

La arbitrariedad

Por MILAGROS OTERO PARGA

Santiago

1. INTRODUCCION

La Constitución española de 1978 establece en el art. 9-3.º la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos junto con otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico español. De este modo, la prohibición dirigida hacia los poderes públicos de actuar de forma arbitraria en el ejercicio de sus funciones se muestra en el texto constitucional en un lugar privilegiado y al lado de principios como la legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica y la responsabilidad.

El objetivo del presente trabajo se centra en el estudio de la arbitrariedad desde el punto de vista conceptual ya que entiendo que sólo conociendo el contenido del principio será posible cumplir con el mandato constitucional de frenarla.

Sin embargo, la delimitación de este concepto no se muestra tarea fácil y por ello procederé, en primer lugar, a establecer sus límites por vía de exclusión con otras figuras afines que, pesar de haber sido tradicionalmente confundidas con la arbitrariedad, no podemos considerarlas técnicamente como tal cosa. Desde esta perspectiva me ocuparé brevemente de la discrecionalidad y de la injusticia.

A continuación, extraeré los elementos que aparecen en los estudios realizados sobre el tema a fin de poder confeccionar, por síntesis, una delimitación del concepto que permita conocerlo un poco mejor para poder cumplir de la forma más adecuada con el precepto constitucional del art. 9-3.º.

2. FIGURAS AFINES A LA ARBITRARIEDAD

Mi intención en este epígrafe es determinar qué actuaciones, aunque muy próximas, no constituyen arbitrariedad, con el objetivo de establecer así, *contrario sensu*, lo que sí sería censurable como comportamiento arbitrario. Para ello me centraré, tal y como he anunciado, en dos situaciones; *discrecionalidad e injusticia*, que son las que, a mi juicio, reflejan mejor el problema.

2.1. Arbitrariedad y discrecionalidad

Hoy en día la figura de la arbitrariedad resulta poco estudiada, al menos en lo que a su aspecto conceptual se refiere, creciendo sin embargo la preocupación por su determinación en campos específicos como el derecho administrativo, financiero o tributario.

En el ámbito del derecho administrativo, que es el que parece prestarle en este momento mayor atención, se parte de la base de que no es lo mismo discrecionalidad que arbitrariedad. Y, en este sentido definen la primera como *parte necesaria e irrenunciable de la actividad de la Administración* y condenan la segunda como ausencia de control y simple capricho.

No obstante, esta afirmación de condena y defensa resulta simplista en exceso. La realidad jurídica, muy rica en situaciones particulares, demanda de la doctrina un estudio mucho más profundo. Quizá por ello en estos últimos años se han producido distintas manifestaciones, a veces incluso muy vehementes, que tratan de deslindar estos conceptos y de estudiar las relaciones entre ellos.

La polémica se centra en las posturas de dos administrativistas Tomás-Ramón Fernández y Luciano Parejo que mantienen opiniones enfrentadas sobre el desarrollo de las técnicas de control judicial de la discrecionalidad y sobre la imprecisión de los posibles límites de control.

El problema suscitado nos afecta ya que la arbitrariedad se presenta como una conducta censurable que se produce como consecuencia del abuso de poder, mientras que la discrecionalidad se muestra como un poder necesario del cual precisa la Administración para alcanzar sus fines de la mejor manera posible. La discrecionalidad implica un necesario control, aunque este sea muy difuso, mientras que la arbitrariedad sería el resultado de la falta de control.

Por ello, el hilo conductor de este trabajo debe trasladarse, aunque sólo sea de forma provisional, al ámbito de la discrecionalidad ya que ella determina, por defecto, la aparición de la arbitrariedad.

Según Tomás-Ramón Fernández «el poder discrecional es una capacidad incondicionada de imposición libre y exenta de cualquier posible fiscalización o corrección desde fuera, de dar cuenta de sí misma, de justificarse en una palabra»¹. Este poder tan amplio deriva, según él, de la interpretación de la división de poderes que propugnaban los revolucionarios franceses como separación de poderes. La Administración quedaría así exenta de todo control judicial, reservándose el contencioso-administrativo para aquellos casos en los que fuese necesario corregir los errores, por fuerza graves pero excepcionales, de las decisiones administrativas.

Y este poder, así concebido, es el que la Constitución de 1978 concede a la Administración ya que según su opinión «no le ha aportado una legitimación que siglo y medio atrás no tuviera. Siempre fue legítimo y siempre será necesario»².

Por ello, y haciendo legítimo uso de este poder, la Administración puede elegir la solución que le parezca más acorde con los intereses del momento en cada caso determinado siempre que ello sea legalmente indiferente. Puede elegir lo que considere más conveniente siempre que la norma que le habilite para actuar no le imponga expresamente condiciones determinadas de actuación.

No obstante, hay que distinguir la indiferencia legal de la jurídica ya que «indiferente jurídicamente no hay nada a priori en un Estado material de Derecho que reconozca un orden de valores preexistente y se ordene a su efectiva realización»³.

Lo que se trata de evitar es la arbitrariedad entendida como abuso o desviación de poder, así como falta de control sobre el mismo y esto no se produciría ya que, según él, toda decisión de la Administración, por muy discrecional que sea, es susceptible de control judicial de juridicidad (no de legalidad como apostilla Parejo)⁴. No en vano el juez puede controlar los actos discrecionales de la Administración hasta el punto que le permite el derecho establecido en los arts. 103-1.º y 106-1.º de la C.E.⁵. De esta forma, el control queda asegurado y la anulación del acto discrecional se mantiene como una medida de carácter excepcional.

1. FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1991, p. 17.

2. FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1994, p. 147.

3. FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 151.

4. PAREJO Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 48.

5. Conviene recordar que el art. 103-1.º de la C.E. afirma que la Administración debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Idea que se complementa en el art. 106-1.º que afirma que los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Sin embargo, los actos discrecionales deben estar respaldados por datos objetivos a fin de que no puedan convertirse en arbitrariedad. Por ello conviene fijar unos criterios claros y precisos dentro de los cuales puedan moverse las autoridades administrativas sin riesgo, en el ejercicio de sus funciones. La finalidad de esta medida, según García de Enterría es «poder contar con toda normalidad con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la ley, y en todo caso, de la finalidad pública de utilidad o interés general»⁶. Porque, de no ser así, el acto discrecional desviado de su fin incurriría en un vicio que debe ser fiscalizado por los tribunales.

En cuanto a la enumeración de los criterios a tener en cuenta, Fernández afirma que son los de motivación y racionalidad. La motivación (que entiendo como un ensayo mental preparatorio de una acción para animar o animarse a ejecutarla con interés y diligencia) se perfila como un criterio de suma importancia ya que en su ausencia «el único apoyo de la decisión sería la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente como es obvio en un Estado de Derecho»⁷. Por ello, la motivación debe existir, aunque sea sucinta, siempre que sea suficientemente indicativa tal y como recoge la ST de 18 de junio de 1982. Además debe ser razonable, esto es, debe poder ser justificada con datos objetivos, sin olvidar, en ningún caso, el mandato constitucional del art.103-1.º de servicio a los intereses generales.

Frente a esta postura nos encontramos con la de L. Parejo que difiere, en buena medida, en muchos de los planteamientos hasta ahora expuestos. Parte igualmente de la necesidad de cumplir el mandato del art. 9-3.º de la C.E en cuanto a la interdicción de la arbitrariedad se refiere pero, frente a Fernández, se muestra muy pesimista en cuanto a la situación actual. Por ello advierte del peligro de desbordamiento por el juez contencioso-administrativo de los límites de su función, lo cual implicaría el riesgo del «subjetivismo y decisionismo que conllevaría de forma irremediable el grave error de sustitución de la discrecionalidad por la arbitrariedad»⁸.

Por otro lado, y a pesar de que defiende la necesidad de que la Administración disponga de un poder discrecional tampoco cree que los criterios de motivación y racionalidad expuestos por Fernández para su control sean efectivos. Según él, el primero, el de la motivación, es válido y por ello no es discutible, pero no aporta nada a la solución del problema de los límites del control judicial.

6. GARCÍA ENTERRÍA Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3.ª ed, Madrid, Cuadernos Civitas, 1989, p. 27. Del mismo autor *La interdicción de la arbitrariedad*, Revista de la Administración Pública, 30, p. 113 y ss.

7. FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit, p.105 y ss.

8. PAREJO Luciano, *Administrar y juzgar...cit.* p. 36.

En cuanto a la necesidad de justificación objetiva de la decisión administrativa, opina que la racionalidad no es algo objetivo ni preciso y por tanto es tan fácil de defender como difícil de controlar. Con lo cual el riesgo de que el poder discrecional de la Administración se convierta en arbitrariedad está mucho más presente en las preocupaciones de Parejo que en las de Fernández.

Frente a estas dos posturas, aunque no enfrentándose a ellas, se encuentra Miguel Sánchez Morón. Según él, la Administración debe disponer de un poder discrecional dentro de unos límites que no están destinados ni a reducir, ni a eliminar este poder, pero que deben ser establecidos, ya que «los jueces no pueden interferir en los aspectos políticos, técnicos o de cualquier forma no jurídicos de la decisión»⁹.

Por ello propugna la necesidad de establecer una cautela en el uso de los criterios mencionados de motivación, racionalidad o cualesquiera otros a fin de evitar el encubrimiento de una apropiación por los órganos judiciales del ámbito de lo discrecional que la ley atribuye expresamente a la Administración

En cuanto a los límites a establecer entiende que son de varios tipos; a saber de carácter sustantivo, competencial, organizativo y procedimental. No todos ellos son fáciles de establecer y controlar y sobre todo no lo es el de «interdicción de la arbitrariedad que no puede ser utilizado como una fórmula multiuso para, con su sola invocación o sobre la base de pruebas no concluyentes, justificar cualquier imputación de falta de lógica externa o de coherencia interna de una decisión discrecional»¹⁰. Así, no deberá calificarse de arbitrario ningún acto que tenga justificación razonable «aunque puedan existir soluciones que puedan parecer más lógicas o más atendibles o preferibles por su racionalidad»¹¹.

Sin embargo y a pesar de la posible dificultad de establecimiento de estos límites de control del poder discrecional de la Administración, no está de acuerdo con Fernández en cuanto al hecho de que no deba existir fiscalización del uso que la Administración haga de su poder discrecional ya que esta imagen no se correspondería con el régimen democrático actual en el que no puede existir ninguna potestad exenta de justificación. Toda actividad tanto gubernativa como administrativa está sometida de hecho a la crítica de la opinión pública, a la crítica política, a la responsabilidad política y a todas las instituciones y órganos públicos cuya misión es la de fiscalizar la acción administrativa¹². Y

9. SÁNCHEZ MORÓN Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 92

10. SÁNCHEZ MORÓN Miguel, *op. cit.*, p. 139.

11. En este sentido las STS del Tribunal Constitucional 108/1986 y 65, 66 y 67/1990. Sólo es decisión discrecional arbitraria la absolutamente irrazonable y manifiestamente carente de explicación teniendo en cuenta el interés público.

12. Pensemos en el Defensor del pueblo, Tribunal de Cuentas, interventores, inspectores etc., cuya única actividad es la de control de las posibles ilegalidades y abusos de poder.

a pesar de que, como señala Rovira, algunas de estas responsabilidades son insuficientes o difícilmente exigibles ¹³, debemos procurarlas a fin de evitar que el control judicial sea el único, desvirtuando así tanto su función como la de la Administración que pretende controlar.

De todo lo dicho creo que podemos concluir que entendemos que arbitrariedad y discrecionalidad son conductas distintas aunque relacionadas. Están relacionadas porque ambas suponen la posibilidad de actuar sin sometimiento a unas normas rígidas preestablecidas. Difieren en el sentido de que el poder discrecional significa una posibilidad de actuación no reglada pero sometida a unos principios y directrices generales, mientras que la arbitrariedad supone una ausencia total de criterio. Y, en consecuencia, la segunda debe ser evitada como abuso de poder, mientras que la primera, por el contrario debe ser permitida, aunque limitada, a fin de que la Administración pueda cumplir adecuadamente con su propósito y así servir, de la mejor manera posible, a los intereses generales.

2.2. Arbitrariedad e injusticia

Entendemos que la arbitrariedad es una conducta contraria a derecho mientras que la justicia es uno de los valores fundamentales objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en algunas ocasiones el mandato concreto que impone una ley puede no ajustarse estrictamente a los parámetros de la justicia, de tal manera que una ley concreta puede resultar injusta.

Para evitar esta situación, el derecho dispone de una serie de medidas correctoras, de tal manera que la modificación de un precepto para ajustarlo a la justicia, es una práctica corriente.

Por ello ignorar una norma cuando todavía está vigente, supone la realización de una conducta antijurídica aunque el motivo que se esgrima para ello sea la búsqueda de una mayor justicia. Y en este sentido se expresó Legaz Lacambra cuando advirtió que «la arbitrariedad no debe confundirse con la injusticia ya que el derecho puede ser considerado injusto, pero nunca arbitrario» ¹⁴. Ello es así porque la arbitrariedad significa siempre negación del derecho en su forma. Y, la justicia no puede ser considerada como un valor que se comporte de «modo neutral» ante el derecho y ante la arbitrariedad. La justicia sólo puede ser realizada a través del derecho ya que su adecuada consecución está

13. ROVIRA FLOREZ DE QUIÑONES, M. Carolina, *La responsabilidad en el Título Preliminar de la Constitución* en: Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, V Vol, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, p. 3581 y ss.

14. LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, 5.^a ed, Barcelona, Bosch, 1979, p. 632.

en relación con otros valores como la proporcionalidad y sobre todo la igualdad. Y así no sería justa una solución que no pudiera ser garantizada por igual en todos los casos en que concurriesen idénticas circunstancias.

Además, según señala Recaséns, «la calificación de arbitrariedad no se refiere al acierto o desacierto, a la justicia o injusticia de un precepto, sino que se refiere a la característica de que un mandato sea formalmente negador de lo jurídico»¹⁵. Puesto que, aunque hipotéticamente un acto arbitrario buscara únicamente alcanzar la justicia, tendríamos que negar su bondad jurídica como una forma inadecuada de conseguir un fin adecuado. Por otro lado, no debemos olvidar que la calificación de justicia o injusticia se predica del contenido de las normas mientras que la arbitrariedad se refiere a la forma¹⁶. Por ello, el derecho puede contener leyes justas e injustas siempre que reúnan las características de la juridicidad. Mientras que lo arbitrario está siempre al margen de la ley.

No obstante lo visto, este planteamiento choca con la dificultad de admitir la existencia de leyes injustas frente a la posibilidad de alcanzar un resultado más justo a través de un acto arbitrario. Y aquí es donde entran en juego otra serie de valores del ordenamiento jurídico como son la seguridad y la certeza que deben ser conjugados con los datos hasta ahora extraídos.

Sabemos que un ordenamiento jurídico adecuado debe protegerlos aunque los distintos autores han manifestado opiniones distintas en cuanto a la jerarquía de los mismos en caso de conflicto. Así, para el Radbruch de la primera época «por regla general la seguridad jurídica que el derecho confiere justificará también, precisamente en cuanto forma menor de la justicia, la validez del derecho positivo en cierta medida injusto»¹⁷. Sin embargo, este mismo autor en su última etapa ya se mostraba partidario de la protección de la justicia frente a la seguridad.

Otros ejemplos clásicos los aportan autores como Carnelutti, Corsale y López Oñate. El primero, Carnelutti, se muestra claro defensor de la justicia advirtiendo que la certeza debe ser el reflejo de la justicia, hasta tal punto que si se produce un enfrentamiento entre ambas, debería resolverse a favor de la justicia, ya que sólo así se garantizaría el derecho¹⁸. Y en este sentido crítica a López Oñate ya que éste tiende

15. RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, 7.^a ed. México, Ed. Porrúa, 1985, p. 107.

16. RECASENS SICHES, Luis, *Adiciones a la Filosofía del Derecho* de G. Del Vecchio, 2.^a ed corregida y aumentada, T. I, Barcelona, Bosch, 1935, p. 523 y ss.

17. RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México-Madrid-Buenos Aires, Fondo de cultura económica, 1974, p. 44.

18. CARNELUTTI, Francesco, *Discorsi in torno al diritto*, vol. II, Padova, 1953, p. 24 y ss.

a conceder un papel más trascendente a la certeza frente a la justicia, siempre que el grado de injusticia que se produzca no sea total¹⁹. Corsale por su parte, prefiere armonizar la certeza y la justicia considerando los aspectos de una misma realidad²⁰.

Por esta vía de relación certeza-seguridad-justicia y arbitrariedad podríamos continuar abordando esta problemática, pero no es este el momento oportuno para hacerlo ya que excede los límites del trabajo ahora propuesto²¹. En todo caso, y a modo de resumen conviene recordar con Henkel que «como certeza del orden, la seguridad jurídica se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo respecto de una situación de regulación»²². Y por ello la arbitrariedad, como conducta contraria a la certeza y a la seguridad, debe ser perseguida con independencia del posible grado de justicia que pueda alcanzar en contenido.

El jurista en su elaboración y realización del derecho debe perseguir la justicia, pero no cualquier tipo de justicia, sino aquella que garantice el orden, la estabilidad y la igualdad entre otros valores. Y ese orden no podrá ser alcanzado más que a través del derecho, del derecho justo claro está, pero del derecho en cualquier caso. Si este derecho no fuera el adecuado tendría que ser variado y para ello existen mecanismos adecuados, pero, en ningún caso podría admitirse la existencia de una conducta arbitraria que pretendiera enmascarar su antijuridicidad con la eventual realización de la justicia en ese caso concreto.

Injusticia y arbitrariedad no son situaciones equivalentes. Puesto que, como regla general, el derecho persigue la justicia, mientras que la arbitrariedad supone la imposición por la fuerza, del capricho de un órgano de poder público. Y de forma excepcional, en aquellos casos en los que la arbitrariedad persiguiera la realización de la justicia, tampoco sería admisible, desde el punto de vista del derecho, porque supondría la negación del orden y de la seguridad. Y, por lo tanto, del derecho.

Una vez finalizado este epígrafe sabemos qué situaciones, aunque muy próximas, no constituyen arbitrariedad. Además nos ha ayudado a sentar algunas bases comunes de las que creo que se debe resaltar el hecho de que la arbitrariedad consiste siempre en una conducta contraria a derecho desde el punto de vista formal, con independencia del contenido material de la misma.

19. LÓPEZ OÑATE, Flavio, *La certeza del Derecho*, Buenos Aires, Ed jurídicas europa-américa, 1953, p. 73 y ss.

20. CORSALE, Masimo, *Certeza del diritto e crisi di legittimitá* 2.^a ed. Milano, Giuffré, 1979, p. 24 y ss.

21. Existen muchos trabajos de este tipo en el ámbito español. Entre ellos PECES BARBA, Gregorio, *La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho* en: Anuario de Derechos Humanos, 6, 1990 y PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel Derecho, 1991.

22. HENKEL, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. Gimbernat, Madrid, Taurus, 1968, p. 546.

Sin embargo esta apreciación es simple en exceso y por ello voy a proceder al estudio de los requisitos que debe contener una conducta para ser arbitraria a fin de elaborar un perfil, lo más completo posible, de este concepto.

3. LA NOCION DE LA ARBITRARIEDAD

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la arbitrariedad es el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado por la voluntad o capricho. El término procede del latín *arbitrarius* que significa, además de arbitrario, incierto y dudoso.

Si analizamos esta primera aproximación al concepto, observamos que se entiende que lo arbitrario es lo contrario al derecho, a la justicia y a la razón. Además es lo dictado únicamente en función de un capricho y por lo tanto no se ajusta a ningún tipo de regla u orden. Y de ahí la consecuencia de falta de certeza y duda que contiene el término latino.

Sin embargo, un examen más detallado de los términos nos permite obtener un punto de vista más positivo relacionado con la libertad y la capacidad de opción reservadas al hombre por su condición de ser racional. De hecho, si nos fijamos en el significado del término *arbitrio*, observamos que procede del latín *arbitrium* que significa elección, voluntad, libertad y albedrío. Y de ahí se derivan otros términos como árbitro, o arbitrar, que hacen referencia a la posibilidad de elegir utilizando la capacidad humana de entendimiento y raciocinio.

La raíz de ambas acepciones es la misma. No obstante, la utilización del término *arbitrio*, o de la expresión *libre arbitrio* al modo agustiniano o luterano, tiene un matiz que podemos calificar de positivo; mientras que, por el contrario, la arbitrariedad sugiere generalmente algo negativo, como una conducta antijurídica. Sin embargo, autores como Goldschmidt o Ihering hablaron de la posibilidad de concebir la arbitrariedad desde lo que llamaban «el buen sentido» identificándola con el libre albedrío²³. Desde su punto de vista, la arbitrariedad tomada en este sentido, junto con la autonomía, representa la voluntad funcionando libremente de acuerdo con la ley. Sin embargo creo que esta acepción se refiere más al término *arbitrio* que al término *arbitrariedad*, que es el que ahora interesa. La arbitrariedad supone siempre, como ya hemos visto, una conducta contraria a derecho y por lo tanto negativa desde nuestro punto de vista.

23. GOLDSCHMIDT, Werner, *La arbitrariedad en el mundo jurídico en: Justicia y verdad*, Buenos Aires, Ed. La ley, 1978, p. 469 y ss. GOLDSCHMIDT, James, *Estudios de Filosofía jurídica* traducción, notas y comentario por R. Goldschmidt y C. Pizarro, Buenos Aires, Tipografía editora argentina, 1947, p. 18 y ss. Y VON IHERING Rudolf, *El fin en el Derecho*, Madrid, Ed. Rodríguez Serra, s/a, p. 227 y ss.

En todo caso, no es nuestro punto de vista el que interesa sino el que expone la C.E. en su art.9-3.º al manifestar claramente el mandato de la interdicción de la arbitrariedad indicando que lejos de considerar un posible aspecto positivo del término, lo condena como conducta contraria a derecho.

De hecho, la inclusión de este principio en el art.9-3.º junto con otros como la legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad y la responsabilidad, no fue prevista, al menos inicialmente, por el Congreso de los Diputados. En efecto tanto en la redacción de 17 de abril de 1978 como en el texto de proyecto de Constitución aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 24 de julio de 1978 no aparecía este principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos como fundante y rector del ordenamiento jurídico español.

Su posterior inclusión se debió al Senado ya que fueron los senadores Martín-Retortillo Baquer y la Agrupación independiente, los que en su turno de enmiendas creyeron conveniente dar cabida en el texto constitucional a esta figura advirtiendo de la necesidad de que un principio, calificado por ellos de «tan importante» no fuese preterido ²⁴.

De este modo, el dictamen de la comisión de la Constitución (publicado en el Boletín oficial de las Cortes de 6 de octubre de 1978) ya incluía en el art.9-3.º la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Inclusión que se plasmó, aunque todavía no con la redacción definitiva, en las modificaciones propuestas por el pleno del Senado al texto del proyecto de Constitución aprobado por el Congreso de los Diputados (B.O.C. de 13 de octubre de 1978).

Este principio pasó con posterioridad, y ya con la redacción definitiva, al dictamen de la comisión mixta (B.O.C. de 28 de octubre de 1978) y de allí a la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de 31 de octubre de 1978 en la que fue aprobado.

Villar Palasí y Suñé Llinas afirman que la razón de ser de esta inclusión está en que «ningún poder pueda traicionar con su arbitrariedad la confianza que en él depositaron los particulares» ²⁵. Y lo adecuado sería que esta previsión se cumpliera y que el principio que según Garrido Falla tiene un origen claramente doctrinal, sirviese para realizar una labor de control efectiva y no fuese simplemente «una forma muy personal y ciertamente elegante» de referirse al control

24. Más información en los Trabajos Parlamentarios de la C.E. Cortes Generales, Madrid, 1980. Las enmiendas presentadas fueron: Sr. Martín-Retortillo Baquer, la n.º 1 y A.G. la n.º 657.

25. Comentarios a las leyes políticas, Constitución española dirigidos por Oscar Alzaga, Madrid, Ed Revista de Derecho 1983, p. 391.

jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa ²⁶, ya que el art.9-3.º hace referencia a todos los poderes públicos.

Por último, me referiré a los requisitos que debe reunir una conducta para poder ser calificada de arbitraria a fin de poder confeccionar, con ellos, la definición de este concepto.

4. REQUISITOS DE LA ARBITRARIEDAD

Pretender enumerar una lista cerrada de requisitos resulta siempre una tarea árdua, pero en esta circunstancia el problema se agrava ya que nos encontramos ante una figura difícil de acotar, al menos en el aspecto práctico. Por ello al establecer la serie de requisitos que citaré a continuación, no tengo la pretensión de la exhaustividad. No sé si existirá alguno más que yo no haya apreciado, pero lo que sí creo es que todos aquellos a los que me referiré a continuación deben ser cumplidos para poder calificar una conducta de arbitraria. Estos son los siguientes: *conducta antijurídica, poder público e irregularidad caprichosa*. Veamos cada uno de ellos.

4.1. Conducta antijurídica

Esta primera característica es muy amplia ya que en ella incluyo, además de los casos específicos de conductas contrarias a derecho, aquellas otras de difícil clasificación y que se refieren a irregularidades formales. En este sentido son esclarecedoras las palabras de Legaz Lacambra que entendía la arbitrariedad como la conducta antijurídica de los órganos del Estado bien por alteración del procedimiento con arreglo al cual debe ser establecida una norma determinada, bien por desconocimiento del contenido específico que una norma inferior debe desarrollar con relación a una norma superior; o bien por transgresión de la esfera de la propia competencia ejecutiva ²⁷. Estos actos antijurídicos, y por tanto contrarios a derecho no se hallan necesariamente sancionados como delitos y de ahí la necesidad de intentar frenarlos, al menos por la vía de la interdicción de la arbitrariedad.

Por otro lado, y a pesar de que la arbitrariedad es una conducta contraria a derecho, presenta, como recuerda Caamaño, algunos elementos comunes con él ²⁸. De hecho ambas son formas de expresión

26. GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la C.E.*, Madrid, Ed. Civitas, 1980, p. 123.

27. LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 630.

28. CAAMAÑO MARTÍNEZ, José, *La arbitrariedad* en: Estudios jurídicos, homenaje al prof. A.Otero Varela, Universidad de Santiago, 1981, p. 353 y ss.

de un poder autárquico, aunque no tenga que ser necesariamente aceptado por los sometidos a ella. Sin embargo, la arbitrariedad carece de la nota de inviolabilidad. Así, la norma arbitraria no vincula al sujeto que la creó, ya que éste obra en contra de ella sin que haya sido abolida, porque tiene potestad para hacerlo. Sólo obliga a los súbditos porque no tienen posibilidad de incumplirla.

Con esta afirmación Caamaño, siguiendo a Stammler²⁹, proporciona un dato más a tener en cuenta en cuanto a la consideración de la arbitrariedad como conducta antijurídica ya que en un Estado de Derecho, el derecho es inviolable vinculando por igual al sujeto que lo creó y a aquellos a los que está dirigido, hasta que no sea formalmente derogado.

4.2. Poder público

Esta segunda característica responde a la apreciación de que sólo se produce arbitrariedad, técnicamente hablando, cuando la conducta antijurídica de que se trate procede del Estado o poder público. Según Ihering, el Estado se halla en distinta situación que el súbdito porque tiene no sólo la misión, sino el poder de realizar el derecho. El Estado ordena y el súbdito obedece y si no lo hace será castigado. Mientras que si quien incumple es el superior su conducta no puede ser objeto de castigo. Por ello, Ihering califica a la arbitrariedad de «injusticia del Estado»³⁰.

En este mismo sentido, pero de forma aún más clara, se manifestó Recaséns afirmando que aunque toda arbitrariedad es negatoria de derecho, no todos los actos contrarios a derecho implican arbitrariedad sino «solamente aquellos que proceden de quien dispone del supremo poder social efectivo». Es decir, son arbitrarios «los actos antijurídicos de los poderes públicos con carácter inapelable»³¹. Ya que los actos presuntamente arbitrarios de los poderes inferiores serán antijurídicos o ilegales, pero no técnicamente arbitrarios ya que no sólo pueden sino que tienen que ser anulados por los poderes superiores. Mientras que si el acto antijurídico es cometido por el poder superior no existe ninguna otra instancia a la que poder recurrir. De ahí la afirmación del antiguo proverbio que establece que «duele menos el puño del derecho que el dedo meñique de la arbitrariedad».

29. STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, 1.^a ed, Madrid, Reus, 1930. p. 117 y ss.

30. IHERING, Rudolf, *El fin en el Derecho*, cit., p. 225.

31. RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, cit. p. 107. En sentido similar se expresó TERAN, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, 12.^a ed, México, Porrúa, 1993, p. 73.

En función de lo expuesto, creo que para que se produzca arbitrariedad es necesario que la conducta antijurídica, presuntamente arbitraria, sea realizada por un poder público que actúa excediéndose en la esfera de su propia competencia ejecutiva.

De no ser así, no tendría mucho sentido el mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (recogido en el art. 9-3.º de la C.E.), puesto que sería imposible realizarlo.

4.3. Irregularidad caprichosa

Este punto de vista es quizá uno de los más comúnmente mencionados en lo que al intento de conceptualizar la arbitrariedad se refiere. Entendemos que obrar de acuerdo con el derecho implica siempre seguir unas normas preestablecidas, un orden, mientras que la arbitrariedad supone «obrar sin arreglo a ninguna norma ni criterio objetivo y estable, el obrar sin apoyo en un fundamento dado, sólo porque sí, sólo en virtud del capricho o antojo subjetivo del momento»³².

El ser humano necesita la seguridad que le proporciona el orden. Necesita saber a qué atenerse en caso de que opte por contravenir las normas jurídicas. Y por ello la humanidad ha caminado históricamente hacia la lucha contra la arbitrariedad y consecuentemente hacia la instauración de un Estado de Derecho aunque a veces, como dice Atias, este esfuerzo histórico para reducir la parte de la actividad humana abandonada a la arbitrariedad «está lejos de haber sido consciente y deliberado»³³.

Para terminar me ocuparé, sucintamente, de la desigualdad de trato, habida cuenta de que muchos autores consideran que esta característica debe ser incluida como requisito de la arbitrariedad.

De admitirla habría que relacionarla con el epígrafe ya estudiado, en el que relacionábamos la arbitrariedad y la justicia. En aquel momento afirmábamos que aún en el caso de que el contenido de una conducta arbitraria pudiese ser más justo que el mandato de una norma jurídica, la primera no debía ser preferida, sino que había que modificar el segundo. Y una de las razones que entonces se esgrimían era la desigualdad que ello podría producir. Pues bien, ahondando un poco más en esa cuestión podemos fijarnos en las palabras de Radbruch en las que advierte que una ordenación jurídica que sólo pretendiera valer para algunos hombres y para algunos casos, con independencia del

32. RECASENS SICHES, Luis, *Adiciones a la Filosofía del Derecho* de G. Del Vecchio, *cit.*, p. 524.

33. ATIAS, Christian, *Contra la arbitrariedad. Teoría*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1988. p. 2.

mayor o menor grado de justicia alcanzado, no sería derecho sino arbitrariedad. Ya que sólo se puede hablar de derecho cuando el trato o pretensión a la que nos estemos refiriendo pueda ser otorgado de igual manera a otros situados en iguales circunstancias ³⁴.

Coincido con esta afirmación en el sentido de que es imprescindible que el derecho garantice la igualdad de trato ante idénticas circunstancias. Pero disiento en la apreciación de que la desigualdad sea requisito de la arbitrariedad ya que de hecho ésta puede producirse respetando el principio de igualdad en aquellos casos en los que los poderes públicos, excediéndose en sus funciones impongan, por la fuerza una actuación caprichosa a todos los administrados.

5. CONCLUSION

En virtud de los datos obtenidos podemos establecer, la siguiente definición de la arbitrariedad puesta en entredicho por la C.E. La arbitrariedad prohibida por la C.E. en el art. 9-3.º, es el acto o proceder antijurídico de un órgano del poder público que actúa por puro capricho y amenazando con la fuerza del derecho, o empleándola de hecho.

La arbitrariedad es una conducta negadora del orden ya que significa la ausencia de un criterio constante de actuación, adoptado con independencia del resultado que produzca.

Sus consecuencias más inmediatas son la falta de seguridad, certeza, y justicia. Y por lo tanto constituye una práctica que debe ser evitada, tal y como establece nuestra Constitución, puesto que constituye un atentado frente al derecho establecido.

34. RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*. 2.ª ed, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1944. pp. 137 y ss. y 244 y ss.