



## Poderes discrecionales

Isabel Lifante  
*Universidad de Alicante*  
[isabel.lifante@ua.es](mailto:isabel.lifante@ua.es)

### Resumen

Este trabajo presenta una reconstrucción del concepto de discrecionalidad, a partir de las nociones de libertad, de indeterminación del Derecho y del análisis de los distintos tipos de regulación normativa que pueden afectar al ejercicio de los poderes.

139

### Palabras clave

Discrecionalidad, poder discrecional, indeterminación del Derecho, norma de fin, mandato de optimización.

## Discretionary powers

### Abstract

This paper aims to show a reconstruction of the concept of discretion. This will be examined from the notions of freedom, and indetermination of Law and from the analysis of the different kinds of normative regulations which may affect the exercise of powers.

### Keywords

Discretion, discretionary power, indetermination of Law, result obligation, optimization command.

## 1. Introducción

Bajo el rótulo de “discrecionalidad jurídica” pueden distinguirse dos fenómenos muy heterogéneos entre sí. El primero se conecta con lo que pueden considerarse como casos “anómalos” del Derecho, en el sentido de que en ellos fallaría la pretensión del Derecho de regular unívocamente la conducta; de modo que aquí “discrecionalidad” haría referencia a un fenómeno periférico del ejercicio de la autoridad en el ámbito jurídico. El segundo fenómeno hace referencia a un modo 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 (Lifante Vidal, 2002). Este último sería precisamente el sentido de discrecionalidad que está implícito en el uso de la expresión “poderes discrecionales” y que se va a intentar caracterizar en este trabajo.

## 2. Aproximaciones usuales a la discrecionalidad jurídica

Resulta prácticamente unánime la idea de que la discrecionalidad consiste en un cierto margen de libertad en la toma de decisiones. Sin embargo, esta unanimidad empieza a desvanecerse a la hora de precisar algo más en qué consiste dicha libertad. Las distintas respuestas que se dan a esta cuestión pueden agruparse según cuál sea el rasgo que se considere definitorio o central para la caracterización de la discrecionalidad.

a) Una de las respuestas más frecuentes es la que sostiene que la discrecionalidad viene dada por la existencia de varias soluciones igualmente válidas para el Derecho, entre las cuales el órgano decisor tendría que elegir. La discrecionalidad es así concebida como el poder o la facultad para 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.

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 desde este punto de vista la discrecionalidad es vista, por tanto, como un fenómeno graduable.

b) Otra de las caracterizaciones frecuentes de la discrecionalidad es la que la define como ausencia de estándares jurídicos que guíen la toma de decisión. Dworkin (1977), por ejemplo, dice que la “discrecionalidad en sentido fuerte” se daría cuando un funcionario, en lo que respecta a algún problema, 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, 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).

c) Un tercer rasgo que aparece en los trabajos sobre discrecionalidad es 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 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 (Davis, 1969).

En ocasiones, este rasgo de ausencia de enjuiciabilidad se ve como consecuencia 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 (1977), 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 si un jugador está fuera de juego.

d) Otros autores se centran en caracterizar lo que origina o da lugar a la discrecionalidad: cuándo o por qué puede decirse que un órgano posee discrecionalidad. Bell (1992), 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. 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 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).

### 3. Una propuesta de reconstrucción

a) Utilizando la clásica distinción de Berlín entre libertad negativa y libertad positiva, parece que las dos primeras maneras de caracterizar la discrecionalidad que antes hemos mencionado (como opcionabilidad 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, es 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 reenvía a la idea de permiso, sino a la de responsabilidad. 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.

Hemos visto que también es usual sostener que 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. Esta es la idea que



subyace a la tesis de que no cabe el control jurisdiccional sobre los poderes discrecionales; pero la misma sólo es correcta 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, esta consecuencia no se sigue si se opta por una caracterización de la discrecionalidad más próxima a la idea de libertad positiva, en términos de responsabilidad de determinar la conducta a realizar.

b) Por otro lado, conviene notar que podemos hablar de "indeterminación del Derecho" en dos sentidos distintos. El primero está vinculado a la aplicación del Derecho. Hart (1994) 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 estaría indeterminada. La indeterminación se plantea aquí, por tanto, a la hora de establecer la aplicabilidad de una norma a un caso, bien sea individual o genérico. Aquí se incluyen todos los problemas semánticos que afectan a las normas, y también los ocasionados por contradicciones, lagunas, etc. Ésta sería 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. La resolución de este tipo de indeterminación exige calificar estados de cosas de acuerdo con el Derecho existente, y esta tarea estará por tanto orientada hacia el pasado. Este tipo de indeterminación surge en los llamados casos difíciles o las lagunas del sistema jurídico. La actividad que se requiere aquí será una actividad interpretativa del Derecho.

Pero hay un segundo sentido de indeterminación, que es el que se conecta con los que consideramos poderes discrecionales, en los que la misma es vista como la cualidad de ciertas normas que no fijan de antemano la conducta a realizar (y que funcionarían como una delegación de un poder de decisión). Esta indeterminación no se predica de la aplicabilidad de una norma a un caso concreto, 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 concreto 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 concretos. Para superar esta indeterminación no bastará con llevar a cabo una actividad interpretativa. Pensemos en el ejemplo que ponía Kelsen (1986): una norma puede indicar que en caso de que se produzca una epidemia, un órgano administrativo tiene el deber de adoptar medidas para evitar su expansión, 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 tiene que orientarse hacia el futuro, hacia las consecuencias.

c) 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. Las normas de fin se contrapondrían 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. Estas normas 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 óptima a efectos de conseguir o maximizar el fin perseguido. Estas normas no determinan *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 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. 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 por definición una norma de fin no dice cuál es la concreta actuación exigida. 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 "relevantes" 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).

d) En resumen, podría decirse que lo que nos hace caracterizar a un poder como "poder discrecional" no es -como en ocasiones parece entenderse- la ausencia de regulación jurídica, sino un tipo de regulación específica consistente en la presencia de normas que han de ser interpretadas como "mandatos de optimización" y que lo que hacen es marcar el fin u objetivo (sea "determinado", en el sentido de que incorpora una medida de cumplimiento, o "indeterminado", en el sentido de que a lo que obliga es a la maximización de un fin) que debe perseguir la conducta, optimizando para ello los recursos disponibles para conseguirlo. Este tipo de regulación genera una delegación de un poder de decisión al órgano jurídico destinatario de la norma, pasando a ser éste el responsable de la determinación o selección de los medios óptimos para alcanzar ciertos objetivos. El ejercicio de estos poderes discrecionales implicará el tener que llevar a cabo juicios evaluativos, pero que pueden -y deben- estar sometidos a control.



## Bibliografía

- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1996), *Las piezas del Derecho. Una teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- BARAK, A. (1989), *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Haven/Londres.
- BELL, J. (1992), "Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View", en HAWKINS, K. (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, pp. 89-111.
- DAVIS, K.C. (1969), *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, Louisiana State University Press, Louisiana.
- DESDENTADO, E. (1997), *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Cizur Menor.
- DWORKIN, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge.
- FERNÁNDEZ, T.R. (2004), *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.
- GALLIGAN, D. (1986), *Discretionary Powers*, Clarendon Press, Oxford.
- HART, H.L.A. (1994), *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford.
- HAWKINS, K. (1992), "The Use of Legal Discretion. Perspectives from Law and Social Science", en HAWKINS, K. (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, pp. 11-46.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. (1996): "Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial", *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 46, pp. 95-118.
- KELSEN, H. (1986), *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México.
- LIFANTE-VIDAL, I. (2002), "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", *Doxa*, Núm. 25, pp. 413-439.
- WALUCHOW, W.J. (1983), "Strong Discretion", *The Philosophical Quarterly*, Vol. 33, Núm. 133, pp. 321-339.