

INTRODUCCIÓN

Parece indiscutible que el asunto de la discrecionalidad o arbitrio judicial¹ es uno de los temas que más ha preocupado a los juristas desde hace ya bastante tiempo. Puede afirmarse que las numerosas discusiones que tuvieron lugar en el pasado no han servido para alcanzar ningún tipo de acuerdo –más bien el desacuerdo parece ser el denominador común– y mucho me temo que las reflexiones más recientes no han servido para modificar este panorama². Como tantas veces sucede en el ámbito de la teoría del Derecho las discrepancias no sólo tienen lugar respecto del alcance, sentido y límites de la discrecionalidad judicial, sino que también afectan a su propia existencia puesto que hay autores que la niegan abiertamente como sucede, por ejemplo con Dworkin. Es verdad que este autor distingue entre una discrecionalidad fuerte (que niega) y otra débil (que admite) pero, en sentido estricto su teoría del Derecho imposibilita la existencia de todo tipo de discrecionalidad³.

¹ Ambos términos serán utilizados indistintamente a lo largo de este trabajo al considerar que expresan la misma idea aunque es relativamente frecuente identificar la discrecionalidad con la actuación de la Administración y reservar el término arbitrio para la actividad judicial. El diccionario de la Real Academia Española, por ejemplo, establece esta distinción cuando define la discrecionalidad como la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas, mientras que el arbitrio es concebido como la facultad que se deja a los jueces para la apreciación circunstancial a que la ley no alcanza.

² Por lo que se refiere al pensamiento anglosajón, especialmente las posiciones de Hart y Dworkin, puede verse IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

³ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, trad. de M. Guastavino y estudio preliminar de A. Calsamiglia, especialmente p. 84 y ss. En este sentido se ha dicho que Dworkin “con el nombre de discrecionalidad débil no alude a ningún supuesto (aceptable) de auténtica discrecionalidad, sino a los problemas de vaguedad del lenguaje normativo” y, por eso, “la discrecionalidad no es aceptable en ningún sentido porque a la luz del Derecho -tal y como él lo entiende- debe existir siempre una respuesta correcta o, al menos, una más correcta que cualquier otra”, PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 116. Entre nosotros defiende la tesis de la única respuesta correcta RODRÍGUEZ-TOUBES, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000. Sin embargo, esta tesis no parece conciliarse muy bien con la existencia de la discrecionalidad judicial (en los casos de lagunas, antinomias e incertidumbre sobre el sentido de la norma aplicable) que el autor también admite aunque tenga siempre un carácter excepcional porque lo habitual es que se resuelvan casi todos los casos a través de las reglas y a falta de éstas, a través de los principios, p. 21 y ss.

De cualquier modo, el ejercicio *de facto* de la discrecionalidad plantea algunos problemas que pueden afectar no sólo al propio contenido de los sistemas jurídicos actuales sino, incluso, a su propia legitimidad⁴. En efecto, parece que las profundas transformaciones acaecidas en los Derechos actuales han modificado sustancialmente la posición de los distintos operadores jurídicos otorgando a los jueces un mayor protagonismo⁵. Los esquemas jurídicos clásicos se han visto alterados como consecuencia de la aparición de sistemas jurídicos más abiertos y flexibles en los que puede constatarse “la superación externa e interna del protagonismo estatal en la creación de las fuentes y la crisis de la ley como fuente primaria de juridicidad”⁶. Y ello es así porque “la época actual viene marcada por la pulverización del Derecho legislativo ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal” y, por eso, “en estas circunstancias se reduce notablemente la aspiración de la ley a convertirse en factor de ordenación. Más bien expresa un desorden al que intenta, a lo sumo, poner remedio *ex post factum*”⁷. En definitiva, la indeterminación de las disposiciones generales y de los principios jurídicos posibilita la adopción de decisiones diferentes que tienen un mismo fundamento normativo. Esta idea parece ser admitida hoy sin grandes discusiones aunque naturalmente también hay alguna excepción. Este punto de partida implica el reconocimiento explícito de la discrecionalidad judicial puesto que la existencia de decisiones diversas –e incluso, a veces, contradictorias– sólo puede justificarse si se atribuye a los jueces un cierto poder de elección en el ejercicio de su actividad.

Por eso se ha dicho que “la complejidad e imperfección formal de los actuales ordenamientos jurídicos permite desechar la idea de que el orde-

⁴ En este sentido se ha afirmado que “los cambios operados en muchos sistemas jurídicos han hecho de la discrecionalidad un factor suficientemente central para que repercuta en algunas de las proyecciones de la legitimación del sistema”, AÑÓN, María José, “Notas sobre discrecionalidad y legitimación”, *Doxa*, 15-16, vol. II, 1994, p. 897.

⁵ Hace ya algunos años llegó a hablarse del tránsito hacia un Estado de jueces. En tal sentido es significativo el título de la obra de MARCIC, René, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als Mass der Macht. Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat*, Springer, Wien, 1957. Sobre la doctrina de este autor puede verse PUIGPELAT, Francesca, *Derecho del ser y Estado del juez*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1983.

⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, p. 76. Sobre las transformaciones de los Derechos actuales y su incidencia en el razonamiento jurídico puede verse CALVO GARCÍA, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 260 y ss. También SEGURA ORTEGA, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 44 y ss.

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, trad. de M. Gascón, p. 37.

namiento jurídico ofrezca *la* solución a cada uno de los casos individuales. Los problemas que la aplicación del Derecho plantea pueden reducirse a : a) la vaguedad y ambigüedad del lenguaje legal, b) la posibilidad de contradicciones, c) la eventualidad de lagunas, d) la discrepancia en cuanto a lo que deben considerarse hechos probados y e) la indeterminación legal de la consecuencia jurídica”⁸. Es verdad que en el seno del pensamiento jurídico se produce una cierta resistencia al reconocimiento del arbitrio judicial, entre otras razones, porque la llamada seguridad jurídica puede verse afectada pero, de uno u otro modo, la posición claramente mayoritaria admite que los jueces están llamados a modelar de un modo definitivo el contenido de las normas⁹. El respeto de las líneas diseñadas por el legislador no impide el ejercicio de una cierta libertad¹⁰ que, por otra parte, garantiza la independencia judicial. Además, hay que tener en cuenta que, en ocasiones, son las propias normas jurídicas las que autorizan expresamente el ejercicio del arbitrio judicial cuando se remiten al criterio del juez para la determinación de las consecuencias jurídicas. En estos casos parece difícil no admitir que los jueces tienen un cierto espacio de libertad y, por tanto, aunque supongamos que sólo en estas situaciones (de delegación o autorización expresa) existe discrecionalidad resulta sorprendente la insistencia de algunos en negar su existencia.

Antes de proseguir es necesario realizar algunas aclaraciones sobre el contenido de este trabajo. La discrecionalidad judicial constituye tan sólo una parte del problema más amplio de la discrecionalidad jurídica de modo que también hay otros sujetos que gozan de discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones. Por ejemplo, es indiscutible que el Legislador

⁸ ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 252. A esto hay que añadir -continúa diciendo- que “dichos problemas no son resueltos a través de los tradicionales criterios interpretativos ni con el denominado método jurídico. Por tanto, en muchas ocasiones el juez se enfrenta a una situación de elección en la que debe optar por una entre las diversas alternativas jurídicamente posibles”, *ibídem*.

⁹ En tal sentido se ha dicho que “una posición relativista o moderada que reconoce la insuficiencia de la ley y de los precedentes y que, por tanto, atribuye al razonamiento judicial un lugar privilegiado en la definición del Derecho, es hoy mantenida, con unos y otros matices y más allá de algunos desacuerdos verbales, por la mayor parte del pensamiento jurídico”, PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 15. En parecidos términos se expresa AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1991, trad. de E. Garzón Valdés, p. 33 y ss.

¹⁰ Por eso se ha dicho que “el arbitrio judicial está así en su papel de complemento o prolongación del poder del legislador que permite llegar donde éste no puede hacerlo”, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid, 2005, p. 88.

tiene libertad para la creación de normas; respetando el marco constitucional el contenido de las leyes puede ser diferente en función de las mayorías parlamentarias. Ello quiere decir que cuenta con distintas posibilidades de actuación que cristalizan en disposiciones legales que pueden ser no sólo diferentes sino, a veces, incluso contradictorias. También la Administración dispone de discrecionalidad en muchas de sus actuaciones y, probablemente, su libertad es mucho más amplia que la de los jueces. Suele decirse que una de las diferencias fundamentales entre la actividad de la Administración y la actividad judicial reside en los mecanismos de control. De ahí que la discrecionalidad de la Administración ha sido sometida –desde hace bastante tiempo– a ciertos controles “cosa que no ha ocurrido con el arbitrio judicial, cuyo concreto ejercicio, bueno o malo, por los jueces de primera instancia sigue considerándose en general insusceptible de control alguno, como expresión de lo que, de forma tan frecuente como irritante se califica a menudo por el Tribunal Supremo como una facultad *soberana* de aquellos”¹¹.

Pero aquí no se trata de comparar todas estas manifestaciones de la discrecionalidad, entre otras razones porque ya ha sido objeto de un minucioso análisis. En efecto, en el ámbito de la doctrina administrativista el problema que se ha planteado –y que ha dado lugar a un amplio debate– es si cabe un control jurisdiccional de los actos discrecionales de la Administración y cómo debiera ejercitarse tal control, pero siempre se presupone que la llamada discrecionalidad está inevitablemente presente de modo que se constituye como uno de los rasgos definidores de la actividad administrativa¹². No sucede lo mismo con la actividad judicial ya

¹¹ *Ibidem*, p. 33.

¹² Sobre el contenido de esta polémica puede verse FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas (4ª ed.), Madrid, 2002; *Idem*, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991. En contra de sus tesis se han manifestado PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994. Una exposición clara del problema puede verse en BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995. También es de interés DESDENTADO DAROCA, Eva, *Los problemas del control de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid, 1997. En el seno de la Filosofía del Derecho española esta polémica ha tenido cierto eco. Al respecto puede verse ATIENZA, Manuel, “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 85, 1995, p. 5-26 y también IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 92, 1996, p. 95-118. De este mismo autor puede verse *Discrecionalidad técnica, motivación y control de la actividad jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998. También en el ámbi-

que lo que constituye una evidencia en la actuación de los órganos administrativos es, cuando menos, discutido respecto de los jueces y por eso se ha dicho acertadamente que “en el ámbito de la función jurisdiccional, las discusiones son el algún sentido más elementales o básicas, pues se trata de determinar si existe o no discrecionalidad judicial, discusión que presupone plantearse en qué consiste la discrecionalidad”¹³. De hecho cuando se habla de discrecionalidad hay autores –como Igartua– que distinguen dos tipos diferentes: por un lado, la que él llama discrecionalidad estratégica que corresponde a la Administración de modo exclusivo y que existe con independencia de las características del lenguaje legal. Este tipo de discrecionalidad se da “cuando –independientemente de si el lenguaje legal es indeterminado o no– las disposiciones jurídicas no prescriben –ni determinada ni indeterminada– cuál, de entre los medios conducentes a un fin, ha de adoptarse.” Por otro lado, la discrecionalidad interpretativa que es la que existe en el ámbito de la actuación judicial (aunque también está presente en la actividad administrativa) y que sí depende (su mayor o menor extensión) de las características del lenguaje legal. La discrecionalidad interpretativa “está representada formidablemente por los tan traídos conceptos indeterminados. La discrecionalidad estratégica encuentra una óptima ejemplificación en las llamadas normas teleológicas”¹⁴.

(Continuación)

to del Derecho tributario la discrecionalidad ha sido objeto de numerosos estudios; entre ellos pueden verse URIOL EGIDO, Carmen, *La discrecionalidad en el Derecho tributario: hacia la elaboración de una teoría del interés general*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002; CIRIANO VELA, César David, *Administración económica y discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000; GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la Administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio, *La discrecionalidad en el Derecho tributario (condonación, comprobación, aplazamientos y suspensión)*, Lex Nova, Valladolid, 1998.

¹³ LIFANTE VIDAL, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Doxa*, nº 25, 2002, p. 413. En opinión de esta autora y como indica el título del trabajo cuando se habla de discrecionalidad se utiliza el término en dos sentidos diferentes dependiendo de que se trate de actividad administrativa o judicial.

¹⁴ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 46, 1996, p. 544. Otros autores consideran, por el contrario, que es posible hablar de un único concepto de discrecionalidad sin que sea relevante la autoridad –judicial o administrativa– que la ejercite. Así se ha dicho que “la posición del juez y de la Administración en cuanto titulares de poderes discrecionales es exactamente la misma porque depende esencialmente de la naturaleza y estructura de las normas en las que dichos poderes tienen su origen, que son las normas de fin”, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., p. 58.

En consecuencia, mi atención se va a dirigir exclusivamente a la actividad judicial tratando de analizar algunos de los problemas que plantea el ejercicio de la discrecionalidad en este ámbito. Quizás resulte oportuno justificar esta elección. Por supuesto, tal elección no implica desconocer la importancia del arbitrio en otros ámbitos pero me parece que el arbitrio judicial tiene un carácter más definitivo en el sentido de que la actividad de los jueces pone punto final a la actuación de los otros poderes del Estado. En efecto, a los jueces les corresponde no sólo interpretar y aplicar las normas creadas por el legislativo sino también, controlar a la propia Administración y por eso son los que tienen la última palabra en la realización del Derecho.

El trabajo que el lector tiene en sus manos se encuentra dividido en varios apartados que desarrollan de una manera ordenada algunos de los asuntos que, a mi juicio, son centrales en relación con la discrecionalidad. En primer lugar, se propone un concepto que incluya todos los elementos que la configuran y, a continuación, se examinarán las diferentes causas de la discrecionalidad judicial. Por otra parte, se describirá su alcance y límites desde una doble perspectiva: por un lado, a través del análisis de sus elementos fundamentales y, por otro, teniendo muy en cuenta la configuración jurisprudencial del concepto. Por eso a lo largo de estas páginas las referencias a las sentencias del Tribunal Constitucional serán constantes. Puedo adelantar que su doctrina –ampliamente desarrollada– será objeto de algunas críticas no sólo por su indeterminación sino, sobre todo, por la admisión de algunas prácticas que suscitan una cierta perplejidad. Finalmente, se abordará la cuestión de las posibilidades de control respecto del arbitrio judicial; tal control tiene una importancia decisiva en la medida en que marca la línea divisoria entre la discrecionalidad y la arbitrariedad. También quisiera decir que las reflexiones que aquí se contienen tienen en cuenta un determinado modelo de Derecho y, por tanto, no sirven para cualquier sistema jurídico. En concreto, el estudio gira en torno a los sistemas jurídicos democráticos de corte continental. Es verdad que cada vez existen menos diferencias respecto de los sistemas de *common law* pero siguen siendo modelos diferentes. El hecho de que todas estas cuestiones hayan sido ampliamente discutidas no impide que se pueda reflexionar críticamente sobre las diferentes soluciones que se han ofrecido. De todos modos, no debe esperarse que las modestas reflexiones que se realizarán a continuación supongan el hallazgo de impor-

tantes novedades. Con razón se ha dicho que “en Derecho es imposible decir algo rigurosamente nuevo y de lo que se trata, más bien, es de establecer conexiones modestamente inéditas de viejos fenómenos que gracias a ellas pueden explicarse mejor”¹⁵. Por último, quisiera señalar que el trabajo que ahora presento se enmarca dentro de un proyecto de investigación del que soy investigador principal dedicado a la metodología jurídica y que ha sido financiado por la Dirección General de Investigación, Desarrollo e Innovación de la Xunta de Galicia (PGIDIT02CSO20203PR).

¹⁵ NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 17.