

Revista de Ciencias Sociales

Vol. II

Marzo, 1958

Núm. I

APUNTES SOBRE EL VALOR DE LA DISCRECION*

CARL J. FRIEDRICH **

AL enfocar el problema de la discreción administrativa en términos de sus límites, de modo especial si la relacionamos al propio tiempo con el concepto de intervención, es fácil perder de vista el inmenso valor que ella tiene en muchos aspectos de la política económica. En los comentarios que siguen discutimos brevemente la importancia de la discreción cuando está permitida cierta medida de libertad a la imaginación y a la capacidad de raciocinio de especialistas con adiestramiento profesional, pues la administración no es sólo una cuestión de coerción sino también de estímulo y cultivo. ¿Se habría creado jamás una economía moderna sin la aportación asidua de administradores mercantilistas y cameralistas, de hombres tales como Lord Cecil, en el reinado de Isabel I y de Colbert bajo Luis XIV, para no mencionar sus equivalentes austriacos y prusianos?¹

* Traducido por Raquel Amadeo de Passalacqua.

** Profesor de Gobierno de la Universidad de Harvard. Autor, entre otros libros de: *The New Image of the Common Man*, 1950; *The Philosophy of Hegel*, 1953; *Introduction to Kant*, 1949. Editor del Public Policy Year Book de la Escuela Graduada de Administración de Harvard.

¹ Véase mi libro *Constitutional Government and Democracy* (3ra. edición). Ediciones en español, alemán y francés en prensa.

No es necesario abjurar de nuestras convicciones liberales para poder apreciar el papel histórico de la burocracia, ya que, desde una perspectiva histórica, ha de entenderse la empresa comercial moderna como la aplicación de la administración racional a la actividad económica.

Esto es aún más cierto, porque precisamente es el administrador liberal quien tendrá especial interés en destacar la función de aquel que cultiva y orienta con cautela y no la de aquel que refrena e intimida. Todo el concepto de la "administración cooperativa", hasta el presente tan poco conocido en Europa, gira en torno a la noción de que el administrador de, digamos, innovaciones en el campo de la agricultura, deberá buscar la cooperación y, desde luego, la ayuda de la masa de agricultores independientes que son los que pueden "hacer o deshacer" la nueva política.² En este caso, la discreción se extiende más allá del administrador hasta aquellos a quienes afecta la política propuesta y la manera en que se aplica.

La discreción puede definirse de varias maneras, pero siempre estarán envueltas las nociones siguientes: primero, puede y debe hacerse una decisión entre varias alternativas, y segundo, la selección no se hará de modo arbitrario, caprichoso o descuidado, sino como lo requieran las circunstancias.³ Frecuentemente existe, además, la idea de que la discreción debe operar dentro de un marco de reglas y cuando éstas se ponen en práctica, se refinan y se mejoran. Así pues, un tribunal que usa de su discreción al imponer una pena, actúa dentro del marco de las reglas del derecho penal de acuerdo con las cuales fue hallado culpable el criminal; un organismo administrativo, al fijar una tarifa, actúa dentro del marco de las leyes que definen y regulan las corporaciones de servicio público, etc. Cuando una corte, una comisión, o un funcionario, actúan de acuerdo con normas tales como "lo razonable", o "lo moral", se da por supuesto que lo hacen dentro del ámbito de las reglas que la ley ha establecido.⁴

² Para una formulación de este problema en un contexto amplio véase mi obra: *The New Belief in the Common Man* (1942), especialmente el capítulo tercero en el párrafo 114 y siguientes.

³ El autor desea hacer aquí público reconocimiento de la deuda que tiene contraída con el grupo informal de discusión compuesto por profesores de la Universidad de Harvard, principalmente profesores de la Escuela de Derecho, quienes se reunieron durante 1956-57, e investigaron los problemas generales de las "reglas vs. la discreción" como un problema de filosofía legal. La existencia misma del grupo fue una iniciativa de Lon Fuller.

⁴ Nos confrontamos aquí con el problema de las disposiciones generales que son llevadas a extremos desastrosos en los regímenes totalitarios (y asimismo en muchos regímenes autocráticos). Un juriconsulto alemán, el profesor Hademann, señala los peligros de tal ímpetu en las decisiones judiciales alemanas luego del advenimiento de Hitler al poder: *Die Flucht in die Generalklauseln* (1933), pero el tema es desarrollado más específicamente por Fritz von Hippel en *Die Perversion von Rechtsordnungen* (1955), ofre-

Dicho de otra manera, la discreción entra en juego cuando no se han formulado o no pueden formularse reglas (o principios), al mismo tiempo que no está permitido actuar a capricho. Tenemos un ejemplo concreto, en la selección de personal. Un cuerpo legislativo u otro organismo puede fijar reglas elaboradas y reglamentos precisos para la selección del personal, tal como se provee en las leyes sobre la carrera administrativa. Siempre quedará en muchos casos un elemento de discreción en los nombramientos. Todos los candidatos podrán ser de determinada edad, poseer una preparación académica y experiencia dadas, ser oriundos de determinados lugares y poseer varios otros atributos requeridos. A menudo habrá candidatos con cualidades idénticas, pero hay que decidirse por uno de ellos. La junta encargada de los nombramientos quizá tenga que decidir si prefieren un graduado de Harvard o uno de Yale; probablemente tenga que juzgar el significado exacto de las frases contenidas en cartas de recomendación y así por el estilo. La ley, pues, concederá discreción a determinadas personas para que seleccionen un candidato. Al hacer esto, se espera que la persona, o personas, a quienes se les concede discreción la ejerzan "del mejor modo que sean capaces". Esto quiere decir que habrán de sopesar cuidadosamente todos los factores envueltos. Podrían, para seguir con nuestro ejemplo, evaluar a los que escriben las cartas de recomendación considerando su credibilidad, su capacidad para apreciar la idoneidad de los candidatos, etc. Podrían tener en cuenta que hay ya algunos graduados de Harvard dentro de la organización y que convendría alguna diversidad; o podrían, en cambio, considerar que la experiencia con los graduados de Yale ha sido tan provechosa que se les debe dar preferencia.

Asimismo, generalmente se supone que una persona a quien se otorga el poder de ejercer discreción, podrá dar razón de sus acciones. Este aspecto es evidente sobre todo cuando un superior concede discreción a un subalterno. De ordinario aquél presupondrá que éste usará su buen sentido y experiencia y que se regirá por los precedentes establecidos, etc. También espera, sin embargo, que el subalterno pueda ofrecerle razones si por algún motivo cree que la decisión hecha deba ser revisada. El superior rara vez quedará satisfecho con explicaciones tales como "me incliné a esa forma de pensar" o "mi intuición me dijo que ese era el mejor candidato" y mucho menos le satisfarán expresiones tales como "me agradó su cara" o "ella tenía una voz tan bonita".

ciendo ejemplos concretos de cómo tales cláusulas generales (y otras no tan generales) pueden pasarse de los límites permitidos por el sistema. Estos son ejemplos del abuso de la discreción.

Si uno evalúa tales "explicaciones razonadas" o investiga lo que ellas implican, encuentra que el razonamiento envuelto es a la vez *instrumental* y *valorativo*; esto es, que atiende tanto a los medios como a los fines. El encargado de personal podría sugerir que la persona seleccionada es un firme creyente de la democracia o insinuar que la que fue rechazada parece creer en el socialismo, o sea, que se trata de un filocomunista. También podría añadir que el uno es un individuo equilibrado y buen padre de familia o, por el contrario, que el otro es un solterón y un borracho. Pero aparte de estos juicios valorativos, puede haber juicios "instrumentales" que se apoyan en la habilidad del candidato, su conocimiento de idiomas u otras cualidades. En otras palabras la discreción así usada está ligada a los valores y creencias que prevalecen entre los miembros de la organización así como a las tareas que se ejecutarán.

Se nos hace claro al llegar a este punto por qué la discreción es tan valiosa y por qué también es un aspecto ineludible no sólo de todo gobierno y administración sino también de toda relación humana. A los filósofos, desde tiempos inmemoriales, les ha preocupado mucho el hecho de que las leyes jamás pueden cubrir la infinita variedad y detalles de las situaciones concretas. Para hacer frente a esta insuficiencia de la ley han intentado hallar personas de sabiduría excepcional, buscando discernir, por decirlo así, una *élite* natural de personas de inteligencia tal que sean capaces de ejercer una discreción ilimitada. Platón fue quizás más lejos que nadie en esta cuestión, al menos el Platón joven de *La República*. No resulta fácil refutarlo, hecha la concesión decisiva de que tales hombres pueden ser escogidos mediante un método confiable. El propio Platón se refugió en "la mentira real" para escapar de esta dificultad, pero la mayoría de nosotros ha rechazado su concepto del rey filósofo precisamente porque el problema que él aminora, o sea, el de cómo seleccionar las personas a quienes pueda concederse tanta discreción, parece ser el más difícil; ya que, en la selección de personal, según sugiere nuestro modesto ejemplo, se presentan algunos de los problemas más pertinaces en torno al ejercicio de la discreción. Sin embargo, aunque uno rechaza las ideas platónicas en torno a una *élite* natural, y la mayor parte de lo que de ellas se deriva, queda patente el hecho de que cuando surge una situación nueva que clama por innovación e invención creativas, todos los reglamentos se derrumban y surge a la luz la discreción. Y cuando ésta se usa de manera que la sociedad se beneficie; cuando, según la vieja expresión, se sirve al "bienestar general", entonces todos alaban el gobierno y la administración. Decisiones tales como la de Eisenhower de cruzar el Canal, la del Congreso

de los Estados Unidos de Norte América de conceder el Estado Libre Asociado a Puerto Rico y la de Truman de intervenir en Corea, son ejemplos recientes de la discreción en situaciones dramáticas que exigen una iniciativa creadora y las que son imposibles de resolver mediante precedentes o reglas establecidas.⁵

Cuando la discreción es así ejercida, cuando los factores atinentes a una decisión son obviamente numerosos y, al menos en parte, impredecibles, parecerá a la mayoría de las personas que un intento por limitar esta discreción mediante pautas preestablecidas sería poco inteligente y acarrearía consecuencias probablemente injustas.⁶ Parece igualmente injusto y poco sabio el conceder poder discrecional a personas incapaces de decidir con buen juicio; es decir, cuyas actuaciones y razonamientos no se puedan justificar al examinarse con posterioridad. En este punto nos confrontamos con la relación vital de la discreción con la responsabilidad. La discreción irresponsable no es lo que se desea generalmente. Pero ¿qué constituye la "discreción responsable"? En esencia, es la discreción ejercida en consonancia y con el respeto debido a los elementos comprendidos dentro de la situación. Comunmente esto significa que la persona que ejerce tal discreción está capacitada para ello. Sus actuaciones se considerarán responsables en tanto estén en armonía con un cabal conocimiento de aquella ciencia, arte, oficio o labor pertinente en las circunstancias en que habrá de ejercitarse la discreción. Por eso es que la selección de personal parece constituir el ejemplo por excelencia de lo que se ha de disponer para el ejercicio de la discreción. (Este es, incidentalmente, el residuo provechoso de la noción platónica del rey filósofo.) Es por esto que la responsabilidad administrativa depende, en tan alta medida, de que el trabajo se evalúe en términos de las normas objetivas que prevalezcan en la esfera de actividad de que se trate y del grado de destreza con que ha sido desempeñado.⁷

⁵ Cf. Platón, *La República*, especialmente en 473D. Aristóteles, con dudas acerca de esta doctrina, se enfrenta al problema de la discreción en una forma más acorde a nuestras ideas, especialmente en relación con su doctrina de *epicteia*. Cfr. mi libro *Philosophy of Law*, cap. II. Obsérvese el comentario sagaz de Kant sobre esta doctrina del poder discrecional ilimitado del rey-filósofo: "No es de esperarse que los reyes filosofen o que los filósofos se tornen monarcas, tampoco es de desearse puesto que el poder inevitablemente corrompe el juicio libre de la razón". Véase mis libros *The Philosophy of Kant* (1949), pág. 456 y *Inevitable Peace* (1948) *passim*. El pasaje sobre la mentira real, o "la falsedad noble" según lo traduce A. D. Lindsay, aparece en *La República*, 414.

⁶ Este punto fue especialmente subrayado por Henry Hart en las discusiones a que nos referimos anteriormente. Diferentes autores han elaborado este mismo argumento de tiempo en tiempo. El pensamiento político de escritores tales como Maquiavelo y Hegel está dominado por este problema cuyo ámbito ellos extreman demasiado. Gran parte de la literatura novotratista, en una u otra forma, tiene esta connotación. Esto es igualmente cierto sobre el pensamiento laborista inglés. Para este último véase el trabajo académico de W. A. Robson, especialmente *Justice and Administrative Law* (3ra. edición, 1951).

⁷ Cfr. *Constitutional Government and Democracy* (1951), *passim*, and *The New*

En este punto, la relación entre la discreción y la capacidad para discurrir razonablemente, resulta obvia. Cuando una persona posee la capacidad de actuar de tal modo que lo que él informa respecto de sus actos posee, por deducción, la potencialidad de ser sostenido por un razonamiento efectivo, demuestra con ello estar eminentemente capacitada para desempeñar un cargo con poder discrecional en un sistema de gobierno de ley. En un sistema así, esta capacidad puede con toda propiedad denominarse "autoridad".⁸ De hecho, y en el plano ideal, sólo esta forma de comunicación legítima puede decirse que posee autoridad *real*. Sólo entonces, el ejercicio de la discreción en cualquier nivel de gobierno (incluyendo hasta los ciudadanos) estará vitalmente ligado al proceso democrático de la libre discreción y de la decisión no arbitraria. Al mismo tiempo, deja de tener connotaciones coercitivas, pues entre hombres razonables, lo que puede demostrarse mediante el raciocinio no requiere coerción.⁹

En resumen, podría decirse que el valor de la discreción administrativa radica en su capacidad de liberar al hombre ilustrado para las tareas creadoras, o sea, para la acción innovadora. La mejor prueba de la discreción administrativa es la capacidad de tal hombre de dar una explicación razonada de su obra, pues la libertad verdadera sólo se hace realidad dentro del contexto de este tipo de discreción, ya en la vida privada, ya en la pública; tanto en el gobierno como en la economía.

A NOTE ON THE VALUE OF DISCRETION

CARL J. FRIEDRICH

(*Abstract*)

Since political administration is not only a matter of coercion, but also one of encouragement and of cultivation, particularly in the realm of formulating and executing economic policies, the interpretation of administrative discretion is of fundamental importance. Discretion may be defined in various ways, but what is always involved is (1) the no-

Belief in the Common Man (1941), cap. VI, "Responsibility and the Sense of Workmanship."

⁸ Desarrollamos este punto ampliamente en otro lugar; Cfr. mi ensayo en el volumen sobre "Autoridad" *Nomos* (1958), el 1er vol. anual de la American Society for Political and Legal Philosophy.

⁹ Los límites de esta hipótesis sobre la racionalidad son discutidos en mi otro ensayo "What is meant by 'politically impossible' ". Es uno de los temas principales de mi libro sobre el hombre común. Cfr. también *Die Philosophie des Rechts in Historischer Perspektive* (1956).

tion that a choice between several alternatives can or *must* be made, and (2) the notion that such a choice is not to be made arbitrarily but in accordance with the requirements of the situation and within the framework of certain rules—rules which are implemented by the choice itself. Thus discretion comes into play whenever no rules have been or can be formulated but at the same time mere whim cannot be allowed. The use of discretion presupposes that reasonable men may reasonably disagree.

Whenever the use of discretion is involved, as in choosing a candidate for a certain position, the public official must give a "reasoned elaboration" of his decision. The reasoning here involved is both "instrumental" and "valuational"—it argues both in terms of means and of ends. The discretion as used is tied both to the values and beliefs shared by members of the organization (government or society, as the case may be) as well as to the tasks to be performed. Discretion, or the making of rational choices where no rules exist but there is a variety of alternatives, is an inescapable element not only of all government and administration, but of all human relationships. To resolve the problems of the infinite variety and detail of concrete situations and the resulting inadequacy of all law, political philosophers have at times sought to find persons of exceptional wisdom; that is, to establish government by a natural elite which would exercise unlimited discretion. (Cf. the "philosopher king" of Plato's *Republic*). However the problem of finding persons worthy to be entrusted with such power is too difficult to overcome. Nevertheless, the dilemma remains because where the novel, the unprecedented situation arises calling for creative innovation and invention all rules and regulations break down and discretion comes to the fore. When this discretion is wisely used "for the common good" government and administration are most universally acclaimed. Thus discretionary power is vital to true government and yet it must not be entrusted to irresponsible and unwise persons. But what constitutes "responsible discretion"? Basically, it is the ability and willingness to act with full knowledge of the particular art, science, or skill involved. Thus when an individual can reason effectively concerning his actions he is suited to occupy a position of discretionary power under a system of lawful government. True authority is thus the reasoned communication concerning free choices. Only when the exercise of discretion is rational is it vitally related to the democratic process, ceasing to be coercive in its implications; for what is rationally demonstrable is no longer in need of coercion with rational men.