

# LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR. UN ESTUDIO A PROPÓSITO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN GUATEMALA

*Legal argumentation in the motivation of discretionary decisions of a precautionary nature. A study regarding the contentious-administrative process in Guatemala*

**ROLANDO WOTZBELÍ ZÚÑIGA GONZÁLEZ**

Universidad de Alicante

## RESUMEN

En este trabajo reflexiono acerca del tipo de discrecionalidad que tienen los tribunales contencioso-administrativos al momento de otorgar protección cautelar. A partir de una sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, analizo el concepto de discrecionalidad y pongo en evidencia que el carácter discrecional de esta clase de actos es bien distinto de una mera libertad decisoria. Lo anterior me lleva a afirmar, finalmente, que las herramientas que proporciona la teoría de la argumentación jurídica son útiles para controlar la razonabilidad de este tipo de actuaciones judiciales. En particular, sostengo que el control sobre tales decisiones es posible en tanto que: i) cabe examinar la apreciación que el tribunal lleva a cabo respecto de la concurrencia de las condiciones de aplicación de la protección cautelar (tanto en lo que atañe a la interpretación de las exigencias que de estos presupuestos se derivan para el justiciable, como en lo relativo a la apreciación de la prueba para demostrar su existencia); y ii) es posible evaluar la ponderación realizada entre los distintos medios disponibles para alcanzar el fin prescrito en la norma, especialmente, en lo que respecta a la necesidad, idoneidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida que ha sido adoptada.

**Palabras clave:** Argumentación jurídica, discrecionalidad judicial, protección cautelar, tutela judicial efectiva, contencioso administrativo.

## ABSTRACT

In this paper, I reflect on the type of discretion that contentious-administrative courts have when granting precautionary protection. Starting from a sentence of the Constitutional Court of Guatemala, he analyzed the concept of discretion and showed that the discretionary nature of this kind of act is very different from a mere decision-making freedom. The foregoing leads me to affirm, finally, that the tools provided by the theory of legal argumentation are useful to control the reasonableness of this type of legal proceedings. In particular, I maintain that control over such decisions is possible as long as: i) it is necessary to examine the appreciation that the court carries out regarding the concurrence of the conditions of application of the precautionary protection (both with regard to the interpretation of the demands that these presuppositions derive for the defendant, as in relation to the appreciation of the evidence to demonstrate its existence); and ii) it is possible to evaluate the weighting carried out between the different means available to achieve the end prescribed in the regulation, especially with regard to the necessity, suitability, proportionality and reasonableness of the measure that has been adopted

**Keywords:** Legal argumentation, judicial discretion, precautionary protection, effective judicial protection, administrative litigation.

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

### INTRODUCCIÓN

El reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental del administrado frente a las actuaciones de la Administración Pública ha significado un cambio radical en la estructura del proceso contencioso administrativo. Sin duda, el de la protección cautelar es uno de los ámbitos que ha experimentado modificaciones más profundas en esta materia: al punto que hoy se admite una posibilidad amplia de obtener medidas precautorias como forma de asegurar el resultado de este tipo de procesos. Sin embargo, las disposiciones que habilitan la protección cautelar en el contencioso administrativo guatemalteco prevén que este tipo de medidas se decreten en forma discrecional por parte de los tribunales de justicia. Ello ha provocado que, en algunos casos, en la práctica tribunalicia se interprete lo discrecional como un espacio amplio de libertad que permite decidir acerca de la protección cautelar sin estar sujeto a límite jurídico alguno (o, en todo caso, sujeto a unos límites tan amplios que controlarlos resulta prácticamente imposible).

En este trabajo pretendo esclarecer qué tipo de discrecionalidad tienen los tribunales contencioso-administrativos al momento de otorgar protección cautelar, para poner en evidencia que el carácter discrecional de esta clase de actos es bien distinto de una mera libertad decisoria. Lo anterior me llevará a afirmar finalmente, que es posible controlar este tipo de actuaciones judiciales. Para hacerlo, propongo el estudio de una sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, que ejemplifica bastante bien esta forma equivocada de concebir la discrecionalidad cautelar; y, a partir de ella, pretendo reconstruir argumentativamente una respuesta satisfactoria para las controversias de esta naturaleza.

## 1. EL CASO DE ESTUDIO: FUNTECH CONTRA EL MINISTERIO DE GOBERNACIÓN DE GUATEMALA

La Fundación para el Desarrollo y Tecnología (FUNTECH) celebró contrato administrativo con el Ministerio de Gobernación de la República de Guatemala, para la remodelación y el equipamiento de dos establecimientos de privación de libertad: el Centro Preventivo Fraijanes II y el Centro de Detención Preventiva para Mujeres Santa Teresa. Sin embargo, luego de haber suscrito el contrato administrativo y comenzado su ejecución, el ministro de Gobernación decide unilateralmente terminar con el vínculo contractual. Ello lo hizo en ejercicio de las facultades que le confieren las cláusulas exorbitantes que rigen en este tipo de contratos. Ante esta decisión, FUNTECH inicia un proceso contencioso administrativo en contra del Ministerio de Gobernación de la República de Guatemala.

FUNTECH presenta demanda en la Sala Sexta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y solicita como medida precautoria, en tanto se tramita el proceso, que se ordene la suspensión provisional del acto administrativo impugnado. Las razones que aduce para sustentar su solicitud radican esencialmente en que el proceso contencioso administrativo debe ser una instancia reparadora de la conducta antijurídica de la Administración Pública; y que, al haber actuado de forma contraria a lo convenido en el contrato suscrito, el órgano administrativo demandado había incurrido en una ilegalidad agravante para la parte actora, lo cual debía ser reparado a la brevedad posible y sin ser necesario esperar hasta el pronunciamiento definitivo de la sentencia. Este requerimiento estaba fundamentado en el artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, que preceptúa: “El actor podrá solicitar providencias precautorias urgentes o indispensables. El tribunal resolverá discrecionalmente sobre las mismas en la resolución que admita para su trámite la demanda.” Sin embargo, la Sala rechaza su petición de protección cautelar aduciendo (por toda justificación) que “las circunstancias del caso no lo ameritan”. En contra de la negativa de la Sala, la

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

demandante interpone recurso de reposición ante el mismo órgano jurisdiccional, quien confirma lo antes resuelto.

Agotados los recursos ordinarios, FUNTECH inicia un proceso constitucional de amparo ante la Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala, en el que denuncia violación de su derecho a la tutela judicial efectiva. Esta Corte deniega la protección constitucional solicitada, y para sustentar su decisión argumenta que el artículo 18 de la Ley de lo Contencioso Administrativo determina que este tipo de procesos carecerán de efectos suspensivos respecto del acto administrativo controvertido: salvo los casos concretos excepcionales en que el tribunal decida lo contrario, siempre que lo considere indispensable y que de no hacerlo se causen daños o perjuicios irreparables a las partes. En este caso, según sostiene la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo había actuado dentro de lo que la propia ley le permite, puesto que tiene la facultad de decidir discrecionalmente en qué circunstancias es aconsejable la suspensión del acto administrativo impugnado.

Inconforme con lo resuelto en primera instancia, la demandante apela la sentencia de amparo ante la Corte de Constitucionalidad. En apelación, la Corte considera procedente confirmar lo resuelto y, para ello, funda su decisión en el ya citado artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, que determina el carácter discrecional de las decisiones cautelares adoptadas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El razonamiento de la Corte es el siguiente: i) el artículo 18 de la Ley de lo Contencioso Administrativo preceptúa que este tipo de procesos carecen, por regla general, de efectos suspensivos respecto del acto administrativo controvertido (por lo que, el hecho de acordar tal suspensión, sería una decisión excepcional); ii) por otra parte, el artículo 34 de la Ley citada, establece que, aun cuando el actor tiene el derecho de solicitar en su demanda que se decreten providencias precautorias, su petición debe ser resuelta en forma discrecional por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; iii) según la Corte, la discrecionalidad con que cuenta el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se traduce en una

potestad que, al ser ejercida, queda bajo el prudente arbitrio y la estricta responsabilidad del tribunal. Refiere que, en relación con ello, existe un precedente sentado por la propia Corte en casos análogos, que determina que ésta es la manera correcta de interpretar el carácter discrecional de esa potestad: como un poder jurídico amplio, que el tribunal ejerce según su libre apreciación de las circunstancias del caso; iv) por tal razón, no es dable para un tribunal constitucional ejercer un control intenso sobre la corrección del criterio de fondo asumido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en este tipo de asuntos, puesto que la decisión cautelar debe adoptarse sin tener en cuenta nada más que el prudente juicio del órgano jurisdiccional acerca de la probabilidad futura de que se produzcan daños y perjuicios al demandante.

Así las cosas, la Corte de Constitucionalidad estimó procedente denegar la protección constitucional solicitada, en atención a que la Sala Sexta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo había ejercido correctamente su potestad discrecional en materia cautelar: al negarse a suspender el acto administrativo impugnado en un caso en que no se evidenciaba necesidad de hacerlo (dada la amplia libertad con la que goza el tribunal para acordar este tipo de suspensiones, y a la falta de información que acreditara la posibilidad de que tal acto causara daños y perjuicios irreparables a la parte actora).

## 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La discrecionalidad ha sido un asunto del que se ha ocupado el Derecho Administrativo desde hace un buen tiempo. La mayoría de las veces ha sido entendida como un poder que cabe ejercer sin límite alguno y, por lo tanto, no susceptible de control (Fernández, 2006, p. 23). Sin embargo, las discusiones iusadministrativas se han enfocado, principalmente, en la discrecionalidad con que cuentan los órganos administrativos para adoptar ciertas medidas en atención al interés público (Muñoz Machado, 2015, pp. 223-227). Por esta razón, al considerar la discrecionalidad como característica de los poderes con que cuentan las autoridades administrativas (y no tanto como un rasgo que caracterice la labor de

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

los jueces), no abundan en la dogmática del Derecho Administrativo disquisiciones en torno a las potestades discrecionales de los tribunales contencioso-administrativos.

Esto no significa que en el ámbito del Derecho Administrativo se desconociera la amplitud del poder que suelen llegar a tener los jueces en ejercicio de sus funciones. De hecho, es bien sabido que las zonas de actividad administrativa exentas de control jurisdiccional surgen en un principio con el objeto de evitar abusos por parte de los tribunales de justicia (García de Enterría, 1962, pp. 163-164). En otras palabras, porque se tenía conciencia de la amplitud de los poderes judiciales (es decir, porque se sabía que podían ser ejercidos muchas veces en forma discrecional) es que se buscó blindar a la Administración Pública frente a intromisiones judiciales en el cumplimiento de sus funciones. Es evidente que, con el cambio de paradigma que supuso la adopción del modelo de Estado Constitucional - cuya justificación última radica en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales que protegen la dignidad de toda persona frente a algunos males inevitables en toda relación de dominación política (Aguiló, 2019, p. 89) - la tutela judicial se amplía hasta abarcar también aquellas esferas antes exentas de la intervención de los tribunales de justicia. Al dotar de poderes amplios a los jueces en lo que respecta al control de la actividad administrativa se plantea de nuevo la cuestión relativa a la discrecionalidad; pero ahora, no solamente como una nota característica de las potestades de los órganos administrativos, sino también como una particularidad del quehacer de los tribunales contencioso-administrativos.

Acerca de la discrecionalidad judicial se ha discurrido mucho en ámbitos ajenos al de la dogmática administrativa. En especial, han sido valiosos los aportes realizados desde la Teoría del Derecho. También en esta disciplina el problema de la discrecionalidad ha sido tratado, en algunas ocasiones, de manera que se lo identifica con el de un poder no sometido a límites estrictamente jurídicos (en forma bastante similar al enfoque que se maneja en la dogmática del Derecho

Administrativo en lo que respecta a la discrecionalidad de las actuaciones de los órganos de la Administración Pública). Por esta razón, la discrecionalidad ha sido considerada como un espacio de libertad con que cuentan los jueces para seleccionar entre una u otra alternativa de decisión, sin vulnerar el derecho vigente (que, por otra parte, dota de la posibilidad de realizar esta elección, al permitir con cierta amplitud, que sea el operador jurídico quien escoja entre diversos cursos posibles de acción). Es decir, que, en determinados casos, “el propio Derecho deja al juez márgenes para que elija distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso” (García Amado, 2006, p. 151-152).<sup>1</sup> En suma, se trataría de una zona en la que el sistema jurídico parece no preconfigurar en su totalidad la decisión del juez; sino que, por el contrario, le permitiría optar entre distintas alternativas de solución para el caso, todas igualmente válidas.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> En similar sentido parecen comprender la discrecionalidad judicial otros iusfilósofos positivistas, como: Kelsen (2009, p. 133) o Hart (2009, p. 164). Para una explicación del origen de este tipo de discrecionalidad en las propias características del lenguaje natural, ver: Carrió (p. 56-72).

<sup>2</sup> Cabe aún cuestionarse qué tipo de decisiones judiciales tienen este carácter discrecional, y si es una situación habitual en nuestros sistemas jurídicos o, por el contrario, una circunstancia excepcional y con carácter, más bien, anómalo o patológico. La concepción que se tenga del Derecho, sin duda, incide en la capacidad que quepa reconocer al sistema jurídico para predeterminar la decisión del juez y limitar así, el ámbito de discrecionalidad con que puede contar al momento de resolver. Posturas como el formalismo ingenuo de algunas formas de positivismo decimonónico, negaría que existiera tal discrecionalidad. Otras posiciones, más bien escépticas (como la del realismo jurídico norteamericano) sostendrían la incapacidad de un sistema de reglas para limitar el arbitrio judicial. Para lo que acá interesa, basta considerar que, contrario a los actos de la Administración Pública (quien por su función vicarial debe intervenir en forma activa en la consecución de fines de interés general, lo que explicaría que la discrecionalidad suela presentarse en su ámbito de actuación con regularidad), se asume que el quehacer de los jueces es, más bien, pasivo. Es decir, que encuentra la fuente de su legitimidad en la sujeción del juez al Derecho preexistente. Lo anterior excluye, en principio, la posibilidad de ámbitos de decisión excesivamente abiertos en ejercicio de la función judicial. Esto es lo que explica que, en general, la jurisdicción sea vista como una actividad de aplicación del derecho mediante una operación subjuntiva; y que, finalmente, opona una fuerte resistencia para aceptar la

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

La protección cautelar es uno de esos ámbitos en que, según parece, cabría admitir la posibilidad de que el juez opte entre varias alternativas de decisión, sin que quepa reprocharle haber escogido una en vez de la otra, siempre que la actuación judicial tienda a asegurar los resultados del proceso.<sup>3</sup> En este sentido, sería posible sostener que todas las alternativas resultan indiferentes desde el punto de vista jurídico, puesto que, elegir una u otra, es algo que corresponde al ámbito de libertad del decisor. Ahora bien, si se tiene en cuenta el inescindible vínculo que existe entre la protección cautelar y el derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a los justiciables parece necesario tomarse con mucha mayor seriedad este tipo de medidas (que no serían gracias que el tribunal concede, sino manifestaciones de un derecho cuyo cumplimiento es posible exigir). En relación con ello, conviene resaltar que, actualmente, se considera que las medidas de tutela cautelar o provisional forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela judicial efectiva, debido a su relevancia en el efectivo cumplimiento de la sentencia que recae al final del proceso (Chinchilla Marín, 1993, p. 168).<sup>4</sup> Dentro de tales medidas, dada su importancia, sobresale la suspensión de la ejecución del

---

creencia en que las decisiones discrecionales sean algo habitual en el ámbito de la actuación judicial.

<sup>3</sup> La razón de esto podría atribuirse a las propias disposiciones que confieren al juez el poder jurídico para decretar tales medidas, ya que, por lo regular, no contemplan en número cerrado las providencias con carácter precautorio que el tribunal puede decretar, ni tampoco suelen restringir los casos en que procede dictar una medida de esta naturaleza. Para muestra, basta leer los precitados artículos 18 y 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.

<sup>4</sup> La Corte de Constitucionalidad ha consolidado en su actividad judicial una línea jurisprudencial clara que vincula el derecho a la protección cautelar como parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela judicial efectiva. Para muestra, las sentencias dictadas en los expedientes 2022-2009, 1262-2010 y 1852-2016. Por esta razón, no en todos los casos ha sostenido que exista discrecionalidad amplia al momento de decretar protección cautelar. De hecho, la propia Corte ha considerado (en ámbitos distintos al contencioso administrativo) que la posibilidad de decretar providencias cautelares está limitada por criterios de razonabilidad en atención a los fines que debe perseguir (por todas, baste consultar las sentencias dictadas en el ya citado expediente 1262-2010, así como el fallo del expediente 17-2015).

acto administrativo impugnado. Ello ha sido así, a tal punto, que en otro tiempo se consideraba que esta última era la única medida cautelar admisible en este tipo de procesos (y lo era, solamente en forma excepcional). Sin embargo, en la actualidad no se trata de la única medida admisible, según quepa optar por uno u otro medio para asegurar la eficacia de la resolución que pueda poner fin al proceso (García Pérez, 2015, p. 374).

Acá lo importante es considerar que, si lo discrecional va unido a lo que es indiferente jurídicamente, no parece que la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo pueda calificarse como algo que se escoge libremente dentro de unos amplísimos márgenes de decisión; sino que, más bien, se presenta como un deber cuya responsabilidad debe ser asumida con seriedad por el juez, a efecto de asegurar el buen resultado del proceso (y, por esta razón, no cabría decir que se trata de algo que queda abandonado al mero arbitrio del tribunal). En otras palabras, la protección cautelar se manifiesta como un deber del juez frente al administrado: quien, por su parte, tiene derecho a una instancia judicial que responda con efectividad a sus legítimas pretensiones. Lo anterior implica que, aun cuando exista la necesidad de que el administrado acuda a un proceso para que se le reconozca que tiene la razón, esto no debe suponer un daño en caso de que efectivamente tenga la razón.

En este punto es necesario volver al caso FUNTECH: el problema jurídico que ahí se planteaba estaba referido a cuáles son las condiciones que justifican la adopción de una medida cautelar por parte del tribunal de lo contencioso administrativo, y la forma en que pueden ser controladas este tipo de decisiones por instancias judiciales superiores. Pero, precisamente por este motivo, la justificación que ofrece la Corte de Constitucionalidad no parece dar respuesta satisfactoria a esta cuestión. Esto, porque en un primer momento la Corte considera que la decisión del tribunal de lo contencioso administrativo es discrecional en un sentido fuerte, ya que refiere que en materia cautelar se pueden adoptar medidas según el prudente arbitrio del juzgador, es decir, en forma libre y conforme se estime

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

conveniente, sin posibilidad de que otro órgano controle plenamente esta decisión. No obstante, luego parece ya no sostener que exista tal libertad, puesto que añade que este tipo de providencias deben decretarse siempre que haya necesidad de evitar que se produzcan daños y perjuicios al administrado (lo cual vendría a ser lo mismo que sostener que, más que un ámbito amplísimo de libertad que no es posible controlar, se trataría de un deber judicial de impedir que se produzcan ciertos resultados indeseables para el ordenamiento jurídico, por lo que siempre existe la posibilidad de que tal deber se cumpla satisfactoriamente, o no). Sin duda, esto último se deriva de la propia conciencia que tiene la Corte acerca del vínculo que existe entre protección cautelar y tutela judicial efectiva (aceptado, inclusive, en sus propios precedentes), lo que supondría una importante fuente de resistencia para admitir decisiones puramente discrecionales en este ámbito. Debido a lo anterior, la Corte no se llega a plantear la cuestión realmente importante en un caso de esta naturaleza: determinar en qué forma sería posible ejercer control sobre las decisiones discrecionales del tribunal de lo contencioso administrativo acordadas en materia cautelar, en el entendido que este tipo de actos procesales se encuentran enmarcados dentro de ciertos límites que determina el propio sistema jurídico (límites que, si bien amplios, no lo son tanto como parece concebirlo inicialmente la Corte).

Para dar una respuesta al problema jurídico que plantea el Caso FUNTECH, es necesario cuestionarse entonces, cuál es la manera correcta en que cabe ejercer control sobre las decisiones cautelares adoptadas discrecionalmente por el tribunal de lo contencioso administrativo. Esto supone, abordar otras dos interrogantes: i) La primera sería la cuestión acerca de qué tipo de discrecionalidad tiene el tribunal de lo contencioso administrativo al momento en que adopta una decisión con carácter cautelar. Esta pregunta, a su vez exige: a) desenmarañar toda la confusión que aparece en la motivación de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad, de manera que, en un esfuerzo de esclarecimiento conceptual, sea posible establecer en qué consiste el fenómeno de la discrecionalidad jurídica, y si bajo esta categoría se hace referencia a un problema unitario o a varios problemas distintos; b) una vez

esclarecido el concepto de discrecionalidad, y los distintos tipos de fenómenos jurídicos que son incluidos bajo esta expresión, es necesario determinar a qué clase de discrecionalidad se refieren los artículos 18 y 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo; c) para poder llevar a cabo esta operación, me propongo someter a análisis las disposiciones que confieren poder jurídico al tribunal para decretar providencias cautelares, y, de esta manera, determinar cuáles son las potestades discrecionales a las que realmente dan origen. ii) A partir de lo anterior, la segunda pregunta que tendría que ser respondida, estaría referida a la manera en que las disposiciones de la Ley de lo Contencioso Administrativo operan en el razonamiento jurídico de los jueces al conferirles poder para decretar providencias precautorias. De esta cuenta, se trataría de esclarecer en qué forma debe el juez argumentar para motivar válidamente una decisión cautelar. Esto cabría realizarlo en dos pasos: a) cuestionando, en primer lugar, cuál es el esquema de razonamiento que el tribunal de lo contencioso administrativo debe seguir cuando justifica la adopción de una providencia cautelar. En otras palabras, interrogarse acerca de la justificación interna de la resolución judicial que decide acerca de la protección cautelar; y b) reflexionar, finalmente, acerca de las razones que deben tomarse en cuenta al momento de acordar una decisión correcta en materia: esto es, la justificación externa de las premisas que conducen a la decisión adoptada por el tribunal de lo contencioso administrativo.

En suma, una vez explicitados los elementos relevantes que debe cumplir la motivación de una decisión judicial que decreta protección cautelar en lo contencioso administrativo, será posible exponer los puntos medulares que debería considerar todo aquel que está en la obligación de controlar este tipo de actuaciones procesales. De tal suerte que, en este punto, se estará ya en la mejor posición para reconstruir argumentativamente una respuesta al problema jurídico suscitado en el caso FUNTECH.

### 3. DOS TIPOS DE DISCRECIONALIDAD JURÍDICA

La discrecionalidad resulta problemática, según parece, porque con la misma expresión no siempre se alude a un mismo concepto. La discrecionalidad a que se refieren los filósofos positivistas como Kelsen o Hart<sup>5</sup> sería un fenómeno derivado de la incapacidad de un sistema de normas expresadas mediante el lenguaje natural, para prever todos los casos que podrían suscitarse en la realidad (algo que, en todo caso, resulta inevitable dada la textura abierta del lenguaje y la indeterminación de los hechos futuros: lo cual, sin duda, condicionaría la posibilidad de hallar una solución sencilla para todos los problemas de los que se ocupan los juristas prácticos). Por esta razón, la consecuencia de la discrecionalidad sería la libertad para elegir entre una u otra alternativa de decisión, todas las cuáles serían igualmente válidas, puesto que los criterios para elegir entre una u otra, se encontrarían fuera del Derecho.

Dworkin fue un agudo crítico de esta forma de concebir la discrecionalidad judicial. Para él solamente cabe predicar discrecionalidad de alguien que está sujeto a las normas establecidas por una autoridad; y, por este motivo, la discreción del juez sería como el agujero en una rosquilla: “no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea” (1989, p. 84). La negativa de Dworkin a aceptar la existencia de discrecionalidad judicial en la forma concebida por los filósofos analíticos de tipo positivista (especialmente de Hart), quienes ven lo discrecional como un margen de libertad para optar por alternativas de decisión igualmente válidas, obedecería a su concepción más amplia del Derecho: que imbricaría el fenómeno jurídico con la moral, por medio de los principios.

Más allá de la crítica al concepto de discrecionalidad imperante en la filosofía positivista, el análisis dworkiniano de la discrecionalidad distingue tres sentidos de discrecionalidad (Dworkin, 1989, p. 84-85) que pueden resultar útiles para

---

<sup>5</sup> Que sería la misma postura que mantienen en la actualidad autores positivistas como García Amado (2006) o Guastini (2017).

esclarecer este concepto: i) el primero, que cabría denominar un sentido débil de la discrecionalidad, estaría referido a la necesidad de discernir (de deliberar) para aplicar una norma (es decir, que no es posible aplicar la norma en forma mecánica); ii) el segundo, que también sería un sentido débil de la expresión, se predicaría de aquella situación en la que se encuentra un funcionario que tiene la autoridad final para tomar una decisión, y que, por tal razón, no puede ser revisada ni anulada por otra persona; iii) el tercer sentido, este sí que cabría llamarlo un sentido fuerte, sería el que se daría en aquellos casos en que, para resolver un problema, simplemente no se está vinculado por estándares impuestos por autoridad alguna.

Ahora bien, para Dworkin el tipo de discrecionalidad relevante en el Derecho sería el tercero (los otros dos se darían también dentro del ámbito jurídico, pero sostenerlo resultaría, por ser tan sabido, algo más bien trivial): en otras palabras, lo importante es determinar si los jueces pueden decidir sin estar vinculados por estándares normativos. La respuesta que Dworkin ofrece es que no, porque, a diferencia de los positivistas, que ven en las dificultades del lenguaje en que se expresan las reglas un problema irresoluble que da lugar a una decisión no condicionada jurídicamente; para su concepción del Derecho, en la que también existen principios, ya no habría libertad para el juez de decidir sin sujeción jurídica alguna. Más allá de esto, el análisis de Dworkin permite deslindar algunos de los rasgos que, de ordinario, han servido para definir el problema acerca de la discrecionalidad judicial. Entre las notas comunes al uso de la expresión discrecional, se encontrarían: i) la elección entre varias alternativas al momento de tomar una decisión; ii) la ausencia de estándares jurídicos aplicables, y iii) el carácter último de la decisión.<sup>6</sup> Aun así, cabe todavía preguntarse si dentro de los rasgos comunes al uso de esta expresión podría aludirse a distintas clases de discrecionalidad.

---

<sup>6</sup> Para un análisis de los rasgos definitorios de la discrecionalidad en este mismo sentido, ver: Lifante (2002, p. 417-418); y Alonso Vidal (2020, p. 91).

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

Lifante (2002, p. 430) sostiene que existen dos fenómenos distintos bajo el rótulo de discrecionalidad: el primero, estaría vinculado con la idea de libertad negativa (entendida como permiso o ausencia de impedimentos para elegir entre diversas alternativas), y su origen vendría dado por la indeterminación del derecho entendida como un problema en la subsunción de un caso en el supuesto de hecho de una norma. Asimismo, las referencias a la idea de poder en este tipo de discrecionalidad vendrían a señalar aquí únicamente que el órgano que actúa con discreción es el que tiene la capacidad o competencia formal para adoptar la decisión en cuestión. Por otra parte, el segundo fenómeno tendría una conexión especial con un sentido de libertad distinto, más próximo a la idea de libertad positiva (en el sentido que el sujeto decisor es responsable de determinar qué curso de acción emprender), y con la indeterminación del Derecho entendida como la cualidad de no haber sido fijada en la norma cuál sea la conducta a seguir. Finalmente, esta forma de discrecionalidad estaría vinculada con la idea de poder, en el sentido que incluye la posibilidad de introducir nuevas evaluaciones de intereses a la luz de las circunstancias del caso que se ha suscitado.

En este sentido, aunque en ambos casos se trata de situaciones en que el Derecho otorga una posibilidad más o menos amplia al decisor para optar por diversas alternativas al momento de resolver un problema jurídico, serían dos formas distintas de discrecionalidad, puesto que: a) la primera, concibe la discrecionalidad tal como ha sido entendida por el positivismo normativista: es decir, como un problema derivado de la indeterminación del lenguaje normativo, en el que cabría que el órgano jurisdiccional eligiera entre distintas alternativas de solución fuera de los límites que le preestablece el ordenamiento jurídico (el cual, por medio de formulaciones normativas expresadas en un lenguaje natural, termina siendo insuficiente para poder prever todos los casos que pueden presentarse en la realidad); b) la segunda, que acá resulta la más interesante, se produciría como consecuencia de una indeterminación diferente: el Derecho no fija la conducta concreta que ha de seguir su destinatario, pero no por un problema congénito al lenguaje natural, sino porque la autoridad normativa (el creador de la norma)

intencionalmente ha decidido que sea el destinatario de la norma quien asuma la responsabilidad de optar por la acción que resulte, a la luz de las circunstancias del caso, el mejor medio para alcanzar un determinado fin que resulta jurídicamente valioso.

Con ello no se renuncia a la tesis de Dworkin respecto a que, aun dentro del ámbito discrecional, el sistema jurídico sigue condicionando la actuación del operador jurídico; pero se toma conciencia acerca de la distinta manera en que el Derecho determina la actuación judicial que resulta justificada en dos tipos de contextos diferentes. Aun así, es posible todavía cuestionarse qué clase de discrecionalidad (si es que la hay) existe en el caso de las decisiones que adoptan los tribunales de justicia en materia de protección cautelar. Para saberlo, resulta importante comprender qué tipo de mecanismos son los que proveen tutela cautelar y, para ello, las disposiciones de la Ley de lo Contencioso Administrativo (más bien escasas) no aportan mucho. Sin embargo, la dogmática procesal resulta muy útil para esclarecer cuáles son los rasgos característicos de las medidas cautelares que podrían explicar el hecho de que originen algún tipo de discrecionalidad en la actuación judicial.

#### 4. LA DISCRECIONALIDAD EN LAS DECISIONES CAUTELARES

Las medidas cautelares se decretan por medio de una resolución judicial que cuenta con las siguientes características: i) provisoriedad (limitación en su duración); ii) instrumentalidad (nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están orientadas a asegurar un resultado práctico posterior); y iii) variabilidad (pueden ser modificadas según cambien las circunstancias concretas que justificaron su adopción). Además de ello, suponen la afectación de la esfera jurídica del demandado con el objeto de asegurar los fines propios del proceso (Calamadrei, 1984, p. 35 y ss.).

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

A partir de estos rasgos característicos de la decisión cautelar, es posible apreciar que existe una vinculación fuerte entre la protección cautelar y la necesidad de asegurar un determinado fin (que, vendría siendo, aquel estado de cosas que permita la ejecución plena del fallo que se dicte al concluir el proceso).<sup>7</sup> En otras palabras, los rasgos característicos de las medidas cautelares solo se explicarían en relación con la idea de fin: estas medidas tienen una duración provisional en tanto esos fines puedan encontrarse en riesgo de verse frustrados; son instrumentales, porque precisamente persiguen asegurar los fines en cuestión; y pueden variar porque, dependiendo de las circunstancias del caso, la medida idónea para asegurar tales fines podría ser otra distinta de la inicialmente acordada. Las medidas cautelares entonces, no serían concebibles sin la noción de un fin, es decir, de un estado de cosas deseable que pretenden asegurar.

En todo caso, el propio carácter provisorio, instrumental y variable de las providencias cautelares evidencia algo más: que el órgano jurisdiccional cuenta con márgenes amplios de actuación que le permiten optar por el medio más idóneo para asegurar el resultado del proceso. Esto es, que las medidas cautelares son provisorias y variables (en suma, flexibles), en atención a que el juez puede elegir unas u otras, según resulten ser instrumentalmente aptas para asegurar que el justiciable obtendrá una protección efectiva de sus pretensiones en juicio. Por esta razón, las normas que dotan al juez del poder jurídico para decretar una providencia cautelar no pueden preconfigurar en forma cerrada cuál será la medida más adecuada a adoptar para asegurar el resultado de un proceso, puesto que esto cambiará según las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Así, la solución óptima en este tipo de asuntos será dotar al juez de la posibilidad de apreciar los aspectos particulares de cada controversia, y seleccionar la mejor medida para asegurar la

---

<sup>7</sup> Esta concepción de la protección cautelar como mecanismo procesal orientado a asegurar un fin valioso (que sería, finalmente, garantizar la tutela judicial efectiva del justiciable), no solamente ha sido recogida por los procesalistas, sino también por diversos especialistas en la dogmática del Derecho Administrativo. Entre otros, véase: García de Enterría y Fernández (2000), p. 620; Cassagne y Perrino (2006), p. 320; Chichilla Marín (1993), p.169; y Jiniesta Lobo (2019), p. 369-370.

eficacia del fallo que en un futuro dirimirá el conflicto entre las partes. Entonces, si cabe hablar de discrecionalidad en esta materia, solo lo sería en la medida en que se responsabiliza al juez por el resultado del proceso que ante él se tramita y, por este motivo, la discrecionalidad en materia cautelar sería, más bien, del segundo tipo de las dos clases a las que antes se ha hecho referencia: una manera de permitir al destinatario de la norma seleccionar aquel curso de acción que resulte el medio más óptimo (de entre varios posibles) para alcanzar un determinado fin.

## 5. LAS REGLAS DE FIN Y LA PROTECCIÓN CAUTELAR EN LA LEY DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La discrecionalidad en materia cautelar puede ser explicada como un fenómeno cuyo origen se encuentra en las propias normas que dotan de competencia a los órganos jurisdiccionales para decretar medidas precautorias. Esto es así, puesto que, como habrá sostenido acertadamente Dworkin (p. 1989, 84), solo cabe predicar discrecionalidad de autoridades sujetas a normas. En esta línea de pensamiento, Lifante (2002, p. 419) refiere que la discrecionalidad aparece siempre como consecuencia de las normas: ya sea como el resultado de la ausencia o indeterminación de los materiales jurídicos (en el primer tipo de discrecionalidad), o como producto de que las propias normas confieran intencionalmente un poder a su destinatario (en el segundo tipo de discrecionalidad).

Si bien es necesario preguntarse acerca de qué tipo de normas son las que regulan el ejercicio de la protección cautelar en la Ley de lo Contencioso Administrativo, antes de ello, resultará útil realizar algunas consideraciones acerca de la manera en que los diferentes tipos de enunciados jurídicos determinan la mayor o menor amplitud con que cuenta el destinatario de la norma para poder actuar. Atienza y Ruiz Manero (1996) han elaborado una teoría de los enunciados jurídicos que resulta muy útil para explicar el origen de la discrecionalidad. Estos autores proponen distinguir entre las normas regulativas (que serían las que dirigen la conducta de sus destinatarios haciéndoles saber qué conductas son obligatorias,

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

cuáles están permitidas y qué otras están prohibidas, a efecto de encauzarlas hacia la consecución de los fines propios del Derecho) y las constitutivas (que serían las que determinan la manera en que es dable producir un resultado institucional válido dentro del propio sistema jurídico, en especial, para la creación y modificación de otras normas jurídicas). Dentro de las normas regulativas, ambos autores distinguen las reglas de los principios, y los clasifican según se trate de normas de acción (reglas de acción y principios en sentido estricto) o normas de fin (reglas de fin o directrices). En lo que a este trabajo interesa, lo que resulta más relevante de esta tipología es la distinción entre reglas de acción y reglas de fin.

Las reglas estarían conformadas por un antecedente y un consecuente, en el que se correlacionan casos genéricos (conformados por un conjunto cerrado de propiedades) con soluciones (que incluirían la calificación deóntica de una determinada conducta como obligatoria, permitida o prohibida). Sin embargo, solamente para el caso de las reglas de acción la solución normativa prevista en el consecuente sería una conducta en concreto: puesto que, por otro lado, en lo que respecta a las reglas de fin, lo que se calificaría deónticamente sería la obtención de un determinado estado de cosas. En este punto conviene resaltar que el mero hecho de modular deónticamente la producción de un estado de cosas da lugar a la creación de una zona de discreción en el destinatario de la norma, ya que se le permite la selección de los medios causalmente idóneos para producirlo. (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 8).<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> En similar sentido, González Lagier (1997, p. 158) refiere que el resultado de una norma es siempre una conducta o el estado de cosas resultante de una conducta (en este punto, sigue a Alchourrón y Bulygin, 1987, p. 72). En cuanto a las normas de fin, este autor manifiesta que darían lugar a una actuación discrecional por cuanto que hay varias acciones que pueden conducir al estado de cosas normativamente prescrito, y al destinatario de la norma le está permitido escoger entre varias de ellas. De tal suerte que, González Lagier terminará afirmando lo siguiente: “Supongamos que nos interesa dotar a un agente de la máxima discrecionalidad posible respecto a un caso. Una manera de hacerlo podría ser la de dictar una norma cuyo contenido fuera una disyunción de todas las formas de una acción. Pero dado que para la mayoría de los casos puede resultar imposible enumerar todas

Lo que conviene cuestionar ahora, es en qué forma ayuda esta clasificación de los enunciados jurídicos a comprender mejor el funcionamiento de la protección cautelar en el proceso contencioso administrativo de Guatemala. Esto conlleva analizar las disposiciones de la Ley de lo Contencioso Administrativo que se refieren a la posibilidad de obtener tutela cautelar en este tipo de juicios. Pues bien, el artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo es la norma general en materia cautelar: sin embargo, no resulta completa en las previsiones que contempla, puesto que se limita a disponer que la parte actora tiene el derecho de solicitar en su demanda la aplicación de una medida precautoria, y que el tribunal resolverá en forma discrecional a su requerimiento. Como puede apreciarse, en su formulación no determina cuáles son las condiciones que deben cumplirse para que resulte procedente otorgar tales medidas, y al establecer que el tribunal podrá otorgarlas en forma discrecional tampoco proporciona claridad acerca de cuál tendría que ser el fin que debe perseguirse con el otorgamiento de una protección como esta (frente a la libertad con que cuenta el tribunal para adoptar o no, una determinada providencia precautoria).

El sentido completo de esta disposición no cabe encontrarlo sino reconstruyéndolo a través de su integración con otras disposiciones que resulten aplicables, y que permiten obtener una visión completa acerca de cuál es la manera correcta en que se debe dictar una providencia cautelar en el orden contencioso administrativo. Para esto, es importante: a) en primer lugar, considerar que el artículo 26 de la Ley de lo Contencioso Administrativo preceptúa que en todo lo que resulten insuficientes sus disposiciones deberán integrarse con aquellas previstas en el Código Procesal Civil y Mercantil; b) en segundo lugar, es importante evidenciar que el Código en mención no contempla en forma general cuáles son las condiciones de aplicación que deben cumplirse para otorgar medidas cautelares, así como tampoco los fines que con ellas deben perseguirse. Por el contrario,

---

las formas de la acción, la autoridad puede simplemente dictar una norma cuyo contenido sea la acción final o una norma de fin” (1997, p. 172).

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

solamente se limita a hacer una enumeración de las diversas medidas que pretenden ser útiles para garantizar los resultados de un proceso.<sup>9</sup> Ahora bien, dentro de tales medidas aparecen algunos mecanismos procesales que se denominan providencias de urgencia: que, en su formulación, sí que explicitan aquello que tanto los procesalistas como los tribunales han considerado como requisitos para otorgar la tutela cautelar (así como los fines hacia los cuáles este tipo de protección debe tender).

El artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que toda persona tiene derecho a solicitar al juez por escrito las providencias que, según las circunstancias, parezcan más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo del litigio, siempre que se tenga motivo para temer que, durante la tramitación del proceso, el derecho que se discute en juicio se halle amenazado por un perjuicio inminente e irreparable. Me parece que la formulación de este artículo permite obtener una mejor comprensión acerca de la tutela cautelar a que se refiere la Ley de lo Contencioso Administrativo. Esto, porque explicita con suficiente claridad: i) que las condiciones de aplicación de esta regla de fin serían: a) la seriedad en la pretensión de la parte actora (que sería el *fumus boni iuris*); b) que exista motivo para temer que durante la tramitación del proceso se cause un perjuicio irreparable para el actor (esto es, el *periculum in mora*);<sup>10</sup> y, ii) por otro lado expresan que el fin que debe perseguir el juez cuando se dan estas dos condiciones será asegurar los efectos de la decisión que posiblemente dicte sobre el fondo del litigio, escogiendo para ello la medida que resulte idónea a la luz de las

---

<sup>9</sup> Las causas de esta ausencia de disposiciones generales comunes para la procedibilidad de toda medida precautoria, quizá se explique en que las condiciones de aplicabilidad de este tipo de medidas se han dado por sabidas desde hace un buen tiempo (además de haber sido acogidas de manera uniforme por los tribunales de justicia de Guatemala).

<sup>10</sup> En cuanto al reconocimiento jurisprudencial uniforme acerca de estas condiciones de aplicación de las medidas cautelares (en ámbitos que van desde los procedimientos administrativos hasta los procesos penales y civiles), basta consultar las sentencias de la Corte de Constitucionalidad dictadas dentro de los siguientes expedientes: 1720-2012, 4679-2012, 540-2013, 72-2016, 297-2016 y 1541-2016, entre otros.

circunstancias del caso concreto. Esto último explicaría finalmente la discrecionalidad a la que se refiere el artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, a partir de una regla de fin que autoriza al tribunal para apreciar las particularidades del caso y optar por el mecanismo que mejor resguarde la posibilidad de ejecutar un fallo posterior.

El artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo entonces, reconoce discrecionalidad al tribunal de lo contencioso administrativo, no en el sentido de otorgarle libertad para poder decretar o no la protección cautelar a su libre arbitrio (ya que, de darse las condiciones de aplicación de la regla, siempre tendrían que decretarse este tipo de medidas: puesto que las reglas precisamente son razones de primer orden, perentorias e independientes de su contenido<sup>11</sup>, para que su destinatario procure el estado de cosas prescrito); sino en cuanto a que, dada la apertura que actualmente prevé la Ley de lo Contencioso Administrativo en esta materia (puesto que ya no restringe las medidas cautelares solamente a la suspensión del acto administrativo impugnado), el tribunal tiene el deber de deliberar y optar por la medida que mejor permita asegurar la eficacia de la sentencia que se dictará al concluir el proceso.

## 6. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES CAUTELARES

Ahora que se ha esclarecido el tipo de discrecionalidad que cabe predicar de la potestad cautelar del tribunal de lo contencioso administrativo (a partir de los propios enunciados que condicionan el ejercicio de este poder jurídico), es necesario cuestionarse acerca de la manera en que correctamente deben motivarse las decisiones judiciales en que se decretan este tipo de mecanismos procesales. Para analizar los distintos elementos que deben tenerse en cuenta en la motivación correcta de la protección cautelar, me propongo seguir la distinción que se ha hecho

---

<sup>11</sup> En relación con esta tipología de las reglas como razones para la acción, véase: Raz, 1991, p. 37-45; y Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 11.

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

en la Teoría de la Argumentación Jurídica entre la justificación interna y la justificación externa de la decisión judicial, con el objeto de evidenciar los principales aspectos que deben ocupar al juez con competencia contencioso-administrativa al motivar su resolución en este tipo de casos.

### 6.1 LA JUSTIFICACIÓN INTERNA: EL JUICIO DE ADECUACIÓN

El papel del silogismo deductivo como esquema de justificación de la decisión judicial cuenta todavía con un importante grado de aceptación en la Teoría de la Argumentación Jurídica (Alexy, 1997, p. 214; Atienza, 2013, p. 31; MacCormick, 2016, p. 79), y ello es así, puesto que permite dar cuenta en forma satisfactoria acerca de la manera en que razonamos al utilizar normas: lo cual exige pasar de unas determinadas premisas (conformadas precisamente por una norma general y abstracta, y los datos fácticos del caso que se subsumen en aquella) a la conclusión (la aplicación de la consecuencia jurídica, que sería finalmente lo que justificaría la resolución que se adopta). Sin embargo, resultará importante realizar algunas acotaciones adicionales en relación con este punto.

Atienza (2013, p. 183) distingue tres clases de esquemas de justificación interna de la decisión judicial, que no se limitan únicamente al razonamiento clasificatorio (subsuntivo), sino que incluirían también a la adecuación y la ponderación. La necesidad de optar por uno u otro modelo de justificación interna dependerá de los materiales jurídicos que condicionan la resolución del problema jurídico planteado (sobre todo, del tipo de enunciados jurídicos de que se trate). En este orden de ideas, cuando la norma que el juez debe aplicar es una regla de fin, el razonamiento será el de la adecuación medio-fin. Se trataría de un esquema de razonamiento que adoptaría la siguiente estructura: «si se dan las circunstancias X, el juez debe procurar alcanzar el fin F; se dan las circunstancias X; la acción M es un medio adecuado para obtener F (o, quizás mejor: sólo si M, entonces se producirá F); por lo tanto, el juez debe realizar M».

Finalmente, dado que universalizar es esencial para la justificación en el razonamiento práctico – en cuyo ámbito se incluiría también al razonamiento jurídico – por medio del esquema de adecuación lo que se haría es construir una norma de origen judicial, que procure una solución que sea susceptible de ser aplicada a todos los casos futuros que presenten las mismas características relevantes que aquel que ha sido enjuiciado (MacCormick, 2016, p. 149-150).

## 6.2 LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA: LAS RAZONES RELEVANTES

Es evidente que, aunque de gran importancia, la lógica deductiva no es suficiente para explicar toda la complejidad del razonamiento judicial (Atienza, 2013, p. 21). Ante todo, la corrección de la decisión final dependerá de la manera como se determine el contenido de las premisas. Pues bien, es a esto último a lo que se ha venido a denominarse la justificación externa de la decisión judicial.

Es necesario resaltar algunos aspectos importantes en relación con la justificación externa en el esquema de la adecuación. Serían los siguientes: a) que, a diferencia de la subsunción, su premisa fáctica mira hacia futuro: en el sentido de que enuncia un juicio predictivo sobre algo que podría ocurrir o no en el futuro, y, por tanto, tiene mayor apertura que el razonamiento subsuntivo (Atienza, 2013, p. 183-184); y b) la justificación externa de la segunda premisa del razonamiento finalista es un tipo de ponderación que permite optar por uno de entre los diversos medios en principio existentes (Atienza, 2017, p. 20). Por tal razón, la discrecionalidad que existe en este tipo de razonamiento, solo lo sería en un sentido débil, puesto que no cualquier curso de acción resultará el medio más idóneo para alcanzar el fin que la norma prescribe (Atienza, 2013, p. 438).

### 6.2.1 LA PREMISA NORMATIVA: LA INTERPRETACIÓN CORRECTA

En lo atinente a la primera premisa (esto es, a la normativa) la principal cuestión que cabe plantearse es aquella relativa al sentido que se debe atribuir a la disposición que habilita la protección cautelar. Esto, sin duda, es un problema de interpretación: para resolverlo, es conveniente realizar algunas consideraciones en torno a la naturaleza de la interpretación de los materiales jurídicos. Para ello, me apoyaré en la teoría de la interpretación de Dworkin por considerar que una concepción constructivista como esta, se condice mejor con los valores que la práctica jurídica está llamada a realizar en el contexto de un Estado Constitucional (Lifante, 2018, p. 209-210).

Dworkin (2012, p. 57) concibe al Derecho como una práctica social inescindiblemente vinculada con la interpretación.<sup>12</sup> Por esta razón, los participantes de la práctica jurídica solamente son capaces de conformarla y alcanzar sus fines, procediendo con una actitud interpretativa: esto es, conscientes de que la práctica tiene un sentido (sirve a propósitos o valores), y que la propia práctica es sensible a tal sentido (en otras palabras, que los materiales jurídicos no son exclusivamente aquello que expresa su formulación lingüística reconocida en el pasado, sino que deben ser entendidos, aplicados y modificados a la luz de los propósitos que los dotan de sentido). A partir de ello, Dworkin propone su tesis de la interpretación jurídica como actividad constructiva que se desarrolla en tres etapas: i) la primera, sería una etapa preinterpretativa, en la que se deben identificar los materiales jurídicos autoritativos aplicables al caso (por ejemplo, las reglas que

---

<sup>12</sup> De hecho, para Dworkin (2012, p. 44) el Derecho formaría parte de una categoría de conceptos que denomina interpretativos. Según él, debido a su carácter interpretativo es posible que los distintos actores que conforman la práctica jurídica disientan genuinamente acerca de aquello que el Derecho ordena para resolver cada caso concreto. Esto sería así, porque se trataría de desacuerdos teóricos acerca del Derecho o, en otras palabras, desacuerdos respecto de las distintas concepciones de moral política que dotan de sentido al Derecho como práctica social en cuyo desarrollo se encuentran involucrados distintos actores a lo largo del tiempo, que actúan como quienes forman parte de una empresa orientada por valores en la que los distintos participantes buscan la integridad de la práctica.

regulan el asunto en cuestión); ii) la segunda, sería la etapa interpretativa, en la que habría que atribuir un propósito a los materiales jurídicos identificados en la etapa anterior<sup>13</sup>; iii) finalmente, en la etapa postinterpretativa, el intérprete ajustaría el sentido de los materiales jurídicos en vista de aquello que necesita realmente la práctica para adecuarse mejor al propósito que se le ha atribuido: se trataría entonces, de ofrecer una versión de la práctica como la mejor posible a la luz de los valores que persigue.

La importancia de la teoría dworkiniana radica, sobre todo, en su capacidad para explicar las prácticas de interpretación jurídica como parte de un esfuerzo por asegurar la plena realización de los derechos que justifican la existencia de una organización política cuyo fundamento se halla en la dignidad humana (como sería un Estado Constitucional): esto, en tanto que facilita comprender cuan estrechamente relacionados están los materiales jurídicos de carácter autoritativo, con los valores que están llamados a realizar. Así, para interpretar las condiciones de aplicación de las providencias cautelares (el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*), no deberíamos olvidar que este tipo de mecanismos constituyen instrumentos para asegurar un fin valioso: la tutela judicial efectiva de los derechos de los justiciables (es decir, que este tipo de medidas no tienen sentido si no es con miras a asegurar la intervención judicial oportuna para resolver óptimamente las controversias intersubjetivas que puedan surgir en la dinámica social ordinaria).

Desde esta particular perspectiva, interpretar aquello que exige de los justiciables el cumplimiento de estos presupuestos, requiere de los tribunales la amplitud suficiente para no denegar de entrada la protección provisional del demandante en juicio (sobre todo, significaría no colocar estándares de imposible cumplimiento para los justiciables). No obstante, ello tampoco significa descuidar

---

<sup>13</sup> Para atribuir tal propósito no sería necesario adaptarse a cada una de las características de la práctica a lo largo del tiempo, pero sí que se deberían respetar en una buena medida los aspectos que permiten reconocer a la práctica jurídica como tal, al menos, para que el intérprete pueda ser visto interpretándola y no creando una nueva

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

que las medidas afectarán los intereses de terceras personas, en este caso, los de la Administración Pública (que cabría reconducirlos a los intereses generales que esta representa), por lo que, en todo caso, habrá que ser cautos al decretarlas (con esto quiero decir, habrá que tomarse en serio la determinación de los presupuestos que habilitan otorgar tales medidas, pero entendiendo con una amplitud razonable lo que esos presupuestos exigirían de la persona que requiere la tutela cautelar). Aun así, lo anterior supondrá, en principio, favorecer la protección cautelar: una vez es posible apreciar que la efectividad de la sentencia podría quedar frustrada (sobre todo, como consecuencia de la duración del propio proceso contencioso administrativo y de la autotutela ejecutiva que se reconoce generalmente a los actos administrativos), habría que abandonar en definitiva los privilegios injustificados en favor de la Administración Pública, y optar por la protección provisional de los intereses del administrado.

Sin duda, una interpretación flexible de los presupuestos que permiten acceder a la tutela cautelar puede generar dudas acerca de la capacidad que podrían tener los jueces para resolver correctamente este tipo de casos. En este punto, habrá que tener presente que los jueces son seres falibles y que siempre existe la posibilidad de que se puedan equivocar. Sin embargo, como bien sostuvo Dworkin (1989, p. 207-208), esto no parece que sea algo que podamos oponer válidamente en contra del hecho de exigir de nuestros jueces respuestas correctas para casos difíciles. De hecho, dado que tanto los jueces como nosotros mismos podemos dudar acerca de cuál es la respuesta correcta para el caso en cuestión, deberíamos promover técnicas que reduzcan el número de errores basándonos en las capacidades reales de los operadores jurídicos. Esto significa exigir que los jueces hagan su mejor esfuerzo por encontrar la mejor respuesta con los materiales jurídicos disponibles: ello, aunque, de hecho, podríamos nunca saber si hemos dado con esa respuesta. Sería, en palabras de Alexy (2006, p. 24), concebir la respuesta correcta como idea regulativa en sentido kantiano: en algunos casos se puede dar con la respuesta correcta y no se sabe en qué casos es así, por lo que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta.

### 6.2.2 LA PREMISA FÁCTICA: LA APRECIACIÓN DE LOS HECHOS

La justificación externa de la premisa fáctica supone determinar la existencia de los hechos relevantes que se discuten en el proceso. En las decisiones cautelares, esta cuestión plantea una problemática especial: la relativa a la apreciación de hechos que no han sucedido aun, pero que se espera que podrían suceder en un futuro. Aun cuando esta sería la dificultad más evidente que se presentaría para el juez que conoce un caso de este tipo; la realidad es que, en general, resulta problemático determinar cuándo es posible inferir la concurrencia de cualquiera de los presupuestos que hacen viable otorgar la protección cautelar. Conviene considerar esto con mayor detenimiento.

Las dos condiciones de aplicación de las medidas cautelares son el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. La discusión probatoria está encaminada a probar que ambos presupuestos concurren dentro de los hechos particulares que se están enjuiciando. Pues bien, en un primer momento, el *fumus boni iuris* obligará al juez a considerar la fuerza probatoria de los medios de prueba que el demandante presenta con la solicitud de protección cautelar. Por tratarse de una etapa prematura dentro del proceso no cabe exigir el mismo grado de certeza que debe proveer la prueba que se valora al momento de resolver el fondo del asunto. Sin embargo, debería, por lo menos: a) exigirse una razonable apariencia de que el recurrente litiga con razón (acá debo reiterar que al actor debería bastarle con acompañar la documentación pertinente que sirva para probar que sus pretensiones no son resultado del mero capricho, sin que sea dable exigirle la información probatoria que condicionaría el mérito de su pretensión en la sentencia); y b) la existencia de dudas razonables sobre la legalidad de la actuación administrativa (Rodríguez Arana-Muñoz, 2007, p. 459). El demandante entonces, tendría que presentar al juez un número suficiente de pruebas que evidencien la seriedad de su pretensión; a la vez que debe cumplir con realizar una argumentación adecuada que tienda a explicitar las posibles anomalías que presenta el acto de la Administración Pública que se controvierte dentro del proceso.

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

El *periculum in mora* requiere que el demandante demuestre que podría producirse una afectación irreparable sobre su esfera jurídica, en caso que el órgano jurisdiccional decida esperar hasta el pronunciamiento definitivo de la sentencia para intervenir activamente en la situación que ha dado lugar al proceso. La complejidad que supone apreciar las pruebas tendientes a probar este presupuesto, radica en que conlleva hacer un juicio a futuro acerca de lo que puede suceder de no adoptarse la medida cautelar en cuestión. Considero que esto podría resolverse de la siguiente manera: i) el tribunal de lo contencioso administrativo debe valorar la prueba evaluando la contribución que realiza cada medio probatorio en el esfuerzo por averiguar la verdad en el proceso (verdad procesal en el sentido de verdad como correspondencia con la realidad. En este sentido: Taruffo, 2010, p. 98; González Lagier, 2019, p. 10; y Gascón Abellán, 2010, p. 60); ii) Para el caso de los hechos futuros, el problema de asumir una postura que entienda la verdad procesal como correspondencia con la realidad, radica en que habitualmente se tiene una concepción ontológica según la cual la realidad termina en el presente. Ahora bien, esto no parece aceptable si se tiene en cuenta que asumir tal posición también significaría negarle realidad al pasado que ya no existe (y acá habría que recordar que la determinación de hechos en los procesos judiciales, por lo regular, está referida a los hechos pasados: por lo que resultaría sumamente extraño afirmar respecto de estos últimos, que tampoco puede predicarse su correspondencia con la realidad). En este orden de ideas, Alchourrón y Bulygin (1991, p. 577) sostienen que lo que parecería diferenciar realmente los hechos pasados y presentes, respecto de los futuros, sería la fijeza y la necesidad: en el sentido que tanto el presente como el pasado no pueden modificarse; en cambio, el futuro puede constituirse de distintas maneras.<sup>14</sup> Aun así, para estos autores esto no supondría un obstáculo para

---

<sup>14</sup> Respecto del carácter incierto de los acontecimientos futuros en las normas de fin, González Lagier (1997, p. 173) afirma que, aunque el estado de cosas que debe procurarse no se encuentra totalmente bajo el control del destinatario de la norma (puesto que, en todo caso, podría no alcanzarse el fin deseado con el curso de acción que éste decida adoptar), el mero hecho de que la norma tenga como contenido un cambio parcialmente dentro del control de su destinatario cumple una doble función: por un lado, presenta ese

aceptar que sea posible predicar la verdad de las proposiciones que se refieren a los hechos futuros. Ello, en el sentido que siempre se puede afirmar que tales hechos futuros son la causa de la determinación semántica de la verdad de las proposiciones de futuro, con independencia de si los hechos futuros están o no determinados ontológicamente por los presentes (1991, p. 587-588); iii) Por lo tanto, los tribunales contencioso-administrativos habrán de asumir que la determinación de hechos futuros presenta complejidades análogas a las que supone la reconstrucción de hechos pasados, en cuanto a que en un proceso judicial, el futuro aparece tan indeterminado como el pasado. Sin embargo, sopesar con seriedad las probabilidades de que se produzca el estado de cosas que se busca evitar con la protección cautelar, y asumir que el día de mañana podría acaecer el acontecimiento futuro que volvería verdadera (en el sentido de correspondiente con la realidad) la proposición afirmada por la parte que requiere la protección cautelar, obligaría a considerar con total rigor la posibilidad cierta de que la futura sentencia quede sin materia de no decretarse la medida solicitada.

Es evidente que la persona que solicita la protección cautelar deberá demostrar el peligro cierto e inminente que existe de que la sentencia dictada al final del proceso, resulte ineficaz en caso de que no se proceda a decretar la medida requerida. Esto se traduce, ante todo, en la exigencia de aportar al tribunal elementos probatorios suficientes para demostrar la situación actual en que se encuentra el administrado en relación con la actuación administrativa controvertida, así como información fidedigna que permita inferir el riesgo que supone no actuar inmediatamente para asegurar los efectos del fallo que se dictará en el futuro (en especial, para evidenciar la posible afectación – los daños y perjuicios que se producirían – al permitir que el acto administrativo se ejecute).

---

cambio como un objetivo dotado de valor; y por otro lado, prescribe realizar las acciones que posibilitan (aunque no aseguran) ese objetivo.

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

Finalmente, es necesario recordar que, en cuanto a la dinámica probatoria para acreditar el *periculum in mora*, existen dos presunciones que condicionan el deber de aportar pruebas que recaen sobre la persona que solicita la protección cautelar: la primera, sería la presunción de validez del acto administrativo, que supone su ejecutoriedad salvo pronunciamiento judicial en relación con la necesidad de proveer tutela cautelar al administrado, a tenor de lo que establece el artículo 18 de la Ley de lo Contencioso Administrativo. En este sentido, la propia presunción que garantiza la eficacia del acto da lugar a presumir a la vez el riesgo de consumación que el acto en sí mismo puede suponer para los derechos e intereses legítimos del demandante. Por otra parte, también es oportuno señalar que el artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil (aplicable supletoriamente a la materia contencioso-administrativa) presume que los procesos judiciales, por su propia naturaleza, tienen una duración más o menos prolongada: lo cual también significa presumir que, por tal razón, la mera necesidad de acudir al proceso implica, en sí misma, un riesgo para el demandante en tanto que debe esperar un pronunciamiento judicial que le sea favorable. Por esta razón, las cargas procesales que en materia probatoria recaen sobre quien requiere la protección cautelar deben exigirse con la suficiente flexibilidad para favorecer la protección de la persona que requiere este tipo de medidas.

### 6.2.3 RAZONES SUSTANTIVAS Y RAZONES INSTITUCIONALES EN LAS DECISIONES CAUTELARES

En el razonamiento finalista que debe realizar el tribunal que decreta providencias precautorias existe un componente que es importante no dejar de lado: que la selección del mejor medio para alcanzar el fin prescrito por la norma supone realizar un juicio de ponderación entre los diversos medios, a efecto de poder optar por aquel que se considera el más apto para lograr aquello que la norma requiere alcanzar (Atienza, 2017, p. 20). Es bien sabido que la determinación del medio más adecuado para alcanzar un fin resulta compleja en muchos casos. Perelman (1989, p. 428) afirma que un fin valioso puede transmitir su valor al medio que se utiliza para alcanzarlo: siempre que este último sea eficaz para su cometido. Por esta razón, añade que la determinación del mejor medio es un problema técnico que exige la

aplicación de datos diversos y el recurrir a argumentaciones de toda índole. En este punto no pretendo analizar el esquema del razonamiento ponderativo,<sup>15</sup> sino considerar las distintas razones que deben tomarse en cuenta al momento en que se elige aquel medio que aparece como el más idóneo para las circunstancias del caso concreto (esto es, al momento en que se atribuye mayor peso a uno u otro medio de protección cautelar, y se lo selecciona como el óptimo para el caso que se está enjuiciando).

En este punto resulta útil la tipología elaborada por Summers (2020, p. 44 y ss.) para explicar las razones que los jueces toman en cuenta para justificar sus decisiones. Según Summers, los jueces al dictar una resolución tienen en cuenta dos tipos de razones: de autoridad y sustantivas. Las primeras serían razones de carácter formal en las que para fundamentar la decisión se apela a algún tipo de autoridad jurídica, como serían la ley o el precedente. Las segundas, por otro lado, serían las que utilizan los jueces cuando recurren a consideraciones morales, económicas, políticas, institucionales o de orden social, como motivo determinante para justificar la decisión que adoptan. A su vez, estas razones sustantivas se subdividirían en razones teleológicas (o finalistas) y razones de justicia (o de corrección). Finalmente, existiría una categoría de razones que él califica como institucionales,

---

<sup>15</sup> Dentro de los esquemas del razonamiento mediante ponderación sobresale el de Alexy (1986, p. 89). Si bien su esquema no puede ofrecer respuestas con precisión aritmética para los casos en que los tribunales deben ponderar (Bernal Pulido, 2003, p. 238), sí que ofrece una ruta adecuada para expresar las buenas razones que se tienen para dar prioridad a un curso de acción en vez de otro. En esta misma línea (aunque con algunas diferencias), Barak (2017, p. 159) sostiene que el esquema de ponderación como instrumento metodológico estaría conformado por cuatro componentes: i) el fin adecuado; ii) la conexión racional; iii) los medios necesarios; y iv) la relación adecuada entre el beneficio ganado con la realización del fin adecuado y la restricción originada con ocasión de la medida adoptada. De igual manera, la propia Corte de Constitucionalidad ha sostenido que para decretar medidas cautelares se deben respetar alcances razonablemente idóneos y proporcionales respecto del derecho que se pretende preservar o asegurar, así como una justificación congruente con el objeto del proceso (expediente 1262-2010). En esto, sin duda, la Corte se refiere al propio deber de ponderar que tiene todo órgano jurisdiccional al momento de otorgar tutela cautelar.

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

y que ocuparían un rol muy especial en el razonamiento jurídico. Veamos esto con más detenimiento en lo que respecta a la tutela cautelar.

Las razones teleológicas derivan su fuerza de que la decisión judicial servirá a un buen fin social. Por este motivo, se trata de razones que ven hacia el futuro. En el caso de la tutela cautelar es evidente que las razones teleológicas ocuparán un rol preponderante: en el sentido que de lo que se trata es de anticipar los efectos de la medida precautoria en relación con un determinado fin. Sin embargo, en las decisiones cautelares es importante tener en cuenta que los fines que pretenden resguardarse con las medidas no son, en todos los casos, reconducibles a un ideal de promover el interés general: más bien se trata de resguardar la esfera jurídica del demandante frente a la posibilidad de un fallo que resulte nugatorio de sus expectativas de justicia (con los consiguientes efectos negativos que esto tendría a nivel social, en lo que respecta a la confianza de la población en la intervención oportuna del sistema justicia para resolver controversias de este tipo). En este sentido, se trataría de lo que Summers denomina razones teleológicas parasitarias concomitantes (2020, p. 50) en cuanto son razones teleológicas generadas por decisiones basadas en razones de justicia (esto es, que persiguen generar mayor justicia por medio de la promoción de ciertos valores).<sup>16</sup>

Por su parte, las razones de justicia no derivan su fuerza de los efectos beneficiosos que puedan producir, sino del ajuste de la decisión con normas socio-morales que determinan la actuación correcta en cuanto se aplican a las acciones de las partes involucradas en el litigio (Summers, 2020, p. 52). Las decisiones cautelares tendrían relación con razones de corrección, sin duda, porque su justificación radica en la necesidad de prevenir un estado de cosas resultante entre las partes, que sería injusto de no ser por la intervención judicial. La relación entre las razones de justicia y la protección cautelar habría que buscarla entonces, en que este tipo de

---

<sup>16</sup> Esto estaría muy próximo a lo sostenido por MacCormick (2016, p. 200) en cuanto a que, para evaluar las consecuencias de una decisión judicial, se debe aludir a valores (a una pluralidad de valores, tales como: la justicia, el bien público o la conveniencia jurídica).

providencias están orientadas a evitar que la persona que tiene la razón en un litigio se vea afectada con ocasión de la necesidad de acudir al proceso para que se le reconozca que tiene la razón. Permitir esto último sería dar lugar a una situación contraria a nuestras convicciones acerca de lo que es justo, puesto que el proceso se volvería un obstáculo para alcanzar justicia, más que el medio idóneo para conseguirla (sobre todo, en atención a que en las controversias administrativas la amenaza de consumación del acto impugnado siempre daría lugar a la posibilidad de impedir la ejecución final de la decisión judicial).

Las razones institucionales son “razones teleológicas o razones de justicia que se relacionan con la forma en que las funciones judiciales y los procesos influyen los trabajos decisorios y justificativos de los jueces” (Summers, 2020, p. 78). En lo que atañe a las razones institucionales como condicionantes de la corrección de una decisión cautelar en lo contencioso administrativo, habrá que tener en cuenta algunos aspectos característicos de este tipo de procesos: i) Existe una razón institucional fuerte que determina que los tribunales de justicia deben respetar la separación de funciones que es característica esencial de un Estado Constitucional. En la distribución de las competencias que les corresponden a los poderes públicos, los tribunales no siempre se encuentran en la mejor posición para calcular los efectos que, en relación con los intereses generales, puede ocasionar el hecho de evitar la actuación oportuna de las autoridades administrativas.<sup>17</sup> Por tal razón, en este tipo de causas habrá que ser cautos para evitar interferir en forma abusiva dentro del ámbito de actuación que es propio de la Administración Pública. ii) Si dentro de su razonamiento teleológico los tribunales tendrían que cuidarse de no afectar los intereses públicos (representados por la actuación de la autoridad administrativa), entonces la decisión de obligar a la Administración a soportar una medida cautelar, obligaría a constatar previamente si existe la posibilidad de

---

<sup>17</sup> En un sentido similar, MacCormick (2016, p.187) habrá dicho: “Las consecuencias sociales a largo plazo son difíciles de calcular para el juez. Tanto los jueces como los abogados están muy mal situados para este tipo de evaluación, en comparación con el legislativo y el ejecutivo. No cuentan con estas herramientas y, aún de contarlas, sería difícil encontrar un criterio para evaluarlas.”

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

permitir a la autoridad administrativa el cumplimiento de sus competencias propias sin poner en riesgo los fines del proceso.

Esto contribuye, sin lugar a dudas, a comprender a cabalidad cuál es el sentido que cabe atribuir al artículo 18 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a que, si se preceptúa que la suspensión de la eficacia del acto administrativo impugnado es excepcional, lo es únicamente en atención a que deben concurrir razones de peso que autoricen impedir que la autoridad administrativa cumpla con sus cometidos de interés público. Evidentemente, esto no tendría que dar lugar a colocar obstáculos de imposible cumplimiento para quien pretende obtener la medida, sino únicamente requiere exigirle que cumpla con una carga argumentativa y probatoria suficiente para justificar la necesidad de la protección cautelar. En todo caso, lo anterior no debe suponer, sin más, que toda medida cautelar en lo contencioso administrativo tenga ese carácter sumamente excepcional (solo lo tendría aquella que consiste en ordenar la suspensión de la eficacia del acto impugnado, por lo que otro tipo de medidas podrían ser admisibles con mayor grado de apertura, en el sentido que afectan menos el ejercicio de competencias administrativas). Por último, tampoco debe significar que en el contencioso administrativo no procede otra medida que no sea la suspensión del acto impugnado (ya que el artículo 34 de la propia Ley de lo Contencioso Administrativo contempla en abierto la posibilidad de optar por otras medidas, según la discrecionalidad que se reconoce en esta materia al propio tribunal).

En suma, el balance de razones que debe realizar el tribunal para adoptar la decisión cautelar en materia contencioso-administrativa puede llegar a ser muy complejo. En este punto, cabría añadir que la propia decisión que hay que adoptar requiere, en gran medida, de la prudencia del juzgador: ello, en el sentido de poder apreciar a cabalidad las circunstancias del caso para optar por la mejor alternativa de acción. Esto es tanto como decir que este tipo de situaciones demandan del juez sabiduría práctica para apreciar los distintos valores en conflicto, y actuar de manera razonable para no comprometerlos más allá de lo que requiere la solución óptima

de la controversia (en otras palabras, para realizar un correcto balance orientado a alcanzar el equilibrio entre tales valores). Por tal razón, no sería desacertado afirmar que la frónesis en el sentido aristotélico (Aristóteles, trad. en 1985, p. 267 y ss.) es la virtud judicial por excelencia en este tipo de casos.<sup>18</sup> MacCormick (2016, p. 184-185) supo expresar bien esta idea: “la prudencia y la responsabilidad hacia los demás requieren que uno piense seriamente en las consecuencias previsibles de las acciones y decisiones propias antes de actuar o decidir... más aún cuanto más crítica sea... la decisión en cuestión.”

## 7. CONCLUSIONES

Elaborar las bases para una resolución correcta en un asunto como el planteado en el caso FUNTECH, requiere extraer algunas conclusiones a partir de lo que ha sido analizado hasta este punto:

i) En primer lugar, es importante tomar consciencia de que la expresión «discrecionalidad» en contextos jurídicos es ambigua: lo es, en la medida en que con la misma palabra se hace referencia a fenómenos de distinta naturaleza. Debido a ello, lo discrecional no es, sin más, un espacio en el que es posible resolver sin límites predeterminados por el propio sistema jurídico (y, en consecuencia, en el que no cabe ejercer control pleno sobre la actuación discrecional). Más bien, habría que considerar que, aunque uno de los posibles significados de la discrecionalidad tendría algunos de esos rasgos, el otro aludiría a una característica distinta y muy

---

<sup>18</sup> De hecho, Hart (2014, p. 90) sostiene esta misma idea al afirmar 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.”

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

propia de todo sistema jurídico: frente a la imposibilidad de prever anticipadamente todos los posibles escenarios en los cuales es necesario asegurar la realización de fines valiosos, existe la necesidad de responsabilizar a las autoridades jurídicas para desarrollar el Derecho en aquellos casos en que haya que determinar los mejores cursos de acción para alcanzar fines jurídicamente importantes. Esta segunda forma de discrecionalidad tendría su origen en enunciados jurídicos del tipo de las normas de fin (las cuales no deberíamos olvidar si lo que pretendemos es comprender a cabalidad algunos de los problemas que generalmente son calificados como problemas de discrecionalidad).

ii) En segundo lugar, que la protección cautelar que los tribunales de justicia deben proveer a los justiciables en las circunstancias previstas por nuestros sistemas jurídicos, solamente es comprensible con arreglo a la idea de un fin jurídicamente valioso: el de asegurar el estado de cosas que permita la ejecución plena del fallo que se dictará para poner fin a la controversia suscitada entre las partes. Por esta razón, las distintas disposiciones que habilitan a los tribunales para decretar medidas cautelares suelen adoptar la forma de reglas de fin. Así, el artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo al determinar que el tribunal de lo contencioso administrativo debe resolver discrecionalmente el requerimiento de protección cautelar, estaría refiriéndose al segundo tipo de discrecionalidad jurídica (es decir, en el que se concibe lo discrecional como una forma de responsabilizar al operador jurídico para adoptar el mejor medio para alcanzar un fin valioso).

iii) Por este motivo, el razonamiento que los tribunales de justicia llevan a cabo cuando justifican una decisión en la que adoptan una medida cautelar es abierto: en el sentido que obliga a deliberar acerca de cuáles son los mejores medios para alcanzar ciertos fines. En todo caso, el esquema justificativo sería el de la adecuación, que se estructura en dos niveles: en un primero, se trataría de determinar si concurren las condiciones de aplicabilidad de la medida (el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*); y, en el segundo, se trataría de llevar a cabo una ponderación entre los diversos medios disponibles para asegurar la posibilidad

futura de ejecutar el fallo que se dictará al concluir el proceso, y optar por aquel que sea el mejor para alcanzar el fin en cuestión.

iv) La justificación de las premisas de este esquema de razonamiento, conduciría: a) en el caso de la premisa normativa, a comprender que los presupuestos de aplicabilidad de las medidas deben ser entendidos con miras a asegurar la plena realización del derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables, razón por la cual no estaría justificado colocar requerimientos excesivos en cuanto al cumplimiento de tales presupuestos; b) por su parte, la justificación externa premisa fáctica obligaría al juez a tomar con seriedad la necesidad de contar con pruebas suficientes para justificar que los presupuestos para obtener la medida, se dan en el caso concreto. Esto no significa exigir estándares probatorios de imposible cumplimiento en una etapa procesal prematura; y, menos aún, ante la urgencia que se presenta al momento en que se requiere la medida.

v) La ponderación entre los distintos medios disponibles para asegurar los resultados del proceso, dará lugar a que el tribunal de lo contencioso administrativo deba adoptar como medida cautelar aquella que sea capaz, no solamente de asegurar los resultados del proceso, sino que resulte menos invasiva de las competencias administrativas en procura del interés público. En todo caso, siempre que no exista otra posibilidad para garantizar la efectividad del fallo, que interferir con el ejercicio de tales competencias, entonces debe privilegiarse el deber de asegurar la tutela judicial efectiva.

vi) Finalmente, el control sobre las decisiones discrecionales del tribunal de lo contencioso administrativo en materia cautelar sería posible en tanto que: i) cabe, primero, examinar la apreciación que el tribunal lleva a cabo respecto de la concurrencia de las condiciones de aplicación de la protección cautelar (tanto en lo que atañe a la interpretación de las exigencias que de estos presupuestos se derivan para el justiciable, como en lo relativo a la apreciación de la prueba que ha sido aportada para demostrar su existencia); ii) también debe, en segundo lugar,

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

evaluarse la ponderación realizada entre los distintos medios posibles para alcanzar el fin prescrito en la norma, especialmente en lo que respecta a la necesidad, idoneidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida que ha sido adoptada.

### 8. UNA PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN ARGUMENTATIVA PARA RESOLVER EL CASO FUNTECH

A partir de lo anterior, resultará mucho más sencillo abordar de nueva cuenta el caso FUNTECH en procura de una resolución correcta para la problemática que plantea. En principio, habría que considerar que no es posible invocar la discrecionalidad que tiene el tribunal de lo contencioso administrativo en materia cautelar, como justificación para evitar controlar el criterio de fondo que se ha adoptado para otorgar o denegar la medida. Esto es así, puesto que la discrecionalidad con que cuenta el tribunal no lo es en un sentido lo suficientemente fuerte como para concluir que todas sus alternativas de actuación en este ámbito son indiferentes desde el punto de vista jurídico. En este orden de ideas, lo discrecional acá tan solo radicaría en que el tribunal puede optar entre diversos medios para asegurar los resultados del proceso; y que, en cumplimiento de esta tarea, dispone de alguna amplitud en la apreciación de lo que se presenta como más conveniente para alcanzar el fin ordenado por los materiales jurídicos aplicables al caso concreto. Una comprensión equivocada de la discrecionalidad (en tanto es vista solo desde la perspectiva del positivismo normativista) podría explicar la motivación de la Corte de Constitucionalidad; pero, una vez que se ha esclarecido que esta no es la única noción de discrecionalidad relevante en el Derecho, entonces, debe evitarse invocar en todos los casos a la discrecionalidad como el espacio en el que se puede decidir con plena libertad por parte de los operadores jurídicos.

Así las cosas, habría que considerar si la parte que requiere la protección cautelar (en este caso, la demandante FUNTECH) cumple con la carga argumentativa y probatoria suficiente para acreditar la concurrencia de las

condiciones de aplicación de la regla de fin que ordena decretar la protección cautelar. En este caso, se puede apreciar que la requirente de la protección cautelar no cumple con indicar en qué forma es posible sostener que acá concurren el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* que son exigibles para decretar una medida cautelar. Por el contrario, la demandante se limita a sostener que el órgano administrativo demandado ha incurrido en una ilegalidad manifiesta que debe ser reparada a la brevedad posible. En esta línea de pensamiento, el interés crítico que subyace a la potestad de autotutela ejecutiva con que cuenta la Administración Pública (es decir, la importancia que tiene el hecho de que los actos administrativos se ejecuten con prontitud en procura del bienestar general), justificaría denegar la protección cautelar en atención a que no ha quedado demostrado que exista un peligro grave de que, al llegarse a realizar la actuación administrativa impugnada, pudiera ocasionarse una afectación irreparable en la esfera jurídica del administrado de tal suerte que impidiera la ejecución de la sentencia que debe dictarse al concluir el proceso.<sup>19</sup>

El razonamiento que acá he realizado evidencia que la decisión final coincidiría con la de la Corte de Constitucionalidad en cuanto a que no era viable otorgar amparo frente a la denegatoria de tutela cautelar, puesto que no resultaba procedente decretar este tipo de medidas frente a la actitud asumida por la demandante en relación con el cumplimiento de las cargas procesales que a ella le correspondían (en particular, realizar una argumentación adecuada y un aporte probatorio suficiente, que evidenciaran la concurrencia de las condiciones de aplicabilidad de las medidas precautorias). Aun así, en este punto conviene

---

<sup>19</sup> De hecho, esto es algo que, inclusive, notan tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte de Constitucionalidad en sus respectivas sentencias, puesto que sostuvieron que en la jurisdicción ordinaria la demandante no prueba los perjuicios que puede provocar la actuación impugnada; pero, finalmente, optan por fundar su motivación en la (mal entendida) discrecionalidad a que se refiere el artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.

## LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

considerar que, si bien la decisión que acá propongo habría sido la misma que la adoptada por la Corte de Constitucionalidad, la motivación sería radicalmente distinta: en el sentido que no utilizaría a la discrecionalidad jurídica como pretexto para no asumir con seriedad el pleno respeto de los derechos fundamentales de los administrados (en especial, el derecho a la tutela judicial efectiva), y tampoco generaría la sensación de que existen zonas de actuación tribunalicia que, en esta materia, no son susceptibles de control alguno. Las resoluciones judiciales entonces, aunque hayan llegado a una buena decisión, cuando están mal motivadas son insatisfactorias: en tanto que se alejan del ideal de corrección y sujeción a la razón, que cabe exigir de los jueces en un Estado Constitucional.

Aun así, el Derecho, como bien sostiene Ost (2017, p. 46-47), opone resistencia a ser solo un instrumento al servicio del poder: su potencial emancipatorio precisamente radica en la imparcialidad que procura por medio de mecanismos de puesta en cuestión de los resultados autoritativos a los que se pudo haber arribado en el pasado. Quedará por ver si la Corte de Constitucionalidad cambia su concepción acerca de la discrecionalidad cautelar. No obstante, lo que resulta innegable es la importancia que tiene una comprensión más clara acerca de la forma en que razonan los jueces al decretar protección cautelar (esto, en la medida en que solamente al comprender estamos en condiciones para criticar). El fallo de la Corte de Constitucionalidad podrá ser definitivo para el caso FUNTECH, pero, al someter a crítica decisiones de esta naturaleza, preparamos las condiciones para que la concepción acerca de lo discrecional que actualmente impera en Guatemala pueda cambiar en un futuro próximo.

### 9. BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, J. (2019). En defensa del Estado constitucional de Derecho. *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 42, 85-100, [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/99636/1/DOXA\\_42\\_04.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/99636/1/DOXA_42_04.pdf)
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991). *Análisis Lógico y Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales.

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1987). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Astrea.
- Alexy, R. (1993). *Derecho y Razón Práctica*. Distribuciones Fontamara S.A.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la Argumentación Jurídica: La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica* (Trad. M. Atienza e I. Espejo). Centro de Estudios Constitucionales. (Trabajo original publicado en 1978).
- Alonso Vidal, H. (2020). *Derecho administrativo y teoría del derecho: tres cuestiones fundamentales*. Editorial Palestra.
- Aristóteles. (1985). *Ética Nicómaca. Ética Eudemia*. (Trad. J. Pallí Bonet). Editorial Gredos.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta S.A.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel S.A.
- Atienza, M., (2017). *Algunas Tesis sobre el Razonamiento Judicial*. En: Aguiló, J. y Grández, P. (Eds.). *Sobre el Razonamiento Judicial: Una discusión con Manuel Atienza*. Palestra Editores.
- Barak, A. (2017). Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones (Trad. G. Villa Rosas). Palestra Editores. (Trabajo original publicado en 1992).
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 26, 225-238. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.35>.
- Calamadrei, P. (1984). *Providencias Cautelares* (Trad. S. Sentís Melendo). Editorial Bibliográfica Argentina.
- Carrió, G. (2011). *Notas sobre derecho y lenguaje*, 6ª. Ed. Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. C. y P.E. Perrino. (2006). *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Lexis Nexis.
- Chinchilla Marín, C. (1993). El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales. *Revista de Administración Pública*. 131, 167-189. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=129&IDA=23870>
- Dworkin R. (2012). *El imperio de la justicia* (Trad. C. Ferrari), 2ª. Ed. Editorial Gedisa. (Trabajo original publicado en 1986).
- Dworkin, R. (1989) *Los derechos en serio* (Trad. M. Guastavino), 2ª. Ed. Editorial Ariel S.A. (Trabajo original publicado en 1977).

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES  
DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

- Fernández, T. R. (2006). *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*. Palestra Editores.
- García Amado, J. A. (2006). ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?, *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, 35, 151-172, <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/34>
- García de Enterría, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del poder. *Revista de Administración Pública*, 38, mayo-agosto, 159-205. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=38&IDA=22227>
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1993). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, 3ª. Ed. Editorial Civitas S.A.
- García Pérez, M. (2015). *El Proceso Contencioso-Administrativo*. En: Rodríguez-Arana, J. y Rodríguez Rodríguez, L (Eds.). *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba*. (3ª. Ed.). Marcial Pons Editores.
- González Lagier, D. (1997). Cómo hacer cosas con acciones (en torno a las normas de acción y las normas de fin). *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 20, 157-175. <https://doi.org/10.14198/DOXA1997.20.05>.
- González Lagier, D. (2019). *Quaestio Facti. Ensayos sobre Prueba, Causalidad y Acción*. Palestra Editores.
- Guastini, R. (2017). *Teoría Analítica del Derecho*. ZELA Grupo Editorial E.I.R.L.
- Hart, H. L. A. (2009). *El concepto de derecho* (Trad. G. Carrió). Abeledo Perrot S.A. (Trabajo original publicado en 1961).
- Hart, H. L. A. (2014). Discrecionalidad. *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 85-98, <https://doxa.ua.es/article/view/2014-n37-discrecionalidad>
- Jiniesta, E. (2019). *El Derecho Administrativo en Costa Rica*. En: Mejía, H., Orellana, E., Navarro, K., Jiniesta, E., Gasnell Acuña, C. y Rodríguez Huerta, O. (2019). *Tratado de Derecho Administrativo Centroamericano y República Dominicana, Tomo I*. Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho* (Trad. M. Nilve). Eudeba. (Trabajo original publicado en 1934).
- Lifante Vidal, I. (2002). Dos conceptos de discrecionalidad. *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 413-439, [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10148/1/doxa25\\_12.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10148/1/doxa25_12.pdf)

- Lifante Vidal, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica: escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Tirant Lo Blanch.
- MacCormick, N. (2016). *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico* (Trad. J. Gascón Salvador). Palestra Editores (Trabajo original publicado en 2005).
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo III: Los principios de constitucionalidad y legalidad*. Agencia Boletín Oficial del Estado.
- Ost, F. (2017). ¿Para qué sirve el Derecho? ... Para contar hasta tres (Trad. V. Roca). *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 40, p. 15-48. <https://doi.org/10.14198/DOXA2017.40.01>.
- Perelman, C. y Olbrechts-Tyteca, L. (1989) *Tratado de la argumentación jurídica: la nueva retórica* (Trad. J. Sevilla Muñoz). Editorial Gredos (Trabajo original publicado en 1958).
- Raz, J. (1990). *Razón práctica y normas* (Trad. J. Ruiz Manero). Centro de Estudios Constitucionales. (Trabajo original publicado en 1975).
- Rodríguez-Arana, J. (2007). *Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España*. En: Cisneros Farías, G., López Olvera, M. A., y Fernández Ruiz, J. (Coord). *Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Universidad Nacional Autónoma de México. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/11304>.
- Summers, R. (2020). *Las razones sustantivas y la interpretación del Derecho en el common law*, (Trad. G. Villa Rosas). Palestra Editores (Trabajo original publicado en 1978).
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos* (Trad. D. Accatino Scagliotti). Marcial Pons Editores. (Trabajo original publicado en 2009).