

DISCRECIONALIDAD*

H. L. A. Hart

RESUMEN. Este trabajo reproduce un borrador que HART (1907-1992) distribuyó entre los miembros del Grupo de Debate de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de Harvard en 1956 y que fue publicado originalmente en inglés en *Harvard Law Review* en 2013. En él, HART se plantea responder a las siguientes cuestiones: ¿Qué es la discrecionalidad o en qué consiste el ejercicio de la discrecionalidad?; ¿en qué condiciones y por qué aceptamos o toleramos de hecho la discrecionalidad en un sistema jurídico?; ¿debemos aceptar o tolerar la discrecionalidad? Y de ser así, ¿por qué?; ¿qué valores amenaza el ejercicio de la discrecionalidad y cuáles preserva o promueve?; y por último ¿qué puede hacerse para maximizar los beneficios del ejercicio de la discrecionalidad y minimizar cualquier daño que genere?

Palabras clave: Discrecionalidad, discrecionalidad reconocida, discrecionalidad tácita, excepción discrecional.

Discretion

ABSTRACT. This paper reproduces the draft version that Hart handed out among the members of the Legal Philosophy Discussion Group at Harvard in the year 1956. Originally published in English in the *Harvard Law Review* in 2013, the author addresses the following questions in it: 1. What is discretion, or what is the exercise of discretion? 2. Under what conditions and why do we in fact accept or tolerate discretion in a legal system? 3. Must we accept discretion or tolerate discretion, and if so, why? 4. What values does the use of discretion menace, and what values does it maintain or promote? 5. What can be done to maximize the beneficial operation of the use of discretion and to minimize any harm that it does?

Keywords: Discretion, express use of discretion, tacit discretion, discretionary interference.

* Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2014. Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2014.

La siguiente nota precedía este Ensayo, que el profesor HART distribuyó como borrador entre los miembros del Grupo de Debate de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de Harvard:

«Me han pedido que distribuya mi artículo sobre la discrecionalidad: aquí está, aunque un trabajo tan esquivo no merece un formato tan duradero.

Es prácticamente una repetición literal de lo que dije la última vez: la única aportación relevante es el epígrafe 2, pensado para eliminar algunos malentendidos sobre la definición».

H.L.A.H., 19 de noviembre de 1956.

1.

En este ámbito se plantean algunas cuestiones verdaderamente complejas; pero como escuché decir a algunos miembros del grupo la última vez, creo que la mayor dificultad reside quizá en determinar con precisión qué cuestiones estamos tratando de resolver. Estoy convencido de que si pudiéramos formular las preguntas con claridad, las respuestas no resultarían tan esquivas. Así que he empezado con una lista sencilla de preguntas sobre la discrecionalidad que, de una forma u otra, me pareció que planteaba el grupo la última vez. Por supuesto, puedo haber omitido algo y haber incluido algo inútil: si es así, seguro que se me informará de ello más adelante.

Así pues, considero que las preguntas centrales son las siguientes:

1. ¿Qué es la discrecionalidad o en qué consiste el ejercicio de la discrecionalidad?
2. ¿En qué condiciones y por qué aceptamos o toleramos de hecho la discrecionalidad en un sistema jurídico?
3. ¿Debemos aceptar o tolerar la discrecionalidad? De ser así, ¿por qué?
4. ¿Qué valores amenaza el ejercicio de la discrecionalidad y cuáles preserva o promueve?
5. ¿Qué puede hacerse para maximizar los beneficios del ejercicio de la discrecionalidad y minimizar cualquier daño que genere?

Soy perfectamente consciente de que he omitido en esta lista algunas preguntas concretas [de] la última vez. Por ejemplo, no he incluido las cuestiones psicológicas planteadas por el profesor FREUND: ¿cuáles son las condiciones psicológicas del ejercicio de la discrecionalidad? Lo he dejado de lado porque creo que si entendemos claramente lo que es ejercer una facultad discrecional y qué se considera en distintos ámbitos un ejercicio satisfactorio de la discrecionalidad, no sería necesario afrontar una pregunta psicológica independiente del tipo: ¿Cuáles son las condiciones psicológicas para su ejercicio fundamentado o cómo somos psicológicamente capaces de ejercer la discrecionalidad? De hecho, opino que esta pregunta, que a primera vista parece corresponder a la psicología empírica, en realidad lo que expresa de forma algo equívoca es nuestra incertidumbre inicial sobre lo que es la discrecionalidad y qué se considera un ejercicio fundamentado de la discrecionalidad en diversos ámbitos. Pero sólo un examen más a fondo de nuestro tema permitirá saber si estoy en lo cierto al respecto, y perfectamente puedo no estarlo.

2.

He encabezado mi lista de preguntas con una cuestión conceptual y la he separado de las otras, que parecen más sustanciales. Por supuesto, puede ser que el término discrecionalidad sea irremediablemente vago y que los tribunales y los juristas lo empleen de un modo completamente caprichoso: si esto fuera así, la única observación que podríamos hacer sobre el significado del término discrecionalidad sería precisamente ésta. Pero me parece muy poco probable que éste sea realmente el caso: si lo fuera,

tendríamos que asumir el debate en torno a la discrecionalidad sin ninguna expectativa de estar hablando de un objeto común. Probablemente, como ocurre con los principales conceptos relativos al derecho, podamos encontrar un conjunto de características que se dan en el supuesto típico de la discrecionalidad: es decir, en casos en los que todo el mundo coincidiría de que tratamos con el fenómeno de la discrecionalidad (v. gr., la fijación de tarifas por la Comisión Interestatal de Comercio —ICC*—, el reconocimiento o la denegación de una pretensión concreta por parte de un tribunal, la concesión de aplazamientos o indultos por parte del Ejecutivo). Una vez distinguidas las características de los supuestos centrales o claros de ejercicio de discrecionalidad, veremos que hay muchos otros supuestos en los que sólo se dan algunas de las características esenciales del supuesto claro, así que dudaremos o discreparemos en cuanto a la clasificación de tales supuestos como supuestos de discrecionalidad; también aparecerán algunas características de los supuestos centrales en casos que no clasificaríamos habitualmente como ejercicio de discrecionalidad. Esta situación en la que somos capaces de distinguir las características esenciales de un supuesto claro y, por otra parte, supuestos límite en los que se dan algunas de ellas pero no todas es típica, en mi opinión, de la labor de definición en este ámbito. Prefiero este planteamiento de la cuestión semántica a limitarnos a decir que tenemos un *continuum* que se extiende en un área muy amplia y que distinguimos algo que se diluye gradualmente en otros conceptos, puesto que la metáfora del *continuum* no atiende al hecho de que, además de reconocer la vaguedad de los límites de conceptos tales como la discrecionalidad, también identificamos supuestos claros o sencillos, y si no fuéramos capaces de hacerlo, no deberíamos emplear ese término en la comunicación entre nosotros. Pero hay razones más importantes para concentrarnos en las características presentes en aquellos casos que todos coincidiríamos en clasificar como supuestos de discrecionalidad: la primera razón es que no cabe duda de que muchas de las dificultades o preocupaciones relativas a la discrecionalidad planteadas por los miembros del grupo surgen en los casos claros, y el hecho de que haya casos límite dudosos o que pueden considerarse o no como supuestos de discrecionalidad resulta irrelevante para muchos de esos problemas. En segundo lugar, se da aquí, como en muchos casos similares en los que una definición puede ser beneficiosa, la situación que ha estimulado las investigaciones filosóficas desde el inicio de la filosofía: aunque podamos llegar a un acuerdo sobre un conjunto central de fenómenos que constituyen supuestos claros de discrecionalidad, existe en paralelo a este acuerdo sobre el uso del término o, si se prefiere, a su manejo cotidiano, una incertidumbre fundamental en cuanto a los principios que rigen ese uso pacífico. La situación es equivalente a la de una persona que sabe moverse por una ciudad pero sería incapaz de dibujar un mapa de la misma, o al caso algo tosco en el que afirmamos que podemos reconocer un elefante pero no somos capaces de definir el término «elefante». Me parece esencial *explicitar* los rasgos característicos que se dan en los casos no conflictivos de discrecionalidad, y esto sólo puede hacerse mediante algún tipo de análisis reflexivo sobre el uso que efectivamente hacemos de dicho término.

* N. de la T.: La Comisión Interestatal de Comercio (en inglés, *Interstate Commerce Commission*, ICC) era una de las agencias federales más antiguas, creada por la Ley de Comercio Interestatal de 1887 (*Interstate Commerce Act*) y encargada de la regulación del transporte terrestre. La agencia fue suprimida mediante una ley del Congreso durante la presidencia de Bill Clinton en 1995, transfiriéndose sus funciones a la Comisión de Transporte Terrestre (*Surface Transportation Board*).

Por supuesto, las preguntas «¿qué es X?» y «¿para qué usamos en realidad X?» a menudo deben abordarse conjuntamente. Obviamente, es lo que ocurre cuando la expresión en cuestión, X, como la palabra «cuchillo», aparece en una investigación para referirse a un instrumento diseñado para algún fin. En tales casos, el uso que se le dé al objeto forma parte del significado de la expresión, pero si esto es así o no, no puede saberse antes de averiguar cuál es el uso normal del término en cuestión. ¿Es un término instrumental en el sentido en el que lo es la expresión «un cuchillo» o no? Por último, en ocasiones cuando investigamos sobre el sentido de alguna expresión importante, descubrimos que en realidad no hay ningún desacuerdo en cuanto a lo que significa —todo el mundo lo entiende perfectamente— y que el problema está en el uso que se le da al objeto al que se refiere el término. Un ejemplo de esta situación lo encontramos, creo, en el debate sobre qué es el Estado; apenas hay discrepancia en cuanto a que el Estado es de hecho una organización de personas que habitan en un territorio conforme a un cierto tipo de ordenamiento jurídico: la verdadera controversia reside más bien en la forma que debería adoptar el Estado de acuerdo con esas características básicas y qué queremos que [haga] el Estado para nosotros. Estoy de acuerdo en que en estos casos, las cuestiones fundamentales se desvirtúan si se plantean como simples cuestiones de definición. Pero de nuevo sólo podemos saber si este es o no el caso después de haber establecido el contenido mínimo sobre el que estamos de acuerdo en cuanto al uso normal de los términos.

3.

Enumero a continuación un conjunto de ejemplos de supuestos que corresponderían claramente al ámbito convenido del término «discrecionalidad». Lo he hecho para recordarnos la tremenda diversidad de las situaciones en las que aparece este fenómeno, ya que no hay nada más engañoso en este campo que concentrarse excesivamente en un único tipo de ejemplo.

A. *Ejercicio Explícito o Reconocido de Discrecionalidad*

1. *Por parte de los órganos de la Administración*

- a) Fijación de tarifas, v. gr., tarifas ferroviarias, por la ICC.
- b) Concesión de licencias para realizar una determinada actividad comercial.
- c) Control de actividades potencialmente peligrosas, v. gr., órdenes de los Comisarios de Pesca y Caza.
- d) Nombramiento de cargos de la Administración Pública.
- e) Asignación de recursos concebidos para estar a disposición del Gobierno, v. gr., asignaciones de terrenos públicos por la Agencia del Suelo [*Land Department*].
- f) Gestión de los servicios o empresas públicas asumidas por el Gobierno, v. gr., contratos de obras públicas.

2. *Por parte de los tribunales*

- a) Aplicación de criterios por los tribunales
 - I) por el juez, v. gr., «causa razonable o suficiente» en una acusación maliciosa.
 - II) por un jurado bajo la supervisión del juez [v. gr.] «diligencia razonable» en casos de negligencia.

b) Medidas discrecionales, v. gr., medidas cautelares y medidas de ejecución específicas.

c) Fijación de penas en asuntos penales.

B. *Discrecionalidad Tácita u Oculta*

1. Interpretación de leyes.

2. Uso del precedente.

C. *Injerencia o excepción discrecional en relación con normas reconocidas*

1. Un aplazamiento o un indulto.

2. Medidas cautelares frente al ejercicio de recursos legales.

Me he guiado por dos principios en la elaboración y división de la lista de ejemplos.

A. He considerado ejemplos que podrían sugerir que el *tipo* de factor al que correctamente se le atribuiría un peso en el ejercicio de la discrecionalidad varía en diferentes tipos de situaciones, v. gr., habrá una diferencia en este sentido entre supuestos en los que la discrecionalidad se ejerce para distribuir un beneficio o una recompensa (v. gr., la asignación de suelo u otros recursos a disposición del Estado) y los casos en los que hay una injerencia discrecional en lo que *prima facie* puede reconocerse como un derecho ([v. gr.] órdenes que supongan una injerencia en el uso del suelo o del agua con el riesgo de contaminar o dañar la fauna silvestre).

B. Mi división principal está pensada para subrayar el contraste entre los supuestos en los que se reconoce *ab initio* que el control al que debe someterse la esfera procede del ejercicio discrecional (Discrecionalidad Reconocida) más que de reglas específicas, incluso aunque se confíe en que en última instancia se desarrollen reglas durante el ejercicio de las facultades discrecionales y, por otra parte, supuestos en los que inicialmente se intenta regular la discrecionalidad mediante reglas específicas que, sin embargo, en la práctica no ofrecen una única solución a casos determinados debido a que se dan circunstancias ajenas al ámbito de las aplicaciones concretas consideradas en el momento de formular la regla. Ésta es la opción habitual en (1) cuestiones problemáticas de interpretación de leyes o de normas escritas y (2) cuestiones problemáticas sobre el «valor» del precedente y sobre si un supuesto determinado entra en el ámbito de un precedente. La solución pasa por el ejercicio de la discrecionalidad: pero, de nuevo, los factores que deben considerarse en esos ejercicios de discrecionalidad relativos a la aplicación de normas pueden resultar diferentes de los que hay que considerar en los supuestos de Discrecionalidad Reconocida atribuida legalmente a ciertos órganos mediante el uso de los típicos términos «razonable», «conveniente», «justo», «adecuado».

4.

¿En qué consiste, entonces, la discrecionalidad? Al tratar de definir y dilucidar este término, debemos apartar de momento nuestra mirada del derecho, puesto que descubriremos que el fenómeno de la discrecionalidad que nos preocupa en el ámbito del derecho hunde sus raíces en nuestra vida cotidiana, en la que ocupa un lugar importante. Mediante el análisis de los ejemplos relativamente simples que se dan allí,

quizá seamos capaces de formular con claridad las características presentes en los supuestos típicos.

Creo que lo primero que aprendemos al analizar el uso del término fuera del ámbito del derecho es que sería erróneo identificar sin más el concepto de discrecionalidad con el de elección. Son conceptos diferentes aunque relacionados. Merece la pena, en mi opinión, recordar que al fin y al cabo la discrecionalidad es el nombre de una virtud intelectual: es prácticamente un sinónimo de sabiduría práctica o sagacidad o prudencia; es la capacidad de discernir o distinguir qué es lo que debe hacerse en diversos campos, y etimológicamente está relacionada con la noción de discernimiento. Por ello, cuando hablamos de los años de discrecionalidad no nos referimos meramente a la etapa en la que el ser humano es capaz de elegir (puesto que podemos elegir desde mucho antes), sino sólo a la etapa de madurez del juicio o discernimiento que debe aplicarse a la elección. Una persona discreta no es alguien que simplemente permanece callado, sino que elige estar callado cuando el silencio es lo que conviene.

Lo anterior sugiere que hay un tipo de elección que no deberíamos considerar como ejercicio de discrecionalidad, por ejemplo los casos en los que, al elegir, simplemente nos dejamos llevar por nuestros deseos o caprichos personales inmediatos. ¿Tomarás un Martini o un jerez? Eliges un Martini y yo pregunto por qué; tu respuesta es: «Porque me gusta más, eso es todo». Creo que aquí sería absurdo hablar de discrecionalidad; quien elige no asume ningún principio como justificación de su elección: no está tratando de hacer algo que considere sabio, fundamentado o que aplique un principio que merezca reconocimiento racional, ni tampoco incita a ningún tipo de crítica. Por supuesto, podríamos rechazar su elección de muchas formas; podríamos decir: «Deberías haber ejercido algún tipo de discrecionalidad y no haberte limitado a elegir lo que más te apetecía beber». Esto supondría rechazar o celebrar su elección por referencia a criterios de prudencia. La elección del bebedor podría parecerse en algo a un ejercicio de discrecionalidad si, en respuesta a la pregunta «¿Por qué un Martini?», respondiera: «He aprendido por experiencia que me encuentro mejor cuando bebo un Martini que cuando bebo un jerez, no hablo tanto», etc. En ese caso, la elección se hace por referencia a algún principio general que la justifica, lo que de alguna forma permite considerarla fundamentada o sabia, a pesar de que el alcance de dicho principio se limite a la conducta individual de su propia vida y no pretenda tener ningún carácter general más allá. Así que un supuesto en el que elección y discrecionalidad parecen no coincidir es aquél en el que la elección no implica nada más que la expresión del capricho personal, el deseo o la preferencia inmediata. Ésta es una razón por la que diría que si votas a un candidato o a otro en unas elecciones, aunque en ocasiones pueda representar un ejercicio de discrecionalidad, no lo es por el mero hecho de que el votante tenga elección. Un votante que vota a un candidato simplemente porque le gusta está eligiendo, de eso no cabe duda, pero no está ejerciendo ningún tipo de discrecionalidad.

Lo que explica, aunque no justifica, la identificación prematura entre el concepto de discrecionalidad y el de elección es, en mi opinión, lo siguiente:

Cuando consideramos el ejercicio de la discrecionalidad en el derecho, estamos considerando su uso por funcionarios que ocupan un cargo de responsabilidad públi-

ca. Por tanto, se entiende que si lo que hacen los funcionarios no está estrictamente determinado por reglas específicas, sino que se les deja un margen de elección, elegirán responsablemente en atención a su cargo y no se dejarán llevar por sus preferencias o por el puro capricho, aunque por supuesto puede que el sistema no contemple un recurso en caso de que sí se guíen por sus caprichos personales. Quizá se pueda aclarar la situación distinguiendo entre el siguiente par de expresiones: (1) la expresión «margen de discrecionalidad», que se refiere a la autoridad conferida para decidir, entendiendo que la persona facultada para ello ejercerá la discrecionalidad en su elección; y (2) la expresión «discrecionalidad»*, que se refiere a cierto tipo de sabiduría o deliberación como rectoras de la elección, cuyas características trataré de exponer a continuación.

Es posible que resulten más claras si consideramos algunas elecciones que no constituyen un ejercicio de discrecionalidad, pero por razones diferentes a las de los supuestos que hemos visto hasta ahora. Se trata de elecciones en las que no nos limitamos a satisfacer caprichos o preferencias personales momentáneas, sino en las que tratamos de ajustarnos a ciertos principios y defender nuestras elecciones de acuerdo con ellos; sin embargo, puesto que los principios son claros, determinados, muy específicos y definen exclusivamente aquello muy concreto que tenemos que hacer, no los consideramos supuestos de discrecionalidad, algo que resultaría equívoco. Por ver un ejemplo sencillo, supongamos que estoy escribiendo a lápiz, se rompe, y quiero sacarle punta. Miro en el cajón y encuentro un cuchillo, tres cucharas y dos tenedores. Elijo el cuchillo: si me preguntaran por qué, en este caso no respondería: «Porque me gusta», sino probablemente: «Porque quiero sacarle punta al lápiz y ésta es la forma de hacerlo». Aquí resulta absurdo hablar de la elección del cuchillo como un ejercicio de discrecionalidad: era la única opción sensata, y cuando nuestros objetivos son tan concretos, la situación es tan clara como en este caso y la acción adecuada es evidente en cuanto al conocimiento elemental de su resultado, elegimos en efecto correctamente, pero no ejercemos ninguna discrecionalidad. De hecho, no cabe discrecionalidad alguna en un supuesto así. Otro caso en el que tampoco hay margen para la discrecionalidad y sin embargo no nos guiamos por el capricho personal en nuestras decisiones es el de supuestos como el siguiente. Alguien toca el himno de las *Barras y las Estrellas*: me levanto. «¿Por qué te levantas?» No respondo diciendo: «Porque quería», sino que cito la regla establecida que especifica de forma inequívoca lo que tengo que hacer en este caso concreto. Aquí he hecho lo correcto: he elegido bien, pero sería erróneo describir[lo] como un ejercicio de discrecionalidad. Nótese que si cambiamos el ejemplo e imaginamos que estaba valorando el cumplimiento de la regla frente a consideraciones más amplias y hubiera decidido finalmente cumplir la norma, esto se parecería más a un supuesto en el que tendría sentido hablar de discrecionalidad. Es mucho lo que depende de una descripción precisa de la elección que se presenta ante un individuo.

* *N. de la T.*: El autor emplea, en el primer caso, la expresión «*a discretion*», que he traducido por «margen de discrecionalidad» y en el segundo, el término «*discretion*». Para ser lo más fieles posible, hemos traducido este último por «discrecionalidad», que aquí debe entenderse en la primera acepción que ofrece la RAE: «Que se hace libre y prudencialmente».

5.

Así pues, me parece que la discrecionalidad ocupa un lugar intermedio entre las elecciones dictadas por el puro capricho personal o momentáneo y aquéllas realizadas en aplicación de métodos claros para alcanzar objetivos definidos o para adecuarse a reglas cuya aplicación al caso concreto resulta evidente. Se puede poner de manifiesto el carácter positivo de la discrecionalidad comparando los ejemplos vistos hasta ahora con el supuesto siguiente, en el que creo que las principales características de la discrecionalidad aparecen de forma simple. Una joven anfitriona está ofreciendo su primera cena y surge la cuestión de si debería utilizar para esta ocasión los mejores cuchillos: son de plata antigua, muy bonitos, y resaltarían el mantel blanco y las copas. Por otra parte, resultan francamente pesados y algo difíciles de manejar: no están nada afilados y su esplendor podría resultar algo ostentoso. ¿Cuáles son en tal caso los objetivos centrales de la anfitriona? Podemos enumerarlos sin dificultad: una bonita mesa para la cena, admiración, pero también la comodidad de los invitados y particularmente la de un juez mayor y distinguido, de manos algo temblorosas, que asistirá a la fiesta. Así que la anfitriona pondera la situación, piensa en los posibles desastres y en las posibles consecuencias positivas de las opciones que tiene: valora una alternativa en relación con la otra y quizá se pregunte a quién podría consultar. Pregunta a alguien con mucha experiencia en estos temas, una señora mayor que le dice sagazmente que «en conjunto, creo que lo mejor sería usar la segunda mejor cubertería». Puede dar argumentos en ese sentido, como el riesgo de incomodar al viejo Sr. X. y su comportamiento inapropiado cuando algún detalle le irrita: le recuerda a la anfitriona los posibles celos de las invitadas más jóvenes, y cosas por el estilo.

Me parece que en este supuesto sencillo están presentes por todas partes los siguientes rasgos característicos de la discrecionalidad.

A. Al contrario de lo que ocurriría en el caso de sacar punta al lápiz, no hay una opción claramente correcta o equivocada. Podemos afirmar que personas sensatas y honestas adoptarían distintos puntos de vista en la situación de la anfitriona, y aunque hay argumentos a favor de las dos opciones, ninguno es definitivo pese a su relevancia.

B. No hay un objetivo definido claro, aunque podríamos emplear términos generales como «una cena exitosa» para describir en conjunto las distintas aspiraciones de la anfitriona. Sin embargo, esto puede resultar muy engañoso: puede ocultar el hecho de que se refiere a un fin general que puede lograrse de distintas formas, aunque sin duda excluye casi absolutamente un cierto número de cosas como la incomodidad de los invitados, el aspecto desaliñado de la mesa y otras parecidas.

C. No tenemos ninguna certeza en relación con las circunstancias concretas sobre las que se desarrollará la decisión una vez adoptada, aunque pueden preverse hasta cierto punto las consecuencias probables de las elecciones. Esto contrasta con el resultado altamente probable de usar un cuchillo para sacarle punta al lápiz.

D. Dentro del objetivo vagamente definido de una cena exitosa hay distintos valores o elementos (aspecto de la mesa, comodidad de los invitados, etc.), pero no hay principios o reglas claros que determinen la importancia relativa de cada uno de esos valores o, en caso de conflicto entre ellos, cuál debe prevalecer.

E. En este ámbito, las decisiones de la anfitriona o las de su consejera no pueden considerarse «correctas» o «equivocadas», con sus connotaciones absolutas de blanco o negro y la imposibilidad de introducir grados: más bien, emplearíamos términos del

tipo «sabio», «fundamentado», y quizá comparativos como «más sabio», «más fundamentado», «mejor».

F. Si la decisión de la anfitriona fuera cuestionada, ella podría defenderla de dos formas características:

1. Señalaría cómo llegó a adoptar su decisión: que ésta venía precedida de una valoración tan detallada como le resultaba posible de los elementos que definen una cena exitosa; que había tratado de anticipar lo que ocurriría en cualquiera de los dos casos; que había pensado en casos semejantes en su propia experiencia y que había pedido consejo a una persona experimentada. Defender la decisión en este sentido es apelar fundamentalmente al modo en el que se adoptó la propia decisión y el intento honesto de aplicar los principios o valores rectores al caso, así como lograr un cierto equilibrio imparcial entre ellos en caso de conflicto. Es decir, para elecciones de este tipo tenemos una idea bastante clara de cuáles son las condiciones óptimas para adoptar una decisión fundamentada, aunque no tenemos una idea muy definida sobre qué constituye una decisión correcta o equivocada.

2. En lugar de defender la decisión por la forma de adoptarla, la anfitriona podría apelar al éxito de la propia cena.

3. Creo que merece la pena distinguir estas dos líneas de defensa: podríamos referirnos a la primera como *justificación* y distinguirla de la segunda como *reivindicación* de los resultados. Me parece evidente que el ejercicio de la discrecionalidad estaría justificado incluso en casos en los que no se viera refrendado por los resultados. No obstante, podemos aprender de una serie de reivindicaciones de los resultados algunos factores nuevos que llevan al éxito y que debemos tener en cuenta en lo sucesivo si queremos que nuestras decisiones sean justificables. El descubrimiento de factores importantes y, por lo tanto, justificadores, es progresivo y evolutivo.

6.

Prácticamente todos los factores que caracterizan el supuesto de la cena los encontramos en la literatura jurídica en relación con la discrecionalidad en el derecho. Los autores y tribunales que se pronuncian sobre los criterios de fijación de tarifas de la ICC, por ejemplo, utilizan a menudo expresiones como «[E]s imposible resolver esta cuestión como si se tratara de un problema matemático para el que sólo cabe una respuesta correcta»¹. Otras frases comunes son «El carácter indefinido y con frecuencia especulativo de los factores implicados convierte la fijación de tarifas en un ejercicio de discrecionalidad». Por supuesto, hay una constante alusión a la necesidad de expertos y de un comité *experimentado*. A veces, lo mejor que se puede esperar es que se diga que se trata de «una decisión que habrían adoptado personas razonables en vista de los datos disponibles». Se alude a «un sentido indefinido de lo adecuado en determinadas circunstancias». En ocasiones se afirma que los hechos en tales casos no «imponen un resultado», sino que se necesita «criterio».

Estas observaciones típicas y las características del sencillo supuesto planteado ponen de manifiesto que el rasgo distintivo de los casos de discrecionalidad es que queda

¹ ICC v. Union Pac. R. R. Co., 222 U.S. 541, 550 (1912).

margen de elección para la persona a la que se atribuye discrecionalidad, y esa elección no está determinada por principios que puedan formularse de antemano, aunque se puedan identificar los factores que deben ser objeto de consideración y ponderación.

7.

Para avanzar, debemos considerar ahora las preguntas 2 y 3 y plantearnos por qué aceptamos en un ordenamiento jurídico una forma de decisión como la que hemos discutido y si en efecto debemos aceptarla. Creo que la respuesta a la pregunta de *por qué* es, en pocas palabras: *porque somos hombres, no dioses*, y como parte de nuestra naturaleza humana, nos encontramos ante situaciones en las que tenemos que elegir con dos inconvenientes. Al primero lo llamaré Ignorancia Relativa del Hecho, y al segundo, Indeterminación Relativa del Objetivo. Ambos factores se nos pueden presentar en un determinado ámbito por separado o conjuntamente: en cualquier ámbito en el que queramos regular con carácter previo mediante principios o reglas generales que puedan invocarse en ocasiones ulteriores concretas, vemos limitada nuestra capacidad por ellos. A veces, la limitación que imponen los factores es tan inmediatamente evidente que no intentamos establecer reglas específicas sino que conferimos *ab initio* un poder discrecional a algún funcionario o autoridad: son los casos de Discrecionalidad Reconocida. En otros ámbitos en los que estas limitaciones no son tan evidentes, tratamos de establecer reglas, y aunque pueden permitirnos operar en un espacio muy amplio, surgen casos en los que las reglas quiebran y no ofrecen una única respuesta para un supuesto determinado: es el caso de la Discrecionalidad Tácita u Oculta.

Pensemos ahora en la primera de estas limitaciones: la Ignorancia Relativa del Hecho. Si el mundo en el que tuviéramos que actuar y elegir (1) consistiera en un número finito de rasgos o características, (2) dichas características se combinaran en un número finito de formas, [y] (3) conociéramos en profundidad tanto las características como las formas de combinación, entonces siempre sabríamos por adelantado todas las circunstancias posibles en las que surgiría un problema de aplicación de una regla, y por tanto, al diseñar la norma, podríamos especificar exhaustiva y anticipadamente todos los casos en los que se aplicaría y aquellos en los que no. Así pues, por usar la expresión del Sr. Braucher, nuestras etiquetas «se ajustarían claramente» a los hechos, y no se ajustarían del modo vago en el que ahora nos parece que lo hacen en muchos casos. Pero eso sería el mundo de la Filosofía del derecho mecánica, que desde hace tiempo hemos aprendido que no es nuestro mundo. Nuestro mundo es francamente distinto: cuando somos tan osados como para diseñar una norma de conducta (v. gr., no pueden entrar vehículos en el parque), tenemos en mente ciertas aplicaciones concretas de la norma: son los casos paradigmáticos en los que la regla prohíbe sin ningún género de dudas coches, caballos y carros, motocicletas y autobuses. Pero el conjunto de todas las circunstancias posibles en las que puede plantearse la aplicación de la norma, de tal forma que nos preguntemos, a tal efecto: «¿Es esto un vehículo?» no se limitan a dichos supuestos claros. Descubriremos que los casos en los que se plantea la aplicación de la norma no se dividen en los supuestos claros en los que se aplica la norma y, por otro lado, los supuestos en los que nada de lo que prevé la norma está presente en el parque, sólo pájaros, flores y niños. Más bien al contrario, habrá casos

límite que, o bien no anticipamos o bien no pudimos anticipar: son los casos de los patines, bicicletas, cochecitos de bebé y coches motorizados de juguete. Y ante ellos, nos formulamos la típica pregunta intermedia: «¿A esto lo debemos llamar vehículo?». Aunque algunos de esos casos conflictivos no podríamos haberlos anticipado o imaginado con antelación, cuando surgen nos vemos obligados a considerar si la regla se aplica o no: tales casos imprevistos compartirán sin duda algunas características con los supuestos típicos claros, y sin embargo se diferenciarán de ellos en ciertos aspectos relevantes, viniendo la propia relevancia determinada por muchos factores complejos del ordenamiento jurídico y dependiendo de los objetivos que asociamos a una norma de este tipo.

Hasta ahora he considerado el factor denominado Ignorancia Relativa del Hecho. Pensemos ahora en el segundo factor, la Indeterminación del Objetivo. Este factor está estrechamente relacionado con el primero, pero no cabe duda de que se dan casos en los que ambos pueden aparecer independientemente o por separado. Supongamos que mi objetivo asociado a la norma que prohíbe los vehículos en el parque fuera crear parques diseñados para que la gente descansa, juegue y camine libremente sin las estrictas precauciones necesarias en la calle. Se trata entonces de un objetivo determinado en la medida en que sabemos que hemos decidido tratar de lograrlo en los casos típicos claros reconocibles como sujetos a la aplicación de la norma: es decir, sabemos que queremos una tranquilidad en el parque con respecto a motos, bicicletas y autobuses. Por otra parte, aunque opongamos este objetivo general de tranquilidad en el parque a aquellos casos que no podíamos anticipar *ab initio*, v. gr., la vespa, el coche de motor eléctrico de juguete (probablemente muy rápido, relativamente peligroso para los ancianos, pero muy divertido para los jóvenes), nuestro objetivo resulta indeterminado en estos sentidos: no hemos establecido si cabe sacrificar algo de tranquilidad en el parque, y en ese caso cuánta, a favor del interés o placer que algunos obtienen con el uso de esos objetos.

Cuando surge el caso real, tenemos que ponderar y elegir o lograr un cierto equilibrio entre intereses en conflicto, y así concretar nuestro objetivo inicial. En supuestos de este tipo, los dos factores que limitan nuestra capacidad de regulación *ab initio* aparecen juntos.

Pensemos ahora en casos en los que la discrecionalidad es Explícita o Reconocida, como cuando los tribunales aplican un criterio variable, v. gr., el criterio de la diligencia debida en supuestos de imprudencia civil. Muy a grandes rasgos, la ley establece, por supuesto, que una persona tiene derecho a una indemnización si los daños sufridos, especialmente en caso de lesiones, son consecuencia de que un tercero no ha adoptado una diligencia razonable para evitarlos. Pero ¿en qué consiste la diligencia debida o razonable en cada caso concreto? Por supuesto, podemos citar ejemplos típicos de diligencia debida: conductas tales como detenerse, mirar y escuchar cuando se espera que haya tráfico. Pero sabemos de sobra que las situaciones que requieren diligencia son extraordinariamente variadas y que pueden intervenir muchos otros factores aparte de detenerse, mirar y escuchar: de hecho, puede que no baste con eso y que hasta resulte inútil si mirar no ayuda a conjurar el peligro o a ver nada. Lo que buscamos en la aplicación del criterio de la diligencia razonable es (1) asegurar que se adopten precauciones que evitarán un daño sustancial y, a la vez, (2) que las precauciones ade-

cuadas no impliquen un sacrificio excesivo en relación con otros intereses legítimos. No hay ningún sacrificio en detenerse, mirar y escuchar salvo, claro está, que estemos llevando en coche [a] un hombre que se desangra al hospital. Sin embargo, debido a la inmensa variedad de supuestos en los que puede requerirse la aplicación de diligencia, no podemos prever *ab initio* las combinaciones de circunstancias que se producirán ni anticipar con precisión los intereses que habrá que sacrificar, y en qué medida, si corresponde adoptar una precaución para evitar un daño. Así, antes de que surjan los casos concretos, somos incapaces de determinar con exactitud qué sacrificio o ponderación de intereses o valores nos parece deseable para reducir el riesgo de daño. De nuevo, nuestro objetivo de asegurar a las personas frente al daño es indeterminado hasta que lo ponemos a prueba o lo entendemos en el contexto de las posibilidades que sólo se nos presentan a través de la experiencia: cuando esto ocurre, entonces nos enfrentamos a una decisión que, al adoptarse, determinará en esa medida nuestro objetivo.

8.

La fijación de tarifas por parte de la Administración es sin duda un ejemplo más dramático de los factores que hacen de la discrecionalidad algo inevitable en este tipo de situaciones humanas. Queremos una tarifa que sea razonable y justa, pero este objetivo, como el de una cena exitosa, es [una] especie de gran matriz que puede rellenarse o completarse de innumerables formas. Como ocurre habitualmente, habrá casos claros e identificables de lo que no es una tarifa razonable: una tarifa que por su alto coste supusiera extorsionar a la población para un servicio esencial sería contraria a cualquier propósito asociado a la regulación de las tarifas; por otro lado, quizá más discutible, una tarifa demasiado baja como para constituir un incentivo para gestionar la organización ferroviaria o como para ofrecer una remuneración superior a la labor de barrer las calles, normalmente debería rechazarse. Pero es evidente para cualquiera familiarizado con este ámbito de la discrecionalidad que éstos son sólo algunos de los principales elementos: otros casos ponen de manifiesto distintos factores que deben tenerse en cuenta. Puede haber tarifas que, debido a la importancia de la industria local, amenazarían la prosperidad de millones de personas pero que, al margen de esta consideración, parecerían perfectamente justas. Ésta es sólo una de las dificultades que impiden la formulación de reglas *ex ante*: y de nuevo aparece la necesidad de la discrecionalidad, a partir del intento de regular un ámbito en el que las combinaciones previsibles del hecho relevante son relativamente pocas y conllevan una relativa indeterminación del objetivo. Desde luego, esperamos desarrollar reglas a través de la experiencia: esto dependerá de la medida en la que los factores comunes aparezcan en las distintas situaciones; en ciertos casos han aparecido y, o bien constituyen una base satisfactoria para determinadas reglas, o permiten identificar un factor que siempre deberá ser considerado por el órgano que ejerza la discrecionalidad en estos ámbitos. Por supuesto, las murallas de las decisiones de la ICC están construidas con los cadáveres de las esperanzas vanas puestas en esas reglas (definiciones de tarifas razonables en términos de rentabilidad justa sobre el valor de intercambio, valor de sustitución, valor de inversión, etc.).

A la espera del desarrollo de reglas, la discrecionalidad deberá ocupar su lugar, puesto que verdaderamente se trata de un campo en el que hombres honestos y razonables pueden discrepar, independientemente de la información que tengan de los hechos relativos a los casos concretos.

Así pues, en ámbitos como éstos, y una vez reconocido qué hace inevitable la discrecionalidad, lo más importante es identificar cuáles son las condiciones óptimas para su ejercicio, puesto que cuando no podemos estar seguros de acertar, al menos podemos hacer todo lo posible por generar las mejores condiciones para adoptar una decisión.

No creo que sea exagerado decir que las decisiones que implican discrecionalidad son racionales, fundamentalmente por la forma en que se adoptan, pero por supuesto el término «forma» debe entenderse aquí en el sentido de que incluye no sólo factores estrictamente procedimentales y la exclusión deliberada del interés privado, el perjuicio y la aplicación de la experiencia en ese campo, sino también el esfuerzo concreto por identificar los diversos valores que deben tenerse en cuenta y someterse a algún tipo de jerarquía o subordinación en el ejercicio de la discrecionalidad.

9.

Lo anterior es, sin duda, una mera presentación preliminar e inevitablemente demasiado general: lo que conviene ahora es tomar el ejercicio de la discrecionalidad en varios ámbitos (como quizá aquéllos a los que se refieren los ejemplos del apartado 3) y determinar los factores que deben ser considerados en cada campo para un ejercicio fundamentado de la discrecionalidad. Creo que las condiciones óptimas para el ejercicio de la discrecionalidad resultarán muy distintas en el caso de que el recurso de la discrecionalidad se contemple, digamos, de forma sólo tácita o como corolario de reglas de otros supuestos. Me parece claro, por ejemplo, que cuando la discrecionalidad se ejerza en el transcurso de decisiones judiciales que tratan de aplicar normas, el peso de factores tales como la coherencia con otras partes del ordenamiento será especialmente importante, mientras que apenas lo será en supuestos de Discrecionalidad Reconocida ejercida, pongamos, por un órgano de fijación de tarifas.

Es evidente que los intereses de este grupo pueden orientarse a diferentes elementos del fenómeno global de la discrecionalidad que he intentado caracterizar: algunos miembros del grupo quizá consideren muy importante identificar y definir los factores cuya consideración será una parte del ejercicio fundamentado de la discrecionalidad; a otros les interesará más el ámbito y el alcance de la discrecionalidad que haya de atribuirse a las autoridades en distintas circunstancias.

Yo mismo me he concentrado en este trabajo declaradamente introductorio en el «salto» que necesariamente implica la discrecionalidad después de haber hecho todo lo posible para garantizar las condiciones óptimas para su ejercicio. Es importante porque algunas expresiones utilizadas habitualmente para describir el ejercicio de la discrecionalidad, tales como «intuición» [y] «reconocimiento de un objetivo rector implícito», pueden alimentar la ilusión de que nunca se da la situación en la que hemos de conciliar valores contradictorios o elegir entre ellos sin un principio último que nos

sirva de guía. Creo que la sugerencia de que nunca se da ese «salto» es tan errónea como lo sería una descripción de la discrecionalidad como una elección meramente arbitraria. Me parece claro que, precisamente porque hay un punto en el que ya no podemos guiarnos por principios y como mucho podemos limitarnos a solicitar la confirmación de nuestro criterio a personas que han seguido un procedimiento parecido antes de adoptar una decisión, la discrecionalidad es una esfera en la que los argumentos a favor de una decisión u otra pueden ser racionales sin ser definitivos. No hay duda de que aprendemos a través de sucesivos ejercicios de discrecionalidad en un ámbito similar y descubriendo lo que en el sentido explicado más arriba cabe reivindicar como la identificación de los factores que deberán tenerse en cuenta para justificar decisiones ulteriores. Lo que más atención merece en este campo es, en mi opinión, el estudio de los criterios a los que apelamos cuando, al revisar un abanico de decisiones discrecionales pasadas, decimos cosas como: «Ese fue un equilibrio satisfactorio entre distintos valores». ¿Estamos invocando aquí el criterio de una pluralidad de espectadores imparciales o están operando principios más definidos?

(Traducción de Juan Ramón de Páramo)