

SOBRE EL EJERCICIO Y EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD*

ON THE EXERCISE AND CONTROL OF DISCRETION

Isabel Lifante Vidal
Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

RESUMEN: Este trabajo ofrece una aproximación general al tema de la discrecionalidad en el Derecho, tomando como caso paradigmático el de los poderes discrecionales de la administración. En primer lugar, se plantea cómo entender la caracterización clásica de la discrecionalidad como margen de libertad para hacerla compatible con los presupuestos de un Estado constitucional de Derecho. En segundo lugar, se aborda la cuestión de en qué ocasiones existe discrecionalidad, o cuál es su origen normativo (que se vincula a la regulación de la conducta a través de las normas de fin). En tercer lugar, se plantea la cuestión acerca de cómo debe ejercerse la discrecionalidad, analizando para ello las peculiaridades de los deberes vinculados a responsabilidades. En cuarto lugar, se propone una distinción entre dos tipos de discrecionalidad (la técnica y la política). Y, por último, se analiza la posibilidad de establecer controles sobre el ejercicio de la discrecionalidad. Es en este último apartado en el que surge la cuestión de la deferencia, que en opinión de la autora ha de ser entendida como un principio regulativo del ejercicio de dicho control.

PALABRAS CLAVES: discrecionalidad; deferencia; discrecionalidad técnica; discrecionalidad política; arbitrariedad; Estado de Derecho.

* 5/12/2023. Una versión previa de este trabajo fue presentada al XIX Seminario de Teoría y Método del Derecho Público (STEM), que se celebró en Valencia del 25 al 26 de mayo de 2023. Agradezco a los asistentes a ese seminario sus atinadas observaciones a este texto, y los estimulantes debates sobre el tema de la discrecionalidad y la deferencia en el Derecho. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Argumentación, constitucionalismo jurídico y derechos", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España (PID2021-125387NB-I00).

ABSTRACT: This paper offers a general approach to the topic of legal discretion, taking as a paradigmatic case that of the discretionary powers of the administration. Firstly, it considers how to understand the classic characterization of discretion as a margin of freedom to make it compatible with the assumptions of a constitutional State of Law. Secondly, it addressed the question of when discretion exists, or what is its normative origin (which is linked to the regulation of conduct through final norms). Thirdly, the question of how discretion should be exercised is raised, analyzing the peculiarities of duties linked to responsibilities. Fourthly, a distinction is proposed between two types of discretion (technical and political). And finally, the possibility of establishing controls over the exercise of discretion is analyzed. It is in this last section that the question of deference arises, which in the author's opinion must be understood as a regulative principle of the exercise of said control.

KEYWORDS: discretion; deference; technical discretion; political discretion; arbitrariness; rule of law.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. ¿EN QUÉ CONSISTE LA DISCRECIONALIDAD? LA DISCRECIONALIDAD COMO MARGEN DE “LIBERTAD” EN LA TOMA DE DECISIONES.— 3. ¿CUÁNDO HAY DISCRECIONALIDAD? LA REGULACIÓN FINALISTA DE LA CONDUCTA.— 4. ¿CÓMO SE DEBE EJERCER? PECULIARIDADES DE LOS DEBERES-RESPONSABILIDAD.— 5. TIPOS DE DISCRECIONALIDAD: DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y DISCRECIONALIDAD POLÍTICA.— 6. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD Y LA DEFERENCIA AL ÓRGANO DECISOR.— 7. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo pretendo ofrecer una aproximación “general” al tema de la discrecionalidad en el Derecho. Para ello es imprescindible elegir un nivel de abstracción en el que situar el discurso; uno que sea válido para los distintos ámbitos en los que hablamos de discrecionalidad jurídica, pero que al mismo tiempo permita decir algo relevante sobre el fenómeno analizado; pero ambos propósitos no siempre son reconciliables. Con este fin, tomaré como caso paradigmático el de los poderes discrecionales de la administración. Se trata de uno de los supuestos centrales de discrecionalidad jurídica y, por tanto, creo que resulta más apropiado que en el que nos solemos centrar los filósofos del Derecho: el de la “discrecionalidad” (a veces llamada “discreción”) judicial, que se situaría en la zona de penumbra de aplicación del concepto¹. Pero mi análisis, o al menos la mayor parte de él, pretende ser válido para toda discrecionalidad jurídica en el ámbito público, es decir, aquella que se predica de órganos jurídicos o autoridades (bien sean judiciales, administrativas o legislativas). Es más, creo que gran parte de esta caracterización será también aplicable a la discrecionalidad en el ejercicio de poderes heterónomos (los que afectan unilateralmente a otros) en el ámbito del Derecho privado, tales como la representación de un

¹ Véase en este sentido el exhaustivo trabajo de Iglesias Vila (1999), centrado en la discrecionalidad judicial. Aunque también encontramos buenos ejemplos de análisis iusfilosóficos de la discrecionalidad desde una perspectiva más general, como el de Añón (1994).

menor por parte de su tutor, o la actividad de un administrador concursal, aunque no descarto que en algún punto convenga realizar alguna precisión que no abordaré. Lo que definitivamente quedará fuera de mi discurso será, por un lado, las acciones de particulares que no pueden verse como ejercicio de poderes (como cocinar) y, por otro lado, el ejercicio de los poderes autónomos, es decir, en la gestión de los propios intereses del sujeto que actúa (tiendo a pensar que no hablaríamos aquí de “discrecionalidad”, sino directamente de libertad; pero no entraré aquí a discutirlo).

Mi metodología será reconstructiva: partiendo de las caracterizaciones usuales de este fenómeno, trataré de redefinirlo para hacerlo encajar con los presupuestos normativos de nuestros Estados constitucionales: imperio de la ley (democrática), separación de poderes, legalidad de la Administración y garantía de los derechos². Para ello, la estrategia expositiva que seguiré es la siguiente. En primer lugar, me plantearé cómo entender la caracterización clásica de la discrecionalidad como margen de libertad; en segundo lugar, abordaré la cuestión de en qué ocasiones existe (cuál es su origen normativo, que vincularé a la regulación de la conducta a través de las normas de fin); en tercer lugar, trataré de contestar a la pregunta acerca de cómo debe ejercerse la discrecionalidad, analizando para ello las peculiaridades de los deberes vinculados a las responsabilidades; en cuarto lugar, propondré una distinción entre discrecionalidad técnica y política; y, por último, analizaré la posibilidad de establecer controles sobre el ejercicio de la discrecionalidad. Será en este último apartado en el que surja la cuestión de la deferencia, que en mi opinión ha de ser entendida como un principio regulativo del ejercicio de dicho control.

2. ¿EN QUÉ CONSISTE LA DISCRECIONALIDAD? LA DISCRECIONALIDAD COMO MARGEN DE “LIBERTAD” EN LA TOMA DE DECISIONES

La discrecionalidad suele ser presentada como un “margen de libertad” en la toma de decisiones, remarcando la idea de que se trata de una libertad que no es absoluta, sino que está limitada por un “perímetro normativo”. Ésta es precisamente la idea a la que Dworkin aludió con su ya famosa metáfora de la rosquilla: sólo tiene sentido referirse al agujero (el margen de libertad) en presencia de la masa (el perímetro normativo). Pero más allá de sugerir una imagen, la metáfora poco ayuda a desentrañar en qué consiste la discrecionalidad entendida como un margen de “libertad”; ello no

² Un Estado constitucional se caracteriza no sólo por rasgos formales (la existencia de una constitución rígida y normativa), sino también por la asunción de los fines y valores del constitucionalismo político, y que se conectan con la limitación del poder político y la garantía de los derechos. En este mismo sentido, ya la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, decía en su art. 16: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. El listado de presupuestos normativos que aquí recojo lo tomo de la clásica caracterización del concepto de Estado de Derecho que realizó Elías Díaz en su obra de 1966 (Díaz, 1992, p. 31).

es de extrañar dado que este concepto (el de libertad) no es unívoco ni claro ni siquiera cuando se predica de los individuos (que constituirían su ámbito de referencia primario); por lo que mucho menos lo será cuando se predica de órganos jurídicos: jueces, autoridades administrativas o legisladores. Veamos cómo han entendido esta idea los juristas.

Una de las caracterizaciones más frecuentes de la discrecionalidad la identifica con la existencia de varias opciones igualmente válidas para el Derecho, entre las cuales el órgano decisor tendría que elegir³. La discrecionalidad es así caracterizada como 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 Derecho⁴. Si la discrecionalidad es la libertad de elegir entre varias alternativas acordes con el Derecho, para su existencia tendrá que haber más de una, pero el número de alternativas disponibles puede ser muy diverso, de modo que la discrecionalidad sería —desde esta perspectiva— un fenómeno graduable en función del número de alternativas disponibles⁵.

Otras veces la discrecionalidad se define como la ausencia de estándares jurídicos que guían la toma de decisión y así en ocasiones se habla 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 es también la idea que según algunos subyace a la clásica contraposición entre potestades regladas y discrecionales de la Administración: los poderes discrecionales —según esta aproximación— serían aquellos cuyo ejercicio no está regulado jurídicamente.

Por último, también en ocasiones se sostiene que la discrecionalidad implica la ausencia de enjuiciabilidad o el carácter último de la decisión. Aunque pocos autores la definen a partir de este rasgo⁶, el mismo suele verse como consecuencia, si no nece-

³ Cfr. García de Enterría y Fernández, 1995, p. 447; y Sáinz Moreno, 1976, p. 304.

⁴ Definiciones o aproximaciones de este tipo pueden encontrarse, por ejemplo, en Barak, 2021, pp. 28-29; o Bell, 1992, p. 92. Y también en la jurisprudencia; véase por todas la STS de 19 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:968), donde, citando a su vez la doctrina establecida en numerosas sentencias anteriores, se dice: “Esta libertad de elección, entre indiferentes jurídicos, entre soluciones igualmente justas, es lo que denominamos discrecionalidad administrativa”.

⁵ Así, por ejemplo, Barak (2021, pp. 30-31) lleva a cabo una distinción entre “discrecionalidad estrecha”, cuando el número de opciones entre las que se puede elegir son pocas, y “discrecionalidad amplia”, cuando hay disponibles muchas opciones.

⁶ Para Dworkin (1989) uno de los sentidos débiles del término discrecionalidad hace referencia precisamente 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. Pero se trata de un sentido independiente de los rasgos anteriores. Y también hay análisis que lo toman en cuenta para realizar clasificaciones. Así, algunos (Davis, 1969 y Goodin, 1986) 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 anulación por otro órgano;

saría, al menos bastante plausible, de los anteriores: si un órgano decisor puede elegir entre alternativas permisibles, entonces “normalmente” otros no estarán autorizados a revisar, modificando o anulando, las decisiones previamente adoptadas; lo que vendría a configurar el modo en que algunos autores entienden la obligación de deferencia respecto a las decisiones discrecionales. 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 sobre el aspecto discrecional de la decisión (sobre los aspectos reglados por supuesto sí se admite el control) que, de admitirse, desmentiría la libertad que el término ‘discrecional’ proclama⁷. No habría nada que controlar o revisar desde el punto de vista del Derecho, puesto que éste no regula esa toma de decisión.

Se trata de una observación seria, y que parece entrar en conflicto con una de las exigencias del ideal valorativo del Estado de Derecho (el sometimiento pleno de los poderes del Estado al Derecho), pero la misma sólo es correcta si la discrecionalidad se entiende efectivamente como un permiso para elegir entre indiferentes jurídicos. Sin embargo, creo que ésta no es una caracterización adecuada de la discrecionalidad. Para aclarar este punto voy a valerme de la clásica 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, y haría referencia a un concepto relacional: un sujeto es libre o no, en relación con otro determinado sujeto y una determinada acción⁸. 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. ¿A cuál de ellos nos referimos cuando se caracteriza a la discrecionalidad como un margen de libertad? Los juristas parecen tener en mente, como hemos visto, la idea de libertad negativa (que en términos jurídicos podemos traducir en la idea de permiso), pero ello plantea serios problemas (como la dificultad para encajar esta concepción de la discrecionalidad con la idea de un control “jurídico” sobre su ejercicio). Sin embargo, creo que hay otra manera de caracterizar a la discrecionalidad que resulta mucho más promisoría. Se trata de alejarse de la idea de libertad negativa (o permiso), y aproximarse a la idea de libertad positiva, que nos reenvía al concepto de responsabilidad, remarcando que es al sujeto que posee la discrecionalidad al que le corresponde determinar qué curso de acción emprender, concretando para ello los estándares o normas que guían la toma de decisión. La discrecionalidad así entendida no implica necesariamente la existencia de varias opciones igualmente válidas para el Derecho entre las que hay que elegir (aunque esto suele ocurrir, pero no es lo “definitorio”), ni tampoco la ausencia de estándares que guían la toma de decisión

y de discrecionalidad “absoluta” o “última” cuando ninguna otra autoridad puede revisar la elección hecha, incluso si es arbitraria o irrazonable.

⁷ Esta intuición es puesta de manifiesto por Tomás Ramón Fernández, quien trata de desmarcarse de la misma (Fernández, 1995, p. 2517 y ss.).

⁸ Cfr. Oppenheim, 1961.

(aunque estos estándares tendrán una naturaleza específica). Y por supuesto tampoco hay nada en esta caracterización de la discrecionalidad que imposibilite el control “jurídico” de su ejercicio⁹.

Para terminar esta primera aproximación, quiero llamar la atención sobre el riesgo que implica hablar en términos de “libertad” para caracterizar a la discrecionalidad: cuando la libertad se predica de los individuos, la misma se conecta con ideales personales (la elección del plan de vida o el desarrollo de la autonomía personal), de modo que aquí para justificar una acción puede bastar con señalar que cae en el margen de libertad reconocida. Sin embargo, en los casos en los que la “libertad” se predica de órganos jurídicos (o, más en general, de sujetos que no gestionan sus propios intereses), no hay ninguna razón para pensar que la existencia de un margen de actuación “libre” o discrecional sea algo valioso en sí mismo, sino que la concesión de esta libertad y su ejercicio habrán de ser valorados y justificados siempre de manera instrumental. A los órganos jurídicos se les confiere poderes no para que persigan sus propios fines, sino fines públicos; en consecuencia, no rige el principio de autonomía, sino el del interés público. Es por ello que, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de actuaciones de sujetos privados, donde las consecuencias no son tenidas en cuenta más que de manera excepcional, en los casos de los poderes públicos las consecuencias juegan un papel central, en el sentido de que el hecho de que se produzcan ciertas consecuencias es precisamente lo que justifica que se haya establecido una regla confiriendo a tal órgano un determinado poder; la regulación de las consecuencias ya no se hará por tanto únicamente —como en el caso de los poderes privados autónomos— de modo negativo (el poder se podrá ejercer siempre y cuando no se aproveche para lograr cierto estado de cosas ulterior que aparezca como inaceptable), sino que la caracterización de las consecuencias es de carácter positivo: los poderes se conceden para que, por medio de su ejercicio, se obtengan ciertos estados de cosas positivamente determinados¹⁰.

⁹ La calificación de algo como “jurídico” o “extrajurídico” depende de la concepción del Derecho que se sostenga. En este sentido, para el positivismo normativista el Derecho es visto como algo dado: un conjunto de normas que pueden ser identificadas por su *pedigree* (las consideraciones técnicas o morales, que deban ser tenidas en cuenta para la aplicación del Derecho son aquí consideradas como “extrajurídicas”). Pero esta concepción me parece que induce a una visión distorsionada del Derecho, pues oculta su dimensión de práctica social: el Derecho es una empresa o actividad orientada a la consecución de fines valiosos, lo que implica verlo como un fenómeno en permanente construcción y que necesariamente se imbrica con otras prácticas sociales. Desde esta segunda concepción (no positivista) no tendría sentido considerar que la toma en consideración de argumentos morales para interpretar un término valorativo incluido en el Derecho (como el de dignidad) implica acudir a criterios “extrajurídicos”.

¹⁰ Cfr. Atienza y Ruiz Manero (2000, pp. 91 y ss.). En un sentido similar, Chinchilla afirma: “En toda actuación administrativa hay (...) un *por qué* y un *para qué*. La Administración actúa *porque* una norma la ha apoderado en ese sentido, *para que* cumpla una finalidad de interés público concreta. El sometimiento al fin que justifica su potestad es un elemento más de la legalidad de su actuación” (Chinchilla, 1989, p. 50. La cursiva es de la autora).

3. ¿CUÁNDO HAY DISCRECIONALIDAD? LA REGULACIÓN FINALISTA DE LA CONDUCTA

Los análisis de la discrecionalidad jurídica también se suelen ocupar de su origen, de cómo se genera la discrecionalidad. En este sentido, Bell 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 en su opinión 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 suelen mencionar estas dos fuentes¹¹, aunque también hay quien considera que la auténtica discrecionalidad se vincula sólo con una de ellas (con la delegación de un poder, explícito o implícito). En este sentido, resulta ya clásica —aunque no unánime¹²— 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, propuesta en España por Sáinz Moreno (1976).

Ahora bien, si consideramos que la delegación de un poder discrecional puede hacerse también tácitamente, quizás uno de los mecanismos para ello sea la “indeterminación del Derecho”. De nuevo necesitamos aclarar a qué nos referimos con esta expresión, dado que parece que abarca dos fenómenos distintos: la imprecisión (dudas respecto la aplicabilidad de una determinada norma a un caso) y la cualidad de aquello que aún no ha sido establecido¹³.

¹¹ 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 discrecionalidad para el órgano aplicador. Kelsen considera que la indeterminación puede ser 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. En su opinión, puede distinguirse la inevitable indeterminación semántica, de una indeterminación “más radical”, que sería aquella 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.

Otros autores establecen clasificaciones dentro de la discrecionalidad atendiendo a si ha sido originada por la delegación explícita de un poder de decisión (“formal” o “fuerte”); y la que surge de la imprecisión del Derecho (“informal” o “instrumental”). Cfr., entre otros, Luzzati (1990, pp. 132 y ss.), Atienza (1995) y Desdentado Daroca (1997a).

¹² Véase el minucioso análisis de Bacigalupo sobre las distintas reconstrucciones (1997). Un ejemplo reciente del rechazo de esta contraposición se encuentra en Doménech Pascual (2018).

¹³ Estos dos sentidos equivalen a la distinción entre derivación por conclusión y derivación por determinación o especificación, que Tomás de Aquino señala como los dos modos en que pueden derivarse

Veamos el primero de estos sentidos en que hablamos de indeterminación del Derecho. 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, en la cual podemos decir que está “indeterminado” si la norma se debe aplicar. Esta indeterminación surge, por tanto, a la hora de establecer la aplicabilidad de una norma a un caso y puede deberse a cualquiera de los problemas que afectan a la interpretación del Derecho (ya sean lingüísticos, sistemáticos, teleológicos o valorativos). Aquí, decir que el Derecho está “indeterminado” equivale a decir que es impreciso, que no está claro si resulta o no aplicable en relación con un caso; y para precisarlo necesitaremos interpretarlo. El objetivo de esta actividad interpretativa es 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 implica una reconstrucción del Derecho preexistente. Aquí, la argumentación necesaria para justificar la actuación debida según el Derecho termina con un razonamiento subsuntivo (por supuesto, para ello es posible que previamente hayamos tenido que realizar ponderaciones de principios, juicios evaluativos, etc.). Es en este ámbito en el que cobra sentido la tesis de la existencia de una única respuesta correcta. Pensemos en la norma que regula los supuestos de hecho en los que el gobierno está habilitado para decretar el estado de alarma (art. 4 de la LO 4/1981) y en la discusión que se planteó en 2010 (con el Real Decreto 1673/2010) respecto a si la huelga encubierta de los controladores aéreos encajaba en alguno de ellos.

El segundo sentido de indeterminación, que es el que creo que se conecta centralmente con la discrecionalidad, opera de manera distinta. Pensemos en el ejemplo de Kelsen de lo que considera “indeterminación intencional”: una ley sanitaria establece que, al estallar una epidemia, el órgano administrativo deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la expansión de la enfermedad. De lo que aquí se predica la indeterminación no es de la aplicabilidad de una norma a un caso; sino de cuál es la conducta debida según la norma. Será el destinatario el que, a la luz de las circunstancias del caso, deberá determinar la conducta que debe realizarse en ese caso; y en este sentido se dice que opera como la delegación de un poder discrecional. Lo que está indeterminado es lo que la norma exige para los casos —todos— en que ella es claramente aplicable. Esta indeterminación no podrá ser superada por una mera actividad interpretativa del Derecho. En el ejemplo 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. Por mucho que interpretemos o precisemos el significado de la norma, la misma seguirá sin decirnos qué medida concreta adoptar frente a la epidemia. La justificación de la

las normas positivas de la ley natural: “hay normas que se derivan de los principios comunes de la ley natural por vía de conclusión; y así, el precepto «no matarás» puede derivarse a manera de conclusión de aquel otro que manda «no hacer mal a nadie». Y hay otras normas que se derivan por vía de determinación; y así, la ley natural establece que el que peca sea castigado, pero que se le castigue con tal o cual pena es ya una determinación añadida a la ley natural” (Suma Teológica I-II q. 95, a. 2).

decisión de adoptar una medida concreta (una cuarentena, p. ej.) debe estar orientada —a diferencia de lo que ocurre con las interpretaciones— hacia el futuro, hacia las consecuencias previsibles. Por seguir con el ejemplo anterior: una cosa es determinar si la huelga encubierta encaja en los supuestos del art. 4 de la LO 4/1981 (problema de interpretación); y otra determinar las medidas “estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad” (según exige el art. 1 de la propia LO 4/1981) a adoptar en ese estado de alarma decretado.

Ahora bien, lo que genera este segundo sentido de indeterminación no es la ausencia de regulación jurídica; la conducta del órgano administrativo en caso de epidemia está regulada, pero lo está por un tipo especial de regulación jurídica: una regulación finalista, que no pretende establecer la concreta conducta a realizar, sino que fija el objetivo que ha de ser perseguido a través de normas de fin¹⁴. Eso implica que estas normas atribuyen a su destinatario la responsabilidad de determinar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, la medida o medidas a adoptar para perseguir el objetivo. El concepto clave para entender la discrecionalidad es por tanto el de responsabilidad en la determinación de la conducta debida.

4. ¿CÓMO SE DEBE EJERCER LA DISCRECIONALIDAD? PECULIARIDADES DE LOS DEBERES-RESPONSABILIDAD

Siguiendo a Hart, podemos decir que cuando hablamos de “responsabilidades” hacemos referencia a un tipo especial de deberes que se asignan precisamente para “promover el bienestar o impulsar de manera específica las metas o propósitos de la organización social en la que se ocupa determinado rol o estatus social” (Hart, 1968, p. 212). No calificamos a todos los deberes que puede tener un sujeto como responsabilidades (si a un soldado se le ordena mantener limpio el campamento, diríamos que tiene esa “responsabilidad”; pero si lo que se le manda es que recoja un papel del suelo, simplemente diríamos que tiene el “deber” de hacerlo). Las responsabilidades —nos decía Hart— son de un tipo relativamente complejo y amplio, que requieren cuidado y atención a lo largo de un prolongado período de tiempo (frente a los deberes de corta duración o de tipo simple, relativos a hacer o no hacer algo en una ocasión particular). Y si nos fijamos, lo que parece caracterizar a estos deberes-responsabilidad es precisamente que se definen por su conexión con la promoción de determinados fines o estados de cosas considerados valiosos, que sería lo que justificaría la exigencia de prestarles “cuidado y atención”. Por ello, las responsabilidades exigen deliberación¹⁵: es necesario “pensar sobre ellas y hacer serios esfuerzos para

¹⁴ Tomo esta categoría de Atienza y Ruiz Manero (1996). Estos autores realizan una doble distinción dentro de las normas regulativas o deónticas. Por un lado, entre reglas y principios (atendiendo a si las condiciones de aplicación están cerradas o abiertas) y, por otro lado, entre normas (bien sean reglas o principios) de acción y normas de fin, atendiendo a si obligan a realizar una determinada acción o a perseguir un determinado fin.

¹⁵ Cfr. Richardson, 1999. También Goodin remarca la idea de que una responsabilidad siempre requiere preocupación por parte del sujeto, y no basta con que el estado de cosas perseguido se produzca;

satisfacerlas” (Hart, 1968, 213). Y eso es así porque pretenden la consecución de ciertos estados de cosas, y no la mera realización de acciones determinadas *a priori*. Nos encontramos ante situaciones que podríamos definir con el siguiente esquema “*X debe procurar Y*”. Ahora bien, lo más normal es que *Y* sea un estado de cosas que no esté completamente bajo el control del agente *X*¹⁶. Puede que requiera la actuación de un agente distinto al que tiene la responsabilidad de que se produzca ese resultado (serían las llamadas por Goodin “responsabilidades de supervisión”), pero también suele ocurrir que se atribuya a un sujeto la responsabilidad de que se produzca un estado de cosas que no sea directamente el resultado de la acción de nadie en particular, aunque sí la consecuencia de una combinación de factores, entre los cuales podemos encontrar acciones de sujetos y hechos naturales (como el mantenimiento del buen estado de la red de carreteras).

En este sentido, la atribución de responsabilidades implica la regulación de la conducta de una manera peculiar que consiste en no determinar de antemano la acción o acciones a realizar, sino en atribuir al destinatario (al sujeto responsable) el poder —y deber— de determinar la conducta a realizar o las medidas a adoptar para la persecución del fin o consecución del resultado a obtener¹⁷. Se trata por tanto de una regulación a través de un tipo específico de normas, las “normas de fin”, que se contrapondrían (tal y como señalan Atienza y Ruiz Manero, 1996) a las “normas de acción”. Mientras que estas últimas califican deónticamente (como obligatoria, prohibida o permitida) una acción, las normas de fin operan en mi opinión como mandatos de optimización¹⁸: obligan a perseguir un determinado fin, delegando en el destinatario el poder discrecional o la “responsabilidad” de seleccionar el medio considerado óptimo para ello (aquella medida que, a la luz de las circunstancias del caso concreto y atendiendo a las posibilidades fácticas y deónticas, maximice el fin con el menor coste posible en términos de lesión de bienes y valores protegidos). Aunque, por supuesto, lo normal es que el sujeto al que se le atribuye la responsabilidad también se vea sometido a muchas otras normas (éstas sí de acción) que sí le impongan o prohíban acciones determinadas, y en ese sentido limiten el ámbito de su discrecionalidad.

de modo que —en su opinión— si el estado de cosas se produjera por azar, la responsabilidad se habría desatendido (Goodin, 1995, pp. 81 y ss.).

¹⁶ Cfr. González Lagier (1997), quien distingue entre estados de cosas que están completamente bajo el control del destinatario de la norma y estados de cosas que lo están sólo parcialmente.

¹⁷ Véase en este mismo sentido Larrañaga (2001).

¹⁸ Dentro de las normas de fin, Atienza y Ruiz Manero distinguen entre dos categorías: las reglas de fin y las directrices (que sería la proyección de su distinción entre reglas y principios). Sólo en el caso de las directrices estos autores hablan de optimización de un fin, mientras que en el caso de las reglas de fin consideran que en su consecuente encontramos la calificación deóntica de un “estado de cosas” (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 7), pero no me gusta esta caracterización porque parece dar a entender que el estado de cosas está completamente bajo el control del destinatario de la norma y entonces, como ha señalado González Lagier (2001), no habría diferencia entre dictar una norma obligando a realizar una acción o la obtención de un estado de cosas (que sería el resultado de una acción). Por eso opto por hablar en ambos casos de optimización de fines.

Lo interesante es que la dinámica del cumplimiento de las responsabilidades, o deberes impuestos por las normas de fin, es distinta a la del cumplimiento de los deberes fijados por las normas de acción. En este último caso nos encontramos con una lógica binaria: si se ha realizado la acción debida se ha cumplido con el deber y en caso contrario se ha incumplido. Sin embargo, en el caso de los deberes vinculados a las responsabilidades la situación es distinta. Esto es así por la peculiar manera en que operan las razones finalistas: son razones de carácter fáctico, orientadas hacia el futuro y que presentan un aspecto de graduabilidad. Las dos primeras características presuponen una relación causal que es en la que se basa la predicción. Ello puede hacernos considerar que, aunque en el momento de la toma de decisión, una razón finalista tenga mucha fuerza a favor de una determinada actuación, y por ello justifique su adopción, finalmente con dicha actuación no se llegue a conseguir el fin previsto (o en la medida prevista). Pensemos en algunas de las medidas adoptadas para atajar la pandemia de la Covid-19 antes de conocer exactamente los modos de transmisión de este virus. Por último, la graduabilidad hace que aquí opere la lógica de la maximización o, mejor dicho, de la optimización¹⁹. Hay ocasiones en las que el grado de cumplimiento de un objetivo puede estar determinado en la norma (el ejemplo que ponen Atienza y Ruiz Manero de que el 50% de los profesores de una Universidad hablen un determinado idioma), de modo que —al menos en principio— admitirían un cumplimiento total; sin embargo, en la mayoría de las ocasiones nos encontraremos con objetivos que apuntan a un estado ideal que nunca puede ser completamente obtenido, sino sólo por aproximación. En estos casos el esquema de la norma no sería tanto “*X debe procurar Y (un estado de cosas determinado)*”, como “*X debe velar por Y (un fin valioso)*”²⁰. Este fin no sólo puede lograrse en distintos grados, sino que una vez que se obtiene un determinado nivel de satisfacción de los mismos, la responsabilidad no se agota, sino que exigiría seguir avanzando en el logro del objetivo (podríamos decir que el objetivo a alcanzar se va desplazando). Por lo tanto, para evaluar el grado de consecución del fin perseguido habrá que tener en cuenta no solo el grado de cumplimiento del fin perseguido, sino también el punto de partida, los medios disponibles, el conocimiento existente sobre las relaciones de causalidad, etc.

Pero, en realidad, a la hora de evaluar el grado de cumplimiento de una responsabilidad podemos distinguir dos dimensiones: una objetiva, centrada en los resultados obtenidos (y que como hemos visto puede depender de factores ajenos al sujeto, tales como los medios o el conocimiento disponible, o la aparición de circunstancias imprevisibles)²¹; y otra subjetiva, centrada en el cumplimiento de los deberes por

¹⁹ Opto por hablar de “optimización”, en lugar de “maximización”, pues no se trata sólo de conseguir el máximo de ese objetivo, sino de hacerlo afectando lo menos posibles a otros bienes y valores protegidos por el sistema normativo de referencia. Aunque el resultado obtenido sea el mismo, la selección de uno u otro medio puede no ser indiferente para el sistema.

²⁰ Goodin (1995, pp. 85-86) habla de “responsabilidades de objetivo fijo” para referirse a las primeras y de “responsabilidades de objetivo variable” [*receding-targets*] para las segundas.

²¹ Estas consideraciones parece que no fueron tenidas en cuenta por la STS 1271/2020, de 8 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3024), que estimó parcialmente un recurso contra la inactividad del Ministerio de Sanidad, por haber generado una lesión de los derechos fundamentales a la protección de

parte del sujeto y que dependerá de la calidad de la deliberación que le lleva a adoptar una concreta medida. En este sentido, creo que pueden distinguirse una serie de incumplimientos típicos de una responsabilidad: 1) casos en los que el sujeto actúa persiguiendo fines distintos a aquéllos por los que ha de velar en el desempeño de su función pública (pensemos en los casos de desviación de poder o corrupción); 2) los casos de formalismo, en los que el sujeto se desentiende de los fines perseguidos y se centra en el cumplimiento burocratizado del procedimiento; 3) los casos en los que el sujeto no presta la debida atención a la determinación de la medida adecuada para la consecución de los fines (serían supuestos de desidia); y 4) aquellos casos en los que el sujeto selecciona, por incompetencia, medios inadecuados para la persecución de los fines encomendados²².

5. TIPOS DE DISCRECIONALIDAD: DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y DISCRECIONALIDAD POLÍTICA

Tradicionalmente se ha considerado que lo que caracteriza a la actividad política es ser definidora de nuevos objetivos sociales o promotora de valores aún no incorporados al ordenamiento jurídico. De este modo, la función del órgano legislativo, como paradigma de órgano político, sería precisamente la de innovar el ordenamiento, incorporando al mismo esos nuevos objetivos o valores. Sin embargo, esta concepción de la actividad política ya no encaja completamente en el paradigma jurídico del constitucionalismo contemporáneo²³: Si se toma en serio a la constitución como fuente de Derecho, y se considera que su finalidad es la de configurar una práctica jurídica que vaya concretando y garantizando los derechos y valores constitucionales,

la salud y la vida de los profesionales sanitarios, dado que, al inicio de la pandemia, carecieron de los medios de protección necesarios contra la Covid-19. Sin embargo, la sentencia había argumentado que los medios disponibles en aquel momento a nivel mundial eran claramente insuficientes para que la Administración hubiera podido proteger adecuadamente a los sanitarios del riesgo de contagio. Lo que la sentencia parece indicar al estimar parcialmente el recurso es que el resultado obtenido no consigue realizar los fines perseguidos por el art. 12.4 del Real Decreto 463/2020 (por el que se declaró el Estado de Alarma). Ahora bien, lo que dicho artículo establece que se deberá garantizar “*la mejor distribución* en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de esta crisis sanitaria” [la cursiva es mía]. La sentencia parece olvidar que calificar a una distribución de medios como mejor o peor ha de hacerse atendiendo a las posibilidades de acción, medios disponibles, etc. con los que contaba la Administración en ese momento, y no exclusivamente estableciendo que el fin valioso perseguido por dicha distribución (la satisfacción de las necesidades de protección para los sanitarios) no se consiguió. Y el propio TS establece que dicho fin era inalcanzable para la Administración en aquel momento, dado que no había ningún curso de acción posible para evitar o mitigar ese riesgo. En mi opinión no hubo incumplimiento de dicha responsabilidad (ni en sentido objetivo ni subjetivo) y no se entiende por tanto que la sentencia declare que se ha producido una “*lesión*” de esos derechos fundamentales atribuible a la actuación (en este caso, omisión) de la Administración (en este caso, del Ministerio de Sanidad).

²² En un trabajo anterior, caractericé estos cuatro tipos de incumplimientos en el ámbito de la función pública. Cfr. Lifante Vidal, 2020, pp. 42-42.

²³ Cfr. Aguiló Regla, 2001.

entonces el poder legislativo ya no puede verse como un órgano al que sólo se le limitan los medios y al que se dejan completamente abiertos los fines a perseguir. En este sentido, podemos decir que el razonamiento político-legislativo se ha juridificado, puesto que los fines de la acción política han pasado a estar ordenados por las constituciones (a través de las directrices²⁴), de modo que el concepto de “discrecionalidad” ha pasado a operar también en el ámbito legislativo, desplazando en alguna medida a la clásica idea de “soberanía”: la actividad política ya no trata tanto o solo de incorporar fines externos al Derecho, sino más bien de concretar, desarrollar y hacer efectivos los fines y valores fijados jurídicamente.

Es muy usual encontrar clasificaciones de la discrecionalidad que toman como criterio de distinción al sujeto del que se predica²⁵. Y así, es común hablar de discrecionalidad soberana o política (la de los legisladores); de discrecionalidad plena o administrativa²⁶ (la de los órganos administrativos); y de discrecionalidad supletoria, también llamada por algunos, discrecionalidad “jurídica”²⁷, que sería la de los jueces; aunque como es bien conocido hay una gran polémica acerca de si existe o no tal discrecionalidad (los positivistas considerarían que sí, mientras que los autores que admiten la conexión entre el Derecho y la moral suelen considerar que no). Pero hay que ser conscientes de que, por un lado, hay muchos actos de los órganos administrativos que responden a la idea de aplicación del Derecho y, por tanto, serían reconducibles o equiparables —en este sentido— a los actos jurisdiccionales de mera aplicación²⁸, donde no habría un poder de decisión discrecional tal y como aquí estoy caracterizando. Esto sería, por ejemplo, lo que ocurriría en el caso de la concesión de licencias para edificar, si están determinados de antemano los requisitos para obtenerla. Y, por otro lado, hay algunos casos (muchos más de los que solemos pensar) en los que órganos judiciales gozan de poderes discrecionales en sentido estricto, porque se encuentran regulados por normas de fin; pensemos en la imposición de los distintos tipos de medidas cautelares. La clave de la distinción entre los poderes no discrecionales (o “reglados”) y los discrecionales se encuentra, en mi opinión, en el

²⁴ Siguiendo a Atienza y Ruiz Manero (1998) las directrices pueden ser caracterizadas por ser al mismo tiempo principios (por lo que no predeterminan sus condiciones de aplicación) y normas de fin (por lo que su consecuencia establece un fin a perseguir), que operarían como mandatos de optimización.

²⁵ Cfr., por ejemplo, Betti (1975, pp. 143 y ss.) o Desdentado Daroca (1997b, pp. 22 y ss.).

²⁶ A su vez, la dogmática administrativista suele distinguir diversos tipos de discrecionalidad, aunque no siempre está claro el criterio clasificador. Se habla, por ejemplo, de discrecionalidad reglamentaria, de planificación, de iniciativa, política *stricto sensu*, técnica, táctica, de gestión, etc. Cfr. Sánchez Morón (1994) o Bullinger (1987).

²⁷ Éste es el nombre por el que opta, por ejemplo, Desdentado Daroca (1997b), que considera que la distinción entre discrecionalidad “política”, “administrativa” y “jurídica” atiende a criterios materiales y está construida a partir del principio de división de poderes.

²⁸ Puede resultar oportuno recordar aquí la distinción que trazaba Kelsen (1979, pp. 331-332). entre dos formas de administración, a las que denomina administración directa y administración indirecta, respectivamente. La primera se daría cuando la administración adopta decisiones y realiza elecciones para la satisfacción del interés público; mientras que la administración indirecta aparecería cuando la administración realiza la misma actividad que los tribunales, pues su función es interpretar las normas y aplicarlas a un caso concreto.

modo en que está regulado el ejercicio del poder, y en este sentido un mismo órgano puede ser titular de poderes de distinta naturaleza; o incluso en la regulación de un determinado poder pueden distinguirse aspectos reglados y aspectos discrecionales (y, dentro de éstos, puede haber discrecionalidad de distinto tipo).

A continuación, propongo distinguir entre la discrecionalidad “técnica”²⁹ y la “política”, atendiendo precisamente al alcance de la responsabilidad que se delega en un órgano. En el primer caso, que es del que fundamentalmente me he ocupado hasta ahora, se trata de seleccionar medios para perseguir fines que vienen predeterminados, para lo cual será necesario llevar a cabo razonamientos técnicos a través de juicios de adecuación medio a fin y juicios comparativos entre los distintos medios disponibles en términos de eficacia y eficiencia (atendiendo al costo no solo en términos económicos, sino también en términos de afectación de los bienes y valores protegidos por el sistema, por lo cual se exigirán juicios valorativos). En el segundo caso, el de la discrecionalidad política, se tratará de la responsabilidad de precisar o concretar los fines a perseguir en una ocasión determinada, llevando a cabo una ponderación entre los distintos objetivos ordenados por el Derecho, incluso decidir en qué ocasiones actuar (a través de juicios de oportunidad política). Como antes señalaba, en el desempeño de un determinado poder por parte de una autoridad jurídica puede haber aspectos reglados, aspectos discrecionales respecto a la selección de medios (discrecionalidad técnica) y aspectos discrecionales respecto a la fijación de fines (discrecionalidad política).

Siguiendo la tipología de normas trazada por Atienza y Ruiz Manero (1996), podríamos decir que en el caso de la discrecionalidad técnica se cuenta con una “regla de fin”, en el sentido de que el Derecho establece las condiciones en que se deberá actuar persiguiendo el fin ordenado; mientras que en el segundo caso no habría tal regla, sino simplemente una serie de principios (directrices) que operan como mandatos de optimización y que no fijan las concretas condiciones en las que se deberían “actualizar”, por lo que este ejercicio de discrecionalidad política exige también una previa deliberación para determinar cuándo actuar, es decir, llevar a cabo juicios de oportunidad política; y al mismo tiempo concretar el objetivo a perseguir con dicha actuación. No olvidemos, que nos podemos encontrar que en una misma oportunidad de actuación haya que tomar en consideración diversos fines

²⁹ Uso esta expresión en un sentido no del todo coincidente con el que creo más extendido en la dogmática administrativista. Aunque no es un concepto del todo pacífico (cfr. Desdentado Daroca, 1997a y 1997b; e Igartua Salaverría, 1998), creo que con él suele hacerse referencia a los casos que requieren conocimientos técnicos, en el sentido de que se exige una apreciación “de conformidad con las reglas propias de las distintas artes particulares o disciplinas, de donde se deduce la máxima de decisión” (Betti, 1975, p. 145). En este sentido la mera decisión sobre si un edificio está o no en ruinas o la de si un preembrión es biológicamente viable implicarían discrecionalidad técnica. Pero me parece que, por un lado, estos casos no implican necesariamente la presencia de un poder de decisión discrecional; y, por otro lado, puede haber casos de discrecionalidad “técnica” que no exigirían conocimientos específicos de un arte, sino mero sentido común. No estoy, por tanto, muy segura de que sea acertado utilizar el rótulo de discrecionalidad “técnica”, pero la alternativa de utilizar la expresión discrecionalidad “jurídica”, como opuesta a discrecionalidad “política” me parece menos adecuada, pues esa contraposición parece situar a la discrecionalidad política fuera del ámbito del Derecho.

causalmente interrelacionados entre sí y exigidos por directrices diversas que puedan entrar en conflicto.

En el sentido que estoy aquí caracterizando la distinción, la discrecionalidad otorgada para la determinación de medidas cautelares en un determinado proceso judicial, o para seleccionar las medidas para restablecer la normalidad una vez decretado un estado de alarma sería técnica; mientras que la discrecionalidad para decidir promocionar un determinado sector industrial, o para elegir la internacionalización como objetivo prioritario de una Universidad sería política.

6. EL CONTROL DEL EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD Y LA DEFERENCIA AL ÓRGANO DECISOR

Es muy común contraponer discrecionalidad y arbitrariedad³⁰. Obviamente son cosas completamente distintas, pero en ocasiones tras esa contraposición se esconde una falsa oposición basada en cierta confusión de niveles: una cosa es decir que un poder es discrecional (que dependerá del modo en el que el mismo esté regulado) y otra distinta señalar cómo se debe actuar en ese ámbito de discrecionalidad. La arbitrariedad se situaría precisamente en el terreno de cómo no se debe ejercer la discrecionalidad (sin la debida justificación). Por eso es importante destacar que, como cuestión de hecho, discrecionalidad y arbitrariedad no resultan incompatibles: un órgano puede poseer un poder discrecional y puede ejercerla arbitrariamente. Obviamente el “puede” ha de ser entendido aquí en sentido fáctico, porque en un sistema jurídico que pretenda ser un Estado de Derecho la arbitrariedad estará prohibida. Y de ahí la conveniencia de que se establezcan controles sobre el ejercicio de estos poderes.

La obligación de motivar los actos discrecionales³¹ puede verse, precisamente, como un primer instrumento al servicio del control del ejercicio de la discrecionalidad. Se trata de la obligación de hacer explícitas las premisas que justificarían la toma de decisión, y que debería servir para facilitar la detección de los casos de arbitrariedad (así como también de desviación de poder o de mera negligencia en la selección de los medios). Sólo a través del conocimiento de las razones que justifican la toma

³⁰ Y no sólo los juristas teóricos; en ocasiones encontramos esta contraposición en decisiones jurisdiccionales. Así, por ejemplo, en la STS de 19 de diciembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:13982) se señala: “en manera alguna cabe confundir la discrecionalidad con el libre arbitrio, por cuanto que si este puede ser fruto de una decisión carente de la necesaria motivación y fundamento, la discrecional es resultado de un proceso razonado e intelectual en que sin duda habrán de ser valoradas las circunstancias que dan lugar y contribuyen a que esa decisión sea adoptada con la mejor voluntad y buen criterio”.

³¹ En el Derecho español esta exigencia está expresamente prevista en el art 35.1.i de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Pero más allá de esta expresa consagración, el Tribunal Supremo español ha considerado (en la STS de 20 de noviembre de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:5997], sobre el caso conocido como “indulto al kamikaze”) que esta obligación deriva directamente del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos previsto en la Constitución en su art. 9.3

de decisión podrá evaluarse el desempeño de la discrecionalidad. En ocasiones se piensa que la motivación exigida —estoy pensando en los supuestos de discrecionalidad técnica— consiste simplemente en un razonamiento subsuntivo cuya premisa normativa vendría dada por la regla que regula el poder discrecional (si se decreta una epidemia la autoridad local deberá establecer las medidas para evitar su propagación) y su premisa fáctica por los hechos que operan como antecedentes de dicha regla (se ha decretado la epidemia X en la localidad Y). Pero, tal y como hemos señalado, las normas de fin no predeterminan la actuación a realizar, por lo que con estas premisas no puede justificarse la concreta medida adoptada, sino simplemente la existencia de la responsabilidad o deber de actuar. Un razonamiento justificatorio completo exigiría incorporar premisas “técnicas” que establezcan si algo es o no —y hasta qué medida— un medio adecuado para perseguir, dadas las concretas circunstancias del caso (que también habrán de ser referenciadas: tipo de epidemia, medios disponibles, características del territorio, etc.), el fin ordenado (evitar la propagación de la epidemia); y también premisas valorativas, que nos permitan comparar las distintas alternativas disponibles (en caso de que existan) atendiendo a las consecuencias previsibles (no debe olvidarse que las razones finalistas están orientadas hacia el futuro) en términos de promoción de los fines y valores contenidos en el propio ordenamiento jurídico (eficiencia económica, protección bienes en juego, etc.).

Pero más allá de esta obligación de motivar el ejercicio de la discrecionalidad, los ordenamientos jurídicos suelen incorporar otras exigencias también dirigidas a posibilitar su control (que puede ser no sólo jurídico, sino también político, mediático o ciudadano). Así, por ejemplo, las obligaciones vinculadas a la transparencia y buen gobierno, cuyo objetivo es que cualquier ciudadano pueda obtener la información pública necesaria para controlar cómo se ejercen los poderes públicos; y también muy especialmente la regulación de los procedimientos previstos para la adopción de ciertas decisiones discrecionales (para la aprobación de leyes, reglamentos, planes urbanísticos, nombramientos, etc.), que suelen incorporar una serie de requisitos especialmente diseñados para entorpecer la arbitrariedad o evitar errores en la toma de decisión. Pensemos en la presencia de “observadores” en ciertos órganos decisores (como los representantes sindicales en tribunales de oposición o comisiones de contratación), o en los trámites de información pública o de audiencia a los interesados, o en la obligación de recabar ciertos informes, etc. En este sentido, algunos reclaman que lo relevante a la hora de controlar el ejercicio de la discrecionalidad no sea tanto los resultados efectivamente obtenidos con la medida adoptada, sino el procedimiento seguido para llegar a la decisión³². Pero de nuevo hemos de ser conscientes de que el seguimiento de los requisitos predeterminados en el procedimiento (sobre todo si se entienden, como suele ser habitual, de manera burocrática) tampoco nos asegura

³² Ponce Solé señala que se trata de incorporar la perspectiva de la buena administración, que pondría el acento en el control de las cuestiones procedimentales y no tanto, o no solo, en el resultado. Este autor critica que “los paradigmas dominantes en el Derecho administrativo clásico han declarado la indiferencia del núcleo discrecional [...] y se han concentrado tradicionalmente en la decisión final adoptada (el acto administrativo, sobre todo) más que sobre el modo de ejercicio de la potestad discrecional administrativa (esto es, el procedimiento administrativo)” (Ponce Solé, 2019, p. 30).

un correcto ejercicio de la discrecionalidad (en ocasiones, incluso, puede entorpecerla). Y de ahí la conveniencia de establecer también mecanismos de control *ex post*, tales como la revisión de la decisión adoptada (y/o del procedimiento seguido para su adopción) por parte de otros órganos jurídicos, muy especialmente órganos jurisdiccionales.

Pero si la discrecionalidad es la atribución a un determinado órgano de una responsabilidad para la determinación de la medida para perseguir un cierto fin, o de la especificación de los fines a perseguir en un determinado ámbito, dicha atribución justifica un deber *prima facie* de respetar las decisiones discrecionales adoptadas por el órgano competente, dicho de otro modo, un principio de deferencia, que sería un principio de carácter institucional vinculado a la distribución de competencias en el ordenamiento³³. Como tal principio, deberá ser ponderado con otros que pueden jugar en sentido contrario, y se deberá ir concretando en exigencias normativas de diversa intensidad, puesto que la deferencia no operará igual en todos los casos de discrecionalidad (por supuesto será mucho más intensa respecto a la discrecionalidad política que respecto a la técnica). Pensemos en la presunción a favor de la aceptabilidad jurídica de la decisión discrecional³⁴, que justificaría atribuir la carga de la argumentación a quien recurra; o bien en la prohibición de corregir o anular ciertas decisiones discrecionales, salvo que las mismas incurran en vicios groseros (carentes de cualquier justificación, o completamente irrazonables o inadecuadas para perseguir los fines ordenados, o diseñadas al margen completamente del procedimiento diseñado para su adopción). El peso de este principio de deferencia dependerá, en abstracto, de las razones que justifiquen el diseño institucional consistente en la atribución de la discrecionalidad a un determinado órgano: la división de poderes, la legitimidad democrática del órgano (en caso de discrecionalidad política), o su grado de pericia en una determinada materia o de mejor situación epistémica para acceder a la información relevante (en caso de discrecionalidad técnica), o incluso razones de eficiencia económica³⁵, por ejemplo relativas a la facilidad para obtener cierta información. Y en concreto también puede depender de si el procedimiento seguido para la toma de decisión ha sido o no el establecido, si las consecuencias adoptadas han sido muy alejadas de las previstas, etc.

Cuando el control es realizado por un órgano de la misma “naturaleza” que el órgano decisor en primera instancia (por supuesto, cuando se trata del órgano delegante, o de un órgano jerárquicamente superior, pero también cuando simplemente se trata de un órgano con la misma formación técnica), el control suele incorporar la posibilidad de corregir o sustituir la decisión previamente adoptada (piénsese en

³³ Sobre los distintos sentidos en los que podemos referirnos a la dimensión institucional del Derecho y el papel que desempeñan los principios institucionales en el razonamiento jurídico, cfr. Atienza y Ruiz Manero (2001).

³⁴ Hablo de “aceptabilidad jurídica” en lugar de utilizar la expresión más común de “legalidad”, porque en ocasiones se considera que esta expresión solo incluye el cumplimiento de las exigencias “regladas” (controlables a través de un procedimiento subsuntivo) de una toma de decisión.

³⁵ Cfr. Doménech Pascual (2018), quien realiza un análisis en términos de análisis económico de la justificación de la atribución de discrecionalidad, y también del control jurisdiccional de la misma.

los recursos administrativos o los recursos judiciales frente a adopción de medidas discrecionales —p. ej., medidas cautelares— por parte de otros jueces); ahora bien, cuando este control se realiza por un órgano con diferente composición, y fundamentalmente cuando ambos órganos se integran en distintos “poderes del Estado” (pensemos en el control jurisdiccional de los actos discrecionales de la administración, o en el control jurisdiccional de las leyes, o de los actos del poder ejecutivo), se suele considerar conveniente disociar la revisión de la aceptabilidad jurídica de la medida adoptada, de la posibilidad de su corrección o sustitución por otra³⁶. Piénsese en las críticas que reciben las denominadas “sentencias interpretativas” del Tribunal Constitucional, precisamente por no limitarse a declarar si una ley es constitucional (“aceptable jurídicamente”) e ir más allá corrigiendo la opción del legislador. No olvidemos que aquí operaría también el principio de división de poderes.

Las razones que pueden justificar que un juez considere “jurídicamente inadmisibles” una decisión discrecional no tienen por qué ser solo las relativas a que el órgano no haya aplicado correctamente las exigencias “regladas” que regulan su conducta (no basta con controlar que el órgano tuviera competencia y que haya seguido el procedimiento). No hay nada que impida que el órgano jurisdiccional también pueda controlar el ejercicio de la discrecionalidad técnica en sentido estricto: la razonabilidad en la selección de la medida a través de la justificación externa de las premisas en las que ha basado su decisión. Así, por ejemplo, una medida puede ser considerada “inadmisible” jurídicamente por considerar que con la misma no se perseguía el fin ordenado (sería un supuesto de “desviación de poder”³⁷), o bien porque se seleccionó un medio claramente inadecuado para la persecución del fin, o bien porque se seleccionó un medio claramente “peor” que otros disponibles. Aun así, lo normal es que en la labor de control del ejercicio de un poder discrecional existan varias actuaciones que un juez tendría que validar en su control *ex post*. Y esto es aún mucho más patente cuando se trata del control de los aspectos políticos de la discrecionalidad, donde son necesarios además de los juicios técnicos (de adecuación de medio a fin), juicios de oportunidad política. En todo caso, no debe olvidarse que al juez no se le encomienda el ejercicio de la discrecionalidad, sino el control de la decisión discrecional adoptada por otro órgano que es el que tiene la competencia y al que por tanto se le puede deber deferencia. Esto hace que algunos autores hablen de una cierta asimetría entre la norma que regula el ejercicio de la discrecionalidad y la norma que regula el ejercicio del control sobre esa discrecionalidad³⁸; “asimetría” que se derivaría precisamente de las exigencias de deferencia.

Los juristas teóricos han centrado sus análisis sobre la discrecionalidad (sobre todo la administrativa) en el papel que desempeña el juez como garante de la legalidad de

³⁶ Sobre estas distintas opciones en el ámbito administrativo, véase Rodríguez de Santiago, 2016, pp. 142 y ss.

³⁷ En este sentido, el artículo 70.2 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa española de 1998 señala como un tipo de “infracción del ordenamiento jurídico”, la desviación de poder, entendiendo por tal “el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

³⁸ Cfr., por ejemplo, Rodríguez de Santiago (2015 y 2016).

la actividad discrecional desarrollada por otros órganos y no en el propio ejercicio de la discrecionalidad. Creo que la adopción de esa perspectiva ha dado lugar a una comprensión distorsionada del fenómeno de la discrecionalidad³⁹, presentándola — tal como vimos al principio del trabajo— como la facultad de elegir libremente entre distintos cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como *permisible* por el Derecho o, lo que es lo mismo, como indiferentes jurídicamente⁴⁰. Ello es así porque la actividad jurisdiccional de control suele exigir una respuesta binaria. Así, por ejemplo, ante la admisión de un recurso contencioso-administrativo sólo caben dos opciones: o se desestima por considerar la disposición, el acto o la actuación recurrida conforme a Derecho, o se estima por considerarlo contrario a Derecho. El control jurisdiccional se centra, pues, en excluir del ordenamiento los resultados inadmisibles de un previo desempeño de discrecionalidad; desde esta perspectiva todos los resultados que no puedan ser excluidos del ordenamiento son vistos como “aceptables jurídicamente”. Pero lo que he intentado mostrar aquí es que eso no implica que, desde la perspectiva *ex ante*, la de la autoridad que ha de desempeñar la discrecionalidad, ésta pueda verse como un permiso para optar entre indiferentes jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA:

- Josep AGUILÓ REGLA, (2001): “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 24, pp. 429-457.
- Robert ALEXI, (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- María José ANÓN, (1994): “Notas sobre discrecionalidad y legitimación”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 15-16, vol. II, 1994, pp. 897-912.
- Manuel ATIENZA, (1995): “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 85, pp. 5-25.
- (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid.
- Manuel ATIENZA, y Juan RUIZ MANERO, (1996): *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- (1998): *A Theory of Legal Sentences*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht.
- (2000): *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid.
- (2001): “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 24, pp. 115-130.
- Mariano BACIGALUPO, (1997): *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, UNED, Madrid.
- Aharon BARAK, (2021): *Discrecionalidad judicial*, trad. L.E. Misseri e I. Lifante Vidal, Palestra, Lima.
- Michael D. BAYLES, (1990): *Procedural Justice. Allocating to Individual*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht.

³⁹ En un sentido similar se pronuncia Ponce Solé (2016, pp. 223-224).

⁴⁰ Esta doctrina tradicional, bastante arraigada, puede ser sintetizada (siguiendo a Ponce Solé, 2019, p. 28), del siguiente modo: “una vez comprobado por el juez el respeto de los elementos reglados y la no vulneración —visión en negativo, pues— de los principios generales del Derecho, entonces el núcleo de la decisión discrecional, al estar fundada en criterios no jurídicos (económicos, artísticos, etc.) ha sido algo de lo que el Derecho administrativo no tenía que ocuparse, al no ser controlable judicialmente, puesto que una intervención judicial en ese núcleo supondría la vulneración del principio de separación de poderes y el denominado gobierno de los jueces”.

- John BELL, (1992): “Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View”, en Keith Hawkins (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, pp. 89-111.
- Emilio BETTI, (1975): *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. J. L. de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.
- Martin BULLINGER, (1987): “La discrecionalidad de la administración pública”, en *La Ley*, nº 1381, 1987, pp. 896-911.
- Carmen CHINCHILLA, (1989): *La desviación de poder*, Civitas, Madrid.
- Kenneth Culp DAVIS, (1969): *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, Louisiana State University Press.
- Eva DESDENTADO DAROCA, (1997a): *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona.
- (1997b): *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid.
- Elías DÍAZ, (1992) *Estado de Derecho y sociedad democrática*, ed. Taurus, Madrid, 8ª ed. (1ª edición de 1966).
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, (2018): “Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm.100, Monográfico Conmemorativo, pp. 131-164.
- Ronald DWORKIN, (1989): *Los derechos en serio*, trad. M. Gustavino, Ariel, Barcelona.
- (2014): *Justicia para erizos*, trad. H. Pons, Fondo de Cultura Económica, México.
- Tomás Ramón FERNÁNDEZ, (1995): Voz “Discrecionalidad”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, pp. 2517-2522.
- (2004): *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.
- Dennis J. GALLIGAN, (1986): *Discretionary Powers*, Clarendon Press, Oxford.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, (1995): *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 5ª edición, Madrid.
- Daniel GONZÁLEZ LAGIER, (1997): “Cómo hacer cosas con acciones”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 20, pp. 157-175.
- (2001): *Las paradojas de la acción*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante.
- Robert E. GOODIN, (1995): *Utilitarianism as a Public Philosophy*, Cambridge University Press.
- Herbert L.A. HART, (1968). *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford.
- (1990): *El concepto de Derecho*, trad. G. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Keith HAWKINS, (1992): “The Use of Legal Discretion. Perspectives from Law and Social Science”, en K. Hawkins (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 11-46.
- Juan IGARTUA SALAVERRÍA, (1996): “Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 46, pp. 95-118.
- (1998): *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid.
- Marisa IGLESIAS VILA, (1999): *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Hans KELSEN, (1986): *Teoría pura del Derecho*, trad. R.J. Vernengo, de la segunda edición alemana (1960), UNAM, México.
- Richard LEMPert, (1992): “Discretion in a Behavioral Perspective: The case of a Public Housing Eviction Board”, en K. Hawkins (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 185-230.
- Isabel LIFANTE VIDAL, (2002): “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 25, pp. 413-439.
- (2020): “¿Qué exige el principio de responsabilidad en el ámbito de la función pública?”, en *Documentación administrativa*, 7, pp. 33-48.
- Gloria LOPERA, (2004): “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 27, pp. 211-243.

- Claudio LUZZATI, (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.
- Felix OPPENHEIM, (1961): *Dimensions of Freedom. An analysis*, New York, St. Martin's Press.
- Juli PONCE SOLÉ, (2016): "El derecho a una buena administración y el Derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI. Buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción", en E.M. Reguera (ed.), *El control de la actividad estatal*, Universidad de Buenos Aires, pp. 219-247.
- (2019): *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Cuadernos de la cátedra de democracia y derechos humanos, nº 15, Universidad de Alcalá.
- Henry S. RICHARDSON, (1999): "Institutionally Divided Moral Responsibility", en E.F. Paul, F.D. Miller y J. Paul (eds.), *Responsibility*, Cambridge University Press, pp. 218-249.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, (2015): "Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial", en *InDret*, 1/2015.
- (2016): *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid.
- José ROLDÁN XOPA, (2013): *La rendición de cuentas y responsabilidad por actividad discrecional y omisión*, CIDE, México.
- Fernando SÁINZ MORENO, (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, ed. Civitas, Madrid.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN, (1994): *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid.
- Robert SUMMERS, (1978): "Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification", en *Cornell Law Review*, vol. 63, 5, pp. 707-778.
- Wilfrid J. WALUCHOW, (1983): "Strong Discretion", en *The Philosophical Quarterly*, vol. 33, n. 133, 1983, pp. 321-339.

