general la última palabra en las decisiones jurídicas no políticas. Precisamente, al no ser el ámbito de discrecionalidad de las decisiones políticas susceptible, en su totalidad, de control jurídico, este tipo de decisiones no serán objeto de estudio en el presente trabajo.

D) Existe finalmente otro tipo de discrecionalidad que no trataré aquí de forma específica, aunque sí me referiré a ella brevemente en el punto 4.2. Se trata de aquella de la que gozan por ejemplo muchos funcionarios al redactar sus informes o propuestas, o la que poseen los agentes de policía dirigiendo el tráfico o deteniendo un delincuente.

Se trata del ejercicio de la discrecionalidad realizado por funcionarios que no adoptan propiamente decisiones jurídicas, aunque sí realizan actos que tienen alguna trascendencia jurídica en decisiones posteriores. Como pone de relieve K. Hawkins¹⁰, pese a su importancia cuantitativa, este tipo de discrecionalidad prácticamente solo es estudiada desde la perspectiva de los científicos sociales, sobre todo por parte de sociólogos.

IV. LA DISCRECIONALIDAD Y SUS MANIFESTACIONES

El concepto de discrecionalidad que será entonces el objeto de este trabajo es el que he definido en el grupo B) de los casos controvertidos. Entiendo la discrecionalidad, entonces, como la facultad que el ordenamiento jurídico otorga a

9. En una famosa polémica ocurrida a principios de los noventa, defendía L. PAREJO en *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, la autonomía de la Administración frente a la injerencia de los tribunales de justicia en los casos de decisiones discrecionales, opinión a la que se opuso, con especial vehemencia, entre otros autores, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en *De la arbitrariedad de la Administración*, Cívitas, Madrid, 1994, segunda edición en 1999.

10. HAWKINS, K., "The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science", en HAWKINS, K. (editor), *The uses of discretion*, Oxford University Press, New York, 2001.

un juez o a un funcionario para que decida según los principios o estándares que considere justificadamente de aplicación ante la indeterminación o el carácter abierto de la norma jurídica a aplicar.

Sin embargo, la diversidad de manifestaciones en las que se nos presenta este concepto ha supuesto una pluralidad de visiones y tipologías. Antes de seguir adelante pienso que puede ser muy ilustrativo ver dos de las más representativas, una por representar una visión clásica del tema y la otra por lo novedoso de su enfoque.

1. La discrecionalidad en sentido débil y en sentido fuerte

Una de las tipologías más conocidas es la de Dworkin. Para este autor, la discrecionalidad es una facultad propia de un órgano en un sistema normativo dado. Esta facultad exige que exista una norma que la legitime y la acote. Sin esta norma no tiene sentido hablar de discrecionalidad. Con una gráfica metáfora, dice Dworkin que la discrecionalidad no es otra cosa que el agujero de una rosquilla; éste no es sino el vacío creado por la rosquilla pero que no puede existir sin ésta. Análogamente, la discrecionalidad es un vacío de normas, un espacio abierto entre ellas, sin dejar de ser, sin embargo, una facultad atribuida a un juez o a un funcionario y que presupone la existencia de normas que la acoten.

Distingue Dworkin dos tipos de discrecionalidad. Por un lado, está la discrecionalidad en sentido débil, esto es, aquella que permite al funcionario aplicar el discernimiento en la interpretación de una norma poco clara o que no admite una aplicación mecánica. El ejemplo que ofrece es el de un teniente que debe formar una patrulla con cinco hombres a elegir entre los más experimentados. Efectivamente, no es posible una elección mecánica sino que es necesario un discernimiento previo acerca de cuáles son los más adecuados para formar la patrulla según la orden recibida. Ello no supone una licencia para la arbitrariedad, ni mucho menos. Siempre es posible que alguien pida al teniente que justifique su decisión y éste se verá obligado a hacerlo. Pero goza de un relativo margen de libertad, en el sentido de que es él el que decidirá, por ejemplo, si otorga más relevancia a los años de servicio en el ejército o al tiempo que llevan a sus órdenes, entre otras posibles consideraciones. También denomina Dworkin discrecionalidad en sentido débil a otro tipo de discrecionalidad. En este caso, se refiere a la decisión tomada por un funcionario y que no es susceptible de ser revisada.

En un sentido fuerte, sin embargo, la discrecionalidad se da cuando el funcionario que va a decidir no se encuentra vinculado por estándares impuestos por una norma o por sus superiores, como ocurría en los casos anteriores. El teniente, aquí, debe escoger a cinco hombres, pero éstos pueden ser los que él prefiera. Esta decisión, como se apresura en aclarar Dworkin, no equivale a libertad sin límites ni excluye la crítica pues siempre se ponen en juego ciertos estándares de justicia, racionalidad o eficacia. Así, sería criticable que el teniente escogiera, considerando el grave peligro de la misión a llevar a cabo, sólo a soldados que fueran de una

determinada minoría étnica o a aquellos claramente incapaces para llevarla a cabo con mínimas garantías de éxito.

De lo anterior parece deducirse que la distinción entre los dos tipos de discrecionalidad se fundamenta en el grado de dificultad para resolver cada caso. Se trata, en el fondo, de la misma facultad discrecional pero con un distinto nivel de dificultad, que se manifiesta tanto en el mayor esfuerzo justificatorio como en la más difícil y compleja posibilidad de control posterior.

2. La discrecionalidad según la forma de decisión: por adjudicación o por negociación

Una novedosa alternativa a la tipología anterior es la expuesta por Hawkins¹¹ tomando como punto de partida la forma de la toma de decisión. Este autor parte de una perspectiva casi inédita en el campo del estudio del Derecho y de la filosofía jurídica. En estos ámbitos, la mayoría de los autores, como denuncia también Schneider¹², durante décadas, o tal vez siglos, llevan preguntándose si, en algunos casos, los jueces tienen libertad para decidir escogiendo de entre varias alternativas o si, por el contrario, se hallan siempre sujetos al hallazgo de la decisión que el ordenamiento jurídico determina. Ello ha determinado que el estudio de la discrecionalidad se refiera al ámbito judicial o a decisiones análogas tomadas por otros funcionarios. Sin embargo, como veremos, no todas las decisiones discrecionales son del mismo tipo.

Distingue este autor dos tipos de decisiones: las decisiones tomadas por adjudicación y las tomadas por negociación. Las primeras son aquellas en las que quien toma la decisión se halla en la posición de decidir acerca de un asunto ajeno. El caso paradigmático es el del juez, pero también sería el caso del funcionario que decide acerca de un expediente o el del policía al detener a un sospechoso. Sin duda, la discrecionalidad ejercida por quien toma este tipo de decisiones es la que mejor encajaría en la anterior concepción de Dworkin y en el uso común del término discrecionalidad entre la mayoría de juristas.

Cuando se trata de decisiones tomadas por negociación, el panorama es muy distinto. En este tipo de decisiones son las personas que deciden las que se ven afectadas por la decisión. Ocurre, por ejemplo, en aquellos casos en los que, previamente a un juicio, las partes llegan a un acuerdo total o parcial acerca del objeto del litigio. Aunque estos casos acaban en una decisión tomada por adjudicación (por un juez, por ejemplo), la negociación o la acción previa de estas terceras

11. HAWKINS, K., "The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science", en HAWKINS, K. (editor), *The uses of discretion*, Oxford University Press, New York, 2001.

12. SCHNEIDER, C., "Discretion and rules. A lawyer view", en HAWKINS, K. (editor), *The uses of discretion*, Oxford University Press, New York, 2001.

personas puede condicionarla de forma decisiva. Como reconoce Hawkins, la discrecionalidad que puede aparecer en las decisiones tomadas a través de la negociación apenas son tenidas en cuenta por los juristas al tratar el tema de la discrecionalidad. Sin embargo, su importancia en la práctica no es poca. A nadie se le escapa que un caso difícil puede conducir hacia una decisión con un mayor o menor grado de discrecionalidad según se haya planteado ante el tribunal de una forma u otra. Con todo, el más modesto objetivo de este trabajo impide que me extienda sobre este tema, lo que supondría una incursión dentro de los campos de la psicología y la sociología jurídicas.

3. Recapitulación

Como ya he dicho antes, la discrecionalidad supone la facultad que el ordenamiento jurídico otorga a un juez o a un funcionario para que, ante la indeterminación o el carácter abierto de una norma jurídica, decida según los principios o estándares que considere justificadamente de aplicación. No se trata de una facultad genérica que permita solucionar casos difíciles ante vacíos legales inesperados. Se trata de una facultad prevista por el legislador para una norma concreta. Esta previsión puede ser expresa o estar implícita en el carácter abierto del texto de la propia norma. En consecuencia, la decisión discrecional es aquella decisión jurídica tomada en el ejercicio de la discrecionalidad en el sentido mencionado. Como veremos, dicha decisión es susceptible de ser controlada por parte de los tribunales de justicia. El problema es saber cómo se efectúa este control y hasta dónde puede llegar este control.

En ocasiones se ha argumentado que si el legislador otorga esta facultad de decisión a un determinado órgano especializado de la Administración, un control judicial total puede ser contrario al propio espíritu de la norma. Imaginemos, por ejemplo, la revisión de la decisión sobre la declaración de un Bien de Interés Cultural por parte de una Comisión de Patrimonio Histórico. Sin duda, esta comisión tendrá un mayor conocimiento para tomar la decisión que la mayoría de tribunales de justicia. Sin embargo, no está tan claro que ello deba impedir que la decisión sea revisada en lo que a su corrección jurídica se refiere. Este último aspecto es especialmente importante y, como veremos a continuación, nos vuelve a conectar con el principio de certeza jurídica.

Como cualquier otra decisión jurídica, la discrecional debe ser correcta en el sentido que expresé antes. Debe haber sido tomada a partir de normas jurídicas válidas, siguiendo las reglas del discurso racional y ser aceptable a la vista del código moral dominante en la sociedad. Sin embargo, antes de seguir adelante en lo que se refiere al control de la discrecionalidad, vamos a analizar otro concepto que resulta de especial importancia para el objetivo de este trabajo. Me refiero al concepto de arbitrariedad.

V. EL CONCEPTO DE ARBITRARIEDAD

La arbitrariedad es definida en el Diccionario de la Real Academia Española como aquel “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad y el capricho”¹³. Sin embargo, y sin menospreciar este uso común del término, desde el punto de vista jurídico el concepto ha ido perfilándose en la doctrina y la jurisprudencia en, al menos, dos sentidos.

En primer lugar, se tiende a reducir el elemento subjetivo de dicho concepto. A nadie se le escapa la dificultad de determinar, en un contexto jurídico, cuando una decisión es tomada por capricho y cuando lo es de forma reflexiva y sosegada. En este sentido, intenta objetivarse al máximo el concepto, incidiendo en aquellos elementos más objetivos (como la falta de motivación) que pueden ser indiciarios de la presencia de arbitrariedad.

En segundo lugar, se intenta acotar el concepto de arbitrariedad al referirlo a la ausencia de racionalidad de la decisión, evitando su equiparación con la mera contradicción con el derecho válido o apelando a conceptos que conllevan una cierta carga retórica o ideológica como la alusión al despotismo o la tiranía.

Resulta interesante, en cualquier caso, estudiar cómo entiende la jurisprudencia y la doctrina el concepto de arbitrariedad.

1. El concepto de arbitrariedad en la jurisprudencia

Si estudiamos la jurisprudencia más reciente, nos encontramos con un concepto de arbitrariedad que, aun no siendo unívoco, se ajusta a lo dicho en el anterior epígrafe. Así ocurre en la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2000 (Fundamento Jurídico 4º), que afirma que no hay que confundir la discrepancia política con la arbitrariedad ya que “supondría confundir lo que es legítimo arbitrio o libre margen de configuración legal de aquel con el simple capricho, la inconsecuencia o la incoherencia”, añadiendo además que, en todo caso, un norma sería arbitraria cuando careciera de toda explicación racional.

Interesante resulta también la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contencioso Administrativa) de 26 de febrero de 2001, al perfilar, en parte, la definición de discrecionalidad. Afirma, en este sentido, que “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) justifica, además, la exigencia de una motivación suficiente respaldada en datos objetivos con los que ha de mantener una cierta coherencia lógica la decisión administrativa adoptada”.

En otros ejemplos no existe tanto una referencia a la motivación de una decisión concreta como a la racionalidad de una norma jurídica. Es el caso de la

13. 22ª edición, Espasa Calpe, Madrid, 2001. Sobre el origen y evolución del término arbitrariedad, tanto en español como en otras lenguas, véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ob. cit., págs. 152 y ss., donde se encontrarán, además, numerosas referencias bibliográficas.

Sentencia del Tribunal Constitucional 273/2000. En ella se afirma, en relación a una supuesta norma tributaria de carácter retroactivo, que el principio de seguridad jurídica “sí protege la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean *razonablemente previsibles*, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede afectar a la interdicción de la arbitrariedad” (Fundamento Jurídico 6º; la cursiva es mía).

Las sentencias citadas se refieren al capricho conjuntamente con la inconsecuencia y la incoherencia, la manifiesta irracionalidad o la no razonable previsibilidad de la decisión. De una manera u otra, tienen en común el referir la arbitrariedad a la vulneración de las reglas de la racionalidad, como veremos más adelante. Bien en el sentido de quebrar las reglas de la inferencia lógica, entendiendo como tales, entre otras, la regla de la transitividad o la de no existencia de contradicciones internas. Bien en el de resultar contrarias a las reglas del discurso racional, como la del derecho a participar en las mismas condiciones en la discusión o la de la sinceridad de los argumentos aportados. En el apartado 5.3 entraré más a fondo en esta cuestión. Veamos antes cuál es la opinión de algunos de los autores que han tratado este tema.

2. La opinión de la doctrina

Si acudimos a algunos de los autores que han tratado el tema, nos daremos cuenta que siguen la misma tendencia que la jurisprudencia estudiada. Así por ejemplo, Fernández Rodríguez define la arbitrariedad como lo contrario a la razón y atribuye un doble significado al principio de interdicción de la arbitrariedad de la Constitución de 1978.

Afirma este autor que, “en un sentido genérico, correlativo de la idea ya antigua que ve en la arbitrariedad el reverso o el negativo de la Justicia y el Derecho, su prohibición constitucional juega el papel de una cláusula de cierre del sistema que se corresponde con la fórmula “Ley y Derecho” y que, por tanto, comprende todo lo que es necesario a aquélla o a éste, se encuentre o no especificado en otros preceptos constitucionales; en un sentido más concreto, arbitrario y, por tanto, constitucionalmente prohibido es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como desprendido de o ajeno a toda razón capaz de explicarlo”¹⁴.

Beltrán de Felipe, por su parte, relaciona también arbitrariedad e irracionalidad. Define este autor a la arbitrariedad en oposición a la discrecionalidad, determinando que el límite para el ejercicio de una potestad discrecional se sitúa en aquélla. Así, mediante el establecimiento de criterios negativos de control como los

14. Ob. cit. págs. 158 y ss.

tests de razonabilidad y de arbitrariedad, “los tribunales deben constatar si la Administración ha actuado de acuerdo con los parámetros o estándares de razonabilidad administrativa”¹⁵. También Igartua Salaverría, refiriéndose al ejercicio de una potestad discrecional, advierte que, “ante una decisión no-reglada hay obligación legal (impuesta por la ley) de justificarla (no legalmente, ya que no hay norma legal que disciplina su contenido) racionalmente (la única salida posible para escapar de la arbitrariedad), por imperativo legal entonces (art. 9.3 CE)”¹⁶.

Finalmente, en un reciente trabajo, A. Nieto repasa la mayoría de estas teorías y concepciones para acabar afirmando que debemos contemplar la arbitrariedad “como la figura que —al menos tendencialmente— cierra y enlaza las de irracionalidad e irrazonabilidad con la intención de crear un nuevo mecanismo de control judicial distinto de los de legalidad y desviación de poder”¹⁷. Sin embargo, reconoce este autor la dificultad de mantener esta posición dada la ambigüedad del concepto y su difícil distinción respecto de otro igualmente amplio como es el de ilegalidad. El control de la arbitrariedad debería tener, para él, un carácter subsidiario respecto del de legalidad. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que este autor se centra en el estudio del razonamiento judicial y de lo que denomina el arbitrio. Así, para el profesor Nieto, la decisión judicial se apoya en dos ejes: la legalidad y el arbitrio. Este último tiene unos límites intrínsecos que, una vez superados, lo sitúan en la arbitrariedad. En el fondo, no se trata sino de la traslación al ámbito judicial de la dicotomía discrecionalidad-arbitrariedad, más propia, en el uso común de estos términos, del ámbito administrativista.

En cualquier caso, parece claro que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, existe un consenso en lo que se refiere al reconocimiento de la conexión entre arbitrariedad e irracionalidad.

3. La arbitrariedad como vulneración de la racionalidad

Partimos entonces, en nuestro análisis, de la relación entre arbitrariedad y la vulneración de las reglas de la racionalidad. Decimos que una decisión es racional si ha sido tomada de tal forma que una persona que pudiera conocer, aproximadamente, los mismos elementos que conoce la persona que decide realmente, puede prever el contenido de la decisión. Así, la racionalidad supone compartir el conocimiento de dos importantes aspectos: las reglas procedimentales del discurso racional y los elementos fácticos y normativos que forman parte de la decisión concreta. Veámoslo con mayor detalle.

15. BELTRÁN DE FELIPE. M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 96.

16. IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Discrecionalidad técnica, motivación y control judicial*, Cívitas, Madrid, 1998, pág. 106 y ss.

17. NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, pág. 353.

En primer lugar, la racionalidad se refiere al procedimiento mediante el cual se toma la decisión (lo que permite al observador reproducir mentalmente, de forma aproximada, dicho procedimiento siguiendo las mismas reglas) y tiene una fuerte relación con la idea de previsibilidad. Las reglas del procedimiento racional son, básicamente, de dos tipos. Alexy¹⁸, en este sentido, las diferencia refiriéndose a las reglas relativas a la estructura de los argumentos y las que tienen como objeto el procedimiento del discurso. Aarnio¹⁹, por su parte, distingue entre la racionalidad -L y la racionalidad -D. La racionalidad -L es la referida a la forma de razonamiento y al respeto de las reglas de la inferencia lógica. La racionalidad -D, en cambio, no se refiere a la forma de razonamiento sino al procedimiento a través del cual se justifican las premisas. Entre las reglas de este procedimiento están las propias de la llamada racionalidad comunicativa, como son la del derecho a participar en la discusión y a cuestionar un enunciado presentado, la prohibición de la coacción, la honestidad en la justificación de las premisas, etc.

Las llamemos como las llamemos, lo cierto es que la distinción es importante, aunque sólo sea para recordar la insuficiencia de la racionalidad -L para considerar racional una decisión. La simple observancia de las reglas de la inferencia lógica no pueden determinar sin más la racionalidad de la decisión pues se trata de reglas tautológicas, que nada dicen acerca de la verdad o la validez de los enunciados. Es posible realizar un razonamiento impecable, desde este punto de vista, pero partiendo de premisas deliberadamente falsas o inválidas. En este caso, y desde el concepto de racionalidad que aquí se defiende, no se cumplirían las exigencias de la racionalidad -D y, en consecuencia, la decisión sería irracional.

Es cierto, no obstante, que la racionalidad -D tampoco nos permite de forma directa verificar la veracidad o la validez de un enunciado ya que nada dice de su contenido. En el fondo, seguimos tratando con reglas procedimentales, pero éstas no mantienen la estricta neutralidad de las reglas de la inferencia lógica respecto de los contenidos, pues su cumplimiento debe permitir detectar aquellos enunciados que son defendidos de forma engañosa o eludiendo su discusión y crítica. Sin duda que es posible que, aun así, se defiendan argumentos falsos de forma intencionada o no, pero indiscutiblemente se aumentan las posibilidades de que, a través de la discusión y la crítica, la falsedad acabe evidenciándose²⁰.

Por otro lado, el seguimiento de las reglas de la racionalidad -D facilitan el cumplimiento del otro presupuesto de la racionalidad de la decisión al que aludíamos al inicio del presente epígrafe. Me refiero al hecho de poseer el igual o, al

18. ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.

19. AARNIO, ob. cit.

20. Pese a todo, esta concepción de la racionalidad tiene importantes carencias. Desde el punto de vista de la racionalidad -D, una decisión puede ser racional aunque su contenido signifique el exterminio de la población judía si existe un convencimiento general acerca de la certeza de las premisas nazis.

menos, aproximado conocimiento de los hechos y los elementos de juicio que forman parte de la decisión. Esto quiere decir que el conocimiento de los hechos y de las normas que forman parte del proceso decisonal deben estar al alcance de los demás para que la decisión resulte realmente racional. Si no fuera así, la racionalidad se limitaría a la comprobación del seguimiento de meras reglas procedimentales vacías. Ello podría ser indiciario de cierta corrección formal de la decisión pero no de la previsibilidad del contenido de la misma.

Volviendo a nuestro asunto acerca del concepto de arbitrariedad, ésta resultará ser la inobservancia de todas estas reglas a las que nos referíamos, tanto las de la racionalidad -L como -D, incluyendo el común conocimiento de los elementos fácticos y normativos. Así, al margen de la validez de las normas que hayan resultado de aplicación, si la decisión tomada vulnera las reglas de la inferencia lógica o ha sido tomada inmotivadamente o con una motivación engañosa, basada en enunciados falsos o con enunciados que no resisten la crítica, será arbitraria. No se trata, no obstante, de tildar de arbitrarias a las decisiones sobre las que podemos discrepar, sino sólo a aquellas sobre las que, precisamente, apenas podemos discrepar al carecer éstas de fundamento que pueda ser el objeto de nuestra crítica o por haber utilizado argumentos engañosos arteramente.

Precisamente por ello, la motivación de las decisiones juega un papel fundamental en la detección de decisiones arbitrarias. Una decisión que aparece de forma inmotivada, sin justificación alguna, muy posiblemente resultará ser arbitraria. Por supuesto que pueden darse casos que no lo sea. La mera ausencia formal de motivación que acompañe la decisión no implica de forma ineludible que haya sido tomada arbitrariamente, vulnerando las reglas de la racionalidad. Al contrario, tampoco la presencia de motivación supondrá la ausencia automática de la arbitrariedad puesto que, como hemos dicho, la argumentación que aquélla incorpore puede no respetar las reglas de la racionalidad. En cualquier caso, puede decirse que, como norma general, la motivación de la decisión será el elemento básico para comprobar si la decisión es o no arbitraria y su ausencia, un indicio muy fuerte acerca de la presencia de la arbitrariedad²¹.

21. Véase, en este sentido, BELTRÁN DE FELIPE, ob. cit., págs. 52 y ss. También sobre ello se manifiesta NIETO, ob. cit. págs. 362 y ss., afirmando que en la mayoría de casos, la motivación de la decisión no es sino la justificación realizada a posteriori de la decisión tomada y, por tanto, puede existir una implacable motivación de una decisión que ha sido tomada de forma caprichosa. Añade este mismo autor que la falta de motivación no convierte automáticamente a una decisión en arbitraria, como sí parece afirmar FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ob. cit. pág. 160, al indicar, este último, que “el concepto de arbitrariedad se vincula así en su esencia última al concepto de motivación (...). El Derecho exige siempre justificación, demanda razones, preserva la razón. Su naturaleza es la de justificar decisiones, actuaciones. Por eso no puede y no podrá nunca rehuir la cuestión del fundamento”.

VI. LA DISCRECIONALIDAD Y SU CONTROL

1. Discrecionalidad versus arbitrariedad

Partimos de la premisa de que la arbitrariedad resulta siempre incorrecta ya que atenta contra el principio de certeza jurídica. Paradójicamente, es cierto que una decisión puede ser arbitraria pero ser aparentemente correcta. No olvidemos que la arbitrariedad de la decisión, al afectar a la racionalidad de la misma, se refiere al procedimiento como es tomada y no al resultado.

Una segunda premisa es que las decisiones irracionales son las tomadas irracionalmente. Si hablamos de decisiones con un contenido irracional, éste lo será en tanto que derivará de un proceso de decisión irracional. Distinto es que el contenido resulte inaceptable por resultar contrario, por ejemplo, a nuestras convicciones morales o al sistema de valores dominante de la sociedad. En este caso nos encontraremos ante una decisión incorrecta pero que no será necesariamente arbitraria.

También puede ocurrir que una decisión arbitraria tenga un contenido que coincida con el que hubiera resultado de tomar la decisión de forma racional. Imaginemos que un juez decida la culpabilidad de un reo de forma arbitraria (declarando su inocencia lanzando una moneda al aire) y coincidir este resultado con el correcto (por ser el reo realmente inocente según se deduce después racionalmente de las pruebas existentes). Pese a ese casual acierto, la evidencia de que la decisión ha sido tomada de forma arbitraria la convierte en incorrecta en tanto que quiebra la confianza de los ciudadanos en la corrección de la actuación de los poderes públicos, confianza fundamental para el mantenimiento del orden democrático. No lleva razón, en este sentido, Nieto²² cuando afirma que una sentencia dictada arbitrariamente no es siempre ilegal o injusta. Lo es en tanto que afecta de forma grave a uno de los principios fundamentales del sistema democrático: la certeza jurídica. Otra cosa es, evidentemente, que el resultado coincida, casualmente, con el que habría resultado de haberse tomado la decisión de forma correcta.

Otra posible patología, en este sentido, se da en aquellos casos en los que la decisión arbitraria resulte acompañada de una justificación, realizada a posteriori, que le de a aquélla una apariencia de corrección que dificulte o impida su censura. Aunque sea algo rebuscado, imaginemos la hipótesis del juez que utiliza una moneda para decidir la culpabilidad de los reos, e inventa luego una justificación de la decisión para evitar una posible acusación de prevaricación. Al final resultaría de ello una decisión aparentemente justificada pero que habría sido realmente tomada de forma arbitraria. El problema en este caso sería poder probar el carácter arbitrario de la decisión, sobre todo si el contenido de la decisión no fuera desmentido por la evidencia.

22. *Ibidem*, pág. 374.

Recapitulando, la arbitrariedad es una vulneración grave del principio de certeza jurídica en tanto que quiebra las reglas de la racionalidad. Por tanto, es un claro límite a la discrecionalidad. Esta puede suponer un cierto margen de libertad del decisor pero es intolerable que esta caiga en la arbitrariedad. Sin embargo, no es este el único límite que tiene la discrecionalidad en el Estado de Derecho.

El test de la arbitrariedad solo sería válido y suficiente desde la postura de alguien que defendiera un concepto formal de certeza jurídica. Un concepto que solo exigiera que la decisión se basara en normas jurídicas válidas y se respetaran los principios de la racionalidad -L y -D. Al contrario, pienso que es una exigencia de nuestra cultura y nuestra tradición jurídica exigir una dimensión material a la certeza jurídica. Ello supone que una decisión discrecional para ser correcta no es suficiente con que no sea arbitraria sino que, además, debe resultar aceptable. Es decir, acorde con el sistema de valores dominante en la sociedad.

2. La discrecionalidad en la perspectiva positivista

Como decía antes, las decisiones jurídicas discrecionales no quedan exentas de la exigencia de corrección a que se sujetan todas las demás decisiones jurídicas. Sin embargo, por el hecho de ser discrecionales es más difícil presumir su corrección pues provienen de normas jurídicas abiertas y que dan lugar a interpretaciones más flexibles por parte de los jueces y funcionarios.

Una forma de detectar si una decisión discrecional es o no correcta es comprobar que no ha sido tomada de forma arbitraria. Ello es tanto como comprobar, por lo que hemos visto, que ha sido tomada racionalmente. No obstante, aun habiendo sido tomada de forma racional puede resultar incorrecta. Luego la arbitrariedad no es, como a veces se ha sostenido, el único límite o el elemento antagónico de la discrecionalidad. Este planteamiento es importante sobre todo en lo que se refiere al tema que voy a tratar ahora que es el del control del ejercicio de la discrecionalidad. Porque es precisamente aquí donde el positivismo jurídico pone de manifiesto la que es, a mi juicio, una notable insuficiencia.

Los positivistas jurídicos impiden la entrada de una dimensión moral y se limitan a encarar discrecionalidad y arbitrariedad como si fueran dos antagónicos. Ello les lleva a sostener que toda decisión discrecional no arbitraria es correcta. Y esto es falso. Como decía antes, la discrecionalidad es aquella toma de una decisión que no se encuentra predeterminada por el ordenamiento jurídico, de tal forma que la aplicación de la norma o normas supone algo más que un simple ejercicio mecánico-lingüístico, consistente en comprobar que, dado indubitablemente el hecho X, procede resolver en el sentido Y. El positivista jurídico sostiene que, en estos casos, lo que hace el juez o el funcionario es decidir según su propio criterio de justicia al considerar que la norma que debería aplicar resulta indeterminada.

Esta postura es muy problemática ya que, si aceptamos que el juez decide basándose en un criterio personal, estamos admitiendo que se trata de un criterio claramente extrajurídico. Esto supone que es posible censurar la actitud del juez

por decidir de este modo pero no se podrá discutir jurídicamente el contenido de la decisión, salvo que se desconozca que estamos ante una decisión que se sitúa, en principio, fuera del Derecho, aunque no necesariamente en contra de él. En puridad, si quisiéramos discutir el contenido de la decisión, no se trataría de una discusión jurídica o sobre la interpretación de normas sino una discusión sobre la corrección de las creencias del juez desde el punto de vista de nuestras propias creencias.

Defender la postura del juez que decide en base a su criterio personal conlleva consecuencias que no son fácilmente asumibles. La más importante es la dificultad de defender, de forma coherente, la posibilidad de un control jurídico de las decisiones discrecionales. Ello es así porque si el criterio determinante de la decisión final no tiene un carácter jurídico sino que depende de la ideología o del carácter del juez o funcionario, no tiene sentido hacer que otra persona revise esta decisión no jurídica, ya que la revisión jurídica solo puede hacerse desde la perspectiva del Derecho, por la misma razón que una revisión médica solo puede hacerse desde la perspectiva de la medicina.

La coherencia de esta postura obliga, pues, a negar el control jurídico de las decisiones discrecionales, incluso aunque éste pudiera realizarse por un órgano de la propia administración. El positivista argumentará, en este sentido, que si el ordenamiento jurídico otorga la competencia a un determinado órgano para decidir según su criterio, no es concebible que otro órgano revise esta decisión. Ello sería como admitir que puede ejercer una competencia que no se le ha atribuido. Cuando de juicios personales se trata, tan competente y tan digno de confianza es un órgano como otro para determinarlo (ésta es, por ejemplo, la opinión defendida por Parejo²³). Como vemos el positivismo jurídico presenta numerosas contradicciones que, salvo que estemos dispuestos a asumirlas con el riesgo que ello conlleva, hacen que sea razonable plantearnos firmemente abandonar esta opción.

3. El concepto de discrecionalidad en Dworkin y MacCormick

Como es fácil imaginar, la postura positivista ha sido criticada por numerosos autores. Entre estos, podemos destacar la obra de R. Dworkin²⁴. En el epígrafe IV.1 hemos visto su concepto de discrecionalidad y como distinguía entre la discrecionalidad en sentido débil y en sentido fuerte. Para este autor, incluso cuando un funcionario o un juez ejerce la que él llama discrecionalidad en sentido fuerte, debe acudir a los estándares de racionalidad, justicia o eficacia para tomar la decisión. No puede tomarla, pues, simplemente acudiendo a su propio criterio u opinión personal sin más.

La idea es sin duda sugerente pero no exenta de interrogantes. Si acudimos a estos estándares y tomamos la decisión. ¿Elimina esto cualquier margen de libertad

23. Ob. cit.

24. DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, págs. 83 y ss.

del decisor? ¿Supone ello la existencia de una única respuesta correcta? ¿Cabe efectuar entonces un control jurídico (o judicial) de las decisiones discrecionales en el sentido de comprobar si se ha tomado esta única respuesta correcta?

La cuestión no es baladí puesto que si sólo existe una respuesta correcta, el tema del control de las decisiones discrecionales no va a tener dificultad alguna una vez que conozcamos la forma de hallar las respuestas correctas. Pero Dworkin acaba resolviendo el tema acudiendo a un juez imaginario omnipotente y de cualidades sobrehumanas que llama Hércules. Con tales cualidades, Hércules no tiene muchas dificultades en ofrecernos la decisión correcta en los casos más complejos y lo hace sin echar mano de sus convicciones particulares²⁵.

Esta concepción de la discrecionalidad es criticada, sin embargo, por MacCormick. Coincide este autor con Dworkin en el sentido de negar que un juez tenga libertad para decidir sin sujeción a estándar alguno. Pero niega que de ello pueda derivarse que, de la mano de Hércules, nos encontremos ante algo parecido a la discrecionalidad en sentido débil. Al contrario, defiende este autor que, aunque existan estándares que deben utilizarse, no siempre son suficientes para poder justificar que la decisión que hemos tomado es la correcta. En ocasiones, estos estándares no conseguirán justificar la decisión en todos sus extremos. Por esta razón, no puede afirmarse que siempre podrá existir una decisión completamente justificada²⁶. Veamos cuando sucede esto.

La tesis de MacCormick es la siguiente. Parte de la premisa inicial de que, en principio, es posible justificar las decisiones discrecionales sobre la base de estándares. En estos casos, por lo general, de lo que se tratará es de dilucidar controversias de carácter especulativo (*speculative disagreements*). Este tipo de controversias son aquellas sobre las cuales es posible conocer si determinadas opciones son o no ciertas. Se trata de controversias que pueden solventarse objetivamente. Un ejemplo de ello es la discusión acerca de la distancia entre dos ciudades. En este caso la controversia es perfectamente solventable y puede comprobarse fácilmente cuál es la distancia que efectivamente existe.

Sin embargo, puede ocurrir que cuando tratamos con cuestiones normativas las cosas se compliquen. La razón de ello es porque nos movemos en planos que escapan de la determinación objetiva. Ello es así ya que las controversias pueden darse acerca de valores. En estos casos, nos encontraremos con controversias de carácter práctico (*practical disagreements*). Estas controversias son aquellas acerca de las cuáles solo podemos decir qué alternativa creemos que es la más correcta. Pero no la que indiscutiblemente es la correcta. Un ejemplo de ello puede ser incluso la discusión acerca de si es mejor Picasso que Matisse. En las decisiones discrecionales, entiende MacCormick que podrá ocurrir que acaben desembocando en controversias de carácter práctico. En estos casos, no se llegará a una justifica-

25. *Ibidem*, pág. 203.

26. MACCORMICK, NEIL, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 1994, págs. 246 y ss.

ción completa ya que no se llegará forzosamente a un acuerdo sino que cada uno defenderá la que cree que es la mejor opción.

Para MacCormick lo importante es justificar por qué se cree que la opción elegida es la más correcta. La justificación debe partir, a juicio de este autor, de argumentos de carácter consecuencialista y, a partir de ahí, determinar la más correcta de las posibles consecuencias de la decisión. Sin embargo, señala el autor que esta perspectiva consecuencialista no debe olvidar dos importantes factores. En primer lugar, la decisión debe ser consistente y no debe entrar en contradicción con las normas vigentes. En segundo lugar, la decisión debe ser coherente con los principios o analogías que pudieran considerarse de aplicación al caso concreto.

Según MacCormick, entonces, las decisiones discrecionales no siempre pueden ser objeto de control jurídico en todos sus aspectos puesto que no siempre son completamente justificables. El control jurídico alcanzaría sin duda las controversias de carácter especulativo, pues su solución puede ser objetivamente hallada. Cabría así el control de la consistencia lógica de la decisión, su fundamento en las normas jurídicas válidas y su coherencia con los principios o las analogías que fueran de aplicación. Pero siempre sería posible que quedase un margen, una zona en la que la controversia sobre valores derivara hacia una controversia de carácter práctico. Se trataría de una zona donde no sería posible encontrar la solución correcta. Aquí deberíamos conformarnos con obtener la que creemos que es la mejor solución posible. Desgraciadamente, una vez despejadas todas las controversias de carácter especulativo nos encontraríamos en los extramuros de la racionalidad. No cabría, en consecuencia, ningún tipo de control jurídico. Al fin y al cabo, este no podría aportar otra solución objetivamente más correcta, sino sólo otra que el juez controlador creyera personalmente que es más correcta que la decidida.

Resumiendo las tesis de estos dos autores, vemos que Dworkin propugna un concepto de discrecionalidad basado en el principio de que es posible encontrar la respuesta correcta al caso concreto que se trate. En consecuencia, cabe el control jurídico de la decisión discrecional puesto que la discrecionalidad no dejaría de ser un vacío del ordenamiento que debe (y puede) ser llenado a posteriori, pero no sin sujetarse a los principios y los estándares jurídicos.

El punto débil de la argumentación de Dworkin es que no nos dice cómo podemos saber realmente cuál es la respuesta correcta. Ni siquiera si es cierto que exista una respuesta correcta a cada caso. El propio filósofo debe recurrir a un juez sobrehumano e imaginario, Hércules, ante la impotencia humana para resolver todos los casos.

MacCormick, por su parte, critica esta tesis de Dworkin y niega la posibilidad de encontrar una respuesta correcta. Al contrario, admite que en ciertos casos puede ocurrir que la discusión acerca de un problema jurídico acabe en una controversia de carácter práctico que no tendrá una solución única posible. Solo podrá ofrecerse la que el decisor, el funcionario o el juez que tenga la última palabra al respecto, crea que es la más correcta. Sobre la decisión que ponga fin a una controversia de carácter práctico no cabrá control jurídico alguno.

4. El control de la discrecionalidad

Como hemos dicho, para MacCormick en determinados casos no es posible encontrar la solución jurídica correcta sino sólo la más correcta. Ello supone reconocer la existencia de una zona situada en las afueras del mundo del Derecho y en la que las decisiones discrecionales entrarían de lleno. En esta zona periférica no cabría un control jurídico completo sobre el contenido de las decisiones jurídicas. Sin embargo, esto no es necesariamente así. Es posible reivindicar la corrección de una decisión sin acudir a un juez sobrehumano al estilo del Hércules de Dworkin. Pero también sin caer en un desacuerdo práctico puro (*pure practical disagreement*) que, a juicio de MacCormick acaba situándonos fuera del reino de la racionalidad.

En su crítica a MacCormick, Urbina no solo matiza la tesis de éste sino que consigue devolver estos desacuerdos aparentemente irresolubles al reino de la racionalidad. Una de las primeras premisas de las que parte Urbina es que, en un contexto jurídico como en el que nos movemos, las controversias de carácter práctico no son controversias referidas a gustos personales del tipo de “me gusta más el té que el café”. Al contrario, lo que está aquí en controversia son pretensiones justificadas de corrección acerca de decisiones tomadas en un contexto jurídico, incluso cuando no existe una norma clara que nos permita deducir fácilmente esta corrección, como ocurre en el tema de la discrecionalidad.

Cuando la opinión de un juez o un funcionario, que supone una pretensión de corrección, entra en conflicto con la de otros, se produce una situación controvertida. Sin embargo, la solución del conflicto no pasa por llegar a una especie de situación de compromiso entre las preferencias personales de varias personas. No se busca un consenso forzado ante la necesidad de un acuerdo entre los que prefieren té o café. En estas situaciones que aquí nos ocupan, los conflictos ocurren con opiniones que son pretensiones justificadas de corrección y que se mueven dentro del reino de la racionalidad. Por eso mismo, es posible llegar a un acuerdo final acerca de la solución más correcta mediante mecanismos racionales tan simples pero efectivos como la votación²⁷.

La segunda premisa de la que parte Urbina se refiere a que las pretensiones de corrección normativa que justificadamente sostienen las partes en la controversia pueden ser pretensiones racionales. Naturalmente, si no fuera así, tanto daría que la solución final se alcanzara mediante mecanismos racionales de decisión como un debate y una votación final, o mediante otros mecanismos más simples como el lanzamiento de una moneda. En los casos controvertidos, los jueces o los funcionarios que deben decidir lo harán a partir de aquellos argumentos que ellos consideran justificadamente como los más correctos. No tanto porque estén de acuerdo con normas jurídicas concretas, que en estos casos controvertidos estarán ausentes o serán confusas. Sino porque estén de acuerdo con determinados criterios de corrección que ellos defienden, enmarcados estos criterios en el contexto de una teoría.

27. URBINA, ob. cit., pág. 126.

Si las pretensiones se encuentran justificadas, éstas lo estarán a partir de estos criterios y en coherencia con la teoría que los sustenta. Nada nos impide presuponer, además, que esta teoría será consistente y cumplirá con los requisitos de racionalidad, pues se trata de una exigencia propia de nuestro contexto cultural. Pero tratándose de teorías que se refieren a aspectos normativos, además deberán ser coherentes también con los valores propios del sistema jurídico que se trate²⁸. La controversia entre diversas opiniones puede ser, al fin y al cabo, incluso una controversia entre varias teorías acerca de cuál de ellas es más coherente con el sistema de valores dominante en su sistema jurídico y, si éste es democrático, en la sociedad en general.

Por supuesto que la solución planteada por Urbina no elimina de plano las controversias que puedan existir y que, a buen seguro, seguirán existiendo. Es decir, no nos asegura que exista una única respuesta correcta, al estilo de Dworkin, ni la forma cómo podamos conocerla. Pero es de gran utilidad al menos para negar la existencia de una separación clara entre las controversias especulativas o teóricas y las controversias prácticas. Entre las soluciones situadas en la racionalidad y las situadas fuera de ella²⁹.

No son pues dos ámbitos separados sino más bien un solo ámbito con distintos niveles de dificultad en la resolución de los conflictos, en el sentido que apunté al referirme a la concepción de la discrecionalidad en Dworkin (IV.1). Porque en el caso de la discrecionalidad, que es el que aquí nos ha ocupado, no es posible tampoco trazar esta división. Las decisiones discrecionales son decisiones jurídicas y se encuentran sometidas a las exigencias y a los controles propios de este tipo de decisiones en un Estado democrático de Derecho.

Ciertamente existirán aspectos de la decisión discrecional que no habrán sido deducidos directamente de una norma jurídica concreta sino que se habrán configurado a partir de las preferencias de la persona que ha tomado la decisión. Sin embargo, en nuestro contexto jurídico y cultural, estas preferencias deben ser pretensiones justificadas de corrección. Por tanto, pretensiones coherentes con alguna teoría que contenga los criterios de corrección normativa en los que se base la decisión. Teoría que, a su vez, deberá ser coherente, o al menos lo más coherente posible, con el sistema de valores dominante en la sociedad. En ningún caso guarda parecido con la elección entre el café o el té.

Como digo, esto no está exento de dificultades. Desde la inexistencia en general de teorías sobre criterios de corrección que sean ellas mismas teorías bien elaboradas, consistentes y sistematizadas al máximo, hasta la dificultad de ser coherentes con un sistema de valores dinámico en muchos aspectos y siempre difícil de perfilar en su integridad. Lo importante, en todo caso, es no olvidar que el control de las decisiones jurídicas es una conquista de la democracia frente a la

28. *Ibidem*, pág. 131.

29. *Ibidem*, pág. 133.

arbitrariedad y a los abusos de los regímenes de otras épocas. Pero como tantas otras conquistas de las sociedades democráticas, se trata de un botín frágil que precisa de un cuidado y una vigilancia constante.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- AARNIO, AULIS, “Las reglas en serio”, en AARNIO, GARZÓN VALDÉS Y UUSITALO, *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- ALEXÝ, ROBERT, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- BELTRÁN DE FELIPE. M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Cívitas, Madrid, 1997.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN, *De la arbitrariedad de la Administración*, Cívitas, Madrid, 1994 (segunda edición en 1999).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN, *De la arbitrariedad del legislador*, Cívitas, Madrid, 1998.
- HAWKINS, K., “The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science”, en HAWKINS, K. (editor), *The uses of discretion*, Oxford University Press, New York, 2001.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Discrecionalidad técnica, motivación y control judicial*, Cívitas, Madrid, 1998.
- MACCORMICK, NEIL, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 1994.
- NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.
- SCHNEIDER, C., “Discretion and rules. A lawyer view”, en HAWKINS, K. (editor), *The uses of discretion*, Oxford University Press, New York, 2001.
- URBINA, S., *Reason, Democracy, Society. A study on the basis of Legal Thinking*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1996.