Capítulo 1
CONCEPTO

Como se decía páginas atrás existe un acuerdo casi total a la hora de defender la idea de que los jueces tienen una cierta discrecionalidad en el ejercicio de su actividad. Las posiciones que niegan el arbitrio judicial[16] son claramente minoritarias y, a mi juicio, recurren a una ficción insostenible consistente en defender la existencia de una única respuesta correcta lo que quiere decir que siempre sería potencialmente posible el hallazgo de esta solución correcta, en el marco de los sistemas jurídicos, bien a través de las reglas o bien a través de los principios[17]. En cualquier caso, los que defienden estas posiciones se encuentran siempre ante la incómoda realidad que sirve, precisamente, para negar su idea fundamental. Por eso se ha dicho acertadamente que "si tenemos en cuenta, no obstante, la extraordinaria (y constatada) abundancia de sentencias contradictorias y el escaso número de ellas que se armonizan a través de los remedios procesales disponibles, desembocamos en la paradoja de tener que aceptar una realidad que ni el Ordenamiento jurídico tolera ni el paradigma dominante acierta a explicar"; además "se da la circunstancia de que la existencia de resoluciones contradictorias choca frontalmente con los principios constitucionales de la seguridad jurídica, de la igualdad y de la interdicción de la arbitrariedad, que cristalizan en la fórmula de la vinculación del precedente. Es verdad que resulta muy difícil tomarse en serio estos principios (o admitir que la doctrina actual se los toma en serio) cuando

---

[16] Una visión de conjunto de las distintas posiciones en torno al arbitrio judicial puede verse en RASELLI, Alessandro, *Sul potere discrezionale del giudice civile*, Giuffrè, Milano, 1975. Esta obra da cuenta de las discusiones en el seno de la doctrina italiana y alemana a finales del XIX y principios del XX.

[17] En este sentido se ha manifestado RODRÍGUEZ TOUBES para quien la llamada discrecionalidad quedaría limitada a casos muy excepcionales porque el juez siempre puede encontrar una respuesta dentro del sistema y su deber jurídico es "aplicar el Derecho tal como le viene dado", *Principios, fines y derechos fundamentales*, cit., p. 15.

se comprueba la frivolidad con que se tolera su vulneración cotidiana”[18]. En mi opinión la existencia de la discrecionalidad judicial está fuera de toda duda y una prueba irrefutable en este sentido vendría proporcionada por la propia praxis judicial[19]. Además, creo que la discrecionalidad en la actuación judicial se manifiesta regularmente en infinidad de ocasiones y por ello “el ejercicio del arbitrio judicial no es un fenómeno esporádico, excepcional, que precise de una justificación singularizada sino exactamente lo contrario, o sea, una regla que admite excepciones más bien escasas. Algo que se constata sin duda alguna en la práctica forense, aunque se tienda a ocultarlo como si de algo reprochable se tratase”[20].

Sin embargo, aunque se admita la discrecionalidad judicial no existe acuerdo respecto de cuál es su verdadero significado y alcance. En este sentido hay una grandísima variedad de posiciones que, para simplificar, podrían resumirse en dos grandes tendencias[21]; por un lado, los que consideran que la auténtica discrecionalidad se ejerce sólo en los llamados casos difíciles[22] y, por otro, los que opinan que los jueces ejercen la discrecionalidad en todas las ocasiones con la consecuencia añadida de que su labor es auténticamente creadora[23]. La posición que voy a defender, y que será desarrollada más adelante, se sitúa en esta misma línea pues creo que, con mayor o menor intensidad, el ejercicio del arbitrio está siempre presente en cualquier actuación de los jueces y, en consecuencia, negarlo sería darle la espalda a la realidad. Por otra parte, no me parece que defender esta idea signifique adoptar una postura radical como con frecuencia

---

[18] NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, cit., p. 53.

[19] Ello se debe a la superación de uno de los mitos más persistentes de la cultura jurídica occidental, a saber, “el carácter técnico y neutral de la jurisprudencia, tanto en la dimensión dogmático académica como en la práctica u operativa. El modelo de jurista de la codificación, forjado a partir de la filosofía iluminista, es o bien un científico que ordena, sistematiza y expone el material jurídico positivo, o bien es un técnico al servicio de un Derecho ya “dado” desde fuera de su propia subjetividad”, PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, cit., p. 101.

[20] NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, cit., p. 16.

[21] Naturalmente estoy excluyendo intencionadamente una tercera posición que niega la existencia del arbitrio judicial y que no va a ser objeto de análisis.

[22] Esta posición ha sido defendida entre otros por HART, Herbert, *El concepto de Derecho*, Editora Nacional (2ª ed.), México, 1980, trad. de G. R. Carrió, p. 155 y ss.

[23] Esta es la posición de las corrientes realistas. Al respecto puede verse ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Eudeba (4ª ed.), Buenos Aires, 1977, trad. de G. R. Carrió, p. 105 y ss. Aunque con matices también podría incluirse en esta posición la doctrina de KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, trad. de la 2ª ed. Alemana de R. J. Vernengo, p. 349 y ss.

se dice. Sea como fuere parece necesario establecer una noción de discrecionalidad aunque sea preliminar y provisional.

Puede afirmarse que hay un punto de partida común que consiste en considerar que la discrecionalidad implica una cierta libertad de acción por parte del sujeto que aplica normas jurídicas y que, por tanto, resuelve casos concretos[24]. Esta libertad puede ser una consecuencia de la indeterminación del Derecho que al expresarse de manera general y abstracta no puede contener todas las circunstancias particulares referidas a todos los casos o, dicho con otras palabras, el lenguaje del Derecho, es en algunos sentidos, vago y ambiguo. Sin embargo, para algunos autores la indeterminación del Derecho no implica discrecionalidad porque en estos casos la norma establece las consecuencias jurídicas precisas "aunque no haya acertado a hacerlo con la debida claridad"[25] lo cual quiere decir que el arbitrio sólo existe allí donde hay una norma que lo autorice expresamente. En caso contrario, los jueces, por más que las normas sean vagas y ambiguas, sólo realizan una tarea de interpretación y aplicación en la que no podría hablarse propiamente de la existencia de una auténtica libertad de elección.

En cualquier caso, lo que importa ahora no es tanto el origen o las causas de la discrecionalidad sino, más bien su propia existencia. Al respecto lo decisivo es el reconocimiento de una cierta esfera de libertad que permite elegir entre distintos caminos. Probablemente fue Kelsen el primer autor que describió con acierto lo que sucede en el proceso de inter-

[24] Sobre los significados del término discreción judicial puede verse IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, cit., p. 24 y ss. También LIFANTE VIDAL, Isabel, "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", cit., p. 417 y ss.

[25] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., p. 43. En opinión de este autor sólo cabe hablar de discrecionalidad intencional, esto es, la que se da cuando existe una norma que habilita al juez dentro de ciertos límites a elegir pero la que él denomina discrecionalidad no intencional y que es consecuencia de la indeterminación del Derecho no es, en sentido estricto, auténtica discrecionalidad: "la indeterminación del Derecho exige de los jueces un esfuerzo adicional sin duda alguna, un plus de rigor en el análisis del problema, que deben apurar hasta el final sopesando cuidadosamente todas y cada una de sus posibles facetas, que frene, justamente, la tentación de zanjarlo utilizando un arbitrio que la norma no ha querido otorgarles, ni les ha otorgado expresamente y que, por lo tanto, no pueden autoatribuirse", *ibídem*, p. 48. RODRÍGUEZ TOUBES, por su parte, sostiene exactamente lo contrario, es decir, que sólo se puede hablar de discrecionalidad en los casos de lagunas, antinomias e incertidumbre sobre el sentido de la norma aplicable pues en los casos en los que la norma concede al juez un cierto margen de maniobra no hay ningún tipo de arbitrio ya que siempre es posible hallar una única solución, *Principios, fines y derechos fundamentales*, cit., p. 21 y ss.

pretación y aplicación del Derecho. Para este autor tal proceso puede ser caracterizado como una actividad que necesariamente supone actos de voluntad del intérprete de modo que siempre tiene que elegir entre las diferentes posibilidades que le ofrece la norma jurídica[26]. Por eso "la pregunta de cuál sea la posibilidad "correcta" en el marco del Derecho aplicable, no es ninguna pregunta dirigida al conocimiento del Derecho positivo, no es una pregunta teórico-jurídica, sino que es un problema político"[27]. Evidentemente ello no significa que el sistema normativo no constituya el marco de fundamentación de las decisiones jurídicas pero tal marco posibilita la adopción de decisiones alternativas[28]. Y esto es así porque "la norma por aplicar, o el sistema de normas, deja abiertas varias posibilidades"[29]. Por eso se ha dicho que la discrecionalidad es la "libertad de elegir una solución entre las varias que la norma que la otorga, en principio, admite"[30]. En definitiva, 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* de elegir entre dos o más cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como permisible por el sistema de referencia de que se trate"[31].

Por consiguiente, la posibilidad de elección entre decisiones de contenido diferente se constituye como el rasgo característico de la discrecio-

---

[26] En un sentido parecido se ha afirmado que "el paradigma renovador sostiene que, de ordinario, la ley ofrece una pluralidad de soluciones correctas, dentro de las cuales el juez, en un acto de voluntad, escoge una en el ejercicio de su arbitrio; sosteniendo igualmente que la decisión judicial, en suma, es un acto en el que intervienen elementos de naturaleza heterogénea y en el que resulta fundamental la personalidad individual del juez", NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, cit., p. 28.

[27] KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 353. Y por eso dice Kelsen a continuación que "la tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta. Así como no se puede obtener, partiendo de la Constitución, mediante interpretación la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por interpretación, la única sentencia correcta. Por cierto, que se da una diferencia entre estos dos casos, pero la diferencia es de cantidad, no de calidad, consistiendo exclusivamente en que la limitación impuesta al legislador en lo tocante a los contenidos de la ley, es mucho menor que la limitación impuesta al juez; el legislador es relativamente mucho más libre en el acto de creación de Derecho que el juez, pero éste también es creador de Derecho y también es relativamente libre con respecto de esta función".

[28] "Pero inclusive en el caso en el que el contenido de la norma jurídica individual que deba producir el tribunal se encuentre predeterminado por una norma jurídica positiva general, tiene que dejarse a la función productora de Derecho del tribunal un cierto espacio de juego para su discrecionalidad", *ibídem*, p. 253.

[29] *Ibídem*, p. 353.

[30] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., p. 98.

[31] LIFANTE VIDAL, Isabel, "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", cit., p. 417.

nalidad[32]. Naturalmente se trata de la posibilidad de elegir entre decisiones diferentes pero legítimas, esto es, decisiones que pueden justificarse dentro del sistema jurídico. Poco importa a estos efectos cuál sea el número de alternativas posibles pues es algo que dependerá de cada caso, de manera que el hecho de que haya dos, tres o seis decisiones posibles es absolutamente irrelevante[33]. A partir de aquí no puede decirse que existan otros acuerdos sino, más bien frecuentes discrepancias que convierten la discrecionalidad en una noción de perfiles borrosos.

En sentido propio podría decirse que no existe un concepto único y homogéneo de discrecionalidad. Como ya se ha indicado hay bastantes autores que diferencian la discrecionalidad judicial y la administrativa como dos tipos distintos que tienen pocos rasgos en común. De todos modos creo que hay que partir de una noción de mínimos que pueda ser ampliamente compartida y tal noción incluye tres elementos básicos respecto de los cuales existe acuerdo en la doctrina[34] aunque, naturalmente, no lo existe respecto del alcance y sentido de cada uno de ellos. En primer lugar, la discrecionalidad implica un poder de elección por parte del sujeto que va a decidir. Tal poder o facultad no tiene, en principio, un carácter absoluto. Ello es así porque la independencia y la libertad del juez están sometidas no sólo al imperio de la ley sino también, al principio de responsabilidad que exige que su actuación pueda ser susceptible de ser controlada de algún modo. Pero en todo caso tal poder permite la obtención de decisiones diferentes, es decir, que el ejercicio de la discrecionalidad sirve para legitimar la adopción de decisiones distintas partiendo del mismo material normativo. En segundo lugar, la existencia de

[32] Así se ha dicho que la discrecionalidad es "el poder conferido a persona dotada de autoridad de elegir entre dos o más alternativas", BARAK, Aharon, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995, trad. de I. Mattei, p. 16. En sentido parecido RENTERÍA DÍAZ, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, Fontamara, México, 2001: "cuando de alguien decimos que tiene discrecionalidad en sus acciones, ello significa nada más y nada menos que, él (o ella) tiene la posibilidad de escoger entre diferentes alternativas acerca de la estrategia para conseguir un determinado fin", p. 37.

[33] Algún autor ha sostenido con acierto que el número de decisiones posibles es algo irrelevante que no afecta para nada al propio concepto de discrecionalidad puesto que "un elemento distintivo del concepto en cuestión es la posibilidad de elección, mientras que, por el contrario, las alternativas sean dos, o tres, o cien, representa sólo un factor contingente que no parece agregar nada al alcance explicativo del concepto", RENTERÍA DÍAZ, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, cit., p. 41.

[34] Más adelante tendremos ocasión de examinar con más detalle cada uno de estos elementos. Por el momento sólo me interesa destacar que en torno a los mismos se produce un cierto consenso y por eso representan un punto de partida útil para la formulación del concepto de discrecionalidad.

la discrecionalidad precisa de un fundamento normativo. En general toda la actividad judicial (como también la de otros órganos) se legitima porque son las normas del sistema las que autorizan o habilitan a los jueces a realizar su función. Con mucha más razón tal habilitación debe existir cuando se ejercen poderes discrecionales pues en estos casos hay una especie de delegación normativa que amplía lo que podríamos llamar sus *facultades ordinarias*. Por último, el tercer elemento de la discrecionalidad está representado por la necesidad de justificar (motivar) el propio ejercicio del arbitrio, es decir, la elección realizada por el juez así como los resultados a los que llega deben ser comunicados a las partes. En caso contrario –y en esto también puede decirse que hay un amplio acuerdo– la decisión deja de ser discrecional para convertirse en arbitraria.

Teniendo en cuenta estos tres elementos básicos la discrecionalidad judicial podría definirse del siguiente modo: es la libertad, poder o facultad que las normas del sistema otorgan a los jueces –explícita o implícitamente– para elegir entre dos o más soluciones (todas ellas posibles) debiendo siempre justificar las razones de su elección. Creo que este concepto podría ser aceptado por casi todos –al menos, por todos aquellos que defienden la existencia del arbitrio con independencia de cuál sea su verdadero alcance y límites– sin grandes discusiones aunque parece evidente que el problema fundamental no es tanto determinar en qué consiste el arbitrio sino, más bien, hasta donde llega y cuándo puede ejercitarse. Como ya se ha dicho aquí es donde se producen las disputas entre los que defienden que la discrecionalidad, de uno u otro modo, está siempre presente y los que creen que sólo en determinadas ocasiones está justificado el arbitrio.