DOS CONCEPTOS DE DISCRECIONALIDAD JURÍDICA

Isabel Lifante Vidal
Universidad de Alicante

1. La complejidad del fenómeno "discrecionalidad jurídica"

Creo que no es exagerado afirmar que la discrecionalidad jurídica es uno de los conceptos que mayor atención e interés despiertan entre los juristas, a pesar de ser, o precisamente por ello, un concepto especialmente complejo, oscuro y equívoco. Esta complejidad ha sido señalada en innumerables ocasiones; del mismo modo que han sido innumerables los intentos por arrojar algo de luz sobre el mismo[1]. Pero estos análisis han sido desarrollados de un modo que podríamos calificar como "unilateral": o bien desde la perspectiva de la discrecionalidad judicial, o bien desde la perspectiva de la discrecionalidad administrativa, y ello aunque en muchos casos parece darse por sentado que se trata de un fenómeno unitario. Conviene notar que los intereses perseguidos desde cada una de esas perspectivas son además claramente distintos. En el ámbito de la actividad administrativa las discusiones se han planteado respecto a la cuestión de si cabe o no el control jurisdiccional de los actos discrecionales de la administración (o en qué consiste y cómo debería ejercitarse tal control). Sin embargo, en el ámbito de la función jurisdiccional, las discusiones son en algún sentido más elementales o básicas, pues se trata de determinar si existe o no discrecionalidad judicial, discusión que presupone plantearse en qué consiste la discrecionalidad. En este contexto, el objetivo del trabajo es doble. En primer lugar pretende poner en conexión los análisis llevados cabo en estas dos esferas, con el objetivo de determinar si es posible seguir considerando que desde ambas perspectivas se está hablando de un mismo concepto de discrecionalidad. Una vez contestada esta cuestión en sentido negativo –tal

[1] Cfr., entre otros, Galligan (1986), Davis (1969), Barak (1989), Bayles (1990), Bell (1992), Desdentado Daroca (1997), Iglesias Vila (1999), Hawkins (1992), Igartua Salaverría (1996 y 1998), Sáinz Moreno (1976), Waluchow (1983).

y como se anuncia en el título del artículo-, el trabajo pretende, en segundo lugar, ofrecer algunas notas para la caracterización de uno de esos conceptos de discrecionalidad.

De momento, y para empezar a trabajar, voy a partir de una aproximación un tanto tosca al fenómeno de la discrecionalidad jurídica, que me permitirá ubicar las polémicas que giran en torno al mismo, valiéndome para ello de los dos siguientes elementos que aparecen constantes en los distintos análisis de la discrecionalidad jurídica: por un lado, la *libertad* que tiene un órgano jurídico en la toma de decisiones para elegir entre diferentes opciones; y, por otro lado, el que esa libertad no es absoluta, sino que se encuentra delimitada por un cierto *marco normativo*.

Tomando como punto de partida esta aproximación al concepto de discrecionalidad, creo que es fácil de explicar el hecho de que el ámbito clásico de las discusiones a propósito de este fenómeno ha sido el de la esfera del Derecho administrativo. Dentro del paradigma formalista, la discrecionalidad se encuentra restringida a determinados actos de la Administración. El poder legislativo y el poder judicial desempeñarían unos roles muy definidos y excluyentes entre sí: el poder legislativo crea el Derecho, y el judicial se limita a aplicarlo. Desde esta perspectiva, respecto a los actos del legislador no cabría hablar de discrecionalidad porque se trata de un órgano "soberano" y que gozaría, por tanto, de una completa libertad. Faltaría, entonces, el elemento de ciertos límites normativos que, junto al margen de libertad, suele caracterizar a la discrecionalidad. Mientras que respecto a los actos de los órganos jurisdiccionales la situación sería completamente la opuesta. La actividad judicial se limita, para esta concepción, a reproducir lo contenido en la ley (el juez sería la boca de la ley), y lo que faltaría aquí para hablar de discrecionalidad sería precisamente cualquier margen de libertad. Sin embargo, y como era de esperar, en el momento en que estos presupuestos son cuestionados, las discusiones en torno a la discrecionalidad se expanden y surgen las polémicas a propósito de si puede hablarse de discrecionalidad también en esos otros ámbitos. En este sentido, quizás podamos tomar las tesis de Kelsen como punto de partida para ilustrar la extensión del ámbito relevante de la discusión sobre el fenómeno de la discrecionalidad.

Como es de sobra conocido, para Kelsen el sistema jurídico se estructura en forma de pirámide: cada norma extrae su validez de la norma jerárquicamente superior; y ello porque la norma de grada superior regula el procedimiento por el que debe producirse la norma de grada inferior y, en mayor o menor medida, también su contenido. La relación entre la grada superior y la inferior del orden jurídico es, para este autor, una relación de determinación. Pero esta determinación nunca va a ser –en su opinión– completa (bien porque intencionalmente se quiera facultar a los órganos inferiores a

colmar la indeterminación, o bien debido a defectos no intencionales, como la ambigüedad, las contradicciones, etc.). De este modo, en ningún caso el Derecho positivo va a permitir, para Kelsen, individualizar una única solución correcta. La interpretación necesaria para llevar a cabo la aplicación del Derecho ha de ser, entonces, necesariamente un acto de voluntad y no sólo de conocimiento. La determinación del sentido de una norma para su aplicación al caso será, por tanto, fruto de una decisión libre, de una decisión no vinculada por el ordenamiento, en definitiva, de una decisión discrecional. La discrecionalidad es así, en la construcción de Kelsen, un fenómeno inherente a todo proceso de concreción y aplicación del Derecho y que, por tanto, se presenta en todas las gradas del ordenamiento. En este sentido, para Kelsen no existirá diferencia cualitativa, sino meramente cuantitativa, entre la discrecionalidad que se ejerce en la elaboración de una ley conforme a la Constitución y la que se ejerce al dictar una sentencia judicial o un acto administrativo. Este autor considera, así, que los conceptos de aplicación y de creación de Derecho son siempre correlativos[2].

A partir de Kelsen, la discusión iusfilosófica a propósito de la discrecionalidad se ha centrado durante mucho tiempo casi exclusivamente en el ámbito judicial. De este modo, uno de los rasgos fundamentales que se toman en cuenta para caracterizar y clasificar a las distintas teorías del Derecho es precisamente su postura respecto al problema de si existe o no discrecionalidad judicial. Tendríamos teorías radicales, como las de los realistas, para las que los jueces gozan de discrecionalidad en todos los casos (siendo ellos los verdaderos creadores del Derecho); posiciones moderadas, como la de Hart, según las cuales los jueces gozarían de discrecionalidad sólo en algunos casos: los "difíciles"; y posiciones absolutistas según las cuales los jueces no gozarían de discrecionalidad en ningún –o prácticamente ningún– caso, cuyo ejemplo más prototípico sería la teoría de Dworkin con su tesis de la única respuesta correcta. En el ámbito legislativo, la revitalización de las discusiones a propósito de la discrecionalidad ha sido, sin embargo, mucho más reciente. Podríamos decir que el tema ha cobrado interés teórico debido al replanteamiento de los roles que desempeña el poder legislativo y el poder judicial en el actual Estado constitucional. Si se acepta que la constitución es fuente de Derecho y que, por tanto, penetra en el razonamiento jurídico ordinario, entonces habrá que aceptar la existencia de límites a la potestad legislativa; límites que vienen establecidos por las normas constitucionales, de modo que la actividad legislativa ya no puede seguir considerándose como completamente soberana.

[2] Cfr. Kelsen, 1986, pp. 153 y ss.

Conviene señalar que, tanto las discusiones a propósito de si existe discrecionalidad judicial, como las relativas a si resulta adecuado hablar de discrecionalidad del legislador parecen operar con el presupuesto de que existe un concepto claro de discrecionalidad, cuyo paradigma vendría dado por la discrecionalidad en el ámbito administrativo. Sin embargo, creo que el presupuesto con el que parece aquí operarse de que el concepto de discrecionalidad que se usa en el ámbito administrativo es claro, o al menos unívoco, es erróneo (para darse cuenta de ello, basta echar una ojeada a las distintas discusiones que al respecto mantiene la dogmática administrativista).

2. Algunas aproximaciones a la discrecionalidad jurídica

Veamos algunas de las aproximaciones más frecuentes que es posible encontrar, tanto entre los filósofos del Derecho como entre los dogmáticos –fundamentalmente administrativistas– a propósito de la discrecionalidad jurídica, con el objetivo de extraer de ahí los elementos que usualmente se utilizan para su definición y sobre los que más adelante me detendré. En los trabajos a propósito de la discrecionalidad podemos encontrar fundamentalmente dos perspectivas de análisis (o dicho de otro modo, dos cuestiones recurrentes) que suelen adoptar los distintos análisis de este fenómeno. La primera perspectiva es la que se ocupa de qué es o en qué consiste la discrecionalidad, es decir, qué es lo que hace un órgano cuando actúa discrecionalmente. Y la segunda es la que aborda la cuestión de cómo surge o cuándo podemos decir que un órgano posee discrecionalidad, es decir, el origen o las fuentes de la discrecionalidad. Por supuesto, esta "clara" distinción entre ambas perspectivas es aquí utilizada simplemente con fines expositivos; hay que tener en cuenta que podría considerarse que, por un lado, estas dos cuestiones no son las únicas relevantes a la hora de hablar de discrecionalidad (estarían también las de cómo debe ejercerse la discrecionalidad, o la posibilidad de control de los actos discrecionales); y, por otro lado, que tampoco parece que puedan, al menos en principio, tratarse como cuestiones independientes, aunque hay algunos autores que sí las consideran de este modo, en el sentido de que consideran posible, por ejemplo, que alguien que no "tenga discrecionalidad", "ejerza discrecionalidad"[3].

[3] Ésta es, por ejemplo, la opinión de Waluchow, para quien, mientras que en la expresión "S tiene discrecionalidad" la noción de discrecionalidad se usa para describir una relación normativa del sujeto con los estándares autoritativos; en la expresión "S ejerce discrecionalidad", dicha noción describe una decisión o juicio actual que es hecho por S. Es decir, este tipo de expresiones se usan para describir que el sujeto ha realizado el tipo de decisión para el que autoriza el tener discrecionalidad (Waluchow, 1983, p. 338 y ss.).

2.1. En qué consiste la discrecionalidad

Respecto a la primera perspectiva, y como ya antes señalé, resulta prácticamente unánime la idea de que la discrecionalidad es un cierto margen de libertad en la toma de decisiones. Sin embargo, y como no podía ser de otro modo, esta unanimidad empieza a desvanecerse a la hora de precisar algo más en qué consiste dicha libertad. Voy a agrupar las distintas respuestas que se dan a esta cuestión en tres apartados, según cuál sea el rasgo que se considere definitorio o central para la caracterización de la discrecionalidad.

2.1.1. La elección entre varias alternativas

Una de las respuestas más frecuentes a la pregunta acerca de en qué consiste la discrecionalidad es la que sostiene que la misma viene dada por la existencia de varias soluciones igualmente válidas para el Derecho, entre las cuales el órgano decisor tendría que elegir[4]. La discrecionalidad es así concebida como el *poder* o la *facultad* de elegir entre dos o más cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como permisible por el sistema de referencia del que se trate; en nuestro caso, el Derecho[5].

Si la discrecionalidad es la libertad de elegir entre varias alternativas acordes con el Derecho, entonces para que ésta exista tendrá que haber más de una, pero el número de alternativas disponibles puede ser muy diverso y la discrecionalidad es vista, por tanto, para muchos de los autores que optan por esta caracterización, como un fenómeno graduable en función del número de alternativas disponibles. Así, por ejemplo, Barak (1989, pp. 8-9) lleva a cabo una distinción que él mismo considera como relativa entre lo que llama "discrecionalidad estrecha" que se daría cuando el número de opciones entre las que puede elegir el órgano decisor son pocas y "discrecionalidad amplia", cuando hay disponibles muchas opciones.

2.1.2. La ausencia de estándares jurídicos aplicables

Otra de las caracterizaciones frecuentes de la discrecionalidad es la que la define como la ausencia de estándares jurídicos que guíen la toma de decisión. Dworkin, por ejemplo, dice que la "discrecionalidad en sentido fuerte"[6] se daría cuando un funcionario, en lo que respecta a algún proble-

---

[4] Cfr. García de Enterría y Fernández, 1995, p. 447; y Sáinz Moreno, 1976, p. 304.

[5] Definiciones o aproximaciones de este tipo pueden encontrarse, por ejemplo, en Barak, 1989, p. 7; Bell, 1992, p. 92; H. Hart y A. Sacks, "The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law", 1958, p. 162 (citado por Lempert, 1992, p. 185).

[6] Dworkin distingue tres sentidos del término discrecionalidad. Un sentido débil, que hace referencia meramente a que las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento (el funcionario ha de valerse de su juicio para

ma, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. Y, en un sentido similar, en ocasiones se traza un concepto general de discrecionalidad en términos de elección entre diferentes alternativas *sobre la base de criterios extrajurídicos* (Desdentado Daroca, 1997). La discrecionalidad haría referencia, pues, a la adopción de decisiones de forma desvinculada del ordenamiento jurídico. Este tipo de aproximación se plasma en afirmaciones del tipo "donde termina el Derecho, empieza la discrecionalidad" (Davis, 1969, p. 3). Ésta parece ser también, al menos en principio[7], la idea que subyace a la clásica contraposición de los administrativistas entre potestades regladas y discrecionales: la discrecionalidad parece surgir, por tanto, como una ausencia de regulación para el ejercicio de ciertas potestades.

A partir de esta caracterización surge la pregunta de cómo debe actuar entonces el sujeto que goza de discrecionalidad; en qué debe basar su decisión. Las respuestas que encontramos aquí son muy variadas. Algunos autores han remarcado la idea de que, al no existir estándares jurídicos que guíen la decisión, el órgano habrá de actuar sobre las razones que él piense que son correctas. Otros señalan que el hecho de que no existan tales estándares jurídicos no implica que el órgano sea completamente "libre", sino que dicha libertad es "relativa" a un determinado sistema, en este caso, el sistema jurídico, pero que el órgano puede estar vinculado por otro tipo de estándares, por ejemplo, de racionalidad práctica.

2.1.3. La ausencia de enjuiciabilidad o el carácter último de la decisión

Un tercer rasgo que aparece en los trabajos sobre discrecionalidad es el de la ausencia de enjuiciabilidad o el carácter último de una decisión. Aunque pocos autores definen la discrecionalidad directamente a partir de este elemento, es frecuente encontrar clasificaciones que lo toman en cuenta. Así, por ejemplo, algunos proponen hablar de discrecionalidad "provisional" cuando un funcionario público es libre para tomar una elección entre posibles cursos de acción, pero esta decisión está sujeta a revisión y posible

---

aplicar los estándares que le impone la autoridad). Un sentido también débil, pero diferente al anterior, según el cual, algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario. Y, por último, el sentido fuerte que aquí estamos comentando. El sargento al que se le ordena que escoja los cinco hombres más experimentados no tendría, en opinión de Dworkin, discrecionalidad fuerte en este sentido porque la orden pretende regir su decisión, pero si la tendría si lo que se le ordenara fuera que escogiera los cinco hombres que prefiera (Dworkin, 1989, pp. 83-87). Esta distinción ha sido muy criticada; cfr., entre otros, Bell, 1992, pp. 94 y ss.; Galligan, 1986; Nino, 1985, pp. 150 y ss.; Desdentado Daroca, 1997, pp. 48-51; y Lempert, 1992, pp. 185 y ss.

[7] Más adelante abordaré con cierto detenimiento esta primera caracterización de los poderes "discrecionales" y llegaré a la conclusión de que la misma no es apropiada.

anulación por otro órgano; y de discrecionalidad "absoluta" o "última" cuando ninguna otra autoridad puede revisar la elección hecha, incluso si es arbitraria o irrazonable[8].

En ocasiones, este rasgo de ausencia de enjuiciabilidad se ve como consecuencia, si no necesaria, al menos bastante plausible, de los anteriores rasgos de la discrecionalidad. Así, se considera que si un órgano decisor puede ejercer juicios entre alternativas permisibles, entonces "normalmente" otros no estarán autorizados o serán capaces de revisar o anular las decisiones. Ésta es también la opinión de muchos administrativistas, para los cuales, si la potestad discrecional supone la atribución a la Administración de una cierta libertad de decisión a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso, entonces un poder tal parece rechazar, por hipótesis, cualquier tipo de control que, de admitirse, desmentiría la libertad que el término 'discrecional' proclama.

Por último, hay autores para los que no existiría tal conexión entre los rasgos antes recogidos y éste que estamos ahora analizando. Se trataría de cuestiones independientes y que configurarían diversos "sentidos" del término discrecionalidad. De esta opinión sería, por ejemplo, Dworkin (1989), para quien uno de los sentidos débiles que adopta el término discrecionalidad es precisamente aquél que hace referencia a que la decisión de alguien es definitiva, en el sentido de que ninguna autoridad superior puede revisarla y anularla, como la decisión del juez de línea de si un jugador está fuera de juego.

2.2. El origen de la discrecionalidad

La segunda perspectiva desde la que se aborda la discrecionalidad es la de su origen: cuándo o por qué puede decirse que un órgano posee discrecionalidad. En este sentido, Bell, por ejemplo, señala que una caracterización adecuada de la discrecionalidad debe contener, junto al elemento de cierta libertad de elección, una referencia al modo en que esa libertad es generada; no basta con que se dé una elección, sino que es necesario que se trate de una decisión legítima y considera que esta legitimación puede darse de dos maneras: puede aparecer o bien como consecuencia de conferir un poder, o bien como resultado de alguna ausencia o indeterminación de los materiales jurídicos (Bell, 1992, pp. 92-97). Y, en efecto, la mayoría de las aproximaciones a la discrecionalidad suelen mencionar estas dos fuentes, pero mientras que algunos análisis las utilizan como modos indistintos en que puede surgir un mismo fenómeno; otros establecen, a partir de ellas, distintos tipos

[8] Cfr. Davis, 1969 y Goodin, 1986.

de discrecionalidad; y hay quienes también se ocupan de estos dos expedientes, pero para mostrar que la auténtica discrecionalidad se vincula sólo con uno de ellos (con la delegación de un poder).

Entre los que consideran indistinta la discrecionalidad originada por uno u otro expediente nos encontramos, por ejemplo, a Kelsen y a Hart. Como es sabido, para Kelsen (1986) la relación entre una grada superior y una inferior del ordenamiento es una relación de determinación. Pero esta determinación nunca puede ser completa, existiendo siempre un margen de libre discrecionalidad para el órgano aplicador. Kelsen considera que la indeterminación puede ser de dos tipos: intencional o no intencional. La primera hace referencia a los casos en que las normas (por voluntad de sus creadores) *facultan*, expresa o implícitamente, a los órganos a los que corresponde su aplicación a cubrir esa indeterminación, pero el mismo efecto tendrían, en su opinión, los casos en que la indeterminación se genera de manera no intencional, debido a los defectos que afectan a las normas jurídicas. Por su parte, para Hart (1990) la indeterminación es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales; no sería posible (y ni siquiera deseable) una situación en la que las reglas fueran tan detalladas que, de antemano, estuviera siempre resuelto si son o no aplicables a cada caso particular, de modo que nunca se hiciera necesario, en el momento de su aplicación efectiva, una nueva elección entre distintas alternativas. En su opinión pueden distinguirse –entre otros– dos tipos de indeterminación: la inevitable indeterminación semántica, y una indeterminación "más radical", que sería aquélla en la que *se quiere dejar* un margen de discrecionalidad a los órganos inferiores, porque se considera imposible prever, siquiera aproximadamente, las circunstancias que podrán afectar al caso concreto y que deberán ser consideradas a la hora de adoptar la decisión.

Como hemos dicho, hay también autores que parten de la dualidad antes señalada para establecer clasificaciones de la discrecionalidad, considerando que hay un tipo de discrecionalidad que sería el que se origina por la delegación explícita de un poder de decisión (a la que llaman discrecionalidad formal o fuerte); y otro tipo, que sería el que surge de las imprecisiones o indeterminaciones del Derecho (la discrecionalidad informal o instrumental). Las diferencias suelen presentarse como meramente cuantitativas; se dice que, en los supuestos de discrecionalidad implícita, los estándares que resultan aplicables en la toma de decisión son normalmente más y por ello el grado de discrecionalidad es menor que en los casos de discrecionalidad explícita[9].

[9] Cfr., entre otros, Kelsen (1986), Luzzati (1990, pp. 132 y ss), Atienza (1995) y Desdentado Daroca (1997).

Por último nos encontramos con autores, fundamentalmente administrativistas, para los que la discrecionalidad sólo surgiría en presencia de una atribución o delegación previa por parte del Derecho de un poder. Se excluye así la posibilidad de que aparezca como consecuencia de meras imprecisiones normativas. En este sentido, resulta ya clásica –aunque no unánime– la contraposición entre, por un lado, el mero margen de apreciación provocado por el uso de los conceptos jurídicos indeterminados y, por otro lado, la auténtica discrecionalidad (Sáinz Moreno, 1976).

3. Algunas precisiones conceptuales

A partir del análisis de estas distintas aproximaciones que he intentado presentar pueden extraerse una serie de lugares comunes a propósito de la discrecionalidad jurídica que vendrían a condensarse en su caracterización como un cierto margen de libertad en la toma de decisiones, que surge o bien como consecuencia de la indeterminación del Derecho o bien de la delegación de un poder; de modo que las nociones que subyacen a la mayoría de las caracterizaciones de este fenómeno son la noción de libertad, la de indeterminación del Derecho y la de poder. Dado que ninguna de ellas se caracteriza precisamente por su simplicidad, no ha de extrañar la falta de univocidad de las definiciones de la discrecionalidad construidas a partir de ellas y las innumerables e interminables disputas que se generan en torno a este fenómeno. Por eso, creo que es necesario detenerse a analizar estos tres conceptos.

3.1. La discrecionalidad como "libertad"

El elemento de libertad en la toma de decisiones se presenta probablemente como el rasgo central en la mayoría de los análisis de la discrecionalidad. Es también una idea unánimemente compartida el que se trata de una libertad que no es absoluta, sino que tiene ciertos límites, que vendrían impuestos por un "perímetro normativo" que rodea a la libertad. Ésta es precisamente la idea a la que Dworkin aludió con la ya famosa metáfora del agujero de la rosquilla: sólo tiene sentido referirse al agujero (que sería el margen de libertad) en presencia de la rosquilla (que sería el perímetro normativo). Pero más allá de la imagen sugerida por esta metáfora, no queda nada claro qué quiere decir que la discrecionalidad consiste en un margen de "libertad"; y, en este sentido, es fácil percatarse de que la unanimidad desaparece en cuanto se trata de precisar algo más esta idea.

Ahora bien, esta falta de unanimidad no es de extrañar si tomamos en cuenta que el concepto de libertad no es ni mucho menos ni unívoco ni claro, ni siquiera cuando se predica de los individuos, que constituirían, por así decir, su ámbito de referencia primario; con lo cual, mucho menos puede ser

claro cuando de lo que se predica es, como en el caso de la discrecionalidad, de órganos jurídicos. Pero repasemos primero los distintos sentidos que se adscriben a la libertad personal.

Resulta inevitable hacer referencia aquí a la distinción de Berlin (1988) entre los sentidos negativo y positivo de libertad. En su concepción negativa, la libertad es simplemente el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Este sentido hace referencia a un concepto relacional, de modo que un sujeto es libre o no, en relación con un determinado sujeto y una determinada acción[10]. El segundo sentido, el de "libertad positiva", se conecta con la idea de autonomía; se trata de poder ordenar las acciones de acuerdo con normas que el sujeto se dicta a sí mismo.

Parece que las dos primeras maneras de caracterizar la discrecionalidad a las que antes hicimos referencia (como posibilidad de elección entre varias alternativas o como ausencia de estándares jurídicos) son normalmente entendidas como aplicaciones de la idea de libertad negativa: como permiso o ausencia de obstáculos para decidir en uno u otro sentido. Sin embargo, creo que sería posible interpretar la discrecionalidad de un modo más cercano a la idea de libertad positiva, remarcando no la idea de que el órgano decisor puede hacer lo que quiera, sino que es a él a quien corresponde determinar qué curso de acción emprender (concretando para ello los estándares que guían la toma de decisión). Esta manera de entender la libertad no nos reenvía a la idea de permiso, sino a la de responsabilidad. Y, como voy a intentar mostrar, la discrecionalidad así entendida no implica necesariamente ni la existencia de diversas opciones acordes con el Derecho, ni la ausencia de estándares jurídicos que guíen la toma de decisión.

Si partimos de una concepción de la discrecionalidad vinculada a la idea de libertad *negativa*, habría que considerar que, del mismo modo que este concepto hace referencia a una determinada acción, la discrecionalidad así entendida será la libertad de adoptar cada una de las decisiones que se consideran acordes con el Derecho. Pero si esto es así, para hablar de discrecionalidad será necesario identificar previamente las opciones entre las que el juez o el funcionario debe elegir y, en este sentido, la discrecionalidad surgirá tras una actividad reconstructiva del Derecho que lleve a la constatación de esta pluralidad de opciones. Sin embargo, si hablamos de libertad en el otro sentido, más cercano al de libertad positiva, es decir, remarcando que es el órgano decisor quien ha de concretar las guías de su conducta, lo que es calificado como "libre" –en este otro sentido– no es una acción en particular, sino algo que podríamos considerar como previo: la adopción

[10] Cfr. Oppenheim, 1961.

de los estándares que conducirán a la determinación de la o las alternativas disponibles. La discrecionalidad entendida de este modo es detectable antes de la identificación de las alternativas que –finalmente– se considerarán acordes con el Derecho.

De los rasgos que se suelen vincular a la discrecionalidad, nos falta por analizar las conexiones de la "libertad" con el tercero (el carácter último o no enjuiciable de una decisión). Esta conexión puede entenderse de dos maneras distintas. La primera es la que considera que la libertad en que consiste la discrecionalidad radica precisamente en la falta de control o de enjuiciamiento de la decisión discrecional. Podríamos decir que, en este sentido, la ausencia de control es la que genera o implica la discrecionalidad (o libertad) de la decisión. Para el otro tipo de conexión, las relaciones funcionan en el sentido inverso; se trata de considerar que, si una decisión es jurídicamente discrecional (y por lo tanto, en algún sentido, "libre"), entonces la misma no puede estar sujeta a control o revisión por algún otro órgano jurídico, puesto que no habría nada que controlar o revisar desde el punto de vista del Derecho. Pero veamos con un poco más de detalle si estas conexiones funcionan.

En el primer caso, la "libertad" en la que consiste la discrecionalidad es entendida como ausencia de enjuiciabilidad. Pero esta idea me parece rechazable: el que una decisión no esté sujeta a control o sea última no implica que la misma sea "libre" (en cualquiera de los sentidos usuales de este término), si fuera así, no tendría sentido afirmar que una decisión de este tipo está equivocada. Como señala Hart, el que una decisión sea última, o que no quepa sobre ella el control de algún otro órgano jurídico, no equivale a decir que la misma sea infalible, y ello aunque es posible que la afirmación de que un órgano se equivocó al adoptar una decisión carezca de consecuencias prácticas dentro del sistema. Por eso, creo que sería preferible no hablar de "discrecionalidad" en estos casos; se trata de un uso que no es homogéneo con ninguno de los otros y que sólo hace referencia a atribuciones competenciales relativas a quién corresponde declarar, en última instancia, qué es lo que prescribe el Derecho.

Veamos ahora qué ocurre si entendemos la conexión de manera inversa: si una decisión es jurídicamente discrecional (y por tanto, en algún sentido, "libre"), entonces sobre ella –o sobre el aspecto discrecional de la misma– no puede llevarse a cabo control jurídico, pues la "libertad" implicaría que no hay nada que resulte jurídicamente controlable. Como vimos, es en este tipo de conexión en el que piensan los administrativistas cuando discuten a propósito de si cabe o no el control jurisdiccional sobre los actos discrecionales de la Administración. Creo que se trata de una observación seria, pero la misma sólo es correcta –en mi opinión– si la discrecionalidad se entiende

como un margen de libertad negativa. Si se considera que cuando un órgano tiene discrecionalidad goza de libertad para tomar una decisión concreta, en el sentido de que el ordenamiento le concede un "permiso" para optar entre distintas opciones, entonces, sea cual sea su decisión, si está dentro del margen permitido, no habrá nada censurable desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, creo que esta consecuencia no se sigue si nos apartamos de esta caracterización de la discrecionalidad, y optamos por una más próxima a la idea de libertad positiva, y que nos reenvía más a la idea de responsabilidad que a la de permiso.

Conviene llamar la atención, por último, sobre un riesgo que implica hablar en términos de "libertad" para caracterizar ciertos actos de los órganos públicos. Hay que ser conscientes de que cuando la libertad se predica de los individuos, la misma se conecta con ideales personales. Pero si es posible que la referencia a la libertad personal, como realización de la propia voluntad o desarrollo de la autonomía, baste para justificar una acción individual que caiga en el marco de la libertad reconocida; en los casos en los que la "libertad" se predica de los órganos públicos, parece que esa justificación resulta insuficiente. No hay ninguna razón para pensar que el hecho de que los órganos públicos tengan un margen de actuación "libre" o discrecional sea, por ello mismo, algo valioso, sino que habrá de ser valorado y justificado siempre de manera instrumental.

3.2. La indeterminación del Derecho

Las referencias a la indeterminación del Derecho en relación con la discrecionalidad aparecían al abordar la cuestión de su origen. Antes vimos cómo algunos consideran que toda discrecionalidad es fruto de la indeterminación; mientras que, para otros, la indeterminación del Derecho sería –en todo caso– sólo una de sus posibles fuentes. Parece claro que, al menos en este contexto, se trata de un concepto –el de indeterminación del Derecho– que puede usarse en dos sentidos.

El primero es un sentido vinculado a la aplicación del Derecho. Hart llamaba la atención sobre el hecho de que, en la operación de subsunción de hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales, se produce inevitablemente la dualidad entre un núcleo de certeza y una zona de penumbra, donde la aplicabilidad de la norma está indeterminada. Este fenómeno de la indeterminación del Derecho es en ocasiones analizado a partir de la falta de valor de verdad de ciertas proposiciones jurídicas; en palabras de Moreso (1997), un sistema normativo estará indeterminado cuando las proposiciones jurídicas referidas a un estado de cosas carezcan de valor de verdad.

El problema se plantea, por tanto, a la hora de establecer la aplicabilidad de una norma a un caso, bien sea individual o genérico. Aquí se suelen

incluir todos los problemas semánticos que afectan a las normas, y también los ocasionados por contradicciones, lagunas, etc. Utilizando de nuevo el análisis de Hart, habría que decir que se trata de una indeterminación "relativa": no se producirá en todos los casos en los que la norma se aplique, sino únicamente en aquéllos que caigan en la zona de penumbra; y, además, la consideración de que un caso es fácil o difícil es una tarea que sólo pueda realizarse a la luz de las circunstancias del propio caso y, en este sentido, también se puede decir que esta indeterminación será siempre "relativa a un caso".

Creo que es este primer sentido de "indeterminación" el que encaja con los supuestos a los que antes denominamos indeterminación como imprecisión, pero sin embargo no parece ser éste el sentido que subyace a aquellos otros casos a los que Kelsen se refería como "indeterminación intencional" y algunos de los que Hart consideraba como "indeterminación más radical" y que podían verse como la delegación de un poder de decisión. Kelsen pone el siguiente ejemplo: una ley sanitaria establece que, al estallar una epidemia, el órgano administrativo tiene que *determinar* las medidas a adoptar para evitar la expansión de la enfermedad. Aquí de lo que se predica la indeterminación no es de la aplicabilidad de una determinada norma a un caso; no se trata de que una proposición acerca del Derecho carezca de valor de verdad, sino que es la propia norma la que no determina cuál sea la conducta a realizar en los casos a los que ella misma se refiere. Esta conducta no pretende estar, por tanto, determinada de antemano en la norma, sino que será el destinatario el que, a la luz de las circunstancias del caso, tendrá que establecer cuál sea la conducta más adecuada para conseguir el fin perseguido por la norma; y creo que es en este sentido en el que se dice que este tipo de indeterminación opera como una delegación de poder. Por ello mismo, este sentido de indeterminación no se conecta con un problema de subsunción: no se trata de que esté indeterminado el valor de verdad de la proposición que describe la aplicabilidad de la norma a un caso, sino que lo que está indeterminado es lo que la norma exige para los casos –todos– en que ella es aplicable. Esta indeterminación existirá por tanto independientemente de su puesta en relación con los casos.

Para los autores que manejaban un concepto estricto de indeterminación, que correspondería al primero de los sentidos aquí señalados, la indeterminación es vista como una de las fuentes de discrecionalidad o como no generadora, en absoluto, de discrecionalidad. Por el contrario, aquellos autores que sostenían un concepto amplio de indeterminación (como Hart o Kelsen) y que consideraban que la discrecionalidad surgía siempre como consecuencia de la indeterminación del Derecho, lo que hacían era unificar los sentidos que aquí hemos distinguido. Me interesa destacar ahora que estos

dos sentidos de indeterminación del Derecho se predican de cosas distintas y que creo que puede resultar distorsionador tratarlos conjuntamente.

En el primer caso, y dado que la indeterminación es siempre relativa a un caso, puede considerarse que la discrecionalidad a ella vinculada aparecerá en relación con los casos; es decir, no tiene sentido hablar de discrecionalidad si no es frente a un caso. Este tipo de indeterminación surge en los llamados casos difíciles o las lagunas del sistema jurídico. Se trata de calificar estados de cosas de acuerdo con el Derecho existente, y esta tarea estará por tanto orientada hacia el pasado, en el sentido de que la actividad que se requiere aquí será una actividad interpretativa del Derecho, que implica –en mi opinión– una tarea reconstructiva del Derecho preexistente[11].

El segundo sentido de indeterminación, sin embargo, no se predica del estatus normativo de un determinado caso, sino que lo que está indeterminado (en el sentido de no fijado) es la conducta que la norma exigirá en *todos* los casos en los que sea aplicable. Para saber si la norma origina discrecionalidad en este sentido no habrá que esperar a que se planteen (real o imaginariamente) los casos a los que la norma se refiere. Por otro lado, para superar esta indeterminación no bastará con llevar a cabo una actividad interpretativa. Pensemos en el ejemplo anterior de Kelsen. La norma puede haber indicado, sin dejar lugar a dudas, que el órgano administrativo tiene el deber de adoptar medidas para evitar la expansión de la epidemia, y puede que nos encontremos con un caso claro de epidemia en el que no dudemos de que la norma resulta aplicable. Lo que será necesario en estos casos es una actividad de especificación o desarrollo del Derecho existente, pero que no sería adecuado calificar como interpretación. La justificación de este tipo de decisiones estará orientada –a diferencia de lo que ocurre con las interpretaciones– hacia el futuro, hacia las consecuencias.

3.3. La noción de poder

Pasemos ahora a la noción de poder. Pueden distinguirse dos contextos en los que la misma aparecía ligada a la discrecionalidad. El primero era el relativo a la cuestión de en qué consiste la discrecionalidad, y en él se consideraba que la discrecionalidad venía dada por el hecho de poder decidir entre varias alternativas. El segundo era el del origen de la discrecionalidad; algunos autores consideraban aquí que el modo de generar discrecionalidad (o al menos, uno de los modos) era, precisamente, la delegación de un determinado *poder* de decisión. Es fácil percatarse de que el sentido con que se

[11] En otras ocasiones me he ocupado de analizar el concepto de interpretación y de defender, en particular, una caracterización del mismo en estos términos. Puede verse, por ejemplo, Lifante Vidal (1999).

usa el término "poder" en uno y otro contexto es distinto. Antes de intentar precisar estos dos significados, recogeré algunas observaciones generales sobre este concepto.

Podemos partir de que la expresión "poder"[12] indica, en general, la posibilidad o capacidad de hacer algo (como cuando digo "puedo saltar 2 metros"). A su vez, y como especificación de ese significado general, cuando el término se utiliza como sustantivo, suele indicar la posibilidad o capacidad de actuar interfiriendo en conductas ajenas (como cuando se dice "Fulanito tiene mucho poder").

Respecto al primero de estos sentidos, hay que notar que la posibilidad o capacidad de hacer algo puede ser muy diversa, dependiendo del tipo de constreñimiento o impedimento del que se predica la ausencia. Por lo que aquí nos interesa, podemos distinguir entre una posibilidad o capacidad "material", que existiría cuando un individuo carece de impedimentos o constreñimientos físicos para realizar una acción; y una posibilidad o capacidad "normativa", que haría referencia a la ausencia de impedimentos o constreñimientos provenientes de normas. Llamaré al primero "poder fáctico" y al segundo "poder deóntico".

Ahora bien, esta dualidad entre el sentido fáctico y deóntico del "puede" requiere de alguna matización si lo que nos interesa –como es nuestro caso– no son acciones naturales, sino institucionales. En ellas, el equivalente a la posibilidad "material" (que algunos han bautizado como posibilidad "anankástica"o "thética"[13]) de ejecución depende de la existencia de un cierto tipo de normas, las llamadas normas constitutivas. Así, por ejemplo, yo no "podría" hipotecar mi casa, si no existieran reglas que constituyesen la hipoteca y que me confiriesen dicho poder. Pero la dualidad entre los sentidos del "puede" se sigue manteniendo. Y así, es posible que una acción que "puedo" hacer en este sentido (anankástico), no "pueda" hacerla en sentido deóntico (es posible que el ordenamiento jurídico prohíba hipotecar la casa en ciertas circunstancias en las que me encuentro).

Volvamos ahora a los contextos en que aparecía la noción de poder en relación con la discrecionalidad. En el primero se decía que la discrecionalidad consiste en "poder" elegir entre más de una alternativa. Parece que aquí se está haciendo referencia al "poder" en sentido deóntico: se estaría diciendo que el sistema jurídico ni obliga ni prohíbe al órgano decisor llevar a cabo la acción a que nos referimos. Muchos autores que hablan de "poder" en este primer contexto, lo consideran sinónimo a "permiso" o "libertad".

---

[12] En este punto sigo la exposición de Ruiz Miguel (1983).

[13] Cfr. Azzoni, 1994, p. 465.

Este sentido de "poder" nos remite, por tanto, al sentido de libertad negativa antes analizado.

El segundo contexto era el relativo al origen de la discrecionalidad, donde se consideraba a la delegación de un "poder" como una de las fuentes de discrecionalidad. Partiré de que en el Derecho nos encontramos, junto a las normas deónticas o regulativas, normas no deónticas o constitutivas, que son las que determinan cómo se constituyen o producen resultados institucionales o cambios normativos[14]. Dentro de estas últimas, nos interesan las "reglas que confieren **poderes**", cuya forma canónica sería: "Si se da el estado de cosas X, y el sujeto Z realiza la acción o actividad Y, entonces se produce el resultado institucional R". El ámbito de la discrecionalidad jurídica es precisamente el de acciones que son descritas a partir del resultado institucional o cambio normativo producido por el ejercicio de un poder; así, por ejemplo, se discute si los jueces gozan de discrecionalidad al dictar sentencia, o se habla de la discrecionalidad de la administración al trazar un plan urbanístico, o al dictar un reglamento... Por lo tanto, será necesaria la presencia de reglas que confieren **poder**. Pero estas reglas no pueden explicar, por sí mismas, el surgimiento de la discrecionalidad. Todos los actos de los órganos públicos son ejercicio de poderes en este sentido. Esta noción de "poder" como competencia no nos sirve para distinguir los actos discrecionales de los que no lo son. Necesitamos determinar qué tipo de poder es el "poder discrecional".

Volvamos al sentido de "poder" que hemos considerado como especificación del sentido general: la capacidad de actuar *interfiriendo en conductas ajenas*. Partiré de la siguiente definición de poder en este sentido: "A tiene poder sobre B cuando A tiene la capacidad de afectar a los intereses de B" (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 15). Se trata, obviamente, de un tipo de relación asimétrica, pues se produce una situación de desigualdad entre los sujetos, pero eso no implica que el ejercicio del poder suponga siempre una ventaja legítima a favor de quien lo posee (pensemos en la patria potestad, que ha de ejercerse en beneficio de los hijos; o en el poder de los órganos públicos, que se ha de encaminar a lograr intereses generales).

El hecho de que un sujeto tenga poder en este sentido puede deberse a factores muy diversos (la fortaleza, el carisma, los recursos económicos...) y entre ellos el que existan reglas que confieran al sujeto el poder de producir un resultado normativo, modificando así el estatus normativo de ciertos individuos y afectando de este modo sus intereses. Pero cualquier regla que confiere poder otorga la capacidad de producir un resultado normativo y

[14] Sigo aquí a Atienza y Ruiz Manero (1996).

consiguientemente de afectar intereses. Seguimos teniendo pendiente la cuestión de qué tipo de poder es el que se califica como discrecional. La respuesta que tradicionalmente se ha dado es la que contrapone los poderes discrecionales a los poderes reglados. Los poderes discrecionales, se dice, son poderes "no reglados". La tesis que a continuación defenderé es que los poderes discrecionales son poderes "no reglados" sólo en el sentido de que no están regulados por un determinado tipo de normas: las reglas de acción; pero no en el sentido de que no estén regulados jurídicamente. Para defender esta tesis sostendré que sí hay un tipo de "poder" distinto en el caso de los "poderes discrecionales" frente a los "poderes reglados" y la diferencia entre ambos radica –como expondré con más detenimiento en el apartado *4* de este trabajo– radica en el modo en que se afectan los intereses en juego, en los casos de ejercicio de poderes de uno y otro tipo. Los poderes discrecionales implican que sus titulares pueden afectar unilateralmente intereses de otros, no simplemente haciendo valer las evaluaciones o ponderaciones de intereses previstas en normas preexistentes, sino introduciendo nuevas evaluaciones de intereses, se trata por tanto de un sentido de poder "más material" que la mera competencia formal de producir un resultado normativo.

3.4. Recapitulación: dos fenómenos distintos bajo el rótulo "discrecionalidad"

Para cada una de las nociones analizadas he distinguido fundamentalmente dos sentidos que pueden vincularse con el fenómeno de la discrecionalidad. Al hablar de la discrecionalidad como libertad, distinguí entre un sentido conectado con la idea de libertad negativa (como permiso para optar entre las distintas alternativas acordes con el Derecho) y un sentido conectado con la idea de libertad positiva (remarcando que es el órgano decisor el responsable de concretar los estándares que van a guiar la toma de decisión). Respecto a la noción de indeterminación, distinguí entre la indeterminación como fenómeno ligado a la aplicación del Derecho a los casos y que haría referencia a un problema de subsunción; y la indeterminación como la cualidad de ciertas normas que no fijan de antemano la conducta a realizar (que operaba como una delegación de un poder de decisión). Por último, respecto a la noción de poder, y dejando al margen el sentido de posibilidad deóntica (que reconduce a la idea de libertad negativa), distinguí entre poder en sentido formal, como competencia o posibilidad de producir un resultado normativo, y poder en un sentido "más material", que implicaba, además del sentido anterior, la posibilidad de introducir en el sistema jurídico nuevas evaluaciones de intereses.

A partir de aquí, creo que puede encontrarse una cierta conexión entre, por un lado, los primeros sentidos distinguidos para cada uno de estos tres

conceptos y, por otro lado, los segundos sentidos. Creo que cada una de estas combinaciones hace referencia a un fenómeno de naturaleza distinta y que vendría a configurar un sentido distinto del término "discrecionalidad". El primero (al que llamaré discrecionalidad-1) se vincula con la idea de libertad entendida como permiso o ausencia de impedimentos para elegir entre distintas alternativas, el origen de esta discrecionalidad viene dado por la indeterminación del Derecho, entendida como un problema en la subsunción de un caso en el supuesto de hecho de una norma y, por último, las referencias a la idea de poder vendrían a señalar aquí únicamente que el órgano que actúa "discrecionalmente" es el que tiene la capacidad o competencia formal para adoptar la decisión. Por otro lado, el segundo fenómeno (al que llamaré discrecionalidad-2) se vincula con un sentido de libertad más próximo a la idea de libertad positiva (remarcando que es al sujeto decisor el responsable de determinar qué curso de acción emprender), con la indeterminación del Derecho entendida como la cualidad de no haber sido fijada en la norma cuál sea la conducta a seguir y con el poder en el sentido que incluye la posibilidad de introducir nuevas evaluaciones de intereses. El siguiente cuadro pretende sintetizar los rasgos caracterizadores de esos dos sentidos de discrecionalidad:

	DISCRECIONALIDAD (1)	**DISCRECIONALIDAD (2)**
LIBERTAD	Libertad negativa (permiso)	Libertad positiva (responsabilidad)
INDETERMINACIÓN	Problema de subsunción	Cualidad de no haber sido fijado (delegación)
PODER	Competencia formal	Introducción nuevas evaluaciones de intereses

Conviene notar que se trata de dos sentidos de discrecionalidad muy heterogéneos entre sí, que ni siquiera resultan predicables de los mismos objetos, ni detectables desde la misma perspectiva. En la "discrecionalidad-1" tanto el sentido de libertad, como el de indeterminación son necesariamente relativos a un caso, de modo que esta "discrecionalidad" tendrá como objeto decisiones concretas (y no un poder en general); la discrecionalidad es vista aquí como un resultado. Sin embargo, la "discrecionalidad-2" hace referencia a un fenómeno que se predica de ciertos poderes jurídicos. Aquí, podemos saber que un determinado órgano jurídico posee una potestad discrecional antes de que surjan las circunstancias concretas de los distintos actos en ejercicio de dicho poder.

Estos dos sentidos de discrecionalidad pueden sernos de utilidad para aclarar la distinción, a la que algunos autores hacen referencia, entre "tener

discrecionalidad" y "ejercer discrecionalidad"[15], y a la que ya antes aludí. Según esta distinción, un órgano puede ejercer discrecionalidad aunque no la posea, lo cual suena un tanto paradójico. En mi opinión, lo que ocurre es que el término discrecionalidad no significa lo mismo en cada una de estas expresiones. Cuando se dice que un órgano puede ejercer discrecionalidad sin tenerla, lo que realmente se está queriendo decir es que un órgano puede ejercer "discrecionalidad-1", aunque no posea "discrecionalidad-2". Y es que realmente la "discrecionalidad-1" no se puede poseer, sino en todo caso ejercitar; no puede verse como la característica de un determinado poder de decisión, sino como una propiedad de una decisión concreta, en la que un órgano, en su tarea aplicativa del Derecho a un determinado caso, al encontrarse con que la regulación jurídica es imprecisa, "puede" justificar más de una solución[16].

Dada esta heterogeneidad, considero que manejar un único concepto de discrecionalidad que englobe ambos fenómenos tendría como consecuencia presentar a ambos de manera muy confusa y distorsionada y que por tanto conviene mantenerlos claramente separados. De estos dos sentidos, el que más interés ha despertado desde el punto de vista teórico ha sido el primero de ellos. Alrededor del mismo se discuten cuestiones tales como la indeterminación del lenguaje, la derrotabilidad de las normas, etc. El segundo fenómeno englobado bajo el rótulo de discrecionalidad no ha sido, sin embargo, objeto de demasiados análisis teóricos, pero creo que esta reflexión es necesaria, y a ella voy a dedicar el resto del artículo. He de advertir, sin embargo, que el tratamiento que se da en este trabajo a estos dos sentidos de discrecionalidad es asimétrico. Mientras que en el caso del segundo sentido de discrecionalidad mi estrategia va a ser reconstructiva y pretendo llevar a

[15] Así, por ejemplo, Waluchow (1983) o Desdentado Daroca (1997).

[16] No entraré aquí a determinar si ésta es una caracterización adecuada de la actividad aplicativa del Derecho. Sólo señalaré que el problema de optar por una caracterización de este tipo para aquellos casos en que haya varias soluciones "igualmente acordes con el Derecho" radica, en mi opinión, en que recurrir a la idea de libertad negativa nos reconduce a la idea de "permiso". Y se suele considerar que cuando el Derecho otorga un permiso es porque lleva a cabo un juicio valorativo positivo sobre la posibilidad de elección que tiene el sujeto destinatario de la norma, en este caso, el órgano jurídico encargado de aplicar el Derecho. Pero, sin embargo, en estos casos, creo que esta descripción es inadecuada: no hay ninguna valoración positiva por parte del Derecho de esa "posibilidad de elección" con la que se encuentra el órgano jurídico. En todo caso, estos supuestos podrían describirse haciendo referencia a la noción de "permisos débiles" de Alchourrón y Bulygin, con la cual estos autores quieren indicar simplemente que una conducta no está prohibida en un sistema normativo (Alchourrón y Bulygin, 1975, p. 176); pero no únicamente en el sentido de que el ordenamiento no contiene expresamente una regla que permita adoptar una u otra solución, sino que ni siquiera una reconstrucción interpretativa del Derecho -al modo, por ejemplo, dworkiniano- podría llevar a la formulación de dicha regla permisiva.

cabo un análisis de este concepto, comprometiéndome con el mismo; en el caso de la "discrecionalidad-1" me he limitado a dar cuenta de la que creo que podría ser considerada como la caracterización usual de este fenómeno, pero sin entrar a valorarla.

4. Elementos para una reconstrucción de la discrecionalidad jurídica

A continuación intentaré precisamente exponer algunos de los rasgos que caracterizarían al segundo sentido de discrecionalidad, que es –como veremos– el que está implícito en lo que solemos considerar como "poderes discrecionales".

4.1. El ámbito de la discrecionalidad

Empecemos por el ámbito de referencia de este concepto. Si partimos de la idea de que la discrecionalidad, en general, es un concepto que requiere un ámbito de referencia normativa, parece obvio que el marco normativo de referencia en el caso de la discrecionalidad jurídica es el Derecho. Pero creo que el requisito de estar en presencia de un contexto normativo no resulta suficiente para delimitar el ámbito de la discrecionalidad. Así, por ejemplo, yo puedo decidir contraer matrimonio o no, y en caso de decidir hacerlo puedo elegir con quién casarme, pero aunque haya una serie de restricciones normativas que limitan mi decisión (no puedo casarme, por ejemplo, si ya lo estoy previamente, o no puedo casarme con mi hermano...), no parecería muy apropiado describir esta situación diciendo que tengo "discrecionalidad" para decidir al respecto. Creo que sólo tiene sentido hablar de discrecionalidad cuando alguien **está encargado** de tomar decisiones sujetas a las normas y que, a su vez, generan efectos normativos en el sistema de referencia; es decir, cuando alguien tiene un poder conferido por el sistema normativo de referencia para tomar decisiones "dotadas de autoridad" normativa. Y en este sentido podría afirmarse que el ámbito de la discrecionalidad viene dado por "el funcionamiento de toda organización que actúe a través de una estructura jerárquica de toma de decisiones" (Desdentado Daroca, 1997).

Esto implica, por un lado, que usamos el término discrecional para calificar a los poderes heterónomos (aquéllos cuyo ejercicio afecta unilateralmente a otros), pero no a los poderes autónomos, que serían aquéllos cuyo ejercicio afecta a sus propios titulares (como mi poder para contraer matrimonio o para firmar contratos de compraventa).Y, por otro lado, que los sujetos que poseen este tipo de poderes han de operar en la estructura jerárquica de toma de decisiones, lo cual en el caso de la discrecionalidad jurídica implica que se trate de sujetos a los que podemos calificar como autoridades u órganos jurídicos.

4.2. Discrecionalidad y tipos de regulación normativa

La cuestión que queda ahora por responder es la de qué es lo que nos hace caracterizar a poderes de este tipo como poderes discrecionales y la tesis que a este respecto defiendo es que lo que caracteriza a los poderes "discrecionales" frente al resto de poderes que pueden poseer las autoridades jurídicas (y a los que suele llamarse poderes "reglados") no sería el no estar regulados jurídicamente, sino el que su regulación vendría dada por un tipo específico de normas jurídicas: las normas de fin.

Para caracterizar a este tipo de normas tomaré como punto de partida el análisis de los distintos tipos de normas regulativas de Atienza y Ruiz Manero (1996), quienes dentro de esta categoría contraponen las normas de fin a las normas de acción. Mientras que estas últimas califican deónticamente una acción, las "normas de fin" no predeterminan de antemano la conducta exigida, sino únicamente el fin a perseguir o a maximizar[17]. Pero creo que para estar en presencia de una norma de fin, no basta con que existan diversos medios causalmente idóneos para producir un determinado resultado entre los que el destinatario tenga que elegir[18], sino que la selección de estos medios, el modo en que se da lugar a un determinado estado de cosas o que se maximiza un fin, ha de ser considerado como "jurídicamente relevante". Por decirlo de otro modo, creo que las normas de fin operan como "*mandatos de optimización*", en el sentido de que a lo que obligan es a adoptar el medio considerado óptimo a la luz de las circunstancias del caso para dar lugar o maximizar el fin previsto. No se trata meramente de conseguir el máximo de algo, sino de optimizar los recursos disponibles para la consecución o maximización de algo. La norma no determina de antemano cuál es la acción (o las acciones) a realizar, sino que dicha determinación ha de ser llevada a cabo por el sujeto destinatario de la norma, quien, a la luz de las circunstancias del caso, deberá adoptar la decisión que considere más eficiente a efectos de conseguir o maximizar el fin perseguido. Por lo tanto

---

[17] La caracterización de Atienza y Ruiz Manero contrapone las normas de acción a las de fin, considerando que mientras que en las normas de acción la solución normativa está configurada por una acción, en las normas de fin, lo está por un estado de cosas. Sin embargo esta caracterización parece requerir de alguna matización. Es usual considerar que una acción consiste en producir o evitar un cambio en el mundo, y una de las maneras más usuales de individualizar a las acciones consiste precisamente en tomar en cuenta el estado de cosas resultantes de ese cambio (cfr. González Lagier, 1997); de modo que podría pensarse que resulta indiferente optar por formular las normas en términos de acciones o de estados de cosas a dar lugar o evitar.

[18] Si así fuera, prácticamente todas las normas que establecen deberes positivos cumplirían este requisito, puesto que puede pensarse que siempre hay diversas formas –o medios- de llevar a cabo una acción (por ejemplo una norma que nos obliga a pagar un impuesto, puede ser cumplida llevando a cabo una transferencia bancaria, o bien depositando el dinero en metálico en las oficinas de la administración correspondiente...).

estas normas no pueden interpretarse como aquéllas que dotan a sus destinatarios de libertad, en el sentido de *permiso*, para elegir uno de los distintos medios; sino más bien lo que hacen es hacer *responsable* al destinatario de la norma de la selección de los medios para lograr el fin. Estas normas no delimitan *ex ante* la articulación de los diferentes intereses en conflicto, sino que exigen en cada caso una ponderación de esos intereses que desemboque en la determinación del peso relativo de cada uno de ellos, y serán estas ponderaciones las que conduzcan a determinar las actuaciones a seguir en cada caso. Eso implica que es el órgano que goza del poder discrecional el que debe determinar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, cuál es el medio óptimo para dar lugar o para maximizar el fin perseguido, afectando lo menos posible a otros fines o valores reconocidos o promocionados por el propio Derecho.

La específica regulación que pesa sobre este tipo de poderes no implica que el ejercicio de los mismos no pueda –o no deba– ser sometido a control jurídico, pero es cierto que el mismo presentará ciertas particularidades, dado que la justificación de los actos discrecionales será distinta a la de los actos en ejercicio de los llamados "poderes reglados" (los regulados mediante reglas de acción). Para la justificación de los actos discrecionales no basta con construir un silogismo subsuntivo que contenga, como premisa mayor, una norma del sistema. De un razonamiento deductivo, no se puede extraer más información que la contenida en las premisas y si las normas aquí aplicables son normas de fin, entonces nuestras premisas no nos dicen cuál es la concreta actuación exigida. Parece claro que sólo en el caso de que en la premisa normativa aparezca una regla de acción la conclusión del razonamiento subsuntivo indicará cuál es la acción que se debe emprender. Por ello, para considerar que una determinada actuación en ejercicio de un poder discrecional está justificada, habrá que añadir algunas premisas a ese razonamiento subsuntivo. En particular habrá que añadirle premisas fácticas acerca de las circunstancias concretas del caso y acerca de la adecuación, dadas esas circunstancias, de los medios adoptados para conseguir los fines prescritos; pero también habrá que añadir premisas valorativas que lleven a considerar que la decisión adoptada es la que opta por el que cabe considerar como el "mejor" de los medios disponibles (en el sentido no sólo de que es el que maximiza el resultado, sino que lo hace afectando lo menos posible a los intereses en juego). Por ello, puede decirse que aquí ya no estamos ante una actividad meramente aplicativa del Derecho, sino que, junto a ella, aparece una actividad de desarrollo y concreción del Derecho (que podría verse como intermedia entre la creación del Derecho y su aplicación).

4.3. Tipos de discrecionalidad

Hasta ahora he hablado de la discrecionalidad en general, sin introducir mayores matizaciones, pero creo que puede establecerse una distinción entre dos categorías, a las que llamaré, respectivamente, discrecionalidad "técnica" (aunque en un sentido distinto al uso más generalizado de esta expresión) y discrecionalidad "política". Para trazar esta distinción me valgo de las dos modalidades de normas que, siguiendo de nuevo a Atienza y Ruiz Manero (1996), pueden distinguirse dentro de las normas de fin: las reglas de fin y las directrices. La diferencia entre ambas categorías viene dada por cómo se configuran en cada una de ellas las condiciones de aplicación. En el caso de las reglas de fin, el supuesto de hecho o las condiciones de aplicación de la norma están configuradas de manera "cerrada", mientras que en el caso de las directrices, las condiciones de aplicación estarían configuradas de manera "abierta". A partir de aquí, creo que es posible llevar a cabo una distinción entre dos tipos de discrecionalidad, dependiendo de que la regulación que pese sobre el ejercicio de los poderes se realice mediante reglas de fin o mediante directrices; y a los que propongo llamar "discrecionalidad técnica" y "discrecionalidad política" respectivamente. En el primer caso, y dado que la determinación de las condiciones en las que debe perseguirse el fin viene realizada por la norma, el órgano decisor tendrá que llevar a cabo únicamente juicios acerca de cuál es la mejor manera para optimizar el fin previsto por la regla. En el otro caso, sin embargo, es el órgano decisor el que debe fijar, en cada ocasión en que ejercite su poder, cuál es el concreto fin a alcanzar, lo que implica llevar a cabo también juicios políticos, en el sentido de que pueden verse legítimamente como la decisión de promocionar los intereses de ciertos grupos sociales[19].

Tradicionalmente se ha considerado que lo que caracteriza a la actividad política es precisamente ser definidora de nuevos objetivos sociales o promotora de valores aún no incorporados al orden jurídico. De este modo, el órgano legislativo, como paradigma de órgano político, no se vería sometido por el Derecho existente, sino que su función sería precisamente la de innovar el ordenamiento, incorporando al mismo esos nuevos objetivos o valores. Sin embargo, parece que esta concepción de la actividad política ya no encaja completamente en el nuevo paradigma jurídico al que está dando lugar el constitucionalismo contemporáneo[20], y que vendría a desdibujar la distinción tajante entre órganos jurídicos y órganos políticos. Si se toma en serio a la constitución como fuente de Derecho, y se considera que su finali-

[19] Cfr. Aguiló Regla, 2000, p. 86.

[20] Cfr. Aguiló Regla, 2001.

dad es la de configurar un orden jurídico que sea una concreción y garantía de los derechos y valores constitucionales, entonces el poder legislativo ya no puede verse como un órgano meramente político, al que sólo se le limitarían los medios y al que se dejarían completamente abiertos los fines. En este sentido puede decirse que el razonamiento político-legislativo se juridifica, puesto que algunos fines de la acción política vienen ordenados por las constituciones (a través precisamente de las directrices). Y es en este sentido en el que creo que puede considerarse que el concepto de "discrecionalidad" pasa a operar también en el ámbito legislativo.

4.4. Los sujetos de la discrecionalidad

Hasta el momento no he introducido ninguna observación respecto a los sujetos que pueden poseer este tipo de discrecionalidad que estoy intentando caracterizar. Sin embargo, y a partir de lo dicho hasta ahora, podría pensarse que mientras que los órganos administrativos poseerían discrecionalidad de la que hemos denominado técnica y los órganos legislativos, discrecionalidad política, en el ámbito judicial nos encontraríamos únicamente con el fenómeno de la "discrecionalidad-1". Pero creo que esta observación no es correcta. Como ya he dicho, una de las diferencias fundamentales que existe entre, por un lado, la discrecionalidad que aquí estoy pretendiendo caracterizar y, por otro lado, los casos que se englobarían en el fenómeno de la "discrecionalidad-1", radica en que este último supuesto se presenta en el ámbito de una función meramente aplicativa del Derecho, en el que nos encontramos con que el resultado del proceso interpretativo/reconstructivo de los materiales jurídicos preexistentes ha de ser necesariamente una regla de acción. Sin embargo, en los casos que aquí hemos considerado como "discrecionalidad-2", para considerar justificada una decisión concreta no basta con presentarla como el resultado de un silogismo subsuntivo cuya premisa normativa viene dada previamente por el Derecho. No se está, por tanto, ante una actividad meramente aplicativa del Derecho sino que, junto a ella, se hace necesaria una actividad de desarrollo y concreción del Derecho. No hay que olvidar que hay muchos actos de los órganos administrativos que responden a la idea de mera aplicación del Derecho y por tanto, en estos casos estos órganos no gozarían de discrecionalidad en sentido estricto (es decir, del fenómeno que he denominado "discrecionalidad-2"). Y, al contrario, hay casos –creo que, en los Derechos contemporáneos, muchísimos más de los que solemos pensar[21]– en los que órganos judiciales gozan de poderes discrecionales en sentido estricto porque se encuentran regulados

[21] Sobre la complejidad de las actividades encargadas a los jueces en los Derechos contemporáneos, puede verse Ost (1993).

por normas de fin[22]. La clave de la distinción estará, por tanto, en el modo en que está regulado el ejercicio del poder y no en el tipo de órgano que posee el poder.

5. Una conclusión

A modo de conclusión, creo que podría decirse –siguiendo a Galligan (1986)– que la discrecionalidad jurídica, o mejor dicho, uno de los fenómenos que se engloban bajo este rótulo y que coincidiría con lo que aquí he denominado "discrecionalidad-2", no puede seguir concibiéndose como un efecto colateral de la existencia de normas generales, ni como un fenómeno meramente periférico al ejercicio de la autoridad como durante mucho tiempo ha sido concebida por los teóricos del Derecho, en parte –creo– por el hecho de tratar conjuntamente los dos fenómenos que aquí he tratado de distinguir. La discrecionalidad jurídica ha de ser vista, por el contrario, como un fenómeno central y necesario para llevar a cabo una de las funciones esenciales de los Derechos contemporáneos: la de promover activamente ciertos fines o valores. La discrecionalidad así entendida ha de concebirse como un modo normal de conferir poderes allí donde se considera importante que los órganos jurídicos adopten decisiones atendiendo a las evaluaciones que ellos mismos realicen a la luz de las circunstancias de los casos concretos; evaluaciones que pueden –y creo que deben– estar sometidas a control.

---

[22] Sirvan para ilustrar estos casos las siguientes disposiciones del Derecho español:

- "Los jueces procederán de oficio, además, en casos de fuga notoria o de que tuvieren noticia exacta, a la ocupación de los establecimientos del fugado, y *prescribirán las medidas que exija su conservación*, entre tanto que los acreedores usan de su derecho sobre la declaración del quiebra" (art. 877 del Código de Comercio).

- "Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 3º Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas de matrimonio (...); establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras *medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar* la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro" (art. 103.3 del Código Civil).

Bibliografía

AGUILÓ REGLA, Josep (2000): *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona.

AGUILÓ REGLA, Josep (2001): "Sobre la constitución del Estado constitucional", en *Doxa*, nº 24, pp. 429-457.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1975): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.

ATIENZA, Manuel (1995): "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 85 pp. 5-25.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1996): *Las piezas del Derecho. Una teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.

AZZONI, Giampaolo M. (1994): "Interpretazioni di Hohfeld", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. XXIV-2, pp. 443-488.

BARAK, Aharon (1989): *Judicial Discretion*, trad. Yadin Kaufmann, Yale University Press, New Haven y London (original hebreo de 1987).

BAYLES, Michael D. (1990): *Procedural Justice. Allocating to Individual*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht.

BELL, John (1992): "Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View", en Keith Hawkins (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, pp. 89-111.

BERLIN, Isaiah (1988): "Dos conceptos de libertad", trad. Julio Bayón, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, pp. 187-243 (original inglés de 1958).

DAVIS, Kenneth Culp (1969): *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, Lousiana State University Press.

DESDENTADO DAROCA, Eva (1997): *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona.

DWORKIN, Ronald (1989): *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Ariel, Barcelona (original inglés de 1977).

GALLIGAN, D. (1986): *Discretionary Powers*, Clarendon Press, Oxford.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (1995): *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 5ª edición, Madrid.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (1997): "Cómo hacer cosas con acciones (En torno a las normas de acción y a las normas de fin)", en *Doxa*, nº 20, pp. 157-175.

HART, Herbert L.A. (1990): *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires (original inglés de 1961).

HAWKINS, Keith (1992): "The Use of Legal Discretion. Perspectives from Law and Social Science", en *The Uses of Discretion*, op. cit., pp. 11-46.

HOFFMASTER, B. (1982): "Understanding Judicial Discretion", en *Law and Philosophy*, 1, pp. 21-55.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (1996): "Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial", en *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 46, pp. 95-118.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (1998): *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Cívitas, Madrid.

IGLESIAS VILA, Marisa (1999): *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

KELSEN, Hans (1986): *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo de la segunda edición alemana (1960), UNAM, México.

LEMPERT, Richard (1992): "Discretion in a Behavioral Perspective: The case of a Public Housing Eviction Board", en *The Uses of Discretion*, op. cit., pp. 185-230.

LIFANTE VIDAL, Isabel (1999): "Interpretación y modelos de Derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica", en *Doxa*, nº 22, pp. 171-193.

LUZZATI, Claudio (1990): "Discretion and 'Indeterminacy' in Kelsen's Theory of Legal Interpretation", en Letizia Gianformaggio (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, G. Giappichelli editore, Torino, pp. 123-137.

MORESO, José Juan (1997): *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

NINO, Carlos S. (1985): *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires.

OPPENHEIM, Felix (1961): *Dimensions of Freedom. An analysis*, New York, St. Martin's Press.

OST, François (1993): "Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez", trad. Isabel Lifante, en *Doxa*, nº 14, 169-194.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (1983): "Sobre los conceptos de la libertad", en *Anuario de derechos humanos*, n° 2, pp. 513-549.

SÁINZ MORENO, Fernando (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, ed. Civitas, Madrid.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis (1995): "Discrecionalidad y Derecho procesal", en *Justicia*, nº III-IV, pp. 51-61.

WALUCHOW, Wilfrid J. (1983): "Strong Discretion", en *The Philosophical Quarterly*, vol. 33, nº 133, 1983, pp. 321-339.